

SIMARA CARVALHO DUARTE

**TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO AUTORAL, MARCA E
INVENTO**

TESE apresentada à Universidade Federal do Paraná, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutora, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA

2001

SIMARA CARVALHO DUARTE

**TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO AUTORAL, MARCA E
INVENTO**

TESE apresentada à Universidade Federal do Paraná, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutora, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA

2001

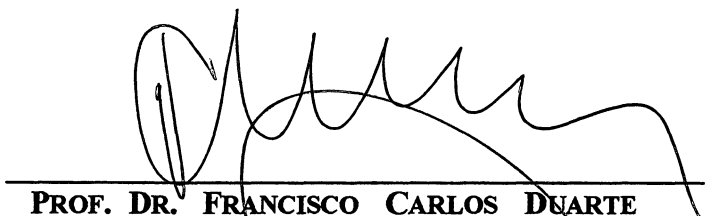
TERMO DE APROVAÇÃO



PROF. DR. LUIZ GUILHERME B. MARINONI



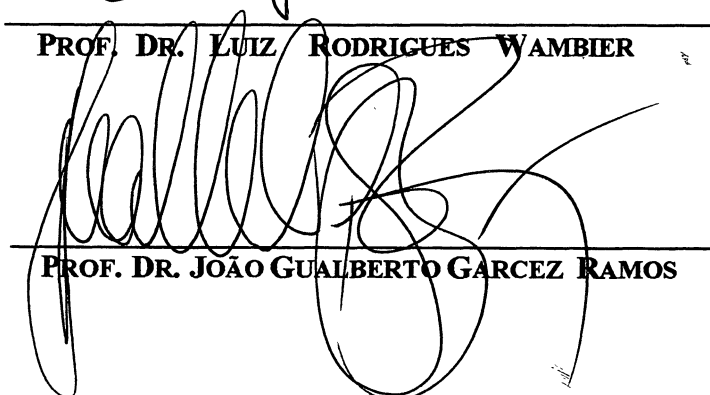
PROF. DR. EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI



PROF. DR. FRANCISCO CARLOS DUARTE



PROF. DR. LUIZ RODRIGUES WAMBIER



PROF. DR. JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS

CURITIBA

2.001

“Consciência do direito, convicção jurídica, são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta.”

Rudolf von Ihering

*Aos meus pais Mara e Mauro, que
souberam compartilhar os obstáculos vencidos
e incentivar minha busca por valores verdadeiros.*

Agradeço ao mestre Luiz Guilherme Marinoni, de quem pude desfrutar a amizade e a invejável mente privilegiada durante os cursos de mestrado e doutorado da Universidade Federal do Paraná, cuja orientação permitiu-me estreitar laços indeléveis com o estudo do Direito Processual Civil. Minha sincera admiração.

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
RÉSUMÉ.....	xi
INTRODUÇÃO.....	13
CAP.I DIREITO DE AUTOR, DIREITO À MARCA E AO INVENTO COMO CATEGORIAS DE BENS IMATERIAIS.....	30
1.1 Primeiras Considerações.....	30
1.2 As coisas incorpóreas e os bens intelectuais.....	36
1.3 Os Bens intelectuais no âmbito da propriedade.....	42
1.3.1 Natureza jurídica e classificação dos direitos sobre os bens intelectuais. A relevância da distinção entre oponibilidade e exigibilidade.....	60
CAP.II OS BENS INTELECTUAIS E O DIREITO À TUTELA PREVENTIVA NA TEMÁTICA DA TUTELA DOS DIREITOS. O ESGOTAMENTO DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS E DO CULTO AO TRADICIONAL PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PARA A TUTELA DOS DIREITOS.....	83
2.1 Considerações iniciais.....	83
2.2 O direito à adequada tutela jurisdicional entendida a partir da noção da efetiva tutela dos direitos.....	98
2.3 O direito à adequada tutela dos bens intelectuais.....	104

2.4 O tradicional procedimento ordinário e a classificação trinária das ações e das sentenças. A sua insuficiência para a tutela dos bens intelectuais.....	120
2.5 Tutelas jurisdicionais diferenciadas, técnica processual e a tutela preventiva dos bens intelectuais.....	136
2.6 Tutelas preventivas no CPC pré-reforma. A sua inefetividade.....	156
CAP.III A INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL.....	174
3.1 Os interditos proibitórios como tutela preventiva.....	174
3.2 O não cabimento da ação possessória à tutela dos direitos à marca, do invento e de autor.....	179
3.3 A inefetividade da ação cominatória para tutelar os direitos de autor, direitos à marca e ao invento.....	189
3.3.1 O uso conjugado da ação cautelar inominada e da ação cominatória para a proteção dos direitos à marca, do invento e de autor. A sua inefetividade.....	196
3.4 A inefetividade do processo civil tradicional para tutelar os bens intelectuais.....	210
CAP.IV A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO EFETIVO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR, DIREITOS À MARCA E AO INVENTO.....	220
4.1 A tutela inibitória.....	220
4.1.1 Considerações preliminares.....	220
4.1.2 Modalidades de tutela inibitória.....	230
4.1.3 Fundamento da tutela inibitória.....	242
4.1.4 A ilicitude e a ameaça como pressupostos da tutela inibitória.....	250

4.1.4.1 Breve aceno sobre a prova da ilicitude e da ameaça na ação inibitória.....	260
4.2 A tutela inibitória antecipatória.....	284
4.2.1 Considerações iniciais.....	284
4.2.2 Pressupostos da tutela inibitória antecipatória.....	296
4.2.2.1 Antecipação da tutela inibitória, princípio do meio mais idôneo e da menor restrição.....	302
4.3 Tutela inibitória, tutela reintegratória e tutela ressarcitória. A sua conjugação para a proteção dos direitos de autor, direitos à marca e ao invento.....	310
4.3.1 Cumulação de pedidos e técnica processual.....	319
4.4 A tutela inibitória e a sentença mandamental.....	326
4.4.1 A imposição da tutela inibitória através da multa e o uso das medidas necessárias quando a multa se mostra inefetiva.....	343
4.4.1.1 O Valor da multa. Imposição, limites e modificação.....	351
4.4.1.2 A respeito da incidência e da exigibilidade da multa.....	359
4.4.2 O descumprimento da ordem judicial e a prisão como consequência do crime de desobediência. Não há vedação pela Constituição Federal.....	369
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	376
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	384

RESUMO

O Processo Civil foi alvo, recentemente, de significativas modificações, cujos ajustes respondem aos apelos de uma nova era preocupada com a utilidade deste instrumento indispensável à realização dos direitos afirmados; direitos novos e direitos que surgem com novos valores perante a sociedade contemporânea, razão pela qual a análise da adequada tutela jurisdicional é realizada através da ótica da “tutela dos direitos”, revelando o engaste do instrumento processual com o direito material que visa tutelar.

Nesta ordem de idéias, aborda-se a tutela preventiva como a tutela adequada e efetiva aos direitos sobre os bens intelectuais, assim considerados pelo ordenamento jurídico, o direito à marca, ao invento e os direitos autorais, substancialmente relevantes nas novas relações jurídicas, tratados como espécies de bens imateriais onde a natureza jurídica que lhe foi imposta permite tecer críticas à legislação ordinária que os encampa, bem como à tutela que lhes foi ofertada até o advento da Constituição de 1988, a qual prevê, claramente, o comprometimento estatal em proteger preventivamente os direitos afirmados (art. 5º, XXXV), sobretudo, aqueles direitos que não podem e não devem ser mensurados em pecúnia, encontrando fundamento, na perspectiva dos instrumentos, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, que permitem a ação inibitória individual e coletiva.

O raciocínio em torno da tutela inibitória desenvolve-se a partir da constatação de que a tutela efetiva aos direitos sobre os bens intelectuais deve ser capaz de impedir que haja a consumação da lesão aos mesmos (ou a continuidade/repetição do ato lesivo), concluindo, portanto, que o processo civil tradicional baseado na classificação trinária das ações e sentenças não é capaz de proporcionar exatamente aquilo que ordenamento jurídico garante ao titular desses direitos, sendo insuficiente para veicular ordens para um fazer ou não fazer conjugadas a alguma forma de coerção, não é capaz de oferecer um resultado praticamente útil àquele que demonstra ter razão, configurando-se, portanto, como um modelo de tutela ressarcitória que não responde adequadamente aos reclamos dos titulares dos direitos em tela. Algumas questões são enfrentadas, como a forma de evitar o dano através da prevenção do ilícito, a prova da ilicitude, a plasticidade da inibitória e suas diferenças com as demais tutelas que podem ser lidas a partir do art. 461 do CPC, bem como, a vital importância da tutela inibitória antecipatória, que, efetivamente, não se confunde com a tutela cautelar.

Enfim, à evidência de que a tutela para ser efetiva deve ser analisada através da necessidade do direito material e da utilidade que proporciona ao seu titular, é possível afirmar que esses direitos, antes da construção da dogmática da tutela inibitória, jamais foram efetivamente tutelados.

ABSTRACT

Our Civil Procedure was recently the aim of significant changes, that correspond to a new era worried about the utility of this instrument which is indispensable to the fulfillment of rights; new rights and rights that arise together with new values belonging to the contemporaneous society, the reason for which the analysis of an adequate jurisdictional protection is made through the optic of the “rights protection”, which reveals the place of the procedure as instrument of protection of the very rights which it aims to protect.

In this order of ideas, we focus on the preventive protection measures as the better and most effective to the intellectual rights as considered by our law system, thus understood the trade mark laws, the inventor and the author rights, which are substantially relevant in the new social relations, treated as a kind of immaterial goods where the lawful nature in which they are classified allows us to make criticisms to the ordinary laws that protect them, and also to the normal protection offered before our Constitution of 1988, which foresees clearly the State compromise in preventing harm and protecting the rights that are reaffirmed in the 5th article (item XXXV), most importantly those that are impossible to measure in amounts of money, with legal foundation in the articles 461 of the Civil Procedure Code and 84 of the Civil Code, that allow the collective and individual inhibiting measures to protect those rights.

Inhibiting measures for the rights protection develop after the remark that effective protection to intellectual rights must prevent all damage to them (or continuing or repetition of damaging acts), concluding, therefore, with the affirmative that the traditional civil procedure, based in the tri-nary classification of claims and sentences, is incapable of allowing exactly what our law aims to grant to the right's bearers, since it is not enough to give orders for someone to do something or not to do something, together with adequate means of coercion, since it is unable to offer a useful result to the individual that has the right, being a model of protection that doesn't respond adequately to the bearers of said rights. Some questions are being attacked, as the way to avoid damage through prevention of illicits, the proof of illicits, the adaptability of the inhibiting actions and the differences with the other protective measures, that can be found from the article 461 on, of the Civil Procedure Code, as the vital importance of the inhibiting protection, that is not to be confounded with the emergency protective injunction measures.

With the evidence that the protection, to be effective, must be analysed through the needs of the material rights and of the utility which it allows its bearer, it is possible to affirm that those rights, before the construction of the thought of the inhibiting protection, were never before protected.

RÉSUMÉ

Le Procès Civil a été l'objet, récemment, de significatives modifications, lesquelles ont produit des corrections en répondant à une époque qui est préoccupée avec l'utilité de cet instrument indispensable à la réalisation des droits affirmés; des droits nouveaux et des droits qui surgissent avec des nouvelles valeurs de la société contemporaine, raison laquelle l'analyse de la meilleure mesure de protection juridictionnelle est faite à travers l'optique de la "protection des droits", ainsi révélant la place de l'instrument procédural dans le droit matériel qu'il a comme but protéger. Dans cet ordre d'idées, on voit la protection préventive comme la protection certaine et effective aux droits sur les biens intellectuels, ainsi considérés par notre ordre juridique comme le droit aux marques déposées, aux inventions et les droits d'auteur, substantiellement importants dans les nouvelles relations juridiques, traités comme des biens immatériels où la nature juridique qui leur a été imposée permet des critiques aux lois ordinaires qui les protègent, ainsi comme à la protection qui leur a été offerte jusqu'à la Constitution de 1988 qui prévoit, clairement, le compromis de l'État avec la protection des droits ci-affirmés (article 5, XXXV) surtout ces droits qui ne peuvent pas et ne doivent pas être mesurés avec des quantités d'argent, trouvant ses fondements, dans la perspective des instruments, aux articles 461 du Code Processuel Civil et de l'article 84 du Code Civil, qui permettent l'action d'inhibition individuelle et collective.

La pensée autour des mesures pour l'inhibition a été développée à partir de la constatation de que la protection effective aux droits sur les biens intellectuels doit être capable d'empêcher les dommages à eux (où la continuation/répétition de l'acte lesive); le procès civil traditionnel, fondé à la classification trinaire des actions et des sentences n'est pas capable de proportionner exactement ce que l'ordre juridique garantit au titulaire de ces droits, car il est insuffisant pour transmettre des ordres pour faire ou pour laisser de faire, conjuguée à quelque forme de coercition, n'est pas capable d'offrir un résultat utile à la pratique de ceux qui démontrent avoir la raison, démontrant que c'est un modèle de protection qui ne répond pas aux besoins des titulaires de ces droits. Quelques questions ne sont pas vues, comme la forme d'éviter le dommage à travers la prévention de ce qui est interdit, la preuve faite de ce qui est interdit, la plasticité des mesures d'inhibition et les différences avec les autres manières de protection, comme celles qui se trouvent à partir de l'article 461 du Code de Procès Civil, bien comme la vitale importance de la protection anticipée qui ne se confond pas avec les mesures pour la protection d'urgence.

En face de l'évidence que la protection, pour être efficace, doit être analysée à travers le besoin du droit matériel de l'utilité qu'il proportionne à son titulaire, il est possible d'affirmer que ces droits, avant la construction de la dogmatique de la protection inhibitoire n'ont jamais été protégés.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Processual, alicerçado em sua evolução histórica, permite visualizar a jurisdição como foco central das atuais preocupações acerca do processo como instrumento necessário à realização dos interesses juridicamente protegidos. Enquanto atividade relacionada ao compromisso estatal de tutelar todas as situações conflitivas, concebidas frente à proibição da justiça privada, avulta, nos dias de hoje, à necessidade de se confrontar os *meios através dos quais viabiliza a realização dos direitos* com os *resultados práticos* proporcionados pela via jurisdicional.

Trata-se do momento metodológico do *processo civil de resultados* como técnica destinada a proporcionar às pessoas a real satisfação de suas pretensões insatisfeitas através da investigação, da inserção do processo no plano social, verificado em duas realidades: a *realidade precedente* (o que se espera obter) e a *realidade sucessiva* (o que efetivamente se obtém com a utilização do instrumento processual).¹

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos do processo civil moderno”, 3ª ed., v.II, São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 825 e ss.

Esta visão do processo pelo *ângulo externo* é resultado da projeção da fase instrumentalista sobre as exigências sociais de uma época dinâmica, onde a complexidade das novas situações jurídicas, ventiladas pela evolução do tecido social como reflexo dos avanços tecnológicos e culturais, cunha a imediatidade como traço marcante dos inter-relacionamentos. A atual rapidez com que se processam tais estados, permitiu o questionamento sobre a efetiva função do processo, e à sua conclusão desvendou-se o óbvio, ou seja, que o instrumento processual não se encontrava apto a proporcionar um resultado útil ao titular dessas novas situações conflitivas. Ao levar em conta as reais necessidades de tutela nas novas relações que permeiam a sociedade moderna tomou-se consciência da íntima relação existente entre o processo e o direito material, estabelecendo-se uma fase de redescoberta da *tutela dos direitos*. Fala-se em redescoberta não no sentido pulverizado pelo compromisso com o imanentismo, mas em formas especiais de tutela, já conhecidas pelo direito romano, como a interdital, que guarda estreita relação com a necessidade de tutela adequada e efetiva no ordenamento processual civil brasileiro.

Busca-se, desta forma, adaptar o instrumento processual às novas proporções conflitivas e, aprimorá-lo à significativa passagem de valores que emerge da atual estrutura social. Realmente, o anseio de que a tutela jurisdicional confira *àquele que tem razão*² mais do que o simples pronunciamento sobre o mérito, é a preocupação de todos aqueles que se comprometem em edificar uma nova ciência processual, sem a pretensão de uma perfeição inatingível, mas, que

² LIEBMAN, Enrico Tulio. "Manuale di diritto processuale civile", 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1983.

responda ao deflagrado apelo de transpôr os obstáculos³ que a afasta de seu verdadeiro papel e do que pode representar ao jurisdicionado. Na esteira dos novos rumos que norteiam o estudo do processo civil, há que se pensar em resultados, sem o mínimo pudor em ceder às ordens cíclicas de recuos e avanços na ciência processual, mas, de enxergar o resgate de tempos idos com a mais ampla visão do polimento que deve merecer sua adaptação para o presente momento.

Nessa ordem de idéias vem a calhar a reflexão de
Humberto THEODORO JR ⁴

³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “A instrumentalidade do processo”, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996; CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à justiça”, Porto Alegre: Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. “Proceso, ideologias, sociedad”, Buenos Aires: EJE, 1974; CAPPELLETTI, Mauro. “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, pp. 233-245; ARMELIN, Donaldo. “Acesso à justiça”, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v.31, pp 171-182; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “O problema do acesso à justiça no Brasil”, *RePro-39*, p. 78-88; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da efetividade do processo” *in Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp.27-42; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendências contemporâneas do direito processual civil”, *RePro-31*, pp. 199-209; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, *in Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 21-32; MARINONI, Luiz Guilherme. “Novas linhas do processo civil”, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1993.

⁴ A Jurisdição como missão de definir o direito perante a situação conflitiva não era tarefa da autoridade soberana, mas de um árbitro nomeado pelo pretor, o *iudex*, a quem originariamente cumpria o mister de solucionar conflitos. Sua função meramente declarativa do direito material dos litigantes não abarcava atos executivos privados, somente ordenados pelo poder de *imperium* conferido à

O certo, pois, é que nos interditos se abreviava o caminho para as medidas de efetividade da tutela jurisdicional e com eles se dava 'o mais dilatado passo na direção da justiça com um sentido social, conseqüentemente de caráter

autoridade do pretor romano, separando-se, nitidamente, atos de declaração do *iudex* e atos de execução a comando do pretor perante uma nova *actio*, a fim de cumprir forçadamente a condenação prevista na *sententia* do *iudex* e não observada espontaneamente pelo devedor durante o interstício de trinta dias. No entanto, tal sistema mostrava-se lento e demorado, razão pela qual os casos de urgência encontravam-se guaridos em única instância do pretor romano que fazia atuar seu *imperium* através dos interditos, cuja emanção de ordem à parte adversária podia alcançar diversas naturezas. Com o propósito de acelerar o procedimento e alcançar uma medida satisfativa, o postulante invocava um receio atual de comportamento nocivo do adversário e conseqüente dano, ou baseando-se em fato já consumado pretendia afastar futuros riscos. Gradualmente o sistema de dupla instância, *in iure* (perante o *iudex*) e *apud iudicium* (perante o pretor) do *ordo iudiciorum privatorum* –sistema da *Legis actiones* e *Per formulas*- foi substituído pelo regime da *cognito extra ordinem*, passando a sentença a ser um comando vinculado ao ato de órgão estatal, em substituição ao mero parecer dos antigos regimes. Por isso, a publicização do processo civil, com o apego às tradições seculares, conservou a distinção entre a *actio* e a *actio iudicati* –ação executiva para dar cumprimento a sentença não cumprida no regime formulário- porém, sob a ordem e presidência do magistrado como funcionário do quadro estatal. O procedimento interdital, no entanto, concentrou-se na autoridade do magistrado, sendo desnecessário por completa absorção da tutela urgente da posse (interditos proibitórios e restituitórios) e da tutela urgente provisória (cognição sumária dos fatos e expedição de ordens imediatas e satisfativas do resultado pretendido, cuja valoração era desenvolvida na fase *apud iudicium*) pela autoridade do magistrado. A respeito da evolução da jurisdição e supressão dos interditos, ver excelente trabalho de Humberto Theodoro Jr. em artigo publicado na Revista de Processo em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. (THEODORO JR., Humberto. “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro”, *RePro-97*, jan-mar de 2000, pp. 227 e ss)

publicístico'. Concentrando no pretor a cognição sumária dos fatos e a expedição imediata de ordens cogentes, emanadas de seu *imperium*, a parte conseguia resultados satisfativos de sua pretensão, sem passar pelo tortuoso caminho dos procedimentos *in iure* e *apud iudicem* e sem a necessidade de aguardar o penoso e demorado recurso à *actio iudicati*.

Esta espécie de jurisdição exercida pelo poder de *imperium* não nos foi relegada e, se a jurisdição hoje tem a função de *ius dicere* -dizer o direito-, o que corresponde a declaração como função eminente do processo de conhecimento, é porque nossa instituição processual foi permeada pela concepção que dominou o direito romano tardio, que como se sabe, transformou veladamente os institutos da *jurisdictio* e da *actio*, nos relegando a “ordinarização” do procedimento.⁵

⁵ Ovídio Baptista e Fábio Gomes entendem que: “Embora não seja correto dizer que os instrumentos de tutela jurídica processual, tal como o direito romano os concebia, se tenham transformados em seu oposto no direito moderno, é possível constatar uma tendência análoga, no sentido do abrandamento cada vez mais acentuado dos meios de proteção judicial dos direitos. Na verdade, a permanência do conceito romano de jurisdição, nos sistemas jurídicos de origem romano-canônica, com a supressão da tutela interdital e a conseqüente ordinarização do respectivo procedimento, correspondeu, invariavelmente, a um debilitamento, cada vez mais intenso, dos originários instrumentos de defesa dos direitos. Dir-se-ia que o fio condutor da evolução, neste ponto como nos demais, orientou-se no sentido de privilegiar as formas de atividade jurisdicional menos gravosas para o demandado, com a supressão, inicialmente, de todas as formas agressivas e violentas cometidas contra a pessoa do demandado, de modo que a atividade executiva ficasse limitada, exclusivamente, à execução sobre o patrimônio do condenado, nunca sobre sua pessoa; finalmente, com o definitivo predomínio do

É possível perceber, sem grande esforço, que a realidade social mostra-se incompatível com um procedimento padrão, como é o ordinário⁶, preocupado em compensar as violações suportadas pelo titular do direito material, já que privilegia o demandado com a morosidade estampada na “busca da verdade” para posterior declaração da existência do direito afirmado. Essa indiferença pela situação concreta demonstra que a única tutela a ser alcançada é a indenização em pecúnia, como se todos os direitos assegurados pudessem ser avaliados monetariamente, ou o que é pior, como se a única modalidade de proteção existente no ordenamento jurídico brasileiro fosse uma sanção civil voltada para a reparação da violação perpetrada.⁷ Rudolf von IHERING já anotava, no início do século XIX, o *vulgar e chato materialismo* com que o nosso direito trata as diversas situações de direito material, posto que, *reduzindo a lesão dos direitos exclusivamente ao valor*

procedimento da *actio* do processo privado romano, com a supressão da tutela interdital, posto que os interditos, como expressão do *imperium* de que dispunha o *praetor*, consistiam em instrumentos de que emanavam não *condenação*, mas *ordens*, virtualmente capazes de dar origem a provimentos judiciais de natureza mandamental, cuja consequência não seria mais uma execução real (sobre o patrimônio do demandado) e, sim, uma punição pessoal contra o destinatário da ordem, no caso de desobediência; instrumentos, aliás preservados pelo direito anglo-americano, através das *injuctions* e que o direito português das ordenações ainda conservava (...).” (SILVA, Ovídio Baptista da., e GOMES, Fábio. “Teoria Geral do Processo Civil”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 19-20)

⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória, individual e coletiva”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)”, São Paulo: Malheiros, 1998; GIANINI, Amadeo. “Gli studi di diritto processuale civile in Italia” *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1979, p. 536.

⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Inibitória, individual e coletiva”, op. cit.

*monetário, respira ares do direito romano com outro espírito, por caracterizar-se, em suma, como o estabelecimento e a aplicação da culpa a todas as relações do direito privado.*⁸

Na verdade, a estrutura tradicional do processo civil demonstra-se incapaz de tutelar grande parte dos novos direitos, direitos que assumiram especial relevância na esfera de suas relações jurídicas, sendo regulamentados especificamente em prol do desenvolvimento e progresso humano, como são os direitos sobre os bens intelectuais aqui considerados. A importância de que se revestem atualmente impede que se cruze os braços diante da falta de compromisso com o social e, de fato, com o próprio Direito, razão pela qual os

⁸ O nosso direito tomou para si uma das formas de sanção do direito romano: a pena pecuniária. No entanto, destas se faziam um *uso incomparavelmente mais hábil do que nos nossos dias*, consistindo em meios de intimidação de “quebrantar a obstinação do adversário, de uma maneira ilimitada, isto é, até a cifra que ao litigante aprazia fixar por juramento”, de forma que o réu assumia o risco de “ser julgado responsável por uma violação intencional da lei e como tal ser punido; eram os interditos proibitórios do Pretor e as *actiones arbitrarie*. Se não se decidia em face da ordem que lhe dirigia o magistrado ou o juiz, havia então desobediência, rebelião; e daí em diante já não era somente o direito do litigante que estava em discussão, mas conjuntamente a lei, na autoridade dos seus representantes, e o desprezo desta expiava-se por penas pecuniárias que aproveitavam ao litigante”. A finalidade das penas pecuniárias, como das outras penas aplicáveis, tinha, segundo Ihering, dupla conotação: “assegurar os interesses da vida privada” e “dar satisfação ao sentimento jurídico lesado, de restaurar a autoridade desprezada. O dinheiro não consistuía, portanto, o fim, mas unicamente o meio de atingir esse fim.” (IHERING, Rudolf Von. “A luta pelo direito”, 16^a ed., trad. João Vasconcelos, Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 70-72)

processualistas reúnem esforços no sentido de aprimorar o instrumento processual para que esse, realmente, espelhe sua finalidade e possa conferir tutela efetiva e adequada às várias situações que dela careçam.

A importância da adequada tutela, em termos de efetividade⁹, pode ser percebida à medida em que a evolução natural da sociedade resulta em engenhosas criações voltadas ao bem-estar do indivíduo, avolumam-se as relações jurídicas, por vezes inusitadas diante do progresso científico, tecnológico e industrial. Esta nova realidade levou o processualista a pensar no que se denominou *tutelas diferenciadas*.¹⁰ Trata-se, aqui, de abandonar o culto ao clássico procedimento ordinário e enxergar que determinadas situações de direito substancial não se compatibilizam com a técnica, “condenação seguida de execução forçada” e que na maioria das vezes, para sua efetiva proteção, necessitam ser *realizados* de forma urgente e *não meramente assegurados*.¹¹ Não se repugna a idéia de que determinados direitos, uma vez violados, não comportem sua recomposição (*statu quo ante*), ou mesmo ressarcimento por equivalente monetário se não for possível o ressarcimento na forma específica, mas de concluir que ao contrário da concepção dominante em

⁹ “A efetividade e instrumentalidade do processo são os valores referenciais perseguidos pela nova mentalidade em busca da concretização do direito e realização da Justiça, ideais presentes na processualística contemporânea a retratar a insuficiência do processo tradicional e seu isolamento em relação ao direito material.” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “A instrumentalidade do processo”, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996)

¹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, op., cit., p. 14.

nossas legislações *-a do ter sobre o ser-*¹² nem todas as situações jurídicas resolvem-se em perdas e danos. É necessário, muitas vezes, prevenir a lesão e abandonar a idéia de que todos os bens possam ser reduzidos à quantificação monetária.

Tal proposta acosta-se nas modernas preocupações sobre as considerações críticas que procuram ampliar a efetividade da tutela jurisdicional sob a perspectiva do processo como instrumento da *tutela dos direitos*. Os estudos em busca da efetividade do processo procuram reformular ou adaptar seus institutos a fim de alcançar uma adequação entre a realidade jurídica e a realidade social, e estruturam-se, segundo WATANABE¹³, sob duas vertentes: uma delas é a de direito material, ou seja uma maior aderência entre o processo e o direito material; a outra é a perspectiva de direito processual com vistas a procurar a melhor tutela dos direitos através do processo.

Não há qualquer primazia entre as tendências que se mostram, pelo contrário, unificam-se em um só pensamento buscando atingir o escopo de tutela efetiva aos direitos através da especial atenção que se dá à visão constitucional do processo.

Os esforços concentram-se em retirar do direito de acesso à justiça uma garantia mais ampla que a mera noção abstrata da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), procurando construir um sistema processual que assegure uma tutela adequada a todos os direitos, seja por

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela sancionatória e tutela preventiva" *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 29.

¹³ WATANABE, Kazuo. "Da cognição no processo civil", 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.

permitir que seus corolários supram deficiências de alguns institutos, seja pela possibilidade de uma leitura do dispositivo constitucional que garanta qualquer forma de denegação de justiça.¹⁴

Noutros termos, significa a visão do *approach* estabelecido entre o Processo e a Constituição a partir dos resultados enfáticos obtidos com os estudos sobre a análise constitucional de muitos institutos processuais, propiciando, de fato, que a dogmática jurídica adaptasse o instrumento processual às exigências ditadas pela Constituição, ou seja, às garantias do devido processo legal diretamente contactadas com o processo como instrumento de sua realização.¹⁵

¹⁴ “Visto assim, *acesso à justiça* é muito mais que mero ingresso em juízo. Direito a esse ingresso todos têm. Independe de condições ou pressupostos. Mesmo uma demanda inepta ou proposta em situação de carência de ação merece receber manifestação do juiz, comportando apelação o ato que a indeferir. Mas *acesso à justiça* é também mais do que a abertura de caminhos para o julgamento do *meritum causae*, por entre as exigências formais do processo e das condições da ação. Só se tem verdadeiro *acesso à justiça* (a) quando se teve oportunidade de postular perante a Justiça, seja como autor ou como réu, (b) quando este se desenvolve segundo as garantias explicitadas na Constituição e formas legitimamente definidas em lei, (c) quando a pretensão deduzida pelo demandante recebeu julgamento, (d) quando a decisão foi justa segundo a interpretação do caso à luz de valores legítimos - e, para conferir utilidade social e política a tudo isso, (e) quando o Poder Judiciário tiver sido capaz de dar *efetividade* ao que se decidiu, conformando a realidade do mundo ao que se dispôs na sentença justa.” (DINAMARCO, Cândido. “Fundamentos do processo civil moderno”, op., cit., p. 854)

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Derechos fundamentales, proceso y principio de proporcionalidad”, *RePro-95*, julh.-set., 1999, pp. 69-71.

É precisamente com esse enfoque constitucional que aqui se pretende desenvolver o estudo da tutela jurisdicional adequada ao plano dos direitos sobre os bens intelectuais (marca, invento e direito autoral), procurando ressaltar as suas necessidades de tutela enquanto direitos absolutos constitucionalmente assegurados, a par da imposição de uma plena conformação da legislação ordinária (processual) com os valores fundamentais de garantia previstos na Lei Maior.¹⁶

Embora haja a inconstitucionalidade de uma tutela prestada com inobservância das garantias ofertadas pelo legislador constitucional,

¹⁶ Segundo Cappelletti: “un’analisi dei principali avvenimenti e delle grandi tendenze evolutive negli ordinamenti giuridici contemporanei, altrove condotta, ha messo in luce tre fondamentali movimenti di azione e di pensiero: onde si è parlato di tre ‘dimensione’ del diritto e della giustizia nel mondo contemporaneo. Si tratta, anzitutto, della dimensione ‘costituzionale’, che si traduce nella ricerca di taluni valori fondamentali che molti ordinamenti moderni hanno affermato come norme aventi forza di *lex superior*; vincolante anche per il legislatore (ordinario), spesso imponendone il rispetto mediante forme e meccanismi speciali giurisdizionali (...). Una seconda dimensione è quella ‘transnazionale’, il tentativo, cioè, di superare i rigidi criteri della sovranità nazionali, con la creazione del primo nucleo di una *lex universalis* e con la costituzione quindi del primo nucleo di un ‘governo universale’ o transnazionale, il ‘world government’ auspicato, tra altri, da Arnold Toynbee (*Cities on the Move*, London, 1970, pp. 195-247). Questo tentativo si riflette, in particolare, nella dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nei patti che della dichiarazione stessa- documento meramente politico-filosofico, non avente forza giuridica-hanno tentato una prima attuazione concreta (...). Una terza dimensione del diritto e della giustizia è quella ‘sociale’, che nella sua manifestazione più avanzata può esprimersi nella formula, in questi ultimi anni divenuta d’uso corrente, dell’accesso al diritto e alla giustizia.” (CAPPELLETTI, Mauro. “Accesso alla giustizia”, op., cit., pp. 233-234)

torna-se imprescindível enveredar-se pelos meandros das recentes construções dogmáticas de novas técnicas de tutela, exauridas dessa *dimensão constitucional* em contraposição àquelas tomadas como “clássicas” para o ordenamento processual brasileiro e o conseqüente esgotamento de uma classificação das ações e sentenças idealizada para um momento histórico ultrapassado, frente as novas exigências da realidade social que ora se impôs. A busca por procedimentos capazes de efetivamente tutelar os direitos de cunho não patrimonial, ou não predominantemente, culminou na demonstração de que a classificação trinária das ações baseada nos tradicionais provimentos jurisdicionais não é capaz de tutelar os titulares dessas situações jurídicas.¹⁷ A incompatibilidade do modelo com a realidade é o enfoque dado por este trabalho às espécies de bens imateriais, assim considerados os direitos à marca e ao invento e os direitos de autor.

Revisitar algumas noções e conceitos doutrinários faz parte do contexto que se quer inserir o titular dos direitos do autor, bem como os titulares dos direitos à marca e ao invento, ou seja, na perspectiva dos “consumidores” do sistema, significando na visão de CAPPELLETTI “che diritto e

¹⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória, individual e coletiva”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; “Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.; ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela inibitória da vida privada”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva” *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1993.

Stato devono finalmente essere visti per quello che sono - come semplici strumenti al servizio dei cittadini e dei loro bisogni, e non viceversa.”¹⁸

Busca-se através do exame da doutrina e da jurisprudência demonstrar que esses bens imateriais nunca foram efetivamente tutelados, o que é resultado da complexa classificação quanto a sua natureza jurídica somado ao perfil tradicional da tutela jurisdicional, já que a estrutura clássica do processo não foi concebida com base no direito material.

As incursões neste corpo procuram retratar que tal concepção foi responsável pelo uso de técnicas ressarcitórias, conjugadas com a frustrante tentativa de reduzir o tempo do processo através do uso indiscriminado das cautelares inominadas¹⁹ em flagrante descompasso com o texto constitucional que prevê a adequada tutela jurisdicional.

Era premente que a lacuna deixada pelo Código de Processo Civil brasileiro, estruturado sobre a tradicional classificação trinária das sentenças, fosse preenchida por uma tutela capaz de prevenir o ilícito, atuando de forma a inibir a sua prática, repetição ou continuação sob pena de multa e, que possibilitasse a antecipação da tutela para situações mais graves.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, op., cit., p. 245.

¹⁹ Adverte Sergio La China sobre sumarização, ou seja o uso indiscriminado das tutelas cautelares como remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário. (LA CHINA, Sérgio. “Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?” *in I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi.* Napoli: Jovene, 1979, p.151)

*obter*²⁰ como resposta da promessa estatal de jurisdição. Na atual visão da tutela jurisdicional, o homem encontra-se em seu eixo central, ou seja, a tutela se dá à pessoa (ou às comunidades) através da conservação de seus bens para proporcionar o devido bem-estar²¹, de forma que a *proteção a sua esfera jurídica* tem o valor de ditar a observância de todos a um dever de abstenção, ressuscitando uma linguagem sepultada no século passado.²² Neste âmbito, a tutela jurisdicional deve ser pensada em termos de tutela específica, ou seja, em termos de resposta efetiva à pretensão de inviolabilidade desses direitos subjetivos, assegurados solenemente pela Constituição Federal (art. 5º, XXVII e XXIX).

Cuida-se, pois, de verificar a existência em nosso ordenamento processual de uma tutela capaz de proporcionar ao titular de um direito

²⁰ O ideal da nova fase instrumental do processo baseia-se na célebre frase de Chiovenda, tomada como *slogan* daqueles que se preocupam com a efetividade da tutela dos direitos. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, *Revista del Diritto Commerciale*, v. 9, p. 1)

²¹ É a visão moderna de tutela jurisdicional retratada por Dinamarco, *verbis*: “Tutela-se o direito objetivo, sim (o que, afinal é inerente ao postulado *chiovendiano* do processo voltado à atuação da vontade da lei), como também se tutela o processo mesmo (tutela constitucional, administrativa, penal), mas nem por isso o eixo se desloca: inserido na ordem jurídica como um todo, o sistema processual participa do escopo comum de tutelar as pessoas, que é fator legitimante de todas as normas jurídicas. Só é legítimo cuidar da *tutela aos instrumentos* na medida em que se predisponham meios destinados à efetiva tutela do homem.” (DINAMARCO, Cândido. “Fundamentos do processo civil moderno”, *op.*, *cit.*, p. 826)

²² *Ibidem*, *idem*, pp. 834-835.

intelectual o efetivo gozo que lhe foi materialmente assegurado, partindo-se do pressuposto que o *interesse juridicamente protegido* encontra-se na integridade dessas espécies de bens imateriais.

Superar obstáculos à plena realização dos direitos, é a preocupação que assola a comunidade jurídica como um todo, em fiel contrapartida ao momento histórico retratado por BOBBIO como *l'età dei diritti*, onde não é mais suficiente a tão-só consagração legal e solene de direitos, mas sua real possibilidade de concretização.²³ Em tempos em que os ventos da processualística sopram no sentido de dotar a técnica de sensibilidade²⁴, faz-se necessário repensar o processo à luz dos valores que emergem na sociedade. Conjuguar a tutela jurisdicional com o direito material a que visa tutelar é mais do que uma preocupação dos processualistas, significa um compromisso com a efetividade do processo civil essencialmente voltado à realização dos direitos.

Como disse IHERING, “o direito existe para se realizar. A realização é a própria vida, e a verdade do direito é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito

²³ “Na era dos direitos” a advertência de Bobbio segue nesse sentido: “(...) uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.” (BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63)

²⁴ Não podemos deixar de registrar a contribuição do Professor Luiz Guilherme Marinoni com sua notável obra “Tutela Imbitória individual e coletiva”, cuja construção doutrinária acerca de uma tutela jurisdicional diferenciada *-Inibitória-* rendeu-lhe a titularidade na Cadeira de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná.

meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência.”²⁵

²⁵ IHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig

CAP.I DIREITO DE AUTOR, DIREITO À MARCA E AO INVENTO COMO CATEGORIAS DE BENS IMATERIAIS.

1.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

O tema do presente trabalho refere-se à tutela do direito de autor e dos direitos à marca e ao invento, tratados como uma categoria de direitos intelectuais por resultarem de um processo intelectual de criação de carácter artístico-científico ou utilitário. Somente a destinação dos resultados alcançados pelo processo intelectual faz nascer a distinção com que a matéria é tratada pelo ordenamento jurídico: as marcas e o invento são regulados pela Lei de Propriedade Industrial e os direitos de autor pela Lei de Direito de Autor e Direitos Conexos. Para Gama CERQUEIRA, “somente esse critério pode ser adotado para discriminar o campo de aplicação das leis que regulam a propriedade literária, científica e artística e das que

1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p.322. Tomo III, n. 43, p. 17, edição espanhola, 1910, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid: Editorial Bailly-Bailliere.

regem a propriedade industrial, porque, posta de lado essa distinção, todas as produções do espírito reduzir-se-iam a uma só categoria de produções intelectuais.”²⁶

Atualmente a importância que se revestem as produções intelectuais assumem, perante o ordenamento jurídico, o sustentáculo do desenvolvimento econômico e cultural essencial a toda sociedade, razão pela qual sofrem, assim como outros direitos privados, uma intensa ingerência do Estado, justificada perante sua integração às Convenções Internacionais. O reflexo desse posicionamento pode ser sentido nas preocupações exaradas no Acordo sobre Aspectos dos direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio -TRIPs- reconhecendo a *necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual*, cujo conteúdo espelha as recentes modificações de nossa legislação ordinária: Lei 9.279/96 (Propriedade Industrial- Patentes, Marcas e Direitos Conexos) e Lei 9610/98 (Direitos do Autor e Direitos Conexos).²⁷

É perceptível a influência do tecido social -evolução social e tecnológica- como fator determinante do aprimoramento do aparato legislativo acerca dos direitos em tela, em especial no que diz respeito ao estreitamento dos limites de sua esfera de proteção, quando se confronta o direito com a tecnologia.

²⁶ CERQUEIRA, João da Gama. “Tratado da propriedade industrial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., v. I, 1982, p. 56.

²⁷ O Acordo TRIPs obriga os signatários à vigência de seu conteúdo, realizado pelo governo brasileiro com a aprovação da Ata Final que Incorpora a Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais -GATT- através do Decreto Legislativo n. 30 de 15 de dezembro de 1994 e promulgado pelo Decreto n. 1355 de 30 de dezembro de 1994. (DOU, 31 de dezembro de 1994)

Colocada como pressuposto do desenvolvimento de um Estado, a busca por este diferencial é estimulada internamente, e não raro choca-se com os direitos fundamentais.²⁸ A crescente preocupação dos juristas e doutrinadores nesse campo é capaz de revelar a necessidade de neutralizar o descompasso entre a ordem normativa e a realidade social, já que a intensidade dos avanços e aperfeiçoamentos permitem, *incontinenti*, a informação e disponibilidade de bens e serviços capazes de suprir obstáculos às necessidades ou satisfação pessoal.²⁹ Fala-se, então, da interatividade provocada pela digitalização, na qual aparecem problemas relevantes quanto aos programas de computador (*softwares*) e a invasão da privacidade na busca de cópias não autorizadas (codificadas ou protegidas) -pirataria-, os CDs falsos de músicas ou sua digitalização para transmissão anexa a um *e-mail*, a invasão pelos *hackers* de dados pessoais em computadores, assuntos discutidos em âmbito internacional, mas

²⁸ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. “Contornos atuais do direito do autor”, 2ª ed. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 180-181.

²⁹ Trata-se da mesma preocupação relatada por Hidelbrando Pontes Neto, que diz não ter significado somente para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual ou do governo dos Estados Unidos - um dos líderes dos fenômenos tecnológicos-, mas “a preocupação é nossa também, na medida em que estamos inseridos nesse contexto global e que a nossa riqueza maior se aloja nos contrastes das nossas diversificadas manifestações culturais.” (PONTES NETO, Hidelbrando. “A propriedade intelectual e as redes eletrônicas” in *Reflexões Sobre Direito Autoral*, Rio de Janeiro: Departamento Nacional do Livro -Fundação Biblioteca Nacional, 1997, p.14)

que a Lei brasileira sobre *Software*³⁰, (Lei 9.609/98 -Lei de Proteção da Propriedade Intelectual dos Programas de Computador) certamente não esgota uma proteção eficaz sobre os direitos de autor na informática³¹ e, noutros casos há dúvidas sobre a matéria ser pertencente ao Direito de Autor ou à Propriedade Industrial, (como a possibilidade do “sequestro virtual” de consumidores pelo uso de marca -*trademark*- do seu concorrente através do uso de *Meta Tags* em páginas da Internet).³²

³⁰ A Lei brasileira sobre o *Software* confere aos programas de computador a mesma proteção dos direitos autorais e conexos, com ressalvas particularizadas, já o *hardware* -enquanto se refere às máquinas que constituem o sistema de um computador- encontra proteção na Lei de Marcas e Patentes.

³¹ Davara Rodriguez após advertir sobre o uso indiscriminado das tecnologias e sob o argumento de que é necessário soluções específicas à sua evidência, mesmo para os que se mostram avessos ao tema, chama atenção para “La necesidad de una regulación jurídica de los derechos e obligaciones consecuentes de la creación y/o utilización del *hardware* y *software*, com su protección en los derechos de propiedad industrial o en los de propiedad intelectual”. (RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. “Manual de derecho informático”, Pamplona: Arzandi, 1997, p. 25)

³² “Nos Estados Unidos, por exemplo, se discute, no Poder Judiciário, a questão das *Meta Tags* (são palavras embutidas no código HTML que formam as páginas na Internet e que são ocultas para os usuários comuns, mas que são encontradas pelos sistemas de procura -*search engines*- e seus classificadores de conteúdo). Determinados concorrentes utilizam as *Meta Tags* para divulgarem suas páginas comerciais na Internet com palavras-chave que possam orientar os sistemas de procura de produtos com prioridade quando determinado usuário (consumidor) estiver à procura de produtos para sua comercialização (mesmo que sejam, especificamente, o produto dos seus concorrentes). A questão central em debate é saber se o concorrente, na sua página comercial, poderá ou não usar a marca (*trademark*) do seu concorrente através de *Meta tags* em páginas da Internet. Recentemente uma decisão do tribunal da Califórnia, em São Francisco, nos Estados Unidos, pareceu tornar a questão pacífica. O caso é o *Brookfield Communications Inc. v. Wet Coast Entertainment Corp.* Foi decidido

Considerando que o processo de desenvolvimento tecnológico é irreversível e provoca atualmente uma dependência em vários níveis sociais, urge que os *experts* em tema de informática sejam os aliados do legislador na adequada sistematização de garantias em temas tão intrigantes que, devido a sua abrangência, fogem ao alcance do presente trabalho.

De toda forma, é possível constatar que a assustadora rapidez com que se processam as informações reflete, por assim dizer, a característica imediatista da sociedade moderna, como a consequência natural de sua evolução e do próprio inter-relacionamento que se vive nos dias atuais, transformando os riscos de lesões a esses direitos em garantias do direito à informação e de informação³³, garantidos em um mesmo patamar constitucional traçado pelos direitos à marca, direitos de autor e ao invento. A preocupação em torno das garantias dos direitos intelectuais cresce à proporção em que se constata a necessidade de sua adequada

que a utilização da marca concorrente em *Meta Tags*, confunde o interesse e decisão inicial do consumidor. Segundo os advogados da autora, com tal decisão o “sequestro virtual” de consumidores pela Internet tende a diminuir.” (ELIAS, Paulo Sá. “Alguns aspectos da informática e suas consequências no direito”, *RT-766*, agosto de 1999, pp. 496-497)

³³ Segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes, há inegável influência dos novos meios de comunicação de massa na formulação mais recente do direito à informação como um direito bifronte : “o direito de exprimir idéias e opiniões e o direito a receber informações; o direito de emissor e também o direito do receptor e, acima de tudo, um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa. (LOPES, Mauricio A. Ribeiro. “Ação civil pública e a tutela de interesse difuso da infância : proteção da imagem e dos direitos da personalidade- programas de televisão”, Trabalho Forense, *RePro-92*, outubro de 1988, p. 288)

interpretação normativa, à altura de sua importância e dos valores que encerram, a fim de que os resultados da tutela jurisdicional sejam praticamente úteis aos seus titulares.

A partir dos resultados almejados pelos titulares dos direitos aqui analisados, é possível, considerando a identidade de regime jurídico a que se subordinam e, guardadas as peculiaridades de suas destinações, falar em *direitos sobre bens intelectuais* no afã de uma compreensão mais completa acerca da tutela jurisdicional capaz de assegurar-lhes a integridade reservada pelo ordenamento jurídico. As criações, são, portanto, bens imateriais, incorpóreos, intangíveis, que uma vez materializados torna pública a capacidade intelectual do criador e, por isso, são protegidos, não enquanto bens materiais, mas pelo conteúdo que albergam. Conforme diz ASCENSÃO, “o art. 2/1 da Convenção de Berna começa por declarar protegidos ‘os livros, brochuras e outros escritos’; e assim fazem várias leis nacionais. Não se repara que se não protege o livro, entidade material susceptível de reprodução, mas a obra imaterial que nele se contém.”³⁴

O problema da proteção desses bens imateriais encontra-se na suscetibilidade de apropriação física do material colocado no mundo fático, o que viria a excluir a possibilidade de exercer as faculdades decorrente do direito que seu titular tem sobre esses bens imateriais. A observação simplista que faz recair o interesse a ser tutelado sobre a circulação dos objetos que contenham produtos da criação leva à errônea percepção de que se protege a forma material e, no

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos autorais na internet” in *VERBA IURIS*- Revista do Curso de Direito da PUC-PR, Ano II, n. 1, agosto, 1999, p. 09.

entanto, esta não passa do suporte fático no qual ocorre a exteriorização da atividade intelectual. Por isso, a atual Lei de Direito de Autor fala em medidas de proteção contra o ilícito praticado nesse âmbito, concedendo ao juiz, em seu art. 106, o poder de “determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos (...)” a evidenciar que o suporte material não é objeto de proteção, mas, o *interesse juridicamente protegido* é o bem imaterial, incorpóreo e intangível.

1.2 AS COISAS INCORPÓREAS E OS BENS INTELECTUAIS

Mesmo em épocas remotas a preocupação terminológica tomou conta dos juriconsultos romanos que distinguiam, no conjunto de bens de uma pessoa, entre *res corporales* e *res incorporales*. Segundo MOREIRA ALVES³⁵

Essa classificação é encontrada nas Institutas de Gaio, nas de Justiniano e no Digesto. É ela de origem filosófica: Cícero, com base em Aristóteles, distinguiu as coisas em *existentes (quae sunt)* -as que se podem ver e tocar (*quae cerni tangiue possunt*)- e intelectuais (*quae intelleguntur*)

³⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. “Direito Romano”, 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 139.

-as que são apenas concepções do espírito; e Sêneca denominava, às existentes, *corporales*, e, às intelectuais, *incorporales*.

No entanto, à falta de abstração dos juristas romanos atribui-se a incoerência da amplitude do conceito de *res*, que num sentido estrito constituía as coisas de valor econômico, e, contudo, estendida às *res incorporales*, assumiam a conotação de “direitos”. Como afirma CRETELLA JR: “*Coisas incorpóreas* são as coisas imateriais, que escapam aos nossos sentidos, que não se tocam ou, como dizem os romanos, *coisas que consistem em direitos (res quae in jure consistunt)*.”³⁶ As coisas incorpóreas, tomadas como sinônimo de bens imateriais³⁷, nunca foram impregnadas, na prática, do conceito material que correspondia a *res*. Tais entidades imateriais, como as *obras do espírito humano* eram *irredutíveis a algo material* mas que somadas às *res corporales* (entidades concretas) formavam o *patrimonium* ou *bona* de uma pessoa.³⁸

Washington de BARROS MONTEIRO adverte para o significado jurídico de “bens” que são “*valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito*”. Para o civilista o vocábulo abrange tanto coisas corpóreas quanto incorpóreas, mas no sentido jurídico “*coisa é tudo quanto*

³⁶ CRETELLA JR., José. “Curso de direito romano”, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 157.

³⁷ Ver sobre a distinção: GRECO, Paolo. “Beni immateriali”, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 358.

³⁸ *Ibidem*, *idem*, p. 151

seja suscetível de posse exclusiva pelo homem, sendo economicamente apreciável”, já as coisas incorpóreas são tomadas em sentido vulgar, “*pois o conceito de coisa, na linguagem do direito é ministrado pela economia.*” Considera, desta forma, que só as coisas e bens econômicos constituem o patrimônio da pessoa, não lhe integralizando os bens de ordem moral por não comportar estimação econômica, sendo mesmo um prolongamento da personalidade natural.³⁹

Porém, não resta pacífico o conceito jurídico dos bens imateriais e boa parte da doutrina, assim como Orlando GOMES, admite “*a existência de direitos sobre direitos, que são bens incorpóreos.*”⁴⁰

A recepção da idéia de que os bens imateriais constituem-se em direitos, aliada a uma tendência de parte da doutrina em tratar a matéria à luz de especulações metafísicas e concepções filosóficas, desvia-se da realidade da ordem jurídica que tutela as entidades imateriais. As polêmicas doutrinas acerca do conceito jurídico de bem imaterial⁴¹, na realidade, têm caráter apenas

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de direito civil”-Parte Geral-, São Paulo: Saraiva, 1976, pp. 143-144.

⁴⁰ GOMES, Orlando.”Direitos Reais”, Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 14.

⁴¹ Discorre GRECO que “il concetto giuridico dei beni immateriali, dopo essere rimasto lungamente fermo negli angusti limiti che avevano tracciato i Romani, è venuto nell’epoca contemporanea assumendo un’estensione man mano più ampia, ma ha dato luogo nel tempo stesso a vivaci discussioni e contrasti sia sul *sé* che sul *come* della sua rilevanza. Si spiega l’estensione e si spiegano i contrasti: l’una soprattutto in base alle moderne esperienze, senza confronto maggiore delle antiche, sugli aspetti pratici del concetto, gli altri non solo per l’indubbia difficoltà di delimitarlo e definirlo, ma anche per la tentazione, non sempre evitata, di trattarlo alla luce, se non piuttosto all’ombra, delle più modeste e

elucidativo, mas no campo da tutela jurídica dos bens intelectuais não se prestam a solucionar seus problemas. Em uma época marcada pelo progresso cultural e tecnológico das sociedades, a necessidade de uma específica proteção jurídica das entidades imateriais revela-se uma exigência imposta por uma categoria jurídica desses bens: a dos chamados “bens intelectuais”, considerado como o *“più tipico ed il più fecondo di applicazioni della dottrina dei beni immateriali”*.⁴² Atualmente, a doutrina tem agrupado sob a denominação de “bens intelectuais” os bens imateriais que representam as idéias como expressão da mente humana, assim considerados pelo ordenamento jurídico, como o direito de autor, direito à marca e ao invento.

Entretanto, a dificuldade encontrada entre os doutrinadores modernos, em precisar a relevância jurídica dos bens imateriais com a consequente falta de univocidade, é fruto de uma concepção cultural histórica, mas que não justifica a transferência de tal fardo às distorções jurídicas que se cometem nesse campo.

Observa-se o excessivo apego à interpretação gramatical dos diplomas legais, que regem a matéria dos direitos em comento, é capaz de desvirtuar sua verdadeira natureza jurídica, pois, ao reconhecer-lhes o regime jurídico da propriedade, implica, outrossim, em outorgar uma tutela jurisdicional que, considerando a natureza do direito, restará inefetiva e inadequada à proteção dos

concrete realtà dell'ordine giuridico, per le quali in verità non è necessario librarsi a tali altitudini.” (GRECO, Paolo. “Beni immateriali”, *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 356)

⁴² GRECO, Paolo, op., cit., p. 360.

valores carentes de tutela. A propósito, na definição de Alfredo Assis GONÇALVES NETO ⁴³

As marcas, como os demais bens imateriais, sujeitam-se a um regime jurídico peculiar que visa assegurar ao proprietário ou titular, o exercício dos poderes inerentes ao domínio dessa espécie de propriedade (...). A propriedade da marca é garantida pelo seu registro no INPI, que faz as vezes de ocupação ou apropriação simbólica, o qual garante ao titular o direito de sua exploração exclusiva em todo o território nacional, pelo prazo de 10 anos, prorrogável sucessivamente por iguais períodos”. No mesmo sentido, trata da “invenção como algo novo, original, não compreendido pelo estado da técnica, suscetível de utilização industrial (...). Há invenções que consistem em aperfeiçoamentos de bens (...). A essas invenções dá-se o nome de modelos de utilidade (...). A propriedade do invento é temporária e se comprova pela patente que o INPI outorga ao seu autor ou a quem for por ele legitimado (...). A propriedade é adquirida com a especificação, mas o direito de exploração exclusiva do invento advém da patente outorgada pelo INPI, sendo provisoriamente concedida a proteção a partir do depósito do pedido ou da prioridade reivindicada.

⁴³ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. “Manual de direito comercial”, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000, pp. 195-197; 209.

Tal entendimento -propriedade dos bens intelectuais- é consequência da postura que se sedimentou nos diplomas legais brasileiros, onde a indústria e a cultura possibilitavam novas formas de riqueza e, por isso, haveriam de ser fomentados através de leis que garantissem ao criador a exclusividade de exploração de sua força intelectual, assimilada, desde o princípio, como faculdades inerentes ao domínio.

Nesse campo, alguns aspectos referentes às modificações que se verificaram na sociedade capitalista são relevantes para demonstrar a transmutação social e a exigência de novas tutelas a essas espécies de bens imateriais. Aliás, é assente em nossos dias a preocupação dos juristas e processualistas em buscar novos rumos do processo para atender as profundas modificações ocorridas na sociedade contemporânea.⁴⁴

⁴⁴ “Considerando-se que o Direito, mais propriamente as regras jurídicas que o compõem, são respostas que os juristas elaboram, sob a forma de proposições normativas para os *problemas* da sociedade do seu tempo, e considerando-se que o direito brasileiro, *in casu*, o Direito Civil, foi construído no séc. XIX sob a égide dos postulados do Estado liberal, concebendo o direito como um sistema lógico-dedutivo, apto a resolver os problemas da sociedade industrial, um dos problemas da ciência jurídica contemporânea é o de enfrentar os desafios da sociedade atual, extremamente complexa e massificada com os modelos e paradigmas recebidos da época moderna e ainda hoje cultivados pelas correntes mais positivistas.” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “Por um estatuto jurídico da vida humana; a construção do biodireito”, Rio de Janeiro: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1997, p. 109)

1.3 OS BENS INTELECTUAIS NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE

A idéia do liberalismo, centrada na liberdade máxima que os homens encontrariam frente a não ingerência do Estado, redundou em um dos movimentos históricos mais expressivos -a Revolução Francesa- contribuindo de maneira notável ao propósito da burguesia de expansão capital através da produção em escala e manutenção patrimonial pela instituição de uma ordem jurídica voltada para estabelecer um sistema que propiciasse total liberdade no campo das obrigações, favorecendo os contratos e restringindo o campo dos direitos reais à uma normatização rígida e expressa aos interesses burgueses. Conforme assinala Orlando GOMES, “considerou-se a propriedade como um direito natural, inalienável e imprescritível, ombreado com as liberdades antepostas ao poder público, emprestando-se-lhe valorização exagerada e condizente embora, com as garantias de que necessitava como instrumento da expansão irresistível das forças produtivas, libertadas definitivamente pela revolução industrial.”⁴⁵

Há que se dizer que, o sistema capitalista, o qual teve à sua base a industrialização, engendrou significativa relevância em nossa legislação, especialmente nas formas de tutela concebidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Levando-se em conta a autonomia da vontade, as contratações -servis ao propósito de

⁴⁵ GOMES, Orlando. “Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade”, *RT-757*, nov., 1998, pp. 717-727.

expansão- não permitiam limitar a vontade em caso de inadimplemento e, em face das obrigações de fazer e não fazer, a ilicitude assumiu o caráter invariável de perdas e danos, pelo total repúdio dominante a qualquer coerção à liberdade e ao individualismo.⁴⁶ Enquanto fonte de produção e multiplicação de serviços, a industrialização culminou na satisfatória circulação de bens tão almejada pelos fortes seguimentos da sociedade, verificando-se, então, o desenvolvimento dos países de terceiro mundo. O progresso foi associado aos valores ditados pela economia industrial, que teve à sua base a circulação de riquezas, *jogando ao ocaso e ao esquecimento tantos outros valores*⁴⁷, o que implica, como se pode ver, em lesões a

⁴⁶ Na doutrina de Arruda Alvim: “Essa idéia de liberdade tão amplamente visualizada, portanto, permite que se afirme admitir a própria ‘eficácia do ilícito’, justamente porque, no inadimplemento de tais obrigações, a solução era, sempre a das perdas e danos. Nessa concepção de liberdade, pois, não se alojava a possibilidade de *coerção* para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, mas isto ocorria, todavia, em nome e por causa, precisamente, da idéia que se fazia da liberdade humana. Vale dizer, era tal o entendimento dominante a respeito do que se entendia por liberdade humana e de respeito àquilo que se julgava ser a individualidade, que era inconcebível se pudesse *coagir alguém* àquilo que não desejava, *ainda que o inadimplente, no caso, já houvesse limitado a sua conduta, pela sua vontade precedente, quando se obrigara.* (ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós”. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RePro*, 97, janeiro-março, 2000, p. 61)

⁴⁷ Conforme leciona Arruda Alvim, o Capitalismo foi o sistema econômico necessário, na Idade Moderna, por ser capaz de corresponder à necessidade da circulação de bens e multiplicação de serviços, revelando-se útil às sociedades, mas, por outro lado, encontrando-se à sua base a industrialização, implicou em lesões a determinados bens considerados socialmente relevantes, recebendo, por isso, especial atenção do Legislador. (ALVIM, Arruda. Palestra proferida em 11.04.97

determinados bens que não se encontravam ao alcance de uma época marcada pelo materialismo econômico.

Segundo o Código Civil brasileiro, bens são as coisas que podem ser objeto de uma relação jurídica, e porque nem todas as relações jurídicas tem como objeto coisas de conteúdo econômico, pode-se em linguagem jurídica entender que, os bens relacionam-se com a idéia de valor, ou seja, qualquer coisa que possa lhe satisfazer, no sentido de necessidade ou utilidade. Entretanto, os valores são cambiantes, o que resulta num aspecto social em que os bens podem ter conotação moral ou patrimonial, conforme seus interesses.⁴⁸ Os bens intelectuais como espécies de bens imateriais, por sua intangibilidade, são entidades extrapatrimoniais, irredutíveis a uma valoração em pecúnia. No entanto, o que se pode perceber é que foi relegado aos estudiosos do direito a noção estritamente de escambo do valor da *res* o que levou a doutrina a supor que todas as coisas possuíssem um valor “economicamente apreciável”. Portanto, a noção de bem *juridicamente protegido* era aquela que, uma vez lesionado, obtivesse do ordenamento jurídico uma reparação monetária.

A umbricação existente no aumento de consumo de bens como consequência lógica, verificada no progresso industrial e tecnológico, foram fatores determinantes para que fossem agregadas ao sistema normativo brasileiro uma disciplina acerca dos direitos de autor e dos direitos à marca e ao

a convite de Escola Nacional da Magistratura e ABECIP in *RePro-* 87, julho-setembro de 1997, pp. 150-151)

⁴⁸ GRECO, Paolo. “Beni immateriali”, op., cit., p. 357.

invento, à altura das concepções dominantes naquela época, não obstante a própria evolução histórica acerca dos valores inerentes a categoria dos bens que integram tais direitos.

Newton SILVEIRA relata que desde a Idade Antiga, o homem sempre teve consciência de sua capacidade criadora. As “obras do espírito” exteriorizadas nas artes e arquitetura antiga constituíam patrimônio cultural, mas o criador não era moralmente reconhecido. Com o Renascimento, os artistas deram-se conta da dimensão de suas criações, protegendo-se contra as apropriações indevidas com a própria criatividade, à falta de normas regulamentadoras.⁴⁹ Durante séculos permaneceu a lacuna entre criador e criatura, como se a obra surgisse simplesmente, abstraídas das idéias ou descobertas. De fato, embora a invenção da imprensa não tenha sido uma tutela, concedeu monopólio ao impressor e a intenção não foi outra que a de proteger o investimento. O primeiro antecedente normativo das obras do espírito, data de 1710, no qual a rainha Ana da Inglaterra instituiu o *copyright*, o direito sobre cópias impressas de livros.

Consagrou-se a tutela sobre a reprodução e a difusão da idéia: a obra significava mais que uma criação, poderia significar lucros. A partir daí a materialidade da obra criou raízes que não foram mais abandonadas. Em 1793 surge na França leis sobre representação de obras dramáticas e direito de reprodução do autor. Em 1790, os Estados Unidos da América do Norte concedem o direito

⁴⁹ Newton Silveira comenta que Leonardo da Vinci, cioso de suas criações, usava artifícios como escrever ao contrário e praticar erros intencionais em seus projetos. (SILVEIRA, Newton. “A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial”, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 13-14)

exclusivo de exploração da obra aos autores e inventores, surge o *Federal Copyright Act*. A Revolução Francesa constituiu o marco da transição entre a noção de privilégio do autor a um direito interligado com a obra. *Nesse contexto, toma corpo a proteção desses bens considerados como propriedade*⁵⁰, com a consequente internacionalização dos direitos em tela em prol de uma proteção que representasse, em nível supranacional, a expressão econômica da exploração desses bens.

Inicialmente concebidos em âmbito interno, sacralizaram-se internacionalmente com a Convenção de Berna de 1886 (Proteção dos Direitos de Autor) e com a Convenção de Paris de 1883 (Proteção da Propriedade Industrial) e respectivas revisões que lhes sucederam.⁵¹

O aspecto patrimonial que exsurgia na doutrina pátria sobre essas espécies de bens imateriais foi incapaz de revelar sua essência e relevância, optando o legislador brasileiro por enquadrá-lo no âmbito da propriedade.

Sabe-se, contudo, que se tratava de um dos mais importantes institutos romanos (a propriedade), posto ser os seus modos de aquisição (*mancipatio, traditio*) conjuntamente com a *possessio* e consequentemente a

⁵⁰Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito autoral", 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁵¹ A Convenção de Paris (de 1883) para proteção da Propriedade Industrial foi revista em: Bruxelas (14 de dezembro de 1900); Washington (2 de julho de 1911); Haia (6 de novembro de 1925); Londres (2 de junho de 1934); Lisboa (31 de outubro de 1958); Estocolmo (14 de julho de 1967). A Convenção de Berna (1886) para proteção dos direitos de autores foi revista em: Paris (15 de abril a 4 de maio de 1896); Berlim (14 de outubro a 14 de novembro de 1908); Roma (7 de maio a 2 de junho de 1928); Bruxelas (6 a 26 de junho de 1948); Estocolmo (14 de julho de 1967) e Paris (24 de julho de 1971).

usucapio a fonte de inspiração romana para distinguir a *res corporales* e a *res incorporales*.⁵² O direito de propriedade identificava-se com as coisas corpóreas, e só essas eram suscetíveis de posse e os referidos modos de aquisição, enquanto as coisas incorpóreas identificavam-se com os direitos, sendo suscetíveis de posse só no período pós-clássico, quando denominou-se quase-propriedade, distanciando-se do que se conhece hoje, como entidade imaterial. Se para os romanos a coisa corpórea era dotada de valor pecuniário era natural que a considerassem como propriedade, já que seu sistema, baseado em ações (*actiones*), não permitiu uma classe de direitos reais como se tem atualmente. A partir daí os doutrinadores formularam os conceitos de direito real e direito pessoal, culminando na atual classificação da disciplina em Direitos Reais e Direitos das Obrigações, como consta do Código Civil brasileiro.

Foi a chamada “Propriedade Literária, Científica e Artística”⁵³ regulada pelo Código Civil nos artigos 649 a 673, na disciplina do Direito

⁵² “Ma a parte i valori proteggibili secondo gli schemi dei rapporti della personalità o di rapporti obbligatori, l’interesse dogmatico che presenta la questione dei beni immateriali verte sul punto di sapere se ed in quanto essi si prestino a formare oggetto di rapporti di tipo reale. Fu infatti soprattutto la considerazione dell’applicabilità o meno di istituti propri di tale tipo specie riguardo ai titoli e modi di acquisto della proprietà, come la *mancipatio*, la *traditio*, la *possessio* e per conseguenza l’*usucapio*—quella che ispirò alla giurisprudenza romana la distinzione fra beni dotati e non dotati di consistenza fisica o, come allora se diceva e si è poi continuato a dire, fra *res corporale* e *res incorporale*.” (GRECO, Paolo, op., cit., p. 358)

⁵³ A Convenção de Berna e Paris, que sucederam a Convenção de Roma, trataram da matéria dos direitos autorais e industriais como Propriedade Literária Científica e Artística, e a respeito da influência da Contratação Internacional sobre as leis internas, José de Oliveira Ascensão faz o seguinte comentário: “Ao contrário do que acontece noutros ramos de direito, essa contratação internacional

das Coisas, já que se tratava de coisas incorpóreas e não se constituía de uma obrigação. A inserção dessa categoria de bens imateriais no catálogo dos direitos reais passou a ser um peso na caneta dos doutrinadores que, na tentativa de elucidar a questão à luz dos princípios que regem a matéria, impregnaram a atual concepção de entidade imaterial de um conjunto de teorias que pudesse harmonizar-se a uma tutela capaz de dispensar-lhe proteção jurídica.

Por muito tempo permaneceram ativas as terminologias como propriedade *sui.gêneris* ou limitada, quase-propriedade, propriedade dos bens imateriais, propriedade incorpórea e mesmo a propriedade literária, artística e científica. Ocupados em moldar o fenômeno ao objeto, os doutrinadores afastaram-se do real conteúdo da propriedade para ampliar suas características à uma categoria de bens que não se acomodam em seu real significado.

O caminho buscado, então, foi o de tratar essa categoria de bens imateriais considerando a propriedade sob dois aspectos: num sentido amplo, a propriedade abrangeria todas as coisas que possuíssem um valor pecuniário, e noutro sentido mais restrito, a propriedade abrangeria só as coisas corpóreas que por sua tangibilidade fossem suscetíveis de domínio.⁵⁴ Sob essa ótica, admitiam a

não consolida o estado normativo atingido pelas leis internas. Frequentemente as antecipa, representando um instrumento de pressão sobre estas. A evolução da lei brasileira só se compreende assim plenamente à luz da evolução dos instrumentos internacionais.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos Autorais”, 2ª ed. , Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 14)

⁵⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Proteção possessória às marcas comerciais”, *RePro*- 51, p. 201.

propriedade desses bens imateriais e estendiam aos mesmos os poderes àquela inerente, qual seja a posse sobre as coisas incorpóreas.

Ora, esse entendimento deriva da visão distorcida daqueles que vêem os bens imateriais, objeto de propriedade, baseado unicamente em um critério terminológico sem atentar para as peculiaridades que derivam da natureza jurídica da propriedade.⁵⁵

Ao diferenciar propriedade e domínio, relegando a estes o direito sobre os bens corpóreos e à propriedade o direito sobre bens incorpóreos, partiram das pretéritas considerações de *proprietas* e *dominium*⁵⁶ que não mais se aplicam nos dias de hoje, dado que o legislador emprega indiferentemente os dois

⁵⁵ *Ibidem, idem*, p. 203.

⁵⁶ O vocábulo propriedade “vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria, numa acepção ampla, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo “propriedade é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à idéia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*. Logo, “domínio” seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas. Percebe-se que no direito romano, a palavra *dominium* tinha um sentido mais restrito do que a propriedade, indicando a primeira tudo que pertencia ao chefe da casa, mesmo que se tratasse de um usufruto, e tendo a segunda uma acepção mais ampla, abrangendo coisas corpóreas ou incorpóreas.” (DINIZ, Maria Helena. “Direito das Coisas”, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6ª ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85)

vocábulos para designar o mesmo conteúdo em diversas passagens do Código Civil (arts. 524, 527, 533, 589, §1º, 622 e 623).⁵⁷

Ora, se não há diferença entre propriedade e domínio e este só abrange coisas corpóreas, não se pode falar que os bens intelectuais como espécie de bens imateriais sejam objeto de propriedade. Se não se trata de propriedade ou domínio, logo, está afastada a idéia de que os bens intelectuais, assim considerados pelo ordenamento jurídico, sejam objeto de direito real.⁵⁸ Limongi

⁵⁷ Rubens Limongi França explica que a palavra “ou” contida no artigo 485 do Código Civil, a despeito dos léxicos ensinarem que indica separação ao invés de aproximação, no caso é de se observar que “propriedade” exprimiria a relação de direito e “domínio” o conseqüente poder do titular sobre a coisa, afastando a questão de o ordenamento não ter palavras ociosas. (FRANÇA, Ruben Limongi. “A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958; “A posse no Código Civil”, São Paulo: Bushatsky, 1968)

⁵⁸ José Carlos Tinoco Soares, comentando o art. 5º da Lei de Patentes e Marcas -“Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial”- invoca a teoria de Barros Monteiro para enumerar as categorias de bens amparadas pelo Código Civil brasileiro, para afinal arrematar dizendo que a “Lei atual ao especificar que os direitos de propriedade industrial são considerados *bens móveis* e, como tais, direitos reais.” (SOARES, José Carlos Tinoco. “Lei de Patentes, marcas e direitos conexos”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19)

Ora, a distinção que o Código Civil coloca entre bens móveis e bens imóveis está calcada na idéia de mobilidade imprimida pelo diploma legal brasileiro para servir de referencial classificatório das coisas. No entanto, o mesmo Código Civil está baseado *em princípios e regras, que submetem, sob um vínculo especial, determinados sujeitos às coisas, comportamentos ou bens apropriados*, e, por isso, segundo FACHIN, “deduz-se que a apreensão jurídica do que seja objeto não é tão simples quanto aquela que está na parte geral do Código Civil (...). Há um sistema construído nesse acesso ao estatuto de coisas, significando que o ordenamento jurídico faz recair uma definição

FRANÇA, já atentava para tais considerações, dizendo que a “propriedade literária, científica e artística” a rigor não tem por objeto coisa corpórea. É um aspecto patrimonial dos direitos privados da personalidade, e encontra-se em tal Livro do

apontando ou permitindo que esse bem ou esse comportamento possa estar no tráfego jurídico (...). Ainda assim, ingressa nesse tráfego das relações jurídicas, como objeto, algo que, direta ou indiretamente, seja suscetível de valoração pecuniária. Esse sistema está fundado na supremacia do patrimônio formado por coisas e nele, nomeadamente, o patrimônio imobiliário. Tanto é assim que o Código Civil sempre foi alcunhado de código do patrimônio imobiliário. Nele liga-se à idéia dos bens a suscetibilidade de serem convertidos em dinheiro e isso se aplica tanto às coisas quanto ao comportamento. Essa lógica de conversão em dinheiro traz algumas interrogações quando determinados direitos, que integram a esfera jurídica, e que não são objetos de direito, são violados, e sua violação permite a reparação pecuniária, mesmo não integrando o patrimônio e nem podendo ser objeto de direito.” E conclui dizendo que “a divisão básica dos bens não é jurídica, e sim econômica. O jurídico apenas comparece para dar cobertura aos bens de produção, de uso e de consumo, de acordo com a concepção política, e para estabelecer o regime dos mesmos.” (FACHIN, Luiz Edson. “Teoria crítica do direito civil”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 160-166)

É preciso, pois, que se repense sobre os valores imprimidos pelo liberalismo à estrutura do Código Civil que não se aplicam à realidade contemporânea, especificamente quanto a propriedade e a nota que a mesma estabeleceu para as classificações do direito: real e pessoal. Como aconselhava San Tiago Dantas: “tem sido grande a culpa dos juristas de hoje -não apenas entre nós, mas em todos os países- não assumirem uma posição na revisão dos conceitos dogmáticos e no ajustamento do Direito à novas realidades legislativas e às superiores exigências da reforma social. Apegada a estruturas que exprimem no direito público ou no privado as condições econômicas e espirituais de determinadas épocas, a cultura jurídica não se lança à procura das formas novas e, vendo-as brotar desordenadamente na legislação empírica, forjada pelas circunstâncias, via de regra desdenhou seu estudo sistemático e seu julgamento teórico.” (DANTAS, San Tiago. “Um seminário na UNB”, Brasília : Universidade de Brasília, 1985 *apud* FACHIN, Luiz Edson., op., cit., p. 323)

Código “à falta de lugar mais conveniente. Quando da elaboração do Código Civil, o assunto dos *personalitätsrechte* estava longe de se encontrar amadurecido.”⁵⁹

Com efeito, os valores morais e patrimoniais que se encontravam no feixe de direitos conferidos ao criador, em função da exteriorização de sua obra, propiciou o ambiente do dissenso que consistia em dar maior ou menor importância a um dos aspectos que se evidenciava: pessoal ou pecuniário, sem se atentar para a carga axiológica que se incorporava ao sistema e a consequente interpretação doutrinária sobre suas formas de proteção. Assim, a categoria de bens imateriais que se alastrava nos conhecimentos desses doutrinadores foi recepcionada como espécie de propriedade, mesclando-se conceitos e teorias que, ainda hoje, são motivos de acirradas polêmicas em torno de sua natureza jurídica.⁶⁰ Entretanto,

⁵⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. “A posse no Código Civil”, São Paulo: Bushatsky, 1968 *apud* BITTAR, Carlos Alberto. “A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988”, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 128.

⁶⁰ Sobre as teorias, pode-se sintetizar que a do Monopólio, revelada por ocasião da imprensa, baseava-se em um contrato do criador com a sociedade, que lhe permitia o privilégio de reprodução na impossibilidade de recompensá-lo. A teoria da Obrigação justifica que o criador tem um interesse em não ter sua obra violada, e que disso pode decorrer a obrigação em indenizar. A teoria da Propriedade, de origem tedesca, apoia-se na faculdade de uso, gozo e disposição específica do proprietário. A teoria da propriedade *sui generis*, trata de uma propriedade limitada, ao mesmo tempo corpórea e incorpórea, disciplinada por normas especiais. A teoria da Personalidade, devida a Kant e Gierke, liga o criador de tal forma à criatura que a obra, após sua exteriorização, ligava-se diretamente à personalidade do criador. A teoria do Direito Intelectual devida a Picard, ao propor uma nova categoria, compreende todas as manifestações da inteligência humana, unindo o aspecto econômico e pessoal, no qual prepondera o pessoal, contrapondo-se a um direito real, como um direito pessoal de ordem

trata-se menos de assumir uma posição ideológica e muito mais de analisar o tema sob a perspectiva dos resultados que possam emergir da tutela que se lhe confere.

É possível observar que o fio condutor de toda matéria relativa aos direitos aqui analisados enveredou pelos rumos do materialismo, recebendo o influxo da transformação sócio-estatal do liberalismo, baseado nas leis de mercado para preencher o critério de evolução e desenvolvimento. Era, na verdade, de se aceitar como critério legítimo os valores que se infiltraram nas legislações dos países que, como o Brasil, tinham por paradigma o sistema europeu.⁶¹ Da lei ordinária à Lei Maior, os privilégios decorrentes da exploração da obra intelectual de cunho estético ou de caráter industrial, sendo utilitárias ou funcionais,

extrapatrimonial. (Cf. BESSONE, Darcy. “Direitos reais”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 114-118; GOMES, Orlando. “Direitos reais”, Rio de Janeiro: Forense, 1973, pp. 230 e ss)

⁶¹ No Brasil, a primeira lei sobre direito de autor foi a que criou os cursos jurídicos do país, em 1827 e registrava a noção de privilégio da obra. Em 1898 surge a primeira Lei como direito de Autor (Lei 496 de 01/08/1891). Significante foi sua sistematização pelo Código Civil, arts 649 a 673, sob a rubrica “Da propriedade literária científica e artística”, revogada pela Lei 5.988 de 15 de Dezembro de 1973, hoje em vigor a atual Lei 9.610, de 19.02.98. No que diz respeito ao direito à marca e ao invento, o primeiro antecedente de proteção surge em 1809 com o Alvará do Príncipe Regente, que concede um privilégio temporário aos inventores de novas máquinas. A primeira lei específica sobre privilégios de invenção data de 28.08.1830, e procura incentivar os melhoramentos da invenção pela concessão de patente ao inventor, ou seja seu uso exclusivo. A marca de fábrica e comércio só foi reconhecida pelo Dec. 2.682 de 23.10.de 1875. Outros decretos seguiram-se até a promulgação da Lei 5.772 de 21.12.1971 que regulava o Código de Propriedade Industrial., evoluindo para a atual Lei 9.279 de 14.05.1996 que regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial .

foram garantidos aos criadores, embora não expressamente, através da proteção ao suporte fático que albergavam sua criação intelectual.

Atualmente, vê-se, pois, um reconhecimento paulatino sobre a importância de proteção aos direitos em comento, não somente em nível de legislação ordinária, em que passaram a configurar em legislação própria apartando-se do ramo do direito do qual descendem -civil para os direitos de autor e comercial para os direitos à marca e ao invento- assumindo, pois, a conotação de “novos direitos”⁶², bem como em nível constitucional, através dos incentivos que o Estado concede aos seus titulares a fim de disseminar o progresso cultural e tecnológico, tomados como suporte de sua qualificação perante o consenso das Nações.⁶³

Com efeito, os direitos de autor, à marca e ao invento alçaram foros de garantia do cidadão, expressamente previstos na Constituição brasileira art. 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização,

⁶² Para ORLANDO GOMES, a “expansão dos novos direitos, parificados ao de propriedade, tem por limite intransponível, na ordem vigente, os marcos que assinalam as confrontações do sistema de produção baseado na apropriação individual de interesses.” (GOMES, Orlando. “Significado da evolução do conceito de propriedade”, op., cit., p. 726)

⁶³ A necessidade do desenvolvimento tecnológico como objetivo de nivelamento dos Estados na órbita internacional revela-se em palavra de ordem para subir o degrau desejado ao patamar de um país desenvolvido. No entanto, diversas questões sobre a necessidade de aliar tecnologia com os direitos fundamentais tem tomado parte das preocupações de juristas, legisladores, advogados e, de um modo geral, de todos os que percebem que a legislação encontra-se sempre a um passo atrás dos implementos tecnológicos capazes de lesar direitos solenemente assegurados. (Cf. BITTAR, Carlos Alberto. “Contornos atuais do direito do autor”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 180 e ss)

publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” e art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimeto tecnológico e econômico do país” e, portanto, estão inseridos na categoria dos direitos e deveres fundamentais do cidadão, embora revelem o conteúdo patrimonial impregnado pelas Convenções Internacionais.

Quando se trata de direitos fundamentais é forçoso reconhecer sua imposição à ordem jurídica estatal, pois não são ordinariamente ditados pelo princípio da maioria, mas muitas vezes limitados pelo nível supra-estatal a que chegaram, obrigando uma simetria entre a Constituição e as normas de Direito Internacional. Como diz George SARMENTO, eles são “fruto de longa e penosa evolução histórica, em que a ciência e a técnica uniram esforços para revelar um núcleo de direitos essencial ao desenvolvimento, expansão e preservação da dignidade humana em todos os seus quadrantes.”⁶⁴ Trata-se, segundo VISSALI, dos valores que surgem no seio de uma civilização, mas que necessariamente não

⁶⁴ SARMENTO, George. “Evolução das liberdades na teoria dos direitos humanos fundamentais” - *Direitos & deveres*- Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, Ano I, 1997, p. 129.

adquirem estabilidade, podendo ter nova conotação a depender dos interesses dessa sociedade.⁶⁵

Não se pode descartar as significativas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas e a conseqüente mudança de valores que o Direito tende, a passos largos, acompanhar.⁶⁶ Nas palavras de Arruda ALVIM⁶⁷

A sociedade e o direito que disciplina as relações sociais evoluem como um todo e não somente em uma dada disciplina jurídica, o que, conquanto curial, deve ser sublinhado. Essa evolução global demonstra, não poucas vezes, uma insuficiência operativa generalizada do instrumental existente para a concreção de determinados novos valores perseguidos a que aspira a sociedade, com o que os antigos valores resultam substituídos por outros valores, ou senão, mais precisamente, aqueles valores

⁶⁵ Cf. VISALLI, Nicolò. “La crise dei valori. Problemi antichi e nuovi nei diritti della persona”, *Rivista di Diritto Civile*, ANNO XL, n.1, 1994.

⁶⁶ Segundo BITTAR, “impõe-se a busca de quebra do descompasso, ou seja, deve-se pugnar pelo ajuste do direito posto às novas conquistas doutrinárias e tecnológicas, para que se protejam, com firmeza, os criadores intelectuais e, via de consequência, se afirme e se expanda a cultura no país.” (BITTAR, Carlos Alberto. “Contornos atuais do direito do autor”, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 115)

⁶⁷ ALVIM, Arruda. “Obrigações de fazer e não fazer -direito material e processo”, *RePro*, v. 99, julho-setembro, 2000, pp. 37-38.

envelhecidos resultam sucedidos com outro perfil ou renovados.

Observe-se que no atual Estado Democrático não há razão para se preservar valores de uma época que não espelham os atuais interesses voltados para a dignidade do ser humano. Se outrora os bens patrimoniais revelaram-se essenciais como referencial de desenvolvimento, hoje, verifica-se uma inversão desses valores e, os bens não patrimoniais, como os bens intelectuais, são dotados de maior relevância no contexto social ou, parafraseando Orlando GOMES, *despiram-se das deficiências técnicas resultante da percepção primária dos novos fatos, somente agora carregados de energia social suficiente para sua cristalização jurídica*.⁶⁸ Melhor dizendo, não há razão para se preservar, na legislação, o termo

⁶⁸ O Autor, retratando a evolução contemporânea do direito de propriedade, evidencia a perda do atributo essencial da propriedade com a sua desagregação através do fenômeno curioso da existência de uma nova categoria de proprietários “ora exercendo um direito que se assemelha ao domínio, ora direitos que correspondem, tradicionalmente, aos do proprietário. Esses novos direitos não possuem, no sentido clássico, a natureza do direito de propriedade, mas conferem aos seus titulares prerrogativas análogas às que desfrutam os proprietários, quando não se apresentam como limitações ao domínio, que fazem supor a existência de um direito marginal e concorrente. Na esteira desse desenvolvimento, é a propriedade que adquire novas formas originais, ou são novos direitos que, como o de propriedade, se regulam por assimilação, proveniente, de um lado, da insuficiência inevitável que exerce a alta valorização social desta e, de outro, das deficiências técnicas resultantes da percepção primária dos novos fatos, somente agora carregados de energia social suficiente para sua cristalização jurídica.” (GOMES, Orlando. “Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade”, *RT/757*, novembro, 1988, p. 718)

“propriedade”⁶⁹ quando o mesmo não se presta a retratar o real valor que se pretende preservar e, no mais das vezes, serve somente para embaraçar a outorga de tutela adequada e efetiva a essas espécies de bens imateriais, conforme a análise que se fará nos próximos capítulos.

Portanto, verifica-se que a chamada “propriedade imaterial”, utilizada como referência aos bens intelectuais, constitui-se em uma *impropriedade terminológica do legislador*, mas nem por isso pode-se afastar todas as diferenças existentes entre as entidades corpóreas e as incorpóreas, que de fato, não podem ser objeto de propriedade.⁷⁰ Conforme relata Orlando GOMES, “o

⁶⁹ Nas palavras de CARRIÓ, “se piensa que cada vez que un conjunto de reglas se presenta con una determinada unidad, que lo hace acreedor a una designación unificadora, esa designación es el nombre de una entidad sui generis, poseedora de alguna característica o propiedad central (sua natureza jurídica) de la que derivan, como quien dice en forma genética, todas las reglas del sector en cuestión, y también otras que, si bien non están contenidas expressamente en él, son ‘engendradas’-al igual que las primeras- por la fecunda idea central, o naturaleza jurídica. Esse modo de presentar las cosas es, segun, Heck, un resabio del pensamiento de la Escuela Histórica, que há perdurado en la teoría de la Europa Continental mucho después que las banderas de aquel movimiento romántico fueron arriadas.

Se trata, en suma, de un exceso cometido al amparo de la pretensión de dar definiciones reales, o de explicitar el verdadero, único o último significado de ciertas expresiones de estructura y comportamiento muy complejos.” (CARRIÓ, Genaro R. “Notas sobre Derecho y lenguaje”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 102-103)

⁷⁰ Nesse terreno já advertiu MARINONI que “não é em razão de definirmos como propriedade o direito sobre coisas incorpóreas, de acordo com um determinado critério terminológico, que deixaremos de atinar para as relevantes distinções entre esta ‘propriedade imaterial’ e a propriedade de coisas corpóreas.” Para, depois concluir o processualista que “ademais o uso do mesmo nome para

fenômeno da ‘propriedade incorpórea’ explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, mas, embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa.”⁷¹

A irracionalidade operante nos dias atuais é a mantenedora do *status* de propriedade aos bens intelectuais e a todos novos direitos assimilados como tal, e ao que parece, contribui para a indecisão sobre seu cunho eminentemente polêmico sem se atentar que *não há clima propício para floração de novas propriedades* sem que se sacrifique seu próprio regime.⁷²

A pretensa identidade, buscada com a instituição da propriedade, afasta o ideal de construir um sistema jurídico dotado de normas úteis para a sociedade, ou seja, as expressões contraditórias capazes de contrastar com outras normas desse sistema logram do direito sua cientificidade. O direito, enquanto ciência, exige uma rigorosidade na elaboração de sua linguagem, assim como apresenta BOBBIO: “la ciencia no consiste en la aprehensión de la verdad, sino en el uso del language científico. Construir una ciencia quiere decir construir un language rigoroso, en donde vale como científicamente verdadera no ya aquella proposición

designar duas realidades distintas, somente serviria para causar dúvidas e confusões, que não raro são percebidas.” (MARINONI, Luiz Guilherme, *RePro*, v.51, pp. 201-202)

⁷¹ GOMES, Orlando. “Direitos Reais”, op., cit., p. 95.

⁷² Cf. GOMES, Orlando. “Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade”, op., cit., p. 726.

que se adecua a la verdad objetiva, sino aquella que está expresada en términos que respetan las reglas válidas en el ámbito del sistema.”⁷³

1.3.1 NATUREZA JURÍDICA E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOBRE OS BENS INTELECTUAIS. A RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE Oponibilidade e Exigibilidade

Buscar a natureza jurídica de determinada instituição significa perquirir sobre o que há de essencial através da individualização de suas características capaz de distingui-la das demais. Segundo Juan GÁLVEZ “cuando nos referimos a la búsqueda de la naturaleza jurídica de una institución, lo que probablemente queremos encontrar es su esencia jurídica, es decir, el *qué* de la institución o, mejor aun, el *qué* dela institución y no lo que la cosa *es*. Adviértase que es cosa muy distinta el *ser* de algo que los que esse algo *es*”.⁷⁴ Ao afirmar que o direito à marca é o direito de uso exclusivo de seu titular por havê-la registrado⁷⁵,

⁷³ BOBBIO, Norberto. “Teoría de la ciencia jurídica”, Turín, 1950, p. 215.

⁷⁴ GÁLVEZ, Juan F. Monroy. “Hacia un lenguaje que justifique la cientificidad del derecho y del proceso”, *RePro-91*, julho-setembro, 1998, p. 49.

⁷⁵ Lei de Patentes e Marcas, art. 129: “a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo

significa, na realidade, dizer que esse *direito é*, portanto, não se fala propriamente sobre a essência desse direito. O mesmo acontece com o direito ao invento e de autor, que confere ao titular o direito de exclusividade sobre a obra.⁷⁶

No entanto, o *ser* desses direitos está na imaterialidade capaz de conferir a característica essencial às pessoas que concebem criações intelectuais e as difere das demais pessoas na órbita social, por isso, a lei lhes confere direitos excluindo todas as demais pessoas. Tal essencialidade permite identificar a existência do direito, mesmo que terceiro possa violá-lo, como acontece no caso de alguém produzir, sem autorização de seu titular, determinado produto que seja objeto de patente. Ainda que ocorra a violação há a titularidade, ou seja, o direito é inerente ao inventor e exatamente por isso a lei confere uma proteção ao seu titular, reconhecendo ser essencial sua capacidade intelectual para gerar os direitos que lhe

território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.”

⁷⁶ Maria Cecília comentando sobre a recente lei do *Software* diz que “a nova lei trouxe uma importante alteração, que foi a garantia exclusiva ao autor ou detentor do direito autoral de *software* da faculdade de autorizar ou proibir o aluguel comercial do programa, não sendo exaurível este direito com a venda, licença ou outra forma de transferência de cópia. Necessário que se ressalte, no entanto, que não é a idéia que se encontra protegida, e sim a obra intelectual expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou não, conhecido, ou que venha a ser inventado. A proteção do *software* não se confunde com o meio através do qual ele se exterioriza.” (ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. “Contratos Informáticos-breve estudo”, *RT-762*, abril de 1999, p. 52)

são inerentes.⁷⁷ Quando a Lei confere ao titular o direito de impedir terceiro de produzir o objeto da patente⁷⁸, obviamente coloca como núcleo central a pessoa e não o bem materializado, senão a obra intelectual concebida que é um bem imaterial, exteriorizada por alguém que possui a qualidade específica de ter capacidade intelectual, coincidente com o interesse tutelável pelo Estado. Ora, para garantir os pressupostos básicos de sua democracia -entre eles o desenvolvimento nacional (tecnológico e econômico)⁷⁹-é necessário assegurar a todas as pessoas que se

⁷⁷ “Entonces, lo esencial es aquello que permanece inmutable en un ser después de todos los cambios o suceso que pueda experimentar o que puedan ocurrir a su alrededor. Y si lo esencial se expresa en términos de derechos en la llamada *naturaleza jurídica*, cuando se busca la naturaleza jurídica de una institución, entonces, se pretende alcanzar aquello que ésta tiene de inherente, exclusivo y perenne.” (GÁLVEZ, Juan F. Monroy, op., cit., p. 50)

⁷⁸ Lei de Patentes e Marcas, art. 42: “A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I- produto objeto de patente;

II- processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.”

⁷⁹ Constituição Federal, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

II-garantir o desenvolvimento nacional.”

encontrem caracterizadas por essa qualidade essencial, direitos que possam influenciar a concretização dos objetivos do Estado e da própria sociedade.⁸⁰

Ainda, art. 5º, inc. XXIX -“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização (...), tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

⁸⁰ A propósito, veja parte do discurso do Sr. Presidente Fernando Henrique Cardoso por ocasião da sanção das leis de direito de autor e de *softwares*: “(...) Acho que por consequência, podemos dizer que ao firmar esses dois diplomas legais, estamos dando um avanço grande, no respeito que temos que ter ao criador intelectual que se garantem os direitos, a liberdade de criatividade, a expansão do espírito. Sabe-se que, hoje, cada vez mais os bens culturais são bens econômicos, têm repercussão na área econômica (grifo meu). Precisamos, também por essa razão -embora não seja a única e muitas vezes nem é a principal- garantir condições que permitam investimentos maiores. Mas, não podemos deixar que esse investimento liquide o direito e até os interesses materiais do produtor individual, da pessoa que realmente está produzindo. Porque nessas áreas, seja em ciência e tecnologia, seja em área cultural, se bem que como todo produto humano, seja um produto social, e portanto, depende de relações, instituições etc., são áreas nas quais chega um momento em que a imaginação individual é insubstituível, e que, portanto, tem que ser, também, valorizada devidamente, porque é assim mesmo (...).” (Discurso publicado na íntegra pela Revista Consultor Jurídico, 19 de fevereiro de 1998, à disposição no site <http://www.nepi.adv.br>)

O problema que essas espécies de bens imateriais (direito de autor, direitos à marca e ao invento) se deparam para obter um tratamento que justifique sua classificação perante a categoria jurídica que se inserem, está na idéia que o Estado sempre propagou: aquela que pode gerar repercussão econômica pelos incentivos que o país oferece ao criador na expectativa de sua equivalência na esfera internacional com alta tecnologia e baixo índice de desnivelamento cultural. Não é outra a noção que se pode extrair do texto constitucional e de suas específicas leis, recentemente sancionadas, que insistem em tratar tais bens como *bens móveis*. Já foi referido no presente trabalho a crítica do professor FACHIN sobre tal tratamento e volta-se a insistir que, em que

Além disso, o legislador constitucional erigiu como princípio de nossa Lei Maior, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) e, portanto, não é possível desprezar o que diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. XXVII: “Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da humanidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística de que seja autor.”

pese os reais interesses do Estado, o homem na atual democracia ocupa lugar de destaque, e o interesse juridicamente protegido não pode repousar no reflexo econômico que tais bens possam revelar. Não se trata de bens patrimoniais, como não o são a saúde, a integridade física ou a imagem da pessoa, embora, também à esses bens imateriais a conduta ilícita de outrem possa gerar efeito danoso. Podem, e não necessariamente geram danos. Veja-se, por exemplo, que alguém ao ser agredido fisicamente ficou impossibilitado de comparecer a um determinado compromisso que o fez deixar de lucrar grande soma em dinheiro. No entanto, abstraindo essa particularidade (negócio não realizado) a atitude ilícita pode estar dissociada de um prejuízo patrimonial. O que se quer ressaltar é que interessa para os titulares desses direitos -que não podem ser expressos em pecúnia- manter afastadas quaisquer atitudes ilícitas que possam, eventualmente, causar-lhes danos, não somente provocadas pelo Estado, mas no geral, pelo convívio em sociedade.

É a preocupação que se pode notar nos irmãos MAZEUD: “Quando examinam-se os direitos da personalidade encontramos-nos, sem dúvida, face a face com os mesmos direitos (direitos humanos), porém sob o ângulo do direito privado, isto é, das relações entre particulares, onde tratamos de defender estes direitos não contra o abuso de autoridade, mas contra os danos que nos infringem nossos semelhantes.” (MAZEUD, Leon, Henri, Jean. “Leçons de droit civil”, t. 1, v. 10, Paris: Montchrestien, 1981, p. 714)

Por isso, assegurou expressamente os direitos sobre os bens intelectuais -direito de autor, direito à marca e ao invento- erigindo-os como direitos fundamentais⁸¹ do cidadão em seu art. 5º, incisos XXVII e XXIX. São direitos relacionados com a liberdade do indivíduo que no dizer de José Castan TOBEÑAS, constituem-se de “*derechos sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad o sobre los modo de ser, físicos o morales, de la persona.*”⁸²

As diversas formas de utilização, sejam ou não remuneradas, não descaracterizam a natureza extrapatrimonial desses bens, mas representam um incentivo à produção intelectual do autor e, por outro lado, uma

⁸¹ Tais direitos e deveres fundamentais, segundo SARMENTO, podem ser doutrinariamente delineados conforme seu processo evolutivo em quatro gerações: 1ª-liberdades fundamentais e direitos políticos; 2ª -direitos sociais, culturais e econômicos; 3ª -direitos de solidariedade; 4ª -globalização da democracia e dos direitos humanos fundamentais. Segundo o citado autor, as liberdades fundamentais englobam os direitos proclamados no artigo 5º da Constituição Federal e destinam-se a assegurar a dignidade do indivíduo; os direitos sociais e econômicos estão expostos no seu artigo 6º e 7º voltados para o bem-estar e igualdade do povo, desloca sua atenção do homem para a sociedade; os direitos de *solidariedade*, coletivos ou de *fraternidade*, são os chamados “novos direitos” voltados à solidariedade e preservação do meio ambiente como focos de melhoria de qualidade de vida para todos, mas que não podem ser considerados direitos de liberdade. (SARMENTO, George, op., cit., pp. 117 e ss)

⁸² Na verdade é uma junção em que a primeira parte trata da teoria de MESSINEO (“Manuale di diritto civile e commerciale”, 6ª ed., Padova, 1943, v.I, par. 49, p. 293) e a segunda é atribuída a DE CUPIS (“Il diritto della personalità”, Milano, 1950, p.23 e ss) *apud* TOBEÑAS, José Castan. “Los derechos de la personalidad”, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p.18.

necessidade do Estado e da sociedade, tendo em vista o desenvolvimento humano.⁸³ Se prevalente tal idéia, também o direito à imagem, como direito inerente à personalidade, poderia ser descaracterizado de sua natureza não patrimonial quando, por exemplo, seu titular auferir vantagem pecuniária com a publicidade de sua fotografia em artigos, jornais, revistas ou qualquer outro meio de informação. Aliás, é o direito à informação, que tem como corolário o direito à cultura, que faz com que haja uma limitação temporal dos direitos conferidos ao titular de uma criação intelectual⁸⁴, mas nem mesmo por isso há a descaracterização como direito inerente à

⁸³ HENKEL, fala que “el hombre individual, que se há desarrollado dentro de unas condiciones de vida propias e individuales, necesita tal esfera no sólo por el mismo, sino también para poder cumplir con las exigencias que la comunidad le dirige a el como ser social” e continua dizendo “pero lo que sí constituye la función y la tarea del Derecho es comentar mediante normas jurídicas la facultad, dada al hombre por su determinación, de desarrollar su personalidad, y asegurarla, en el sector de la vida interhumana, concediendo a la persona un espacio libre de comportamiento jurídicamente protegido. Este “derecho de la personalidad” (entendido, em sentido estrito, como derecho a desarrollar la personalidad) se conforma en diversos aspectos; por ejemplo, como derecho a libre elección y al libre ejercicio de una profesión, a la exploración de la fuerza espiritual creadora (derecho de autor y de inventor), etc.” (HENKEL, Heinrich. “Introducción a la filosofía del derecho”, trad. da edição alemã de 1964, pp. 320-321)

⁸⁴ Lei de Patentes e Marcas, art. 40: “A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito.”

art. 133: “O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.”

A Lei de Direitos de Autor e Direitos Conexos (9.610/98) prevê um prazo de proteção de 70 (setenta) anos aos seus titulares e, embora aos titulares dos programas de computador

pessoa que reúna a qualidade essencial da criação intelectual tutelável pelo ordenamento jurídico.⁸⁵

A criação doutrinária de predicados capazes de individualizar os direitos de personalidade ou fundamentais não é impeco para considerar a natureza dos direitos sobre os bens intelectuais como direitos inerentes à personalidade do criador⁸⁶ e, nesse sentido, diz FERRATER MORA que a essência é

seja conferido proteção relativa ao direito de autor, a Lei do *Software* (Lei 9.609/98) prevê um prazo de 50 (cinquenta) anos aos seus titulares.

⁸⁵ Em sua teoria crítica aos institutos do direito civil, FACHIN assevera a respeito dos direitos personalíssimos serem inalienáveis, “é preciso compreender que certos direitos possuidores de uma feição de direitos personalíssimos podem ter outra feição, simultaneamente, como de alguma natureza patrimonial-pecuniária, como é o caso do direito autoral (...). Há certos direitos personalíssimos que têm dupla feição, sentidos em que um fim não anula o outro.” (FACHIN, Luiz Edson. “Teoria crítica do direito civil”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124)

⁸⁶ Sobre a necessidade do reconhecimento de uma eficaz proteção aos autores, comenta BITTAR que “essa tendência deve acentuar-se, porque de um lado, o Direito de Autor é direito natural do homem, e, de outro, o progresso intelectual depende das criações do espírito, e essas somente são possíveis -como é intuitivo- em um sistema que garanta ao autor proventos dela defluentes (...).” As idéias de auferir proventos e de limitação no tempo são colocados pelo autor em duas ordens: “a) o individual do autor; e b) o geral, da coletividade: aquele voltado para proteção e para a retribuição econômica de sua obra; este, dirigido para a fruição, pela sociedade, dessa mesma obra.” Há, segundo sua doutrina, o evidente choque de interesses privados e públicos, em que a exclusividade da exploração submete-se à autorização do autor pelo lapso de tempo deferido, “procurou-se, com isso, uma conciliação entre os interesses individuais do criador e os da coletividade -estes voltados para o progresso e a difusão da cultura- conferindo-se-lhe o monopólio, mas por um lapso de tempo, após cujo implemento passa a

certo predicado por meio do qual “se dice *qué* es la cosa o se define la cosa. En primer caso tenemos la esencia como algo real. En el segundo, como algo ‘lógico’- o conceptual. Los dos sentidos se hallan estrechamente relacionados, pero se tiende a ser el primero desde el segundo. Por eso el problema de la esencia há sido com frecuencia el problema de la predicación. *No todos los predicados son esenciales.*”⁸⁷(grifo meu)

Os chamados direitos de liberdade ou de primeira geração estão ligados à concepção do Estado Liberal, que impõe um absentismo estatal, ou seja, um não fazer, uma ordem geral dirigida ao Estado e aos particulares.⁸⁸ Trata-se do indivíduo possuir uma esfera reservada da sua relação com a sociedade, como sujeito de direito subjetivo, de tal modo que não haja ingerência do Estado, e por outro lado exclui a intromissão de outras pessoas na realização de seu direito. A noção da situação jurídica subjetiva dessa categoria de bens imateriais, como todo direito de personalidade é a existencial, que não se confunde com a patrimonial ditada

obra ao domínio da comunidade, podendo, em princípio, por qualquer de seus membros, ser utilizada.” (BITTAR, Carlos Alberto, op., cit., pp. 138-139; 174)

⁸⁷ FERRATER MORA, José. “Diccionario de filosofia”, Madrid: Alianza Editorial, p. 985 *apud* Gálvez, Juan F. Monroy, op., cit., p. 49.

⁸⁸ Segundo PAULO BONAVIDES, “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico.” (BONAVIDES, Paulo. “Curso de direito constitucional”, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 517)

pela relação jurídica dos direitos patrimoniais⁸⁹, constituindo um alicerce para o desenvolvimento humano. Portanto, no âmbito das liberdades fundamentais insere-se

⁸⁹ É necessário transcrever um trecho da obra do professor Fachin a respeito da visão mais aguçada sobre a idéia de relação jurídica e patrimonialidade, para que não se perca a original perspicácia: “O objeto se abriga sob uma relação jurídica, a primeira ‘realidade’ e tentativa de definir o que se entende por esse plano da configuração jurídica que é preliminar sob a noção de patrimônio. Há relação estreita entre objeto e patrimônio, logo, o que pode ser objeto do direito estaria inserido no âmbito do patrimônio. Esta idéia remete a alguns caminhos, dentre eles o de permitir fazer a distinção inicial básica entre aquilo que se entende por patrimônio e o conjunto de direitos que dizem respeito a um dado sujeito.

Compreendida a definição de objeto na idéia de patrimônio, a noção que viria a seguir é a de que o patrimônio pertencesse a um determinado ente, quer seja natural, quer seja jurídico. Esta ligação do patrimônio a determinado ente faz com que pessoas naturais ou jurídicas se circunscrevam, do ponto de vista da sua titularidade, a uma determinada esfera jurídica. O objeto, assim, integra a moldura da titularidade.

Essa esfera jurídica é fundamental para explicitar circunstâncias que necessariamente não integram a esfera de cunho patrimonial. Há ‘objetos’ que não se circunscrevem a essa noção de patrimonialidade da coisa em si mesma concebível. Com isto há, no plano do Direito, direitos subjetivos que podem se enquadrar na esfera jurídica, mas não no âmbito estrito do patrimônio.

A reflexão que surge é a de não acatar ou circunscrevê-la à materialidade das coisas que integram o patrimônio de alguém. A noção de esfera jurídica pode transcender esta materialidade objetiva das coisas ditas móveis e imóveis. Esta é a razão, portanto, dessa visão inicial segundo a qual o patrimônio integra, mas não esgota a esfera jurídica de uma pessoa natural, ou de uma pessoa jurídica propriamente dita.

a garantia constitucional de que ao criador da obra intelectual será assegurado os direitos decorrentes de sua exteriorização.⁹⁰ Sob essa ótica é possível dizer que a

Isto constata uma relação estreita que se estabelece entre objeto e um determinado titular, quer seja objeto de cunho patrimonial, quer seja objeto que integre o segmento da esfera jurídica que não seja patrimonial, sempre liga essa noção a um titular, e esse pode ser o titular de uma coisa, ou determinado comportamento. A titularidade não se esgota no conceito de apropriação material, ou seja, é possível uma titularidade sobre certas circunstâncias, as quais não se reduzem a um conceito básico ou elementar da coisa.

A temática das titularidades compreende várias nuances e especializações. Tem especial destaque, nesse sentido, o direito do autor, de relevância contemporânea indiscutível.” (FACHIN, Luiz Edson. “Teoria crítica do direito civil”, op., cit., p. 156)

⁹⁰ “No âmbito do direito privado deixa-se (*rectius*: está se deixando) atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O Direito Civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si.” A respeito da proteção conferida aos direitos da personalidade expressa-se Eroulths Cortiano que “essa especial proteção à personalidade merece visão aguçada e consuetânea com o século que se aproxima. Se modifica-se a visão jurídica de velhos institutos, também a visão dos direitos da personalidade merece ser repensada, para que não se perca num passado ultrapassado, como outros institutos patrimoniais do direito.” (CORTIANO JR., Eroulths. “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade” *in Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1988, pp. 32-34)

liberdade que lhe é conferida impede qualquer obstáculo à realização da obra que concebeu.⁹¹

Não obstante as várias construções teóricas sobre os direitos da personalidade, a respeito dos quais há inúmeras polêmicas inseridas na questão sobre a personalidade poder assumir ao mesmo tempo a qualidade de sujeito e objeto de direitos, pode-se resumí-la à questão de saber se sua natureza jurídica corresponde a uma qualidade de direitos subjetivos.⁹²

O ponto de partida de tal polêmica situa-se na sustentação de que os direitos da personalidade têm como objeto a própria pessoa, encontrando defensores como Savigny e Von Tuhr, que na verdade trataram de atribuir natureza diversa aos direitos subjetivos, acreditando que estes somente se estabeleciam em relações patrimoniais, até mesmo pela pretérita concepção de relação jurídica, que obviamente não se amoldava às características de direitos não patrimoniais. Deixaram, os juristas, de entrever que a relação jurídica entre um sujeito e um bem jurídico não se situa somente na esfera individual de um poder

⁹¹ SARMENTO, George. “Evolução das liberdades na teoria dos direitos fundamentais”, op., cit. p. 124.

⁹² Tal é o reflexo que levou ao dissenso quanto a sua terminologia, ora falando de *direitos da personalidade* -GIERKE e FERRARA-; ora de *direitos essenciais ou fundamentais* -DE CUPIS, RAVÁ, GANGI-; *direitos individuais* -KOHLE, GAREIS-; *direitos personalíssimos* -PUGLIATTI, ROTONDI-; ou ainda, *direitos pessoais* -WACHTER, BRUNS. (Cf. SZANIAWSKI, Elimar. “Direitos da personalidade e sua tutela”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 36)

sobre o objeto passível de gerar uma obrigação, mas que, da relação entre sujeito e bem surge a idéia de um *valor* que é tutelado pelo ordenamento jurídico.⁹³

MARINONI, baseado na doutrina de COMPORTI, alerta para a relação jurídica imaginária que caracteriza os direitos de personalidade, enquanto direitos absolutos, consistente em um dever de abstenção das demais pessoas frente ao titular do direito (*alterum non laedere*), o que difere da relação jurídica estabelecida nos direitos reais, em que a relação sujeito-coisa é relevante para identificar o tipo normativo do direito real, já que a relação jurídica que se estabelece é de utilidade da coisa e não um dever de abstenção por parte das demais pessoas, pois este dever existe perante todos os direitos absolutos. Em suma, demonstra a diferença entre *oponibilidade* como dever de abstenção de todos e *exigibilidade* como poder do sujeito de obter por parte de outrem uma prestação determinada e diretamente conectada com a relação jurídica, que é característica dos direitos relativos.⁹⁴

Se tomarmos como exemplo a ameaça de circulação de uma revista jurídica contendo artigo não autorizado pelo seu autor à publicação, certamente não há uma relação jurídica entre o autor e a editora que resulte em uma obrigação, entretanto, a oponibilidade lhe assegura a realização do seu direito, através de uma tutela que possa prevenir a lesão, já que a oponibilidade que decorre dos direitos absolutos é o dever de abstenção (*alterum non laedere*).

⁹³ COMPORTI, Marco. "Diritti reali in generale", Milano: Giuffrè, 1980. Nesse sentido, invocando a doutrina de Comporti, MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela Inibitória", op., cit., pp. 375-380.

⁹⁴ Ibidem, idem, pp. 378-379.

Por ora, é necessário frisar que foi superada a idéia de que a pessoa poderia ser o objeto dos direitos de personalidade⁹⁵, TOBEÑAS assinala que a doutrina mais segura é a que⁹⁶

El objeto de los derechos de la personalidad non se encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal (idea esta que significaría una confusión entre los derechos absolutos e los relativos), sino en los bienes constituídos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico.

⁹⁵ “El hombre es, en su totalidad de ser corporal, psíquico y espiritual, “persona” y, como tal, se halla supraordenado a todos los demás seres del mundo, tanto muertos como vivos. En base a esta diferenciación, el Derecho lleva a cabo una división básica: Sólo el hombre, como el ser abordable por sus normas, es sujeto del Derecho, titular de derechos y deberes jurídicos; todos los demás seres son únicamente objetos del Derecho. Estos son para el hombre, en sus relaciones jurídicas, “cosas” -incluyendo las especies superiores de animales- y, con ello, algo sobre lo que se puede disponer. En las relaciones jurídicas se convierten en objetos de derechos reales (propiedad, posesión); en cambio, entre los hombres sólo existen relaciones obligacionales en el sentido de un deber-actuar o un deber-omitir. La propiedad y la posesión sobre hombres es una infracción del carácter de persona del hombre y, con ello, del orden del mundo.” (HENKEL, Heinrich. “Introducción a la filosofía del derecho”, trad. da edição alemã de 1964, p. 319)

⁹⁶ TOBEÑAS, José Castan, op., cit., p. 18.

Afirma Orlando GOMES, que os direitos da personalidade tem por finalidade resguardar a dignidade da pessoa humana, constituindo-se em bens jurídicos nos quais se “*convertem as projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção.*”⁹⁷

Portanto, os bens intelectuais são bens jurídicos qualificados pelo atributo intelectual de uma pessoa e determinados como bens jurídicos imateriais, intangíveis, sob os quais recaem a qualidade de bens extrapatrimoniais, cujo valor jurídico tutelado pelo ordenamento não se confunde com os ditados pelos bens patrimoniais, em que a noção de objeto ligado à posse oferece o contorno de uma relação jurídica que emerge entre o sujeito e o domínio que exerce sobre o bem.

Atualmente evidencia-se uma crise do Direito Civil, acostada em paradigmas históricos da noção de propriedade e a pretensão de esgotar uma classificação de bens e sua relação jurídica com os sujeitos, baseada nas projeções que a idéia de propriedade opera no plano fático.⁹⁸ No entanto, à evidência

⁹⁷ GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”, *RF*- 216/5.

⁹⁸ O direito de propriedade como direito real, por excelência, confere ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição, noções que se impregnaram, pelo seu condicionamento histórico, em outros planos, como no caso da titularidade sobre bens intelectuais, identificados como incorpóreos, mas que, podendo ser objeto de direitos, deveria ser lotado em algum lugar do ordenamento jurídico, no caso na ampla classificação dos bens móveis. É que noção de objeto de direito, segundo FACHIN “aparece ligada a um dado titular e, essa titularidade, ou recai sobre uma coisa, ou sobre um bem, podendo ser também titularidade de comportamento” (op., cit., p. 157). Sabendo que o Código Civil edificou o

de que há bens que não se incluem na esfera patrimonial do direito, pode-se perceber que a relação que os liga à posse encontra-se, estritamente, conectada à facilidade de relacionar os bens à noção de objetos passíveis de apreensão pelo ser humano. A impossibilidade de apropriação material de um bem incorpóreo, como os direitos de autor e os direitos à marca e ao invento, evidenciam a necessidade de se ajustar os conceitos do direito positivado à realidade que se apresenta no plano social⁹⁹, pois, a tradicional classificação dos bens na linguagem codificada obscurece a verdadeira qualificação da categoria jurídica dos bens imateriais.

Segundo FACHIN, “essa classificação opera situações em que bens que, no mundo fático, não poderiam ser propriamente chamados de móveis passam a ser assim considerados por determinação legal, como por exemplo, o direito autoral”.¹⁰⁰ Confere com a crítica tecida pelo mesmo autor ao reconhecer

sujeito de direitos como aquele que ocupa esse lugar por movimentar para o mundo jurídico bens, coisas e interesses e, portanto, sujeito de direitos e obrigações, coloca o sujeito como abstrato em relação ao objeto dotado de “autonomia” ou suscetibilidade de serem convertidos em dinheiro por si só. Os valores são considerados às avessas nessa classificação conceitual que toma o objeto como centro de uma relação jurídica fundada na apreensão material de uma coisa, mesmo àqueles bens que escapam à esfera do direito patrimonial, mas que o positivismo insistiu em conceber aos mesmos um lugar determinado no corpo dos sistema sob a concepção estrita de legalidade mas despida de legitimidade. (Cf. FACHIN, Luiz Edson. “Teoria crítica do direito civil”, op cit.)

⁹⁹ Segundo Fachin, a definição de *coisa* ou de *pessoa* para o Direito não é algo somente técnico, mas, encontra-se no plano das idéias. “Como não há um juízo uniforme sobre todas as realidades, o que prevalece é o juízo dominante em um dado momento histórico”. (Ibidem, idem, p. 186)

¹⁰⁰ Ibidem, idem, p. 185.

que: “o direito é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade.”¹⁰¹

Essas considerações conduzem a uma noção subjacente àquela que se houve por sujeito de direitos, elevando o titular do direito à marca, ao invento e direito do autor à situação concreta de titular de direitos constitucionalmente garantidos, direitos estes desprovidos de valoração pecuniária.

Se não há razão para inserir os bens intelectuais na classificação de propriedade, não há razão também para confundir a relação jurídica que exsurge da titularidade dos bens intelectuais com aquela ditada pela utilidade da coisa (conceitual ou prática) dos direitos reais. Perante a tradicional classificação dos direitos -absolutos/relativos- tanto o direito real de propriedade quanto os direitos sobre os bens intelectuais são direitos absolutos, como de resto são todos os demais direitos, se se levar em conta que qualquer direito assegurado pelo ordenamento

¹⁰¹ Segundo o professor paranaense, Luiz Edson Fachin, “nomeadamente o direito positivado, é profundamente histórico e contextualizado. Assim procedendo, ele opera a definição de uma moldura que se assenta em um juízo de inclusão e exclusão, segundo esses valores dominantes, por meio de categorias jurídicas. Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juricidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito -o Código Civil napoleônico-, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis o porvir do Direito Civil.” (Ibidem, idem, pp. 186-187)

requer sua preservação. O que há de intrigante na classificação dos direitos é que a qualidade de ser absoluto não significa que careçam da mesma tutela jurisdicional, porque, como já foi dito, a tutela dos direitos têm em vista proporcionar resultado útil ao interesse do titular, que no caso dos direitos não patrimoniais (direitos de autor, direitos à marca e ao invento) não coincide com uma tutela ofertada após a sua violação, porque sua efetividade está em preservar o direito na sua integridade.

A relação jurídica dos direitos absolutos, oponíveis *erga omnes* como um direito de não ter sua esfera jurídica invadida por quem quer que seja, revela, como já disse MARINONI¹⁰², sua natureza *imaginária*, no que dispensa a presença de outro sujeito (passivo) para sua realização. Aliás, a necessidade de que uma relação jurídica seja constituída pela presença de um sujeito ativo e um sujeito passivo parece ter nascido já comprometida, pois há muito os romanos erigiram o *alterum non laedere* (não lesar outrem) como preceito de direito, ao lado de dois outros: *honest vivere* (viver honestamente); *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe pertence). Não lesar outrem, significa abster-se de invadir a esfera jurídica de alguém protegida pela ordem normativa e, nessa qualidade todos os direitos são absolutos, mas daí a qualificar os direitos de autor, direito à marca e ao invento como direito de propriedade, levando-se em conta um critério doutrinário da classificação dos direitos -baseada na anterior política de produção e circulação de bens-, significa não atentar para os valores da sociedade contemporânea tuteláveis pelo ordenamento jurídico, no que se torna imprescindível exigir o rigor científico da linguagem aos legisladores e aos juristas.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 378.

A esfera jurídica, com a qual se garante ao titular dos direitos em comento, leva em conta a especificidade do objeto, ou seja sua característica essencial da extrapatrimonialidade, e isto é absolutamente necessário para se determinar que a adequada tutela jurisdicional, nesses casos, não pode ser entendida como uma reparação pecuniária pelo ilícito praticado contra essas espécies de bens imateriais.

Infere-se daí, que as garantias constitucionais, que tutelam os direitos sobre os bens intelectuais, permitem a titularidade do direito sem violação do preceito normativo e conseqüentemente a proteção desses direitos, autorizada para assegurar de forma concreta a dignidade do criador -e não a pretensa propriedade do suporte fático-, como reflexo de seus atributos essenciais, enquanto sujeito de direitos perante sua sociedade.¹⁰³ É exatamente o que o sujeito de direitos representa na órbita social. Por sua capacidade de gerar efeitos jurídicos é que

¹⁰³ Segundo COMPORTI, “nell’attuale realtà (innanzi tratteggiata nelle sue linee generali) l’idea del diritto soggettivo non sembra evocare l’antistorica ed irreal sfera individuale in atteggiamento difensivo, né la psicologica rappresentazione della volontà o del potere del soggetto. La valutazione sociale del diritto soggettivo sembra infatti inserire il fenomeno nelle relazioni intersoggettive di una società organizzata, diretta non solo a difendere l’ordine, ma anche a progredire nei rapporti sociali e nella conquista dei valori sostanziali, colmando le disuguaglianze del fatto: con ciò, da un lato, viene superata la prospettiva individualistica del fenomeno, dall’altro lato viene in considerazione non solo il termine di riferimento soggettivo, ma anche quello oggettivo, cioè la relazione fra soggetto e bene giuridico. Ed è appunto sotto tale profilo oggettivo del diritto soggettivo, come valore sostanziale tutelato dall’ordinamento.” (COMPORTI. Marco “Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo”, *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, cit., p. 754) *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 377.

repousa o conceito de interesse jurídico protegido. A criação intelectual, colocada à base do desenvolvimento cultural e tecnológico do país pelo legislador constitucional, bem demonstra a transformação operada na sociedade moderna, onde o sujeito de direitos das criações intelectuais é protegido pelo ordenamento jurídico através da segurança de integridade sobre sua exteriorização. Colocar o titular de direitos ao centro das preocupações, não significa um retrocesso ao individualismo, pelo contrário, essa visão atual é capaz de considerá-lo perante as novas relações que surgem no contexto social e proporcionar-lhe tutela efetiva segundo os interesses que ora são carecedores de proteção.

O homem como sujeito de direitos aparece em uma ordem valorativa muito diferente de outrora. A concepção dos direitos subjetivos, marcada pelos novos direitos, dá uma outra dimensão às liberdades individuais. Como diz SARMENTO¹⁰⁴, os direitos da terceira dimensão “ao invés de considerar o homem individualizado, abstraído da sociedade, nasce o homem solidário, preocupado com a efetivação dos direitos fundamentais, com a melhoria da qualidade de vida das populações... enfim, o homem que se bate pelo bem comum, que vive até as últimas consequências sua cidadania.” Fala-se, então, de direitos humanos ou da nova feição que os direitos de terceira dimensão trouxeram aos direitos de personalidade, tendo em vista sua adaptação às novas exigências dos tempos e da

¹⁰⁴ SARMENTO, George, op., cit., p. 152.

humanidade, e isso redonda em novas necessidades de tutela que venham de encontro aos anseios e às expectativas da sociedade contemporânea em relação ao Estado.¹⁰⁵

As mudanças do conceito de Estado, segundo Francisco DUARTE, conjuntamente com as reformulações das relações sociais tanto no plano horizontal como vertical, *fizeram do sistema jurídico um vasto complexo de direitos e*

¹⁰⁵ A propósito, some-se as considerações de Ada Pellegrini ao tratar da tutela dos interesses difusos. “Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova ‘geração’ de direitos fundamentais. Aos direitos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, composto por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de ‘dare’, ‘facere’ ou ‘praestare’, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi, o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.

Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando a sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se, sobretudo, no plano do processo.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, *RePro-97*, jan-março de 2000, p. 10)

*obrigações, direitos consagrados na Constituição que constituem o patamar mínimo da cidadania em exercício e este constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por isso, afirma o processualista que*¹⁰⁶

Se existe um substrato mínimo intocável de direitos, é necessário que o sujeito possua meios apropriados para defender e contrapor ante qualquer pessoa, seja esta uma autoridade em exercício do poder público ou um mero particular, seu direito ameaçado ou violado. E é nesse contexto que a Carta Magna também estabelece no inciso XXV do artigo 5º que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Com efeito, por um lado, temos os direitos fundamentais que se estendem a todos os sujeitos-cidadãos por igual (artigo 5º), de outro lado, temos uma garantia genérica que obriga ao estado a tutelar e proteger qualquer violação ou ameaça de direito. Temos, então, um quadro jurídico eficiente conformado por direitos e garantias para esses direitos”.

¹⁰⁶ DUARTE, Francisco Carlos. “O (des)amparo processual dos direitos fundamentais sociais. (O acesso à justiça e os direitos subjetivos fundamentais)”, Revista do Curso de Direito da PUC/PR - *Verba Iuris*, Curitiba: Editora Universitária Champagnat, ANO I, n. 2, mar/99, pp. 95-96.

Ressalte-se a implicação que as afirmações acima provocam em alguns institutos jurídicos e na mentalidade dos que operam com o direito, sendo imprescindível que haja uma predisposição para o novo, e certa flexibilidade do jurista para encarnar a realidade assumida pelos novos rumos do direito processual.

Em suma, os direitos sobre os bens intelectuais encampados pelos direitos de liberdade necessitam de uma abstenção por parte não somente do Estado, mas também de todas as demais pessoas que estão constantemente pondo em risco a integridade desses direitos, em razão do próprio convívio no meio social. É preciso, pois, uma garantia dessa integridade, e a partir desta constatação é possível delinear a real necessidade de proteção e, portanto, o perfil de uma tutela jurisdicional para essas espécies de bens imateriais.

**CAP.II OS BENS INTELECTUAIS E O DIREITO
À TUTELA PREVENTIVA NA TEMÁTICA DA
TUTELA DOS DIREITOS. O ESGOTAMENTO DA
CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS E
DO CULTO AO TRADICIONAL PROCEDIMENTO
ORDINÁRIO PARA A TUTELA DOS DIREITOS.**

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão da efetividade do processo tem sido o foco central de toda a doutrina, preocupada em conferir-lhe a necessária legitimidade a partir dos efeitos que é capaz de irradiar no plano da realidade social como instrumento indispensável à plena realização dos direitos. O processo, eleito como via de mão única para alcançar a tutela jurisdicional prometida pelo Estado (tirante os equivalentes jurisdicionais), avulta a especial atenção com que a comunidade jurídica trata o tema relacionado ao acesso à ordem jurídica.

Na ótica da processualística moderna, voltada para a efetividade do processo, não há mais lugar para um processo alienado e desvinculado

do direito material.¹⁰⁷ A atual “onda”¹⁰⁸ instrumental, voltada para o acesso à justiça, redundou em destronar o processo de seu pedestal -patamar de isolamento- científico ao vez de sua imperfeição como instrumento da realização dos direitos e inadequação frente às novas exigências sociais.¹⁰⁹ Com efeito, aflorou uma nova

¹⁰⁷ PISANI, Proto Andrea. “Lezioni di diritto processuale civile”, Napole: Jovene, 1964, p. 54.

¹⁰⁸ O resultado das atenções dos processualistas para a visão constitucional do processo como instrumento ético de atuação da justiça, foi a exata compreensão do comprometimento do sistema processual com o efetivo acesso à justiça. Este enfoque redundou em afastar os óbices à realização da justiça, o que na doutrina contou com três momentos distintos: as três ondas renovatórias. Conforme foi dito em outra seara, a iniciativa de Mauro Capelletti em co-autoria de Bryant Garth no projeto Florença, sobre um estudo interdisciplinar que possibilitasse uma ampla visão do acesso à justiça, culminou na preocupação dos processualistas em propor soluções aptas a desmontar as barreiras que impediam o efetivo acesso à ordem jurídica, denominadas, pela dogmática jurídica de “ondas renovatórias”.

A primeira onda diz respeito a melhoria da assistência judiciária aos necessitados; a segunda, diz respeito à tutela dos interesses supra-individuais; a terceira, relaciona-se com fins diversos, atendendo sempre a posturas que permitam *desobstaculizar o acesso à justiça*, relacionando os estudos pelo *modo-de-ser do processo*. O estudo realizado e conduzido para a instrumentalidade do direito processual, imbuído hoje pela terceira onda renovatória, busca o acesso à *ordem jurídica justa*, e de um modo geral, por sua própria preocupação central, abrange as anteriores. (Cf. DUARTE, Simara Carvalho. “O juizado especial como instrumento do direito de acesso à justiça: uma abordagem sobre sua competência”, Curitiba, 1988, pp. 37-37. Monografia de Mestrado em Direito. Centro de Ciências Jurídicas - Mestrado em Direito Público, Universidade Federal do Paraná)

¹⁰⁹ Há quase dez anos Barbosa Moreira descortinava a realidade e as dificuldades enfrentadas pelo processo. “O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de

concepção na mente dos processualistas, aquela que se volta aos resultados alcançados através do processo sob a perspectiva de seu *consumidor*¹¹⁰, na medida em que os escopos do processo sejam atingidos através de uma prestação jurisdicional rápida, segura e eficaz, proporcionando o acesso à justiça em termos efetivos.¹¹¹

O discurso sobre o acesso à justiça rendeu a conclusão de que a tutela jurisdicional deve proporcionar um resultado útil àquele que tem um

impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional enriquecimento de que tudo devia resumir -se num exercício intelectual realizado sob o signo da 'arte pela arte' - ou, se preferir, da 'ciência pela ciência'.

Não há menoscar os frutos de tão nobre fadiga. Sente-se, porém, a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas cientemente temperadas e polidas pelo engenho de seus estudiosos. Noutras palavras: toma-se consciência, cada vez mais clara, da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois, a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes à insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tendências contemporâneas do processo”, *RePro*-31, p. 199)

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. “Acceso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, pp.243-245.

¹¹¹ Mauro Capelletti aponta para a diferença entre efetividade e eficácia dizendo que “la primeira concierne a las partes, su acceso a la maquinaria de protección; el último se refiere, en cambio, a la manera en la cual esa misma maquinaria trabaja.” (CAPPELLETTI, Mauro. “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesuales en la actualidad”, *RePro*, v. 64, p. 149)

direito e que dela (tutela jurisdicional) se socorre, o mesmo resultado que obteria se houvesse a colaboração espontânea dos destinatários em observar a norma material.¹¹²

Ora, uma decisão ou sentença que confere a quem tem um direito uma parcela do que deve receber, seja pela demora em tutelar o interesse que deve ser protegido, seja pela inadequação da proteção ofertada, não se coaduna com a promessa estatal de jurisdição. A eficácia da prestação jurisdicional encontra-se na adequada utilização do instrumento apto a tutelar determinada situação de vantagem, prevista no direito material.¹¹³ É necessário atentar, portanto, para a difundida relativização do binômio direito-processo¹¹⁴, porque um não prescinde do

¹¹² Na lição de Pisani: “Il processo (*rectius*: i molti procedimenti in cui si articola la tutela giurisdizionale), pertanto, attraverso l’attività delle parti (esercizio dell’azione) e del giudice (esercizio della giurisdizione), mira a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea da parte dei consorziati.” (PISANI, Andrea Proto. “Appunti sulla Giustizia Civile”, Bari: Cacucci, 1982, p.43)

¹¹³ Proto Pisani bem adverte sobre a ineficácia da tutela inadequada, “perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio, non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si manaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tal da potergli fornire una tutela efetiva e non meramente formale o astratta del suo diritto.” (Ibidem, idem, p. 11)

¹¹⁴ Não é outro o enfoque de José Roberto dos Santos Bedaque ao enaltecer a influência do direito material sobre o processo. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Direito e processo”, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994)

outro, mas completam-se, na medida em que a efetividade do processo só se realiza com a efetiva “tutela dos direitos”.

Hoje, a “tutela dos direitos” é uma nova perspectiva de analisar a função jurisdicional, não como a satisfação decorrente da coisa julgada material, mas pela exigência de tutela jurisdicional efetiva aos conflitos da sociedade contemporânea. Portanto, para que a tutela jurisdicional seja efetiva é necessário ter presente o procedimento adequado para tutelar uma determinada situação de vantagem assegurada pelo legislador material.¹¹⁵ É preciso, pois, que o processo como instrumento esteja apto a acompanhar as mutações sociais recepcionadas pelo direito material a fim de proporcionar resultado útil para quem invoca a tutela jurisdicional.

Nessa mesma linha, aponta PISANI para a necessidade de uma melhor articulação do instrumento processual a fim de proporcionar ao titular de um direito o efetivo gozo que lhe foi assegurado pelo direito substancial.¹¹⁶

Torna-se imprescindível que a “tutela dos direitos” seja atuada através de procedimentos compatíveis com o seu próprio conteúdo, sob pena de afastar-se do ideal de efetividade do processo. Aliás, a efetividade da tutela dos

¹¹⁵ *Ibidem, idem.*

¹¹⁶ “L’analisi condotta nel corso di questo studio sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, mostra come la funzione giurisdizionale, per assolvere il suo scopo primario di assicurare al titolare del diritto le stesse utilità garantigli dal diritto sostanziale, devva articolarsi in modo estremamente vario e complesso.” (PISANI, Andrea Proto. “Appunti sulla giustizia civile”, op. cit., p. 64)

direitos só existe à medida em que lhes sejam conferidas adequadas tutelas jurisdicionais.¹¹⁷

Sendo insuficiente a mera lembrança, como diz MARINONI, que o direito à tutela jurisdicional “foi elevado à categoria de direito fundamental do homem”¹¹⁸ torna-se imperioso, para que se dê margem de realidade a essa afirmação, levar em conta a necessidade de proteção de um direito assegurado segundo a sua natureza jurídica e, ao mesmo tempo, contaminar o procedimento necessário à satisfação de sua pretensão material com o estudo da cognição, tendo em vista uma ampliação do leque de técnicas predispostas à efetiva tutela jurisdicional.

A conhecida distinção entre a intensidade (cognição vertical) e amplitude (cognição horizontal)¹¹⁹ da cognição permite visualizar se a técnica utilizada para a tutela de determinado direito corresponde àquela dimensão constitucional da adequada tutela jurisdicional.¹²⁰ Não há porque confundir cognição

¹¹⁷ Cf. MONTESANO, Luigi. “Le tutele giurisdizionali dei diritti”, Bari: Cacucci, 1983; RAPISARDA, Cristina. “Profili della tutela civile inibitoria”, Padova: Cedam, 1987. MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, op., cit., p. 40.

¹¹⁹ Cf. WATANABE, Kazuo. “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.

¹²⁰ Trata-se do duplo aspecto -material e processual- a ser considerado para que haja efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, à pretensão de direito material afirmada deve corresponder a pretensão e a ação processual capaz de realizá-la. À sua importância circunscreve-se a visão constitucional do direito de acesso à justiça com sede no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, para o qual convergem as atenções dos processualistas contemporâneos em busca de procedimentos e provimentos mais

com procedimento, como parece ter havido com Chiovenda ao identificar a cognição plena e completa com o procedimento ordinário¹²¹ já que o *iter* procedimental do procedimento sumário, embora abreviado, não é impeço à cognição plena¹²², como também não parece correto identificar o Processo de Conhecimento como “Processo de Cognição”, já que em toda espécie de processo há atividade cognoscitiva do juiz no sentido de *juízo de valor* acerca da questão jurídica a solucionar.¹²³

aderentes à realidade dos direitos sob a fundamentação da garantia ali insculpida de uma tutela jurisdicional adequada. (Ibidem, idem)

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, v. 1, trad. brasileira, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 337.

¹²² Fairen Guillén faz a precisa distinção: “los procedimientos plenários rápidos, se diferencian del ordinario, simplemente por su forma, más corta, no por su contenido, que es el mismo cualitativamente, jurídicamente plenário. Los procedimientos sumarios se diferencian del ordinario plenário, por su contenido, cualitativamente, jurídicamente parcial, siendo indiferente la forma, aunque tendente a la brevedad, por lo cual se aproximaban -en ocasiones hasta confundirse procedimentalmente- com los plenários rápidos.” (GUILLÉN, Victor Fairen. “Juicio ordinario, plenários rápidos sumario, sumarisimo” in *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madri: Tecnos, 1969, v. 2, p. 828)

¹²³ Mesmo no processo de execução, onde parece inexistir cognição, bem observa Dinamarco, que “o juiz é seguidamente chamado a proferir *juízos de valor* no processo de execução -acerca dos pressupostos processuais, das condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos a levar a efeito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Execução civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 95-96). A expressão utilizada por Pontes de Miranda (Comentários ao CPC, t. X, 1976, p. 533) ao referir-se ao processo de execução como “processo de não-cognição” não pode ser entendida, segundo Watanabe, como inexistência de cognição, mas como processo de *cognição rarefeita*. (WATANABE, Kazuo. “Da cognição no processo civil”, op., cit., pp. 114-115)

Tais juízos de valor ou atividades de inteligência do juiz, considerados simplificadaamente naqueles dois planos distintos, permitem identificar que nos juízos de cognição exauriente haverá formação de coisa julgada porque a amplitude com que a questão é valorada emerge com uma certeza suficiente capaz de pôr fim a situação controvertida. Os juízos sumários, por sua vez, emitidos com base em aparência ou probabilidade do direito controvertido, não permitem uma convicção plena, por parte do juiz, apta a solucionar definitivamente o litígio, mas, apenas, uma solução provisória para uma determinada situação carente de tutela.¹²⁴ Isto significa que tais considerações permitem identificar o procedimento como fator importante para se determinar se a técnica utilizada é aderente à particularidade do direito material. Em outras palavras, o procedimento como conjunto de atos tendentes

¹²⁴ Embora a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada já tenha sido delineada pelas mais festejadas doutrinas, não é demais trazer à baila as anotações do processualista que confundiu seu próprio nome aos profundos estudos que realizou nesta área. Conforme as lições de Marinoni, a referibilidade é “indicativa da cutelaridade. E esta, tendo como característica a instrumentalidade, não permite a dispensa da ação principal. A não-referibilidade, por sua vez, aponta para a satisfatividade, e, destarte, para a tutela sumária antecipatória, que por ser concedida com base em cognição sumária, sempre exige a ação principal.” Preocupado com a efetividade do processo quanto a inobservância da cognição pertinente a cada espécie de processo, acrescenta: “É necessário atentar-se para o fato de que existem tutelas urgentes de cognição exauriente, como é o caso do mandado de segurança, e tutelas urgentes de cognição sumária, como são as cautelares e as sumárias antecipatórias.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 83-86)

a obter um provimento efetivo, constituem, um e outro, em técnicas de tutela capazes de oferecer o resultado específico almejado pelo titular do direito.¹²⁵

Se o procedimento previsto pelo legislador não é adequado para determinada situação conflitiva e, portanto, não conduz a um provimento efetivo capaz de realizar a pretensão de seu titular, não se pode dizer que houve aí a prometida prestação de tutela jurisdicional, que de fato não é somente o direito a uma resposta por parte do Estado, mas o direito a um procedimento *expedito* estruturado de forma a atender a natureza do direito material e apto a conferir-lhe resultado idêntico ou o mais próximo possível de seu resguardo legal.

O princípio da proteção judiciária tem na doutrina brasileira uma univocidade quanto à previsão de suas garantias fundamentais. O direito à tutela tempestiva aparece como direito fundamental ínsito ao homem nos dias atuais, como acontece também no direito comparado que, de forma explícita ou não, retira do texto constitucional o direito a um procedimento célere. É o que diz a

¹²⁵ A importância do estudo da cognição é capaz de diferenciar o procedimento célere que ocorre nas ações de mandado de segurança das ações que visam uma tutela de urgência fundadas em cognição sumária. Para o mandado de segurança é necessário que as afirmações dos fatos se apresentem como indúvidas. Segundo Marinoni, “isto quer dizer que a prova deve ser pré-constituída, ou seja, tão-somente documental, devidamente anexada à petição inicial do mandamus. A cognição do magistrado, pois, se dá exatamente no confronto da prova documental com o afirmado na petição inicial. A cognição do magistrado no mandado de segurança é exauriente. Importante salientar, todavia, que no nosso cotidiano forense é costume a utilização de mandado de segurança e da ação cautelar como instrumentos destinados ao mesmo fim, quando na verdade, são remédios que têm finalidades completamente distintas.” (Ibidem, idem, p. 28)

Constituição espanhola quando prevê um processo sem *dilaciones indebidas* ou a interpretação (Jorge MIRANDA sobre o art.16, n.1 da Constituição portuguesa), similar ao entendimento que paira na doutrina brasileira.¹²⁶

¹²⁶ *Art. 24. 2 da Constituição espanhola:* “(...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos. A no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Art. 16, n.1 da Constituição portuguesa: “os direitos fundamentais consignados na Constituição não excluem quaisquer outros direitos constantes na lei ou de regras de direito internacional”. Segundo Jorge Miranda, tal previsão deve ser conjugada com o art. 6º n.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que “explicita a exigência de prazo razoável para a decisão de qualquer tribunal quer em matéria penal, quer quanto à determinação de direitos e obrigações de carácter civil.” (MIRANDA, Jorge. “Constituição e processo civil”, *RePro*- 98, abril- junho de 2000, pp. 32-33)

Comenta Odete Novais Carneiro Queiroz que o art. 5º de nossa Carta Maior “prescreve o devido processo legal, mas não alude à necessidade das sentenças serem prolatadas sem maiores delongas”. Entretanto, pode-se ler em seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” E o art. 8º, I, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22.11.1969, do qual somos signatários, dispõe: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de *um prazo razoável* por um juiz ou Tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...)” E, conclui dizendo: “portanto, o direito à jurisdição instrumentalizado pelo processo supõe como corolário do *due process of law*, além da (A) *regularidade* do mesmo, (B) *um prazo razoável* tão-somente para a prolação da sentença sem

O princípio do contraditório é, portanto, uma das faces do procedimento, mas seu perfil somente se completa se exteriorizado com a totalidade dos princípios que encerra segundo a garantia constitucional do devido processo legal, demonstrando, assim, sua habilidade como técnica adequada à realização plena dos valores em presença. Nos termos da conceituação de WATANABE¹²⁷

É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo, que consubstanciando um procedimento adequado atendam às exigências das pretensões materiais quanto à natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites estabelecidos

maiores procrastinações.” No caso de desrespeito ao princípio em comento, invoca a responsabilidade do Estado pela lentidão injustificada da prestação jurisdicional, baseando-se na lição de Arturo Hoyos (“La garantía constitucional del debido proceso legal”, *Revista de Proceso* 47/86), para quem “la garantía constitucional do debido proceso cuya violación, a nuestro juicio, no produce a nulidad de la actuación. Me refiro al aspecto de esta garantía consistente en que el proceso se desarrolle sin dilaciones injustificadas (...). Lo más adecuado en estas situaciones sería la regulación efectiva de la responsabilidad del estado frente al afectado por defectuoso funcionamiento de um servicio público, el de la administración de justicia.” (QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. “O devido processo legal”, *RT- 748*, fevereiro de 1988, pp. 48-49)

¹²⁷ WATANABE, Kazuo, op., cit, p. 124.

para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do devido *processo legal*.

A partir desse raciocínio, pode-se dizer que a necessidade de se observar os princípios da economia e celeridade processual, como corolários do devido processo legal conjugado com o princípio da inafastabilidade, deu azo ao acolhimento da chamada tutela antecipatória (CPC, 273). Tal tutela é exemplo típico da conjugação dos planos de cognição já apontados, constituindo-se em uma tutela diferenciada, porquanto prevê a antecipação dos efeitos do provimento final como solução provisória à satisfação dos interesses do autor. Este, por sua vez, demonstra a probabilidade da existência do direito afirmado (verossimilhança), postergando o desenvolvimento normal do processo de cognição exauriente, em função do perigo de dano que pode ocasionar ao autor a demora na solução final da controvérsia.

Há possibilidade, ainda, de se obter os mencionados efeitos provisórios da sentença final através da tutela antecipada, quando a defesa do réu se mostra manifestamente protelatória, contrariando, pois, o direito a uma proteção judiciária em prazo razoável. Embora a tutela antecipada com base em tal fundamento dispense o requisito da urgência, é intuitivo que a razão de seu reconhecimento pelo legislador encontra-se no princípio da probidade, no qual o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu são sancionados pela má-fé processual. Além da sanção prevista no art. 18 do CPC, tais

atitudes permitem ao autor buscar a antecipação dos efeitos do provimento definitivo, solução que obteria tão-somente ao final de toda dilação própria do processo de conhecimento.¹²⁸

Vê-se que a lentidão do processo de conhecimento para declarar a certeza de um direito e a conseqüente insatisfação que sua dilação provoca àquele que afirma ter razão (convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação) permitiu que o legislador acolhesse na lei processual a possibilidade de satisfação de uma pretensão com base em juízo sumário (ou superficial), aliás, tal solução vinha sendo buscada com a prática indevida das medidas cautelares inominadas, conforme comentar-se-á no capítulo seguinte.

No entanto, além do fator tempo há outras angústias que comprometem a efetividade do processo de conhecimento, como aquele capaz de fornecer a solução definitiva de uma controvérsia; quando contrastado com o direito à uma tutela preventiva, disposta pelo legislador constitucional de forma a tutelar direitos apenas ameaçados de lesão (CF, art. 5º, XXXV). É que a necessidade de cognição exauriente sempre esbarrou na ausência de poderes do juiz para realizar plenamente os direitos subjetivos, em função da limitação da técnica de cognição presente na classificação trinária das sentenças, adotada em nossa legislação processual.

Não havendo na legislação pátria o remédio constitucional específico do mandado de segurança para prevenir lesões a direitos

¹²⁸ Sobre o abuso do direito de defesa e dilações processuais, ver OTEIZA, Eduardo. "Abuso de los derechos procesales en América Latina", *RePro-95*, julho-setembro de 1999, pp. 152 e ss.

cometidos por particulares¹²⁹, a exemplo do *amparo* previsto na Constituição argentina¹³⁰, resta como opção, buscar no ordenamento processual uma técnica que

¹²⁹ Segundo Marinoni o mandado de segurança é uma espécie de tutela jurisdicional concebida no direito brasileiro como “remédio destinado a combater atos de autoridade pública, como se apenas o estado fosse capaz de praticar atos que pudessem exigir uma tutela jurisdicional desta espécie.” Após tecer a presente crítica ressentir-se o processualista do veto ao artigo 85 do CDC que previa a utilização desta espécie de tutela jurisdicional contra atos dos particulares. A norma continha a seguinte previsão: “Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança.” Eis as razões do veto: “As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípua os atos dos agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXVI e LXXII do art. 5º da Carta Magna.”

Sustenta o eminente processualista que é absurda a tese de que somente “os agentes do Poder Público são capazes de cometer atos que justifiquem o emprego de um procedimento célere e expedito. Imaginar que o processo é uma arma contra o Estado constitui idéia sem qualquer coerência com os postulados da moderna doutrina do processo, atualmente tão preocupada com a adequação das tutelas às diferentes situações de direito substancial e com a efetividade dos novos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 253-254)

Acrescenta Barbosa Moreira, a respeito das razões de veto ao artigo em comento, que “à vista de semelhante entendimento, é compreensível que não se haja negado sanção, pouco antes, ao art. 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990), *verbis*: ‘Contra atos ilegais ou abusivos do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da Lei do mandado de segurança’. Aí se encontra a primeira referência textual, na legislação brasileira à categoria (o autor refere-se às ações

permita atender o imperativo constitucional do devido processo legal e das formas de tutela que podem ser obtidas conforme o direito de acesso à ordem jurídica, cujo entendimento é o de que foi assegurado a todo indivíduo; o direito a uma adequada tutela jurisdicional.

mandamentais) -haja ou não tido o legislador vontade e consciência de cancelar oficialmente uma proposta científica.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil”, *RePro*- 97, jan-mar de 2000, pp. 257-258)

¹³⁰ *Constitucion de la Nacion Argentina, artículo 43*: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto su omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (grifo meu)

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o dencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzosa de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

2.2 O DIREITO À ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL ENTENDIDA A PARTIR DA NOÇÃO DA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS

A expressão “tutela dos direitos” é utilizada pela doutrina contemporânea ao interpretar o sério compromisso que o Estado assumiu ao subtrair do particular a justiça privada, chamando para si o monopólio da jurisdição. Esse grave compromisso foi enaltecido por BARBOSA MOREIRA como aquele de “tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.”¹³¹

Com efeito, uma vez assegurado-lhe determinado direito, o Estado oferece ao seu titular o processo como contrapartida (=instrumento) para atuação da tutela jurisdicional prometida, de tal forma que esse processo, segundo BARBOSA MOREIRA, “avizinha-se do *optimum*, na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a satisfação abstrata prevista na regra jurídica material.”¹³²

Vê-se, assim, que a situação de vantagem prevista pelo legislador verificar-se-á, somente se houver a incidência de uma tutela adequada ao caso concreto. Significa dizer que não basta qualquer tutela, mas aquela que

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21.

¹³² *Ibidem*, *idem*.

efetivamente possa responder à satisfação do direito definido em lei. Portanto, a noção que se extrai da tutela jurisdicional é entendida a partir da aproximação do direito processual com o direito material, como instrumento imprescindível à realização dos interesses adjacentes, a cada situação de direito substancial. Desta forma, o processo é capaz de manter vivo o direito material, que estaria seriamente comprometido se não houvesse meios aptos para torná-lo realidade.¹³³

Atente-se, contudo, que a expressão *meios aptos* tem um apelo significativo ao tema aqui tratado. Em um primeiro aspecto a falta de meios (procedimentos) para atuar a jurisdição significaria a negação da própria justiça prometida. Por outro ângulo, o meio, devendo existir, quer significar a forma (técnicas de tutela) predisposta em normas processuais para efetivação da função jurisdicional. Por fim, mas não menos importante, é a aptidão que o meio deve ter para que haja uma tutela efetiva. A aptidão, entendida como a compatibilidade com o direito material carente de proteção, deve levar em conta as peculiaridades desse direito material a fim de ser um instrumento útil, ou seja, capaz de ofertar resultado

¹³³ Nas palavras de Proto Pisani, “senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistere in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistere come fenomeno giuridico, in quanto la sua attuazione anziché essere garantita dallo Stato è rimessa ai meri rapporti di forza: con la conseguenza che il detentori del potere di fatto divengono i detentori del potere legale indipendentemente da quanto dispongono le norme sostanziali.” (PISANI, Andrea Proto. “Breve remessa a un corso sulla giustizia civile” in *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci, 1982, p. 10)

prático ao seu titular.¹³⁴ Ao seu conjunto, pode-se dizer que há uma *espécie de tutela jurisdicional prestada*.¹³⁵

No plano do que se convencionou chamar “efetividade do processo”, isto significa que a tutela ofertada pelo Estado deve corresponder exatamente ao resultado que se obteria com a não violação da norma ou com a possibilidade de justiça privada.¹³⁶ Atentar para a relativização do binômio direito-processo é a atual análise da tutela jurisdicional comprometida com os resultados que o processo oferece àqueles titulares da situação de vantagem, *na medida em que deve ser apto a proporcionar aquilo e exatamente aquilo que tem direito de receber*¹³⁷, ou

¹³⁴ “Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual.

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige ser tomadas providências diferentes a fim de se obter o resultado do processo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “O direito e o processo”, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 51-52)

¹³⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 61 e ss.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. “Nova linhas do processo civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 130.

¹³⁷ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110.

seja, o mesmo resultado que se obteria se a norma material fosse observada, prescindindo, pois, da atuação jurisdicional.

A célebre frase de Chiovenda¹³⁸ passou a ser o *slogan* de uma nova fase de preocupações em torno da efetividade do processo. Houve uma lucidez quanto ao comprometimento do processo com o direito material, de forma que isto despertou a racionalidade para a necessária diversificação dos procedimentos colocados à disposição do jurisdicionado, que de fato, não podiam responder adequadamente às várias situações concretas, especialmente àquelas que não se enquadravam no modelo padrão de tutela por equivalente monetário, como os direitos sobre bens intelectuais.¹³⁹

A busca por tutelas diferenciadas evidencia a necessidade de se pensar em técnicas de cognição que sejam adequadas à situação concreta, pois como afirma PISANI, “não existe um único processo que ofereça uma única forma de tutela para todas as situações de vantagem, mas ao invés, existe uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicionais; a diversidade destes processos e destas formas de tutela, e das suas variadas

¹³⁸ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire.” (Ibidem, idem)

¹³⁹ A partir desse entendimento, a tutela dos direitos passou a ser escopo da jurisdição porque já não se confundia a necessidade da atuação do instrumento para efetiva satisfação do direito material com a construção da teoria imanentista da ação. Como diz Armelin “a vinculação do tipo de prestação à sua finalidade espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.” (ARMELIN, Donaldo. “Tutela jurisdicional diferenciada”, *RePro-65*, jan-mar de 1992, p. 45)

combinações, refletem a diversidade das necessidades de tutela das situações de vantagem.»¹⁴⁰

Portanto, falar em tutela dos direitos exige ir para além de uma conformação com o mero direito de ação prometido pelo Estado e uma resposta, qualquer que seja, frente a exigibilidade de provocar a função jurisdicional, mas, que essa resposta seja apta a conferir a satisfação pretendida ao *autor que tem razão*¹⁴¹, sendo imprescindível analisar a adequação, não somente do procedimento

¹⁴⁰ PISANI, Andrea Proto. “Breve premessa a un corso sulla giustizia civile” in *Appunti Sulla Giustizia Civile*, op., cit, pp.11-12.

¹⁴¹ Não há porque cultuar o *direito de petição* já que a tutela jurisdicional é entendida segundo a efetiva proteção do Estado àquela situação concreta amparada pelo direito material como o próprio Liebman afirmou: “Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual de direito processual”, v. I, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 147).

Não significa que houve prestação jurisdicional somente quando a ação foi considerada procedente. Compactua-se, aqui, do mesmo entendimento do Professor Marinoni, para quem “a improcedência da pretensão processual significa, apenas, a negação da ação de direito material; não a da ação condicionada e adequada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Novas linhas do processo civil”, op., cit., p. 138). Há, com toda evidência, prestação jurisdicional mesmo quando o juiz pronuncia a extinção do processo por falta de condições para apreciar o mérito, pois não se pode desprezar o funcionamento da máquina judiciária neste caso; ainda, pela constatação do que é óbvio, a pronúncia negativa por parte do Estado, ou seja, a falta de razão que assiste ao autor quanto a afirmação de seu direito, não deixa de constituir, pois, prestação jurisdicional. O que se quer deixar claro é que a adequada prestação jurisdicional, presentes as condições necessárias à apreciação do mérito, é aquela que realiza a pretensão material afirmada, que foi considerada procedente.

colocado à disposição pelo legislador como também a viabilidade do provimento realizar (modos de execução) àquela determinada realidade. Vê-se que o termo tutela¹⁴² tem uma abrangência muito lata na destinação que lhe confere a doutrina processual contemporânea.

Assim, a adequada tutela jurisdicional deve ser entendida como a tutela efetiva às situações conflitivas através dos resultados do processo. Como observa DINAMARCO¹⁴³

Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever que tem como contraposto o poder de ação. A ação está satisfeita com a emissão do provimento de mérito, (...) favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados. O resultado desejado é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito, para a justa pacificação das pessoas em conflito.

¹⁴² “No Direito Processual, indica a proteção jurídica, concedida pelo Estado” (CRETILLA NETO, José. “Dicionário de processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 456)

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos do processo civil moderno”, op., cit., pp. 843-844.

2.3 O DIREITO À ADEQUADA TUTELA DOS BENS INTELECTUAIS

Se hoje não basta mais pensar em tutela jurisdicional, como resultante de uma sentença de mérito, mas na efetividade que sua proteção possa proporcionar no plano da realidade material, também não basta voltar os olhos para a ação abstrata e as sentenças que dela possam resultar. O direito à adequada tutela jurisdicional, segundo os ensinamentos de MARINONI “quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional.”¹⁴⁴

Visto dessa maneira, a tutela jurisdicional dos direitos conforma-se com os conceitos de pretensão, de ação de direito material e de ação processual, concebida como a correspondência necessária que deve existir entre o direito afirmado e a predisposição de uma ação -procedimento e provimento- adequada à realização do direito de seu titular.¹⁴⁵ Satisfação e realização são um e

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, op., cit., p. 66.

¹⁴⁵ Aqui, merece ser transcrita a lição de Pontes de Miranda: “É preciso não se confundir o pedido, o *petitum* com o direito, a pretensão, a ação ou a exceção cuja declaração ou sanção condenatória, ou constitutiva ou mandamental, ou executiva se pede. Não se pede a ação; pois que a ação se tem: pede-se que se declare, se constitua, se condene, se mande ou se execute. A pretensão processual é pretensão à sentença, por se ter exercido a pretensão à tutela jurídica. Se chamamos ‘demanda’ ao pedido de outorga de tutela jurídica mediante sentença, cumulação de ações é cumulação de demandas, e não de ações de direito material, se bem que, de ordinário, a cada ação de direito material corresponda ‘ação’

outro substantivos que exigem pensar em termos de tutela dos direitos, porque i) a “satisfação” encontra-se na pretensão à adequada tutela jurisdicional que o titular nutre acerca de seu direito material, cuja ii) a “realização” opera-se através do processo, ou seja, pela exteriorização preordenada de atos -procedimento- com vistas a oferecer uma estrutura coerente com o direito material e um provimento que irradie efeitos praticamente úteis ao seu titular.¹⁴⁶

de direito processual, pretensão processual. Quando se exerce a pretensão à tutela jurídica, exerce-se pedindo que se cumpra a promessa estatal de tutela jurídica. Tal exercício dá ensejo a que nasçam pretensões à sentença, pretensões processuais. O que se exerceu, pré-processualmente, foi a pretensão à tutela jurídica. Quem a tem ainda não tem pretensão processual: a pretensão processual depende (=nasce) do pedido. Quem tem pretensão à tutela jurídica, tem-na ainda que não a exerça. Quem exerceu não a perde e faz-se titular da pretensão processual, pretensão ao remédio jurídico-processual. Quando a Constituição de 1967, com a Emenda 1, art. 153, p. 20 e 21, promete *habeas corpus* e mandado de segurança às espécies que define, cria pretensão à tutela jurídica por meio de mandamentos, porém, somente quem impetre aquele ou esse mandado tem pretensão processual. No texto constitucional, não só se promete tutela jurídica; promete-se tutela jurídica mandamental.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Comentários ao código de processo civil de 1973”, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 218-219)

¹⁴⁶ A pretensão de direito material faz surgir o direito a uma resposta por parte do Estado, porém não qualquer resposta (*rectius*: sentença), mas aquela que seja adequada, ou seja, aquela que possa efetivamente realizar a ação material pretendida e, portanto, capaz de produzir resultado imediato e específico no mundo fático conforme a particular situação concreta. A partir dos meios de execução é possível responder, se a sentença de procedência é adequada ao direito material, ou seja, se atende de forma pronta e específica o direito tutelado.

Não é mesmo de se estranhar a proposta de uma releitura do artigo 75 do Código Civil¹⁴⁷, onde se lê “a todo direito corresponde uma ação que o assegura” deve-se ler “a todo direito afirmado” (e não existente) corresponde uma ação que o assegura, bem retrata a postura doutrinária de resgatar a noção de ação de direito material¹⁴⁸, não no sentido pulverizado pela doutrina imanentista, mas como justificativa para a busca de tutelas diferenciadas, tutelas aderentes às necessidades do direito material, necessidades que vicejam nas novas situações substanciais, que, por sua vez, exigem diversas formas de tutela.

¹⁴⁷ WATANABE, Kazuo. “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 523-524; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o tema da ‘efetividade’ do processo”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 208.

¹⁴⁸ O exercício da pretensão processual consiste no pedido (declarar, decretar, condenar, determinar ou ordenar) de realizar a ação de direito material afirmada em juízo. As sentenças de procedência, ou provimentos são divididos, segundo Ovídio Baptista, em “sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, conforme a pretensão de direito material do autor vitorioso seja dirigida a obter a simples declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica; ou tenha por fim sua constituição, modificação ou extinção; ou colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação; ou finalmente tenha por objeto obter, desde logo, a realização do direito litigioso no processo de conhecimento, mediante um ato de execução praticado pelo juízo; ou através de um simples mandado ou ordem que o magistrado emita, como porção de conteúdo do ato sentencial.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, v. 1, Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 93)

Já se disse anteriormente, que não basta ao Estado assegurar abstratamente os direitos sem que haja a previsão de mecanismos adequados para realizá-los. Segundo MOREIRA ALVES ¹⁴⁹

De nada adianta um poder, de nada adianta o direito material, sem o direito formal, de nada adianta um poder, sem um meio pelo qual esse poder se exercite, realmente na sua plenitude. E de nada adianta a lei atribuir abstratamente poderes, sem que seja possível ao próprio Estado ensejar a atuação concreta dessa lei, no caso que se apresenta diante dele, em que alguém a está infringindo concretamente.

De fato, não há mesmo como olvidar o engaste do direito processual com o direito material a fim de visualizar a adequada tutela jurisdicional a partir das necessidades que afloram desta realidade; como também não se pode dizer que há lógica em uma previsão genérica de acesso à justiça, por haver a previsão constitucional do direito de ação.¹⁵⁰ A faculdade ou poder de provocar a

¹⁴⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. “Direito subjetivo, pretensão e ação”, *RePro-47*, p. 122.

¹⁵⁰ Com acerto, a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que decidiu pela incoerência de interesse de agir em ação declaratória que vise ilidir ato jurídico: “O interesse de agir, como condição da ação, baseia-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparelho judiciário sem que com isso obtenha algum resultado útil. Para que tal ocorra, é necessário que a prestação jurisdicional requerida seja adequada e

jurisdição está umbilicalmente conectada à possibilidade do Estado poder tutelar determinada situação de vantagem, e a isto se liga o princípio da inafastabilidade¹⁵¹, ou seja, a garantia de acesso à uma tutela jurisdicional capaz de proteger adequadamente os direitos assegurados no plano material.¹⁵²

Diz Ovídio BAPTISTA que o monopólio estatal gerou “o correspondente direito público subjetivo a que o Estado tutele todo aquele que

necessária. A adequação é a relação existente entre a situação lamentada por aquele que invoca em juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. A função de ação declaratória não é ilidir ato processual, mas sim declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica material ou, excepcionalmente, a autenticidade ou a falsidade de um documento (art. 4º do CPC).” (Ap. n. 66.304-5 - 2ª T., j. 22.06.1999- rel. Des. José Augusto de Souza, *in*, RT-770, p. 341)

¹⁵¹ Segundo Pontes de Miranda “a dificuldade de construção concernente ao exercício de tutela jurídica, sem se ter direito, ou pretensão, ou a ação, é só aparente; porque se estão a confundir, aí, o plano da pretensão à tutela jurídica e o plano da *res in iudicium deducta*. Se não se tem direito, pretensão, ação ou exceção, não se exerceu qualquer deles: exerceu-se a pretensão à *tutela jurídica*, e a sentença foi desfavorável.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 61)

¹⁵² Nas palavras de Pisani, “La costituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell’eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritti sostanziali (singoli diritti sostanziali) e processo, studiando le tecniche attraverso le quali sia possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a ‘dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire’ ai sensi del diritto sostanziale.” (PISANI, Andrea Proto, “Apunty sulla giustizia civile”, op., cit., p. 71)

compareça em juízo dizendo-se titular de algum direito (...); essa tutela é devida a quem se diga titular de um direito meramente aparente, ou de uma mera probabilidade de direito, bem como é igualmente devida ao demandado, independentemente de ter ele ou não razão.”¹⁵³

Tal é o conteúdo que se extrai da leitura do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto é, nenhuma *afirmação* de lesão ou *afirmação* de ameaça será excluída da apreciação jurisdicional.¹⁵⁴ Consagra, portanto, o direito à adequada tutela jurisdicional, que, na realidade, representa muito mais do que o direito à ampla defesa e ao contraditório, mas o direito de que a tutela

¹⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Comentários ao código de processo civil”, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.18. Ao que parece o eminente processualista utiliza ali o termo “razão” na mesma esteira de Liebman -direito abstrato de agir condicionado à presença das condições da ação- para quem “ter razão” significa estar sua afirmação condicionada a existência de um direito assegurado materialmente pelo legislador: “Naturalmente la tutela giurisdizionale spetta in effetti soltanto a chi ha ragione, non a chi vanta un diritto inesistente.” (LIEBMAN, Enrico Tulio. “Manuale di diritto processuale civile”, 4ª ed., Milano:Giuffrè, 1980, p. 129). *Concessa venia*, embora Ovídio Baptista refute a teoria de Liebman, ao que parece, coloca a *pretensão à tutela jurídica processual* condicionada à afirmação da existência de um direito, aparente ou provável, e isto significa, em última análise, aquilo que Liebman defendeu, ou seja, a idéia contrapõe-se a inexistência de um direito. Se esta não for a conclusão de seu raciocínio, chegar-se-á a um resultado não desejado, qual seja, enxergar no termo de sua definição, *ter ou não razão* o sinônimo de procedência da ação, o que obviamente não é aquilo que desejou dizer o eminente processualista.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, op., cit., p. 38.

jurisdicional seja prestada em consonância com os valores em jogo, ou seja, conforme a relevância e natureza do direito a ser tutelado.¹⁵⁵

A interpretação da inserção da locução *ameaça* no texto constitucional, permite concluir que a atividade judicial será exercida também nos casos em que a pretensão reclame *proteção preventiva*, ou seja, antes que se concretize a violação a um direito e, portanto, no campo da *pretensão à incolumidade de um provável direito*.¹⁵⁶ Há, pois, duas espécies de tutelas judiciais proclamadas constitucionalmente: a tutela preventiva (*rectius*: ameaça a direito) e a tutela repressiva (*rectius*: lesão). Isto significa que a necessidade de tutela efetiva passa pela adequação da sua técnica às várias situações conflitivas que, de fato, não podem receber o mesmo tratamento, considerando os diferentes interesses materiais tuteláveis pelo ordenamento jurídico.

Lembre-se, contudo, que somente a partir da ruptura com os ideais do liberalismo, é que se pode enxergar as diferenças no âmbito das relações privadas e, a necessidade de tratá-las também de modo diferenciado, afastando, assim, a equivalência dos bens e a igualdade abstrata das pessoas. O atual Estado social, ao desvencilhar-se da filosofia liberal, libertou-se da visão humana individualista, e hoje, pode-se dizer que, considera o *cidadão* da época das igualdades formais como *pessoa* através de uma perspectiva social, priorizando as novas relações intersubjetivas, pelo reconhecimento das diversificadas necessidades de tutela a partir dos novos valores emergentes. Segundo Cristina RAPISARDA, a doutrina da época

¹⁵⁵ *Ibidem*, *idem*.

¹⁵⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Comentários ao código de processo civil”, *op.*, *cit.*, p. 22.

pretérita concebeu a jurisdição como a função estatal que intervinha necessariamente após a violação, atuando através da “reintegrazione del diritto soggettivo violato”, e o vínculo com a repressão afastava qualquer prevenção como ato jurisdicional porque estava ligado a um poder de polícia exercido pela via administrativa.¹⁵⁷

A partir das novas necessidades de tutela operou-se uma mudança na mentalidade doutrinária, e a função jurisdicional passou a ser contestada frente aos resultados que não garantiam o específico gozo do direito assegurado. A tendência em afastar a tutela por equivalente e a priorizar a tutela do interesse juridicamente assegurado, leva em conta que se isole a prática de uma atividade ilícita do eventual dano que dela possa decorrer.¹⁵⁸ Ao volver os olhos para a tão-somente violação da norma que tutela determinado interesse, afasta-se a necessidade de tutelar o titular de um direito através do prejuízo que haja suportado, ou seja, da insensata extensão da responsabilidade civil para tutelar todos os direitos, sem se importar com a sua natureza. Aliás, as leis de direito de autor, bem como as que regulam as marcas e o invento, protegem seus titulares através de normas que definem condutas ilícitas com a manifesta intenção de afastar a incidência de danos, e, portanto, de não acolher a tutela ressarcitória como efetiva para os mesmos direitos, mas, como forma de

¹⁵⁷ RAPISARDA, Cristina. “Premesse allo studio della tutela civile preventiva”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1980, p. 103.

¹⁵⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit.

compensação dos prejuízos, que necessariamente não precisa ser realizada em pecúnia.¹⁵⁹

Não é outra a lição de ASCENSÃO no trato dos direitos de autor, que distinguindo a violação do direito e a violação *ilícita* do direito como aquela em que é necessário que se verifique dolo ou negligência do infrator, conclui que “aqui é irrelevante que assim aconteça. A divulgação não autorizada pode ser feita cessar, por maior que seja a boa fé do utente. O caráter ilícito da violação só relevará para efeito de perdas e danos.”¹⁶⁰

A partir do momento em que o processualista se desvencilha das antigas amarras que faziam da tutela jurisdicional um veículo destinado a reparar os prejuízos advindos da transgressão de determinada norma, há a possibilidade de se tutelar especificamente os direitos e mantê-los íntegros com uma tutela destinada a impedir eventuais prejuízos. A tutela de que se fala é

¹⁵⁹ A tutela ressarcitória não é descartada àquele que sofreu prejuízos, mas, conforme será analisado no capítulo que trata da tutela inibitória, não havendo prejuízos na esfera patrimonial, não há razão para que sua recomposição também não seja específica, como por exemplo uma retratação ou a publicação da sentença a cargo do vencido em jornais de grande circulação, como se dá na doutrina italiana. Segundo Frignani, “Il nostro ordinamento giuridico prevede, al di fuori dell’azione rissarcitoria e della reintegrazione in forma specifica, altre forme di riparazione del danno, quali l’eliminazione o rimozione degli effetti e la pubblicazione della sentenza, non vediamo come si possa far rientrare l’azione inibitoria nella ‘vasta nozione di repressione del danno’, in quanto essa, per la sua stessa natura, prescinde dal danno.” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giufre Editore, 1971, p. 575)

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos autorais”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.537.

eminente preventive porque a sua outorga não depende, em nível de prova, sequer de cogitar acerca de dano ou culpa daquele que viola uma norma ou está prestes a violá-la. Na verdade, conforme ensina MARINONI, “o dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e, que assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória.”¹⁶¹

Sob essa perspectiva os direitos não patrimoniais, como são os direitos sobre os bens intelectuais, carecem de uma tutela jurisdicional que seja capaz de impedir ou inibir que a lesão seja consumada (segundo a locução ameaça), e não meramente ressarcí-la, já que a equivalência em quantificação monetária, conferida pela técnica da sentença condenatória, é voltada para recompor prejuízos decorrentes da consumação da lesão, ou seja do dano. Desta forma, deve-se entender que os direitos não patrimoniais, como são os direitos de exploração da força intelectual -os direitos à marca e ao invento e o direito de autor-, devem ter uma proteção adequada à preservação daquilo que o legislador constitucional considerou essencial à dignidade e desenvolvimento humano. Se preservar para esses direitos significa não violar, não invadir sua esfera jurídica, tais direitos necessitam de uma tutela jurisdicional compatível com a nova mentalidade do Estado social.

É importante notar que a pretensão do titular de um direito não patrimonial encontra-se distante do resultado proporcionado por uma tutela que tem por fim ressarcir os prejuízos pelo equivalente em dinheiro. Isto constituiria num paliativo tomado como a última *ratio* àquele que pretende conservar

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 41.

íntegro um direito que lhe foi assegurado. Em outras palavras, o interesse, nesses casos, repousa em uma tutela capaz de afastar a atividade ilícita, já que o eventual dano que possa decorrer dessa atividade sujeita o seu titular a uma tutela que repugna à natureza do direito, isto é, a tutela ressarcitória destinada a reparar os prejuízos advindos da não observância da norma. Já afirmou MARINONI, que a “*não patrimonialidade* dos novos direitos exige uma tutela que impeça a lesão ao direito. Uma tutela urgente, ou ao *menos preventiva*, que não condene, mas que ordene a uma realização ou a uma abstenção.”¹⁶²(grifo meu)

Não excluindo da apreciação jurisdicional a “ameaça” ao direito, o legislador constitucional brasileiro prevê a possibilidade de se proteger o direito substancial através de uma tutela que se colime antes da consumação de uma lesão e, portanto, capaz de manter intacta a esfera jurídica de seu titular mediante um agir preventivo. A prevenção da lesão é a única forma de tutelar adequadamente os direitos que não se enquadram na tutela pelo equivalente monetário e, por isso, necessitam ser preservados pela via judicial.

É fundamental a percepção de que o resultado que se almeja -a inviolabilidade dos direitos sobre os bens intelectuais-, e de resto, a de todos os direitos de natureza não patrimonial- somente pode ser viabilizado com um procedimento que permita utilizar a força estatal (*imperium*) para coagir o obrigado à observância do preceito normativo decorrente de seu dever de abstenção. No mais das vezes, entretanto, a técnica utilizada pode variar conforme o resultado pretendido¹⁶³,

¹⁶² *Ibidem*, *idem*, p. 90.

¹⁶³ Visão que pode ser melhor apreendida no capítulo referente à tutela inibitória.

ou seja, o interesse específico pode ser garantido através de tutelas reintegradoras ou restauradoras em contraposição ao interesse pelo ressarcimento pecuniário.¹⁶⁴ A imposição do *imperium* dependerá da técnica utilizada pelo juiz para conferir a satisfação do interesse de seu titular, como a ordem seguida de multa ou a determinação de atos executivos sub-rogatórios, que comportem a obtenção do resultado pretendido. Embora a dimensão desse assunto seja objeto do capítulo destinado à tutela inibitória, convém esclarecer desde já, que a multa utilizada como técnica de coerção, assim como as *astreintes* do direito francês, não se confundem com a indenização. Aliás, João CALVÃO DA SILVA já alertava para o caráter coercitivo da primeira e a reparação do prejuízo da outra, mas advertindo que esta não previne, reforça a idéia do “*domínio em que a importância e natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora.*”¹⁶⁵

Ainda, deve-se considerar que o iminente risco de dano a esses direitos não patrimoniais pode exigir a antecipação dos efeitos do provimento final, tornando a técnica da cognição sumária imprescindível, se se levar em conta

¹⁶⁴ Rapisarda, Cristina. “Profili della tutela civile inibitoria”, op., cit., p. 81.

¹⁶⁵ SILVA, João Calvão da. “Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 410-411;469.

que a grande maioria das violações a essas espécies de bens são de caráter continuativo ou de eficácia imediata.¹⁶⁶

Tais considerações permitem avaliar: que o direito dessas espécies de bens imateriais à adequada tutela jurisdicional é o direito a uma ação também adequada no plano processual. A estruturação de um procedimento capaz de conferir um provimento efetivo à particularidade de sua natureza não patrimonial, faz do instrumento processual um veículo de rara importância e vultuosa proporção quando estudado à luz da tutela dos direitos.¹⁶⁷

Daí o porque, segundo generalizado entendimento doutrinário, de as normas processuais serem complemento ou atualidade das garantias constitucionais, que, inseridas na Lei das Leis, visam, certamente, a reforçar o sistema de direitos e garantias do cidadão.¹⁶⁸ Em suma, de nada adiantaria definir e assegurar os direitos se a própria Constituição não fosse provida dos meios aptos à sua realização. Por isso, o dualismo -direitos e garantias- certificando a importância de

¹⁶⁶ Tome-se como exemplo a iminência de publicação não autorizada de obra intelectual de cunho científico que se encontra no prelo; ou ainda, a exposição à venda de produto objeto de carta patente alheia.

¹⁶⁷ A propósito, veja-se a obra de Adolpho Di Majo ao tratar da tutela dos direitos no plano do direito substancial. O autor embora faça alusão a uma lesão consumada quando trata da tutela, também refere-se ao caráter inibitório destinado a prevenir direitos ameaçados de lesão. (DI MAJO, Adolpho. “La tutela civile dei diritti”, Milão : Giuffrè, 1987, pp. 128-134)

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. “Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale”, *in* *Processo e ideologie*, Bologna: Mulino, 1.969, p. 503.

tutelar tais direitos mediante instrumentos aptos à sua grandeza e importância.¹⁶⁹ Para Luigi COMOGLIO, o direito de ação inserido no rol de garantias fundamentais, importa que o “diritto fondamentale dell’individuo ad un processo equo e giusto non si cristallizza, né tantomeno si esaurisce, in garanzia singole, ma si basa sul necessario coordinamento di più garanzie concorrenti.”¹⁷⁰

Portanto, o ordenamento jurídico somente pode ser considerado completo e eficaz se as definições dos direitos ali constantes encontrarem correlatas formas de tutela, adequadamente previstas neste mesmo ordenamento, sob pena de comprometer a sua juridicidade. Nas palavras de PISANI, este ordenamento “non potrebbe essere qualificato come giuridico poichè non garantirebbe l’attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela, nel momento della sua violazione.”¹⁷¹

Isto reduz à exigência de uma tutela jurisdicional efetiva, porque, como bem retrata MARINONI¹⁷²

¹⁶⁹ “Il fatto che non soltanto la necessità imprescindibile di una tutela giurisdizionale, ma anche le esigenze di efetività delle sue possibile forme si siano tradotte in altrettante garanzie fondamentali, assurgendo a dignità di norme-cardine, costituisce indubbiamente la novità centrale di queste esperienze.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, n. 3, set., 1991, p.638)

¹⁷⁰ *Ibidem*, *idem*, p. 687.

¹⁷¹ PISANI, Andrea Proto. “Appunti sulla giustizia civile”, *op.*, *cit.*, p.11.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op.*, *cit.*, pp. 64-67.

A falta de efetividade da tutela jurisdicional implica a existência de um ordenamento jurídico incompleto. A existência do direito material -em nível de efetividade- depende da efetividade do próprio processo. Sem um direito processual capaz de garantir uma tutela jurisdicional efetiva e adequada não há um ordenamento que possa ser qualificado como jurídico. Para continuar a dizer, na doutrina que concebeu a *tutela genuinamente preventiva* que, *admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer os instrumentos adequados para garanti-la, sob pena de descumprir o preceito constitucional consagrador do direito de acesso à justiça.*

Desta forma, se existe uma categoria de bens imateriais que deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico, é porque há um valor a ser protegido e, portanto, há distinção entre a *forma* com que o ordenamento jurídico atua a proteção dos direitos subjetivos e os *remédios* colocados à disposição para uma proteção efetiva, e não meramente abstrata, desses mesmos direitos. Isto significa que, a oferta da tutela jurisdicional não pode estar descomprometida dos resultados úteis que deve proporcionar ao jurisdicionado e, por esta razão, o instrumento processual deve ser adequado às diversas situações conflitivas.¹⁷³

¹⁷³ Conforme Proto Pisani, “perchè sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio, non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tal da potergli

No atual estágio do processo civil não há como se conformar com uma sentença de mérito que se diz satisfativa em relação ao exercício do direito de ação. A satisfação resultante desse exercício deve ser avaliada segundo os resultados que é capaz de proporcionar, ou seja, se o provimento constitui-se em ato fim -suficiente para a realização- ou é ato meio -necessita de outros atos subsequentes para a realização do direito.¹⁷⁴ Evidenciada a função instrumental do processo não se pode escapar do correto manejo de suas técnicas, para tornar efetiva, a realização dos direitos.

Uma análise despreconceituosa, porém atenta sobre a noção da tutela dos direitos, é capaz de demonstrar que a particularidade do caso concreto pode exigir técnicas diferentes daquelas encontradas nos procedimentos clássicos da lei processual, idealizados para uma época em que a idéia de prestação jurisdicional contentava-se com a de provimento final despido de resultados fáticos. Para tanto, será necessário revisitar o modelo clássico do processo de conhecimento brasileiro e as tradicionais sentenças que dele defluem.

fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto.” (PISANI, Andrea Proto. “Appunti sulla giustizia civile”, Bari: Cacucci, 1982, p. 11)

¹⁷⁴ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit.

2.4 O TRADICIONAL PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E A CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS AÇÕES E DAS SENTENÇAS. A SUA INSUFICIÊNCIA PARA A TUTELA DOS BENS INTELECTUAIS

O processo civil brasileiro, influenciado pela doutrina chiovendiana concebida à luz do Estado liberal, reconheceu as finalidades teóricas perseguidas de forma que vigora em nosso Código de Processo Civil os três tipos de processos: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar. É sabido, também, que a melhor doutrina apostila seus resultados em duas ordens: Processo de Conhecimento- Processo de Execução e Processo Cautelar, em flagrante crítica ao modelo estanque, incompreensível diante da ineficácia executiva imediata do primeiro, ao mesmo tempo em que é responsável pela própria universalização da sentença condenatória, realizada de forma subsequente em processo autônomo, suprimindo as ações mandamentais e executivas *lato sensu*.¹⁷⁵

Esse modelo teórico faz do Processo de Conhecimento um processo declaratório, concebido, como diz Ovídio BAPTISTA, “para conter apenas ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, não contenha em seu interior execução; assim como o Processo de execução não possa conter conhecimento, no sentido de julgamento de um determinado conflito de

¹⁷⁵ SILVA, Ovídio A.Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1988, pp.164-192.

interesses”¹⁷⁶, acaba, por assim dizer, consagrando apenas os três tipos de ações para as quais o procedimento comum ordinário ou sumário torna-se adequado. Não se pode esquecer que o legislador dispôs os procedimentos especiais -aqueles em que conhecimento e execução se misturam numa mesma demanda- em um livro, apartado (Livro IV), pois, como diz o citado processualista “seu objetivo era a consagração da completa uniformidade ritual, a ser obtida com a universalização do procedimento ordinário, e a consequente supressão das ações especiais e da diversidade de ritos que elas necessariamente determinam.”¹⁷⁷ Conclui, ainda, o eminente processualista, que “a preferência pela ordinaryness denuncia compromissos históricos, doutrinários e políticos profundos com determinados princípios que emolduram e dão sentido ao nosso conceito de jurisdição, preservado, no direito moderno, a partir do modelo do procedimento da *actio* do direito privado romano.”¹⁷⁸

Desta forma, o Processo de Conhecimento, ou declarativo, é a versão moderna do *ordo iudiciorum privatorum*, somente havendo decisão capaz de *compor definitivamente a lide* através de uma declaração, nunca através de ordens aos litigantes, nem mesmo a sanção aplicada pela sentença condenatória pode ser realizada, pois o liberalismo dos séculos XVIII e XIX suprimiu, segundo Ovídio BAPTISTA, “do Direito luso-brasileiro o instrumento similar ao *Contempt of Court* do Direito anglo-americano, o qual o Direito medieval

¹⁷⁶ SILVA. Ovídio A. Baptista da. “Comentários ao código de proceso civil”, op., cit., p. 24.

¹⁷⁷ *Ibidem*, *idem*, p. 24.

¹⁷⁸ *Ibidem*, *idem*, p. 25.

consagrava, em textos claríssimos das ordenações do Reino (...)”.¹⁷⁹ Sem qualquer poder de império e consagrado o princípio dispositivo, segue o processualista dizendo que a doutrina ainda “universalizou a ordinariedade, ao consagrar a exclusividade da ação condenatória, transferindo para um processo posterior todas as formas de tutela executória.”¹⁸⁰

Perceba-se que a ação condenatória toma o palco das atenções pela responsabilidade que lhe foi atribuída, como vetor da dualidade; processo de conhecimento-processo de execução. Na verdade, a construção teórica encarregou-se de justificar tal natureza jurídica, operada pelo divórcio reinante entre direito material e direito processual. Lembre-se que CALAMANDREI descreveu-a como a decisão “mediante la cual la autoridad judicial individualizará el concreto precepto jurídico nacido de la norma, establecerá da certeza acerca de cuál ha sido y cuál habría debido ser el comportamiento del obligado y determinará, como consecuencia, los medios prácticos aptos para restablecer en concreto la observancia del derecho violado.”¹⁸¹ Também CARNELUTTI via na sentença condenatória uma sentença de declaração, da declaração de certeza *do que foi* e da declaração do que *deveria ser*.¹⁸²

¹⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Do processo cautelar”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.35.

¹⁸⁰ *Ibidem*, *idem*, p. 37.

¹⁸¹ CALAMANDREI, Pietro. “Instituciones de derecho procesal civil”, v.I, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 142.

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco. “Derecho y proceso”, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 66.

Visto dessa maneira, a ação condenatória não passa de um título executivo, um comando abstrato contido na norma e manifestado pelo juiz, dependente de uma realização espontânea ou necessitando da execução por sub-rogação. Portanto, não interferindo diretamente na esfera jurídica do demandado não é capaz, por si só, de restaurar a lesão.¹⁸³ Esta realidade levou Satta e Carnelutti a distinguirem a condenação de atos de império, esses reservados aos pretores que os pronunciavam na *actio in rem* através de uma ordem, e a condenação conferida por autoridades sem o poder de *imperium* destinada à *actio in persona*.

As ações *in persona* (*actio*) eram as que derivavam de uma *obligatio* -laço- entre credor e devedor, já as ações *in rem* eram as que derivavam das coisas (*rei vindicatio*), protegendo-se a posse através dos interditos.¹⁸⁴ Na proteção às coisas, a reivindicação do autor era para que o espoliador não se opusesse ao bem, declarado seu através da *rei vindicatio*; já as ações de conteúdo obrigacional consistiam em condenação. Foi no processo formulário e no extraordinário que a *vindicatio* foi mesclada pela *condenatio*, quando então se permitia a condenação do valor da coisa se o réu não quisesse restituí-la e a indenização sobre os frutos e

¹⁸³ A propósito, a observação de Barbosa Moreira: “se não é de efetivar a sanção que se trata na sentença condenatória, então só uma coisa é concebível que se trate: declara a sanção a que se sujeita o vencido.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, *in* *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 76)

¹⁸⁴ Cf. CRETILLA JR, José. “Direito Romano”, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996; MARKY, Thomas. “Curso elementar de direito romano”, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

benfeitorias, e regulava os créditos recíprocos entre autor e réu sobre as benfeitorias necessárias.¹⁸⁵

Na verdade, a construção da teoria personalista derivou de uma distorção dos compiladores do direito romano sobre o conteúdo das ações *in personam* e as ações *in rem*, considerando que os romanos não dividiram os direitos em pessoais e reais, conforme são modernamente concebidos, já que seu sistema foi de *actiones* e não de direitos. A *actio* romana dizia respeito a uma pretensão à condenação, mas exclusivamente às nascidas no campo das obrigações (contratos e ilícitos), era pois, um sistema de ações.¹⁸⁶ Cândido DINAMARCO, em nota de rodapé faz referência a obra de Windscheid, dizendo que o que os romanos

¹⁸⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. “Direito romano”, 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 318.

¹⁸⁶ Ovídio Baptista da Silva, demonstrando a ligação entre a *obligatio*, a *actio* e a *comdenatio* no direito romano, assevera que “a condenação somente existia, com a estrutura e função que lhe são próprias, no direito romano, em virtude da originária incoercibilidade do vínculo jurídico, gerado pela *obligatio*. E, como então comprovamos, a universalização da sentença condenatória, no direito moderno, somente ocorreu porque as doutrinas jurídicas dos romanistas do século XIX promoveram a correspondente universalização do direito de crédito, com a supressão das pretensões e ações reais. De resto, a preponderância da *comdenatio* sobre as formas de tutela jurisdicional portadoras de imperatividade em grau mais relevante, já ocorrera no direito romano tardio, com a supressão dos processos interditaes e sua absorção pelo processo *extra ordinem* que reproduzia o procedimento da *actio* primitiva.” (SILVA, Ovídio Baptista. “Curso de processo civil”, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990, p. 316)

designavam por *actio* “corresponde ao que hoje se chama pretensão (*Anspruch*), ou seja, a faculdade de impor a própria vontade por via judiciária.”¹⁸⁷

Relata Ovídio BAPTISTA, que “a partir da célebre observação de Kant, segundo a qual todo o direito -seja ele real ou pessoal- corresponde a uma relação interpessoal, e, portanto, obrigacional entre pessoas, posto que não poderá haver relação jurídica entre um ser humano e uma coisa, como então sustentara ocorrer dos direitos reais (*Princípios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, trad. Mexicana, 1978, 73), estabeleceram os pandetistas germânicos, princípio segundo o qual todo direito violado transforma-se em direito de crédito (Windscheid, “*La ‘Actio’ del Derecho Civil Romano, desde el Punto de Vista del Derecho Actual in Polêmica sobre la Actio*, trad. Arg., 1974, p. 185). (...) a *pessoalização* do direito real trouxe como consequência a universalização da sentença condenatória, com a sua natural impotência executiva, tal como esta categoria jurídica fora concebida pelo Direito Privado romano, sob o pressuposto da incoercibilidade originária da *obligatio* que lhe cabia tutelar.”¹⁸⁸

Desta forma, fica fácil entender que no sistema de direitos (e não de ações como o romano) a ação de condenação tenha o caráter repressivo e patrimonialista, o que obviamente não é compatível com uma tutela efetiva dos bens não patrimoniais.¹⁸⁹ A noção de condenação que marcou a *actio in*

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. “A instrumentalidade do processo”, op., cit., p. 18.

¹⁸⁸ SILVA, Ovídio Baptista. “Do processo cautelar”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.37.

¹⁸⁹ A idéia de liberdade germinada desde os primórdios do capitalismo-séculos 12 e 13, culminou concretizada com a Revolução Francesa que teria servido à classe burguesa “para engendrar um

rem influenciou a construção da teoria personalista dos direitos reais -calcada na idéia de que a relação jurídica só poderia ser intersubjetiva-, período que coincide com a classificação tradicional das sentenças formulada por Chiovenda, no final do século XIX.¹⁹⁰ Sob essa ótica, tudo se resolvia pela reparação do dano, mesmo os direitos da personalidade recepcionados pelo Estado liberal supunham-se preservados com a sentença condenatória-execução forçada, já que atendia aos valores do individualismo liberal, assegurando um respeito sagrado à liberdade do indivíduo ao mesmo tempo em que contribuía por permanecer intacta a vitória do vencedor contra futuras investidas do vencido.¹⁹¹

sistema obrigacional que estabelecesse condições -como efetivamente ocorreu- para a expansão do capital que essa detinha e que vinha acumulando-se durante séculos.” Segundo Alvim, “não poucos autores observam a diferença sensível, entre a disciplina dos direitos obrigacionais, exercidos no campo social em que o direito conferia aos partícipes quase que uma liberdade absoluta, ao que se contrapunha a disciplina dos direitos reais, sempre só existentes em face de tipos rígidos e com elementos normativos exaurientes (...). Estabelecia-se, claramente, então, a nítida distinção nessa dualidade radical, ou seja, o direito obrigacional servia à expansão, multiplicação do capital, ao passo que, os direitos reais serviam à segurança máxima, para guardar o capital ou o patrimônio, da mesma burguesia, tal como se fosse um ‘cofre’.” (ALVIM, Arruda, op., cit., p. 60)

Essa mesma burguesia detentora de recursos, para qual o sistema foi moldado, não se importava com a demora de uma solução para as questões sobre propriedade suscitadas no século passado, ao que parece, até mesmo conveniente, já que sua esfera jurídica encontraria-se intacta até que a sentença final revelasse a “verdade” e declarasse uma vitória ou uma derrota e consequente atribuição de responsabilidade em compor os prejuízos sob a forma pecuniária.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op. cit., p. 300.

¹⁹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Do processo cautelar”, op., cit., p. 07.

Essa concepção de liberdade não possibilitava a coerção de alguém a um fazer ou não fazer, pois a relevância dada a vontade humana, *ainda que ilícita*, não dispunha de outro instrumento senão a tutela ressarcitória como a solução empregada nas obrigações inadimplidas em perdas e danos. A matriz originária desse sistema, encontra-se expressa no art. 1.142 do Código Civil francês: “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento do devedor”. Como diz Arruda ALVIM¹⁹²

Com a solução da *tutela ressarcitória* sempre consequente ao inadimplemento, está implicado um pensamento distanciado do direito material, justamente porque, *aquilo que resultava pactuado*, no plano do direito material (= realização do fazer ou do não fazer), se não ocorresse, levava à constatação de que não dispunha o direito processual de instrumento apto ou efetivo a que isso viesse ocorrer.

Isto implica a correlação da sentença condenatória com a execução por sub-rogação, pois se o Estado não poderia intervir na esfera jurídica dos particulares para assegurar o adimplemento, é evidente que a tutela das obrigações de não fazer ou de um fazer infungível só se realizaria com uma atividade

¹⁹² ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós”, *RePro* 97, jan-março de 2000, p. 61.

executiva, aquela que atuaria sobre a vontade do obrigado independentemente de sua vontade, como característica peculiar da execução.¹⁹³

É importante notar, que a execução indireta das obrigações de fazer e não fazer em caso de inadimplemento, procurava, através da criação pretoriana das *astreintes* e reconhecida pela jurisprudência francesa, dar o sentido de coação ao adimplemento, consideradas de início como representativas das perdas e danos. As *astreintes* somente foram concebidas como condenação acessória com a sua consagração pela Lei 72-626, de 14.07.1972 e atualmente pela Lei 91-650, de 09.07.1991, em seu art. 33: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreinte* para garantir a execução de sua decisão.”¹⁹⁴

¹⁹³ Sobre a natureza da execução, ver CARNELUTTI, Francesco. “Diritti e processo nella teoria della obbligazioni- Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda”, Padova: Cedam, 1927.

¹⁹⁴ Argumenta Arruda Alvim que ocorreu internamente no direito francês uma evolução paralela e antagônica “dado que em certa escala, era contrária à ocorrência de desenvolvimento pleno da regra do art. 1.142, do CC francês. Foram e são as *astreintes* criação pretoriana, através da qual procurava-se o adimplemento *coativo*, ou seja, mercê de *execução indireta*, no caso de inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer.

No direito francês, que foi a *sede desse entendimento de perdas e danos*, é que nasceram, por construção pretoriana, as *astreintes*, ainda no século passado, com ulterior reconhecimento de sua legitimidade, pela Corte de Cassação.

Em relação à natureza das obrigações de fazer e não fazer, falou-se que a ‘obrigação de fazer tinha um objeto impossível’, ou que era ‘obrigação natural’, por isso mesmo incoercível, *i.e.*, não juridicamente obrigatória. Argumentava-se contra a possibilidade de coação indireta, tendo em vista as *astreintes*, dizendo-se que: (a) o juiz só deve dizer o direito (art. 1.142),

A opção do Código de Napoleão pela incoercibilidade foi fruto da política contra o antigo regime dos latos poderes coercivos (pessoal e pecuniário), conferidos ao juiz, que sob a desconfiança de sua discricionariedade primou pela segurança jurídica com a necessária tipificação dos meios de execução forçada e destituição de qualquer poder de polícia ou *imperium* da figura do juiz. O juiz, que se revelou após a Revolução Francesa, é aquele descrito por MONTESQUIE, *seres inanimados que não podendo moderar sua força nem seu rigor não são* “mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei.”¹⁹⁵

O reflexo de tudo isso pode ser sentido na legislação processual brasileira, influenciada pelas idéias liberais que pairavam na concepção de Chiovenda, sobre o conceito de ação desvinculada do direito material e sob a noção de um processo independente e despido de compromisso com as situações de direito

carecendo de um poder coercitivo, no caso de inadimplemento de tais obrigações; (b) ademais, haver-se-ia de atentar, na esteira do que se dizia, para sustentar a solução das perdas e danos, pelo inadimplemento em relação às *astreintes*, para o princípio da *nulla poena sine lege*.

Mas, as *astreintes* foram uma criação da jurisprudência, *ao abrigo de constituírem-se elas em perdas e danos*, tendo sido, no entanto, a sua evolução dominada por uma ruptura progressiva com a teoria das perdas e danos. Isto demonstra o esforço feito, para lograr cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, ainda que -como se disse- a construção pretoriana originária circunscrevia-se a considerar tais multas como representativas de perdas e danos. Foram concebidas *originariamente* como se fossem perdas e danos.” (ALVIM, Arruda, op., cit., pp. 61-62)

¹⁹⁵ MONTESQUIE, Charles-Louis de Secondat, Barão de. “Do espírito das leis”, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

substancial.¹⁹⁶ A construção da doutrina sobre a classificação trinária das sentenças espelha os valores de uma época preocupada em manter a esfera jurídica do réu intacta, com a subtração de qualquer poder discricionário do juiz, este limitado à declaração da lesão e conseqüente equivalência pecuniária dos danos em prol da necessária segurança jurídica estampada nas típicas formas de execução.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Merece alusão a recente crítica de Figueira Jr., onde diz que “os sistemas originários do *civil law* herdaram a parte menos nobre do direito romano, ou melhor, do direito romano decadente de influência cristã bizantina, razão pela qual podemos afirmar que o nosso processo civil não é romano, mas sim, romano-canônico, significando dizer que absorvemos o regime da *actio* que por sua vez, era decorrente da *obligatio*, terminando por gerar a *condemnatio* (sentença de mera exortação), enquanto os *interdictus* (tutela *ad interdictum*) passaram em sua pureza e inteireza para os sistemas denominados *common law*, onde o julgador -assim como fazia o pretor romano- ordena e autoriza, sob pena de imposição de alguma sanção (medidas coercitivas) e desobediência.

Portanto, herdamos um processo civil romano que sofreu sensivelmente os influxos do direito canônico medieval, culminando com o agravamento do liberalismo e iluminismo dos séculos XVII e XIX, onde mais do que nunca o juiz se fez passar tão-somente como a ‘boca da lei’ mercê de ingênua imparcialidade e equidistância dos litigantes, assim como a jurisdição limitou-se ao accertamento e declaração do direito, dissociando-se da execução ou qualquer medida coercitiva para não violar os princípios da época das luzes.” (FIGUEIRA JR., Joel Dias. “Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil- enfoque às demandas possessórias”, *RePro-98*, abril-junho de 2000, p. 09)

¹⁹⁷ A propósito, veja o que diz Arruda Alvim: “A coisa julgada representava manifestação profunda, no campo do processo (na esteira, aliás, das ordens jurídicas precedentes, quanto à produção de efeitos só depois da ocorrência de coisa julgada), da idéia de segurança de que era, particularmente, imbuída a sociedade do século passado. Somente era concebível a produção dos efeitos jurídicos satisfativos, *i. e.*, o ingresso no patrimônio do demandado, no âmbito do processo de execução, depois do trânsito em

É essa segurança jurídica que reina no procedimento ordinário e que torna a concepção tradicional das classificações das ações e sentenças em uma trinária ineficiência para proteger os direitos que dependem, para sua realização, de um fazer infungível ou um não fazer, já que seu cumprimento depende de uma atividade executiva. O grau de certeza que dominou a necessidade de outras épocas, mas inefetivo diante das novas relações jurídicas, foi capaz de despertar a doutrina para o estudo de *técnicas de tutela*¹⁹⁸ que realmente pudessem oferecer proteção preventiva aos direitos que não podiam ser adequadamente tutelados através do binômio condenação-execução forçada, já que as típicas ações preventivas, constantes no ordenamento brasileiro, padeciam da mesma insuficiência, ou seja, não realizavam por si só o direito carente de tutela.

Se a ação condenatória limita-se a produzir um título executivo porque inapta a coagir à observância de seu preceito, a ação declaratória, por sua vez, afirmando ou negando um direito existente, também não realiza o direito

julgado, porque só então havia a certeza do direito, justamente porque já houvera um processo de cognição, com uma sentença revestida pela autoridade de coisa julgada. Essa sentença, a seu turno, era lastreada em cognição plena e completa do material probatório, o que, sob outra faceta, da mesma realidade, é que respondia ao ideal de segurança. Por isso mesmo, era inconcebível que, em nome apenas da *verossimilhança* se pudessem produzir efeitos apreciáveis (normas como as do art. 273 e 461 introduzidos em nosso sistema pela Lei 8.952, de 13. 12. 1994).” (ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós”, *RePro- 97*, jan-mar de 2000, p. 59)

¹⁹⁸Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit; “Tutela específica”, op., cit.

declarado e, conseqüentemente, a função preventiva que lhe foi relegada é incapaz de prevenir o ato ilícito contra os direitos à marca e ao invento, ou o direito de autor.

BARBOSA MOREIRA já havia atentado para o problema da natureza da ação constitutiva e da insuficiência da ação declaratória para prevenir lesão a direitos, dizendo que “as ações constitutivas, nas quais se exercitam direitos potestativos, insuscetíveis, por definição, de ser lesados; e as ações declaratórias, que não visam (ao menos diretamente) a evitar violação de direito, nem tampouco, quando exercitadas depois desta -conforme permite o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Civil-, a repará-la.”¹⁹⁹

Resta constatar o que já era esperado: o processo civil, estruturado na classificação trinária das sentenças, não é apto a tutelar essas espécies de bens imateriais bem como grande parte dos novos direitos, especialmente aqueles que não tem conteúdo patrimonial. O processo de conhecimento foi capaz, sim, de criar o mito da busca da verdade, e o dogma da *nulla executio sine titulo*²⁰⁰, pugnando a cegueira da ação de direito material pelo temor de sua mácula à imagem abstrata da

¹⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da efetividade do processo” *in* *Temas de Direito Processual Civil*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32.

²⁰⁰ “O processo de conhecimento, fundado na ordinariedade e matizado por cognição plena e exauriente a desaguar numa sentença condenatória com o escopo de criar um título judicial revestido de liquidez, certeza e exigibilidade, a fim de justificar um processo de execução por sub-rogação e, finalmente, atingir a satisfatividade do vencedor da demanda.” (FIGUEIRA JR., Joel Dias, *op.*, cit., p. 10)

teoria da ação, gerando a crença de que as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, presentes nos ritos especiais (*rectius*: privilegiados), enquadravam-se no esquema trinário da classificação das sentenças. O repúdio do legislador, e parte da doutrina, em aceitar a teoria da classificação quinária das ações encontrava-se na consciente implicação do nascimento de tutelas diferenciadas e consequente encontro/adequação da ação de direito material e da ação de direito processual. Isto representaria, em última análise, o desencanto do isolamento do direito processual e a quebra dos dogmas, mitos e teorias, sedimentados ao longo de décadas. Eis o que lamenta FIGUEIRA JR.²⁰¹

²⁰¹ A crítica ao sistema, feita por Figueira Jr., merece total acolhida, razão pela qual convém reproduzi-la em sua inteireza: “A verdade é que as ações *mandamentais* assim como as *executivas lato sensu* perambulavam pelo cenário jurídico sem que os cépticos ‘clássicos’ admitissem a sua existência e autonomia como integrantes de uma subdivisão das ações de conhecimento, notadamente em razão do silêncio tumular do nosso Código Instrumental que absorveu de maneira cega a teoria italiana do início do século e, mais recentemente de Liebman.

Não se pode negar também que, lamentavelmente, o processo civil clássico procurou sufocar (em vão) a existência da *ação de direito material* em prol de uma pseudo-certeza da nova ciência processual e quiçá da própria e então emergente teoria eclética das ações, como se elas fossem absolutamente incompatíveis entre si. Esquematizou-se, assim, uma ‘classificação das ações’ fundada exclusivamente em critério instrumental que resultou no desacerto, por décadas, da admissibilidade apenas de *demandas cognitivas* modeladas pela ordinaryness e que gerariam sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, convivendo ao lado das *acautelatórias* e *executivas stricto sensu*.” (Ibidem, idem)

Vivemos, portanto, durante praticamente dois mil anos, sob o jugo do princípio mitológico da *nulla executio sine titulo*, enquanto as suas raríssimas exceções estampadas em típicas ações *mandamentais* e *executivas lato sensu* (v.g. ações possessórias de força nova, despejo, reivindicatória, mandado de segurança) eram justificadas como integrantes de uma obsoleta classificação ternária onde apareciam circunstâncias às malsinadas demandas ‘condenatórias’, sendo que a executividade ou mandamentalidade não passavam de um simples exaurimento no plano factual da satisfatividade conferida na condenação ao vencedor. Em outras termos, o injustificável restava inexplicável (...).

O esgotamento de um modelo tradicionalmente ligado às concepções individualistas do século passado é, entre os processualistas brasileiros, mais recente do que se verificou em outros países, nos quais as transformações no direito processual datam principalmente do fim da Segunda Guerra com o surgimento dos novos direitos, afunilando aquele estágio de modificação no sentido da convivência do proceso civil clássico com outros instrumentos necessários na justa medida dos novos interesses dos dias contemporâneos.²⁰² A consequente tomada de

²⁰² Afirma Arruda Alvim, que “o processo civil de nossos dias encontra-se num estágio de modificação profunda, na mesma esteira do que precedentemente se tem verificado no mundo ocidental, consistente em colocar ao lado do que se pode designar como processo civil clássico (em sua estrutura) outros instrumentos, destinados a fazer frente às necessidades, que não datam de hoje, mas que são cada vez mais agudas, nestes dias contemporâneos (...)” Segundo o processualista tal fenômeno se deve às modificações ocorridas no direito material e seu reflexo nas transformações ocorridas no direito

consciência da insuficiência do instrumento processual, para concretizar a adequada tutela jurisdicional dos direitos, deixou latente a menor importância ao direito abstrato de demandar, acentuando a tenaz busca pela satisfação dos interesses, colocados à prometida proteção estatal.²⁰³

A importância dos conceitos de pretensão e ação de direito material e pretensão e ação de direito processual conduziu os processualistas a uma visão mais aberta do instrumento processual, demonstrando a atual tendência de analisar a tutela jurisdicional a partir dos efeitos que produz no plano do direito material, ou seja, a sua adequação e, portanto, a sua efetividade está condicionada a uma concreta resposta à necessidade do caso conflitivo. A conclusão é a de que não faz sentido o direito material adequar-se ao instrumento que propicia sua satisfação, sobretudo quando este instrumento é condicionado a uma tipicidade inócua de ações processuais para grande parte dos direitos, já que foi concebida por um critério em

processual civil, já a partir do final da Segunda Guerra, o que no Brasil teve repercussão mais recente, pois, nas suas palavras “tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificam-se pressões sociais pela ‘reivindicação’ de novos direitos, e, bem assim, detectou-se -talvez com perplexidade inicial, ao menos- a insuficiência de instrumentos processuais existentes, de caráter estruturalmente individualista.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. “Anotações e perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo”, *RePro*- 64, pp. 7-8)

²⁰³Como disse BEDAQUE, “de que adianta, para o ordenamento substancial, para a efetiva pacificação, assegurar-se o direito de demandar? Necessário que o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Direito e processo”, *op. cit.*, p. 26)

que o processual sobrepuja o substancial, o que resulta, em última análise, em uma inadequada tutela jurisdicional.

Fala-se, então, de tutelas jurisdicionais diferenciadas em flagrante rejeição ao clássico procedimento ordinário, ou como diz TOMMASEO, ao *solenis ordo iudiciarius*, significando a busca de alternativas ao rito solene, capaz de tutelar adequadamente diversas situações concretas.²⁰⁴

2.5 TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS, TÉCNICA PROCESSUAL E A TUTELA PREVENTIVA DOS BENS INTELECTUAIS

O conhecido discurso sobre o acesso à justiça, o qual é corolário do princípio da inafastabilidade inscrito no art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal, propiciou, no que se chamou instrumentalidade do processo²⁰⁵,

²⁰⁴ “Come ho detto, quando si parla di tutele giurisdizionali differenziate ci si riferisce a modelli processuali posti dal legislatore in alternativa al *solemnis ordo iudiciarius* e quindi al processo di cognizione a rito ordinario o, come si dice comunemente, al processo di cognizione ordinario, disciplinato nel secondo libro del codice diritto (artt. 163-408).” (TOMMASEO, Feruccio. “Appunti di diritto processuale civile”, Torino: Giappichelli, 1995, p.19 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op. cit.*, p. 392)

²⁰⁵ “Ne consegue che instrumentalità del diritto procesuale non significa neutralità; il diritto processuale- nei molti procedimenti e nelle varie forme di tutela in cui si articola- non è, non può

a busca por procedimentos e conseqüente formas de tutelas jurisdicionais que fossem adequados aos reclamos do direito material, cuja existência revela um interesse que o ordenamento visa proteger. Cuida-se de adequar a técnica processual àquelas situações de vantagem materialmente previstas pelo legislador que necessitem de uma atuação pela via jurisdicional.

Na exposição feita por MARINONI, as técnicas de tutela podem ser entendidas a partir da análise dos *meios* que são colocados à disposição do jurisdicionado para se obter a prestação da tutela jurisdicional. Assim, as sentenças são apenas os meios que permitem a prestação da tutela jurisdicional e, não retratam a necessária aderência ao plano fático no campo dos resultados, pois, a depender da situação litigiosa: uma espécie de sentença pode ensejar várias modalidades de tutela, ou uma mesma tutela pode ser prestada através de diferentes espécies de sentenças.²⁰⁶

É o que se pode entender da doutrina de COMOGLIO, para quem não há porque se falar em tipicidade ou atipicidade das ações e nem de representar a tradicional tipologia das ações em declaratórias, constitutivas e condenatórias, dado que a atipicidade e a classificação tipológica são atributos ou

essere, indifferente rispetto alla natura degli interessi in conflitto; non lo è- e per questo non è corretto parlare di neutralità- poichè dalla predisposizione di procedimenti idonei a fornire forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni delle singole situazioni di vantaggio dipende l'esistenza o il modo di esistenza dello stesso diritto sostanziale." (PISANI, Andrea Proto. "Appunti sulla giustizia civile", Bari: Cacucci, 1982, pp. 11-12)

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela específica", op. cit., pp. 63-64.

prerogativas sistemáticas do resultado de mérito (e não do meio processual, ou como se diz, do “resultado modal mínimo”, garantido pela norma constitucional).²⁰⁷ Há, segundo o processualista, uma impropriedade em considerar a tutela jurisdicional segundo a classificação das ações porque estas relacionam-se ao tipo de provimento, já a espécie de tutela relaciona-se ao resultado do processo, sendo, por isso, o objeto variável da demanda aquele que deve ser tomado como critério classificatório.²⁰⁸

Há, de fato, uma considerável lógica em não se tomar o provimento veiculado pelas diversas ações processuais como critério de classificação da tutela jurisdicional, já que as sentenças e seus modos de execução são as técnicas

²⁰⁷ No original : “Non ha, quindi, ormai, più senso parlare *ex ante* di tipicità o di atipicità dell’azioni, nè tantomeno ripresentare la tradizionale topologia della azioni (siano esse di mero accertamento, di condanna o costitutive), dal momento che la tipicità e la classificazione tipologica sono attributi o prerogative sistematiche del ‘risultato’ di mérito (e non del ‘mezzo’ processuale o, come si diceva, del ‘risultato modal minimo’, garantito dalla norma costituzionale), qualificando semmai il tipo di provvedimento o la forma di tutela che sono l’oggetto della domanda o dell’eccezione e che, per consentire a chi le propugna il raggiungimento del fine perseguito, presuppongono *ex post* l’avvenuto accoglimento dell’una o dell’altra.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, pp. 472-473)

²⁰⁸ “Riconosciuta perciò l’insufficienza delle tradizionali classificazioni - impermate sui tipi di azione (di condanna, costitutive, di mero accertamento) oppure sul tipo di giudizio instaurabile (*ad es.*, di cognizione, conservativo o esecutivo, come si esprime, l’art. 2.943 CC)-, è ormai inevitabile la necessità di ricorrere ad altri parametri classificatori, i quali tengano conto dei possibile risultati del processo, in rapporto a quelle forme di tutela che rappresentano l’oggetto variabile della domanda giurisdizionale.” (*Ibidem*, *idem*, p. 489)

utilizáveis para se obter o resultado pretendido.²⁰⁹ Além da insuficiência das tradicionais ações e sentenças, mesmo que se considere a classificação quinária como necessária (aqui, com total reconhecimento de sua necessidade) no plano dos resultados, é imprescindível que a tutela adequada seja considerada conforme a necessidade do direito material, já que é possível obter o mesmo provimento, embora os resultados materiais pretendidos sejam diversos.²¹⁰ Ao substituir as tutelas condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu* por uma classificação que leve em conta, não a ação presente na sentença, mas, o resultado que se almeja através do processo, é possível alcançar a tutela jurisdicional voltada para a questão do ilícito, ou seja, uma tutela distinta daquela que toma em consideração o dano e, portanto, é

²⁰⁹ Figueira Jr. prefere manter o critério classificatório das ações como parâmetro para originar tutelas jurisdicionais diferenciadas e efetivamente sintonizadas com a pretensão articulada e a satisfação perseguida, inserindo, portanto, na tradicional classificação as ações mandamentais e executivas *lato sensu*. Segundo o autor, “afigura-se-nos a formulação de uma classificação diversa das ‘ações’ tomando-se como ponto de partida e critério a tutela jurisdicional perseguida e baseada na respectiva relação de direito material sobre a qual incidirá a proteção pleiteada. Nessa sequência, classificamos as ações da seguinte forma: a) declaratória; b) constitutiva; c) ressarcitória; d) recuperatória; e) vindicatória; f) inibitória; g) acautelatória; h) executiva *stricto sensu*.” (FIGUEIRA JR, Joel Dias. “Ações sincréticas”, op., cit., p. 10)

²¹⁰ Segundo Marinoni, “a sentença por nós definida como mandamental não é sinônimo de tutela inibitória, já que a sentença mandamental também pode permitir a tutela do adimplemento (tutela específica da obrigação contratual inadimplida) e a tutela ressarcitória na forma específica -quando o dano pode ser reparado através de um fazer. A sentença e os meios de execução, portanto, são apenas técnicas para uma adequada prestação da tutela jurisdicional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica.”, op., cit., p. 64)

possível afastar a tutela ressarcitória por equivalente monetário quando se almeja a tutela específica dos direitos.²¹¹

Fala-se, então, que a tutela jurisdicional pode ser: “ressarcitória, do adimplemento, inibitória, reintegratória ou preventiva executiva.” Tal é a genial criação de Luiz Guilherme MARINONI, que, em aprofundado estudo, toma em consideração as diferentes necessidades de tutela conforme o direito material.²¹²

A importância desse estudo reveste-se do almejado encontro com as tutelas jurisdicionais diferenciadas, cuja necessidade estava na questão de não se reduzir todos os direitos assegurados em equivalente pecuniário, como sói acontecer com a classificação trinária. No momento em que se descarta a classificação tradicional das ações e aceita-se a classificação quinária, abre-se a

²¹¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 397 e ss.

²¹² O importante em se falar em técnica processual é que o ajuste à adequada tutela jurisdicional deve ser analisado também (quer dizer, não somente quanto ao procedimento e a cognição) através dos meios de execução que podem ou não permitir a realização da pretensão de direito material considerada procedente. Assim é que, a sentença mandamental dispõe da multa como elemento psicológico coercitivo importante a convencer o vencido a observar o conteúdo da ordem que lhe é dirigida; a sentença executiva *lato sensu* realiza o direito declarado existente com a sub-rogação da atividade do vencido sem a necessidade de outra ação executiva; no entanto, a sentença condenatória necessita de outro agir (ação de execução) para realização do direito quando seu conteúdo não é observado espontaneamente. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., pp. 64 e ss)

possibilidade do instrumento processual responder à exigência de tutela adequada e, portanto, de tutela preventiva aos direitos ameaçados de lesão.

Sabendo que as tutelas que não consideram o dano e a culpa como elementos imprescindíveis à cognição comportam a realização do direito sem necessitar de outro agir (ação de execução), dá-se mais um passo rumo a tornar o processo de execução um fenômeno excepcional para a tutela dos direitos, restrito aos casos de títulos executivos extrajudiciais e para as ações ressarcitórias em que não foi possível a tutela específica do ressarcimento, situação em que o equivalente monetário poderá dar ensejo à execução forçada.

Já disse Ovídio BATISTA, que “como é sabido, a quebra da ordinariedade somente poderia dar-se com as ações que contivessem em sua estrutura eficaz, simultaneamente, cognição e atividade *lato sensu* executiva”²¹³ Também Humberto THEODORO JR., há alguns anos, aludia ao descompasso da rígida separação entre o processo de conhecimento e o de execução para a efetividade do processo essencial à concepção do devido processo legal.²¹⁴

²¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. “Do processo cautelar”, op., cit., p. 37. Em outro lugar, dá por consumado que há de se estabelecer “uma forma de tutela jurisdicional que presta satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do procedimento executivo autônomo.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “Jurisdição e execução na tradição romano-canônica”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 10-11)

²¹⁴ THEODORO JR., Humberto. “A execução de sentença e a garantia do devido processo legal”, Rio de Janeiro: Aide, 1987. A obra divulga sua tese de doutoramento propugnando a reforma do processo de execução e a extensão do sistema procedimental dos interditos possessórios como regra a todas as

Atualmente o processualista renova o protesto de se ter “um processo justo, e isto só se atinge quando o procedimento se revela apto a gerar para o titular do direito subjetivo lesado um remédio de efeitos práticos enérgicos.”²¹⁵ É nessa mesma linha que FIGUEIRA JR. defende a notoriedade das chamadas *ações sincréticas* que, ao que parece, ganham vulto à medida em que se delineam os novos rumos do processo civil moderno, com o *rompimento das barreiras do processo civil clássico* e a “instituição de um instrumento de resultados e efetivamente voltado à realização do direito material.”²¹⁶

ações que visassem um procedimento condenatório. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr: “A ação de execução, como atividade de um processo próprio somente se justifica quando se trate de título extrajudicial, porque evidentemente seu conteúdo jurídico e fático não passou ainda pelo crivo do acertamento do juízo. Quando, porém, o que se pretende realizar é aquilo que já se acha sob a autoridade da coisa julgada, nada justifica o ônus de sujeitar a parte ao ônus e aos contratempos de usar, sucessivamente, dois processos, duas ações.

Enfim, se o conflito é daqueles em que não basta ao demandante a certeza jurídica, pois o que lhe falta é a prestação, positiva ou negativa do adversário, a prestação jurisdicional tem de ser completa e de uma só vez tem de ser dada por inteiro. Num só processo o magistrado tem que decretar as medidas liminares de caráter preventivo ou satisfativo, e, afinal, tem de tornar definitivo o proveito que o bem jurídico há de proporcionar ao respectivo titular do direito subjetivo.” (THEODORO JR., Humberto. “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro”, op., cit., p. 239)

²¹⁶ Segundo Figueira Jr., “denominam-se ações sincréticas todas as demandas que possuem em seu bojo intrínseca e concomitantemente cognição e execução, ou seja, não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única

Retomando as considerações sobre a necessidade de tutela preventiva aos direitos aqui analisados, verifica-se que a natureza extrapatrimonial dos bens intelectuais e sua relevância jurídica conduz à afirmação de que essa categoria de bens imateriais não se compatibiliza com as tradicionais formas de tutela, colocadas à disposição pelo ordenamento processual, porque são incapazes de realizar a pretensão de direito material através de suas espécies de provimentos. Ora, quem tem o direito sobre uma determinada marca de comércio tem o direito a sua não violação e não ao ressarcimento em pecúnia, em razão da atividade ilícita.

Tal é a necessidade desses direitos que não podem ser adequadamente mensurados em pecúnia e, sendo possível dimensionar o *quantum* a que fazia jus o titular de um bem imaterial, violado por seu direito de uso exclusivo, a tutela ressarcitória jamais satisfaz o interesse em manter sua integridade. Nesse sentido diz BARBOSA MOREIRA, que o mecanismo da tutela sancionatória “começa a ‘retear’ desairosamente quando se passa das obrigações de dar às obrigações de fazer -sobretudo nos casos de prestação infungível- e às obrigações de

relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exequíveis.”

Tais ações ganham vulto com as recentes reformas do CPC brasileiro, em cujos avanços reconhece-se, conforme o autor, “a classificação quinária das ações e o inarredável sincretismo entre cognição e execução, como fórmula de minimização da incidência do fator tempo no processo, em harmonia com os valores não menos importantes e representados pela *segurança do juízo* por intermédio do *due process of law* e da incessante busca da decisão justa.” (FIGUEIRA JR., Joel Dias. “Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do código de processo civil -ênfoque às demandas possessórias”, op., cit., pp. 11-13)

não fazer, às quais se podem equiparar, para os fins aqui considerados, as obrigações de tolerar e os deveres de abstenção correspondente aos direitos chamados absolutos.”²¹⁷(grifo meu)

A tutela de que carecem é a preventiva, que começa a ganhar campo na proposta das melhores doutrinas aos direitos que, a exemplo dos colocados em comento, não recebem tutela adequada pela via repressiva. É o que conclui o processualista: “ao nosso ver, as melhores possibilidades -assim como as maiores necessidades- situam-se no campo da tutela preventiva. Em tema de proteção jurisdicional dos direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar.”²¹⁸

Sabendo que diante da previsão constitucional a jurisdição poderá ser suscitada no caso de *ameaça* a um direito e, não somente quando esse direito já foi lesado, a concreta ameaça enseja uma proteção *a priori*, como disse CALAMANDREI, “ao escopo de evitar o dano que pode derivar da lesão de um direito, ameaçada mais ainda não realizada.”²¹⁹ A tutela preventiva é, pois, a única tutela capaz de satisfazer a integridade posta como a pretensão dos titulares de direitos à marca, ao invento e de autor.

E, se o direito a um procedimento adequado à satisfação, é o direito a uma tutela de cognição exauriente, pensada a prevenção sob o esquema clássico das tutelas de conhecimento, chega-se logo à conclusão de que o

²¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, op., cit., p. 23.

²¹⁸ *Ibidem*, *idem*, p. 41.

²¹⁹ CALAMANDREI, Pietro. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, Padova: Cedam, 1936, p. 16.

processo civil brasileiro foi estruturado com base na tutela repressiva, aquela que opera após a violação do direito, impondo ao transgressor a sanção de restabelecer o direito lesado (*statu quo*), através da técnica da condenação a uma atuação concreta de recomposição dos prejuízos suportados pelo titular. É intuitivo que essa espécie de tutela é inidônea para proporcionar a *abstenção de ilícitos* contra aqueles direitos que não podem ser reparados adequadamente ou cujo interesse repousa na integridade do bem jurídico.

Para as situações jurídicas (as de cunho não predominantemente patrimonial, como a dos bens intelectuais) que necessitam de uma atuação judicial, antes que ocorra o dano -prejuízos suportados pelo titular de um direito violado-, aflora a pretensão à prevenção e não à segurança²²⁰, cujos resultados úteis no plano fático verificam-se na tutela que satisfaça, inibindo o ato ilícito, sua continuação ou repetição. Assim é a advertência de PISANI²²¹

²²⁰ A afirmação não exclui a possibilidade de tutela antecipatória inibitória, não tendo nenhuma relação com a cautelar. Tome-se os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 45-46)

²²¹ PISANI, Andrea Proto. “Apuntti sulla giustizia civile”, op., cit., p. 18-19.

Il processo ordinario di cognizione (eventualmente seguito dalla esecuzione forzata) è per sua natura assolutamente inidoneo ad assicurare da solo una tutela giurisdizionale adeguata a tutte quelle situazione di vantaggio, a tutti quei diritti, i quali necessitano di una tutela urgente, di una tutela - cioè- che prevenga o impedisca immediatamente a la continuazione della violazione, e non solo di una tutela repressiva o per equivalente.

A necessidade de cognição exauriente para a tutela dos bens intelectuais, na concepção clássica do processo, sempre teve dois inconvenientes que resultavam em uma inefetividade da tutela desses bens. Por um lado, a morosidade da tutela condenatória seguida, quase que inevitavelmente, da execução forçada e, por outro, a dificuldade da quantificação do dano a ser ressarcido. Nesse sentido, argumenta MARINONI ²²²

Que o tempo necessário ao término do processo de conhecimento é completamente incompatível com as situações de direito material que exigem tutela preventiva. Pense-se, em primeiro lugar, nos direitos industriais. Obrigar o titular de uma marca comercial, ou uma de uma patente de invento, a esperar dois ou três anos para obter a tutela que pode impedir a continuação ou repetição do ilícito, é conferir

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit, pp. 69-70.

àquele que pratica o ilícito dois ou três anos de *lícito exercício do ilícito*, principalmente quando se percebe que o objetivo do titular de uma marca ou invento é, acima de tudo a tutela da integridade da marca ou do invento, e não a mera reparação do dano. Além disso, quem conhece a realidade das ações de reparação, envolvendo direitos industriais, sabe que é muito difícil a quantificação do dano (problema de caixa “dois”etc), para não se falar que, muitas vezes, aquele que usufrui ilicitamente de uma marca ou de um invento conduz sua empresa à falência, reservando o patrimônio abarcado de modo ilícito a um “testa-de-ferro.

Ora, a partir do momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, comprometeu-se em tutelar as diversas situações conflitivas dando a cada um o que é seu na proporção que obteria se o preceito normativo fosse observado. Se os titulares do direito sobre esses bens imateriais têm assegurados constitucionalmente o direito à sua integridade (direito subjetivo), a realização desse direito está na exigibilidade da abstenção de invadir essa esfera jurídica (pretensão), que diante da simples ameaça faz nascer o direito de uma ação (material), cujo exercício (ação processual) deve ser capaz de oferecer a tutela adequada à garantia de sua inviolabilidade (conforme o princípio da inafastabilidade).²²³

²²³ Na lição de Ovídio Baptista da Silva: “Devemos manter com maior rigor o conceito de pretensão de direito material como nascendo da exigibilidade e não, necessariamente, do nascimento do direito. A confusão básica entre direito subjetivo e pretensão deve-se, propriamente, à falta de distinção entre pretensão de direito material e ação, também de direito material. Enneccerus, Kipp e Wolf (*Tratado de*

Se é certo que as tutelas obtidas a partir do clássico procedimento ordinário são efetivas para certos direitos patrimoniais, não é menos certo dizer que esses direitos não patrimoniais não encontram tutela jurisdicional adequada num procedimento fundado sobre o binômio condenação-execução forçada,

derecho civil, 2ª edição espanhola, 2º volume, p. 472) têm razão quando afirmam que a pretensão de abstenção nasce junto com os direitos absolutos. No caso de violação ou ameaça de violação, o que surge é a ação. Antes da violação, havia a pretensão (como exigibilidade) e, pois, a obrigação de abstenção, que vinha sendo cumprida”. E, depois, continua, diferenciando a pretensão quando empregada aos direitos reais: “Em ensaio recente, intitulado “Reivindicação e sentença condenatória” (*in* *Sentença e coisa julgada*, 2ª edição), procuramos desvendar a origem das limitações teóricas de que o conceito de pretensão (de direito material) inegavelmente se ressentia e seu irrecusável comprometimento com certas doutrinas jurídicas nascidas na pandeística germânica do século XIX, para evidenciar a inadequação do conceito de pretensão quando empregamos para o tratamento das ações reais. Como então demonstramos, o conceito de pretensão contém um defeito congênito que o vincula irremediavelmente ao Direito das Obrigações e às ações pessoais, as únicas que, em direito romano, tinham correspondência jurisdicional no procedimento da *actio*. O que todavia, é surpreendente na história do conceito de pretensão, especialmente em seus reflexos no domínio do Direito Processual Civil, é o modo como a doutrina, constatadas suas insuficiências para o tratamento da pretensão e ações reais, preferiu suprimi-lo de suas construções teóricas, ao invés de desenvolvê-lo e adaptá-los a tais exigências. As desastrosas consequências decorrentes dessa atitude doutrinária -de que a supressão das antigas ações de força do direito luso brasileiro e a conseqüente universalização da ação condenatórias, é o resultado mais notório- já não podem ser dissimuladas.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 25)

relegado *àquelas situações em que a lesão já foi consumada*. Lembrando BARBOSA MOREIRA ²²⁴

Não é preciso grande esforço para demonstrar que as modalidades de tutela jurisdicional mais prestigiadas pela tradição se revelam, com muita frequência, incapazes de desempenhar a contento a missão de tamanha delicadeza. Sobremaneira insatisfatório mostra-se ao propósito o mecanismo -todavia em geral mimado pelos legisladores e pela doutrina- que se pode representar por meio do esquema “processo de condenação (normalmente de rito ordinário) + execução forçada”, máxime quando se reserva, conforme sucede, as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada.

Na atualidade, a concepção doutrinária sobre a promessa estatal, não significa, somente, a prestação jurisdicional, mas, a pré-ordenação de procedimentos capazes de tutelar adequadamente o direito material frente o princípio da inafastabilidade insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Desta maneira, a falta de efetividade de uma tutela jurisdicional resulta na inconstitucionalidade da tutela que foi ofertada aos direitos sobre bens intelectuais a partir da complementação do ordenamento processual com a recepção da

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 22.

classificação quinária e, conseqüente possibilidade de novas formas de tutela às obrigações de fazer e de não fazer, contratuais ou resultante de imposição legal -a reforma que introduziu nova redação ao artigo 461 do CPC-²²⁵ e, portanto, instrumento hábil à concretização da tutela preventiva em conformidade com o princípio geral de prevenção ditado pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Constata-se, então, que sempre houve uma lacuna no ordenamento jurídico para a tutela desses bens imateriais, e que a falta do procedimento adequado levava seus titulares a contentarem-se com *meia-justiça*, incompatível com os ideais de um “acesso à ordem jurídica justa.”²²⁶ Essa angustiante realidade pode ser percebida com a histórica tentativa de se evitar a lesão a esses direitos de natureza não patrimonial, utilizando-se a conhecida ação possessória, e, após a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o uso concomitante daquelas e das ações cominatórias, acrescentando-se, a isto tudo, o duplo procedimento gerado para obtenção das cautelares “satisfativas”. Conforme

²²⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit.

²²⁶ Tal é a feliz expressão consagrada por Kazuo Watanabe ao retratar o cerne das preocupações dos processualistas modernos (WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna” in *Participação e Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988). De acordo com Dinamarco, “é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de *alterar o mundo*, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa.” A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A instrumentalidade do processo”, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 297)

ver-se-á no capítulo seguinte, os instrumentos processuais dispostos no ordenamento jurídico brasileiro não se encontravam aptos a proporcionar a proteção adequada aos direitos em comento, posto que, a tutela jurisdicional outorgada, estava muito aquém daquilo que seus titulares tinham o direito de obter.

BARBOSA MOREIRA foi categórico ao afirmar que²²⁷

A tutela preventiva, mediante procedimento especial, fica ordenada no Código, de maneira exclusiva, à proteção da posse e da propriedade. Mal se justifica o tratamento privilegiado, se se considerar, de um lado, que a eventual lesão representada pela turbacão, pelo esbulho ou pela execução da obra irregular comporta em geral reparação satisfatória sob a forma da restituição ao estado anterior; de outro lado, que o favor dispensado a tais posições jurídicas mais realça, pelo contraste, o desamparo em que jazem outras, de modo particular exatamente algumas para as quais a falta de adequada tutela preventiva não raro significa, na prática, denegação pura e simples de tutela (direitos não patrimoniais...).

Mas, a inidoneidade manifesta da tutela cautelar, por *sua índole instável*, a prevenir a lesão, é apontada em seguida pelo processualista

²²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva” *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, op., cit., pp. 26-27.

quando diz “ademais, recai-se numa inútil duplicação de processos, quando a rigor bastaria um, se bem estruturado, para compor o litígio. E, afinal, por que se há de dar título de cautela àquilo que se poderia dar sob a forma de prevenção jurisdicional satisfativa?”²²⁸

Vê-se claramente, na crítica do eminente processualista, que o legislador brasileiro possuía familiaridade com a classificação quinária, tão necessária a gerar tutela preventiva e, no entanto, reservou-a somente aos procedimentos especiais que tutelavam as ações possessórias, revelando o privilégio burguês dos bens patrimoniais, os quais mantiveram, por longas décadas, o vigor de um procedimento baseado na fórmula interdital do regime do direito romano.²²⁹ Para

²²⁸ *Ibidem, idem.*

²²⁹ Merece transcrição o que diz Humberto Theodoro Jr: “Malgrado o retorno ao sistema romano da *actio iudicati*, nunca foi completa a separação entre a ação de cognição e a de execução de sentença, porque as conveniências de ordem prática sempre mantiveram alguns procedimentos nos quais uma só relação processual se prestava aos atos de accertamento e de execução do direito subjetivo lesado. Basta lembrar, entre vários outros, os exemplos das possessórias e do despejo.

Com esse tipo de procedimento o legislador foge ao padrão ordinário de duas ações sucessivas para propiciar ao demandante um remédio único que se presta tanto às funções de conhecimento como às de execução forçada, tal como se passava ao tempo do direito romano com o procedimento interdital.

Torna evidente, outrossim, que entre as duas grandes funções jurisdicionais em questão inexistia uma contradição básica ou necessária que exija forçosamente sua apreciação em ‘ações’ ou ‘procedimentos’ separados e irreduzíveis.

outras situações conflitivas, não prevalentemente de cunho patrimonial, a necessidade de prevenção confundia-se com cautelaridade, assegurando em forma de liminares, um direito que poderia ser realizado prontamente, não fosse as conveniências práticas ditadas por contingências históricas.²³⁰

A quebra do sistema tradicional arraigado ao caráter apenas declarativo do processo de conhecimento e, portanto, de completa autonomia do processo de execução foi se delineando e se acentuando na medida em que o legislador se viu compelido a criar sucessivas ações de acerto com a presença de medidas liminares de caráter satisfativo, no todo ou em parte, do direito material em jogo (ação popular, mandado de segurança, nunciação de obra nova, ação de depósito, ações locatícias etc.)

Do volumoso e significativo rol de ações executivas *lato sensu* que se agregaram aos tradicionais interditos possessórios à instituição da genérica possibilidade de liminar de antecipação de tutela em qualquer ação de conhecimento foi apenas um passo (Lei 8.952, de 13.12.1994). Tão somente se generalizou aquilo que já se apresentava como notória tendência do ordenamento positivo, ou seja, a necessidade de dar à tutela jurisdicional mecanismos de crescente eficácia para realizar o ideal de efetividade do processo.”

E arremata: “O retorno ao sistema interdital, em que o magistrado conhece diretamente do conflito, acerca dos fatos e provê sobre o direito subjetivo do litigante não apenas para declará-lo, mas sobretudo para tomar medidas imperativas necessárias à efetividade de seu exercício, é o rumo certo em boa hora eleito pelos reformadores do Código de Processo Civil brasileiro.” (THEODORO JR., Humberto. “O processo interdital como delineador dos novos rumos do processo civil brasileiro”, op., cit., pp. 238-239)

²³⁰ Arruda Alvim, comentando sobre o modelo clássico e a cautelaridade, assim se manifesta: “Voltando-se à análise das funções realizáveis no sistema processual clássico, dentro de cada segmento, as quais eram rigidamente próprias e insucetíveis de serem realizadas funções *havidas como próprias e exclusivas* de um segmento em outro, senão naquele para o qual foram criadas. A função de

A tutela preventiva que, a rigor, destina-se a impedir a verificação de efeitos danosos ao titular de um direito ameaçado de lesão, não alcançou tal finalidade nas modalidades que o legislador pátrio lhe reservou no ordenamento positivo. Antes da reforma processual que alterou o conteúdo do art. 461 do CPC não havia como se retirar do texto legal uma leitura que viabilizasse a tutela preventiva aos direitos sobre os bens intelectuais, bem como a todos os outros direitos que não possuem, como traço essencial, a patrimonialidade em sua natureza jurídica. É o que ver-se-á a seguir.

cognição tinha por fim a declaração do direito (*lato sensu*); a cautelar, única e exclusivamente, a de produzir um efeito assecuratório da possibilidade de realização prática ulterior da eficácia *possivelmente* emergente da sentença final, do processo principal quando da procedência da ação, *o que excluía que se pudesse, cautelarmente produzir um efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação; destinava-se, por excelência e exclusivamente à produção do valor segurança, teleologicamente preordenado a assegurar a eficácia da sentença do processo principal*. Não havia a possibilidade de execução/realização do direito, sobreposta ou simultaneamente à fase ou no âmbito da fase de conhecimento; por isso que, nem o era em seguimento paralelo, mas contemporâneo ao desenrolar do processo de conhecimento. Esta impossibilidade é que marcou as cautelares atípicas, ou satisfativas, *quase que como uma anomalia, onde isso acabava ocorrendo*. A realização do direito ou a execução, propriamente dita, eram quase sempre e necessariamente sucessivas ao término da cognição, o que, como regra geral, pressupunha a ocorrência de coisa julgada (salvo, limitadamente, no caso de execução provisória, *em cujo âmbito não se podia chegar às últimas consequências*). Nisto estava essencialmente implicada, *como divisor de águas*, entre cognição e execução ou realização do direito, a ocorrência da coisa julgada. O máximo que se avançou nunca configurou a possibilidade de produção dos efeitos, imediatamente, a partir e *durante* o processo de conhecimento.” (ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós”, op., cit., pp. 57-59)

2.6 TUTELAS PREVENTIVAS NO CPC PRÉ-REFORMA. A SUA INEFETIVIDADE

Já em 1958, o Congresso Internacional de Direito Comparado, reunido em Bruxelas, aprovou uma declaração favorável à criação de um juízo preventivo geral em todos os países²³¹, necessidade esta, sentida por muitos juristas que amiúde aprofundam estudos sobre as antigas ações preventivas, mas a descontento, não lograram vulto merecido no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos até seu acolhimento expresso na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, inciso XXXV).

Os casos típicos de tutela preventivas para a tutela dos direitos individuais conhecidos no Código de Processo Civil brasileiro são os interditos proibitórios (art. 932) e, em parte, a nunciação de obra nova (art. 934, I, II e III), com a ressalva quanto ao seu inciso III, pode-se dizer que a tutela preventiva

²³¹ No original a declaração: “Il est désirable que dans chaque pays existe la possibilité de s’adresser aux tribunaux non seulement en cas de violation déjà accomplie d’un droit ou d’un intérêt juridique, mais aussi, avec les garanties convenables, lorsqu’il s’agit de prévenir une telle violation en cas de menace objective et actuelle. Cette protection peut être obtenue, selon le cas, soit par un jugement déclaratoire ou préventif. Il est désirable, en outre, que toutes mesures provisoires puissent être ordonnées, au besoin, même en vue d’une contestation future.” (MICHELI, Gian Antonio. “L’azione preventiva” *in Rivista di Diritto Processuale*, v. XIV, 1959, p. 222)

fica, mediante procedimento especial, reservada à proteção da posse e da propriedade.²³²

²³² CPC, art. 932: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.”

Merece transcrição a posição de Ovídio Baptista quanto a natureza da ação do interdito proibitório, e de resto, das ações possessórias. Após, trazer à colação a posição de Carnelutti, para quem *o juízo sobre a posse significava, tão-só, a composição provisória da lide*, repele a concepção do processualista italiano sobre a natureza cautelar das referidas ações possessórias, assim dizendo: “A ordem jurídica, quando protege a posse, não se limita a assegurar, ou a prevenir cautelarmente uma pretensão, senão que, reconhecendo-a relevante, dá-lhe *satisfação*, condena o esbulhador, ou, ordenando (eficácia de mandamento) a manutenção, igualmente condena o ilícito (...). Se quisermos reproduzir o mesmo pensamento com outras palavras: o juiz ao prover no juízo possessório, julga a posse, presta, não apenas proteção assegurativa, mas satisfaz a própria pretensão do possuidor violentado em sua posse, ou ameaçado de sê-lo.

Não acontece coisa diversa com o *interdito proibitório*, embora aqui a eficácia condenatória seja menos intensa e a preventividade da ação mais absorvente.

Em verdade, porém, o juiz, ao emitir o mandado proibitório, faz cominação, o que significa condenação, ainda que antecipada, para o caso de vir o demandado a transgredir o preceito. Ora, sem exame da controvérsia possessória, *sem juízo sobre a pretensão*, não poderia o juiz ditar a cominação. Se o demandado comete esbulho, cobra-se-lhe a multa e efetiva-se a restituição, expedindo-se mandado de reintegração, como efeito da sentença. Por aí se pode ver o cunho eminentemente satisfativo da pretensão possessória abrangida pela velha ação de ‘preceito cominatório’.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, op., cit., pp. 22-23)

Fala-se, ainda, sobre a preventividade constante nas ações declaratórias²³³ (CPC, art. 4º)²³⁴, que como já foi comentado, não age na esfera de vontade do demandado coagindo-o a observar seu conteúdo, deixando de atender a realização do direito carente de prevenção se não houver observância espontânea do demandado. Não havendo coerção torna-se ineficaz para essa finalidade.

Veja que a idéia exposta vem reforçada por Celso Agrícola BARBI, para quem a ação declaratória tem por finalidade²³⁵

Obter a certeza oficial, isto é, do Poder Judiciário, sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade de um documento. Essa certeza é

²³³ O sentido preventivo da ação declaratória de mera certeza foi mostrado por Gian Antonio Micheli ao Congresso Internacional de Direito Comparado, reunido em Bruxelas, em 1958. (“L’azione preventiva” *in Rivista di Diritto Processuale*, 1959, pp. 201 e ss)

²³⁴ CPC, art. 4º: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I- da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II- da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único: É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

²³⁵ BARBI, Celso Agrícola. “Comentários ao código de processo civil”, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 48-49. Na edição anterior, menos enfático, dizia que a finalidade da ação declaratória “não é determinar quais os direitos ou obrigações que o documento traz às partes, mas sim determinar uma qualidade, e nada mais. A verificação dos efeitos da obrigação contida no documento, em relação às partes, terá de ser objeto de outra ação.” (“Comentários ao código de processo civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 94)

alcançada na sentença que julgar o mérito da causa e que tem natureza declaratória. Obtida essa certeza esgota-se a sua função.

Assim, essa certeza não comporta execução em sentido próprio, isto é, execução forçada (...) se o devedor vencido, ainda assim, recusar-se a cumprir a obrigação, o credor não pode pretender executar aquela sentença. Terá de ingressar novamente em juízo, para obter uma sentença condenatória. Esta que lhe permitirá a execução forçada.

A satisfação a que alude Ovídio BATISTA, resultante das ações meramente declaratórias e, por isso, na sua concepção tem um nítido sentido preventivo ²³⁶, somente pode ser entendida como coincidente com a pretensão de ver declarado o direito afirmado, cuja corrente é defendida por CHIOVENDA: “interesses há de que o processo é o único meio de satisfação, e tal é o interesse à mera declaração judicial.” ²³⁷ No entanto, se se entender a satisfação de um direito como resultante da eficácia de declaração, todo provimento emitido em processo de conhecimento é satisfativo, como a sentença condenatória, que embora declare a existência do direito, não é apta a realizá-lo no plano fático. A contraposição desse conceito de satisfação, obviamente, choca-se com o conceito de realização do

²³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da . “Ações cautelares inominadas no direito brasileiro”, op., cit., p. 12.

²³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, v. 1, Trad. bras. de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 222.

direito, aliás, bem definido pelo próprio Ovídio BAPTISTA: “satisfazer um direito é realizá-lo no plano social.”²³⁸

Há, evidentemente, duas realidades distintas decorrentes da estrutura do processo civil: a satisfação jurídica -decorrente da definitividade do processo como resultado do juízo declarativo, emitido com base em cognição exauriente; e a satisfação fática -resultado positivo da proteção que se obteve com determinado provimento ao direito material. Só há razão em se falar sobre realização do direito, quando a satisfação jurídica for acompanhada da satisfação fática. Obviamente, não se deixa de conhecer a figura anormal da ação executória descoincidente da certeza jurídica que a regra impõe ao processualista.²³⁹

Ora, o titular de um direito, ao se valer de uma ação declaratória, ante a falta de outro instrumento disponível no ordenamento processual (antes da reforma do nosso CPC) capaz de conferir-lhe tutela preventiva, somente poderia alcançar satisfação jurídica (pretensão de declaração), jamais a proteção ao

²³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, v. III, op., cit., p. 22.

²³⁹ “Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre definitividade da cognição e executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita à cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520, Cód. Proc. Civil) e, o mesmo se dirá do pedido de revogação (art. 503). Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica (...).” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, São Paulo: Saraiva, 1965, v.1, p. 235 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, op. cit., p. 04)

direito material (satisfação fática). Em outras palavras, a declaração da existência judicial de um direito poderia reduzir o tempo do processo de conhecimento se houver uma pretensão condenatória dirigida contra si pela parte contrária. Serviria como elemento de prova em futura ação, caso não houvesse espontânea observação do contido na sentença declaratória. Assim acontece porque as sentenças dessa espécie não contêm ordem ou mandamento que, dirigido à parte contrária, seja capaz de impor um fazer ou uma abstenção. Enquanto isso, o bem jurídico ficaria à mercê de toda sorte e, provalvemente, não escaparia de uma lesão, restando ao seu titular a reparação pelo prejuízo sofrido.²⁴⁰

Com efeito, a preventividade não consegue alcançar seu desiderato, nem mesmo na hipótese de ser utilizada antes da violação de um direito, porque a espontaneidade em não violar decorre da vontade do obrigado, e não propriamente da sentença declaratória. Desta forma, mesmo que se considere dois momentos para se estabelecer se há ou não caráter preventivo na ação declaratória, como faz GRINOVER, não parece haver qualquer força intimidativa na sentença declaratória capaz de prevenir lesões a direitos. Na visão da processualista, “não se pode falar em preventividade quando a ação meramente declaratória for utilizada

²⁴⁰ “A sentença declaratória, por outro lado, se não é ligada a qualquer meio de execução, limitando-se a declarar algo a respeito de uma relação jurídica, também é evidentemente impotente para impedir a prática do ilícito. Diante da sentença declaratória, o réu não se vê compelido a não praticar o ilícito. Sabe o demandado que a única sanção que sofrerá, diante da prática do ilícito, é a ressarcitória, o que lhe permite transformar, livremente, o direito do autor em tutela ressarcitória, que na maioria das vezes será prestada pelo equivalente em pecúnia.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., pp. 38-39)

após a consumação do dano (...)); mas, “usada antes do prejuízo, a ação declaratória exercerá função preventiva, na medida em que a parte vencida obedeça voluntariamente ao preceito, sem obrigar o vencedor a intentar outra ação, condenatória: nesta hipótese, o meio de intimidação, e de coerção, seria bastante fraco.”²⁴¹

Aqui, faz-se necessário duas ressalvas. Primeiro que o legislador não falou no parágrafo único em dano, mas em cabimento da declaratória após a violação do direito, o que não significa consumação do dano. A situação cronológica entre os dois fenômenos apontados verifica-se, tão-somente, no campo da probabilidade, pois, a ilicitude (violação) não pressupõe, necessariamente, o dano (prejuízo).²⁴² De toda forma, ocorrendo a violação de um direito, uma ação realmente

²⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A tutela preventiva das liberdades: ‘habeas corpus’ e mandado de segurança”, *RePro-22*, abril-junho de 1981, p. 29.

²⁴² Em precisa doutrina, Luiz Guilherme Marinoni explica, consubstanciado nas modernas doutrinas italianas, o desmembramento entre as categorias do ilícito e do dano, exatamente para construir uma teoria acerca da tutela inibitória, reputada como aquela que possui função nitidamente preventiva. Diz o processualista: “Imaginou-se por muito tempo que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito e dano, ou melhor, considerava o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito (...). Na realidade, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Da mesma forma que se pode pedir a cessação de um ilícito sem se aludir a dano, é possível requerer que um ilícito não seja praticado sem a

preventiva (com força intimidativa= multa) poderia ser utilizada para que o ilícito não se perpetrasse ou se repetisse no futuro.

Em outro sentido, mesmo que a ação declaratória seja utilizada antes da violação do direito, não possui este tipo de sentença nenhuma coerção, nem mesmo em grau inferior de intensidade (fraco), e se o vencido abstém-se de uma violação, não se pode dizer que sua conduta positiva é fruto da intimidação resultante da sentença meramente declaratória. Em suma, a falta de coerção de que se ressente a sentença declaratória é o motivo que não lhe permite exercer função preventiva, quer a ação meramente declaratória seja utilizada antes, quer seja utilizada após a violação de um direito, conforme a expressa previsão do legislador infraconstitucional.

Aliás, merecida crítica fez BARBOSA MOREIRA à preocupação do legislador em solucionar as discrepantes opiniões que rondavam o texto anterior sobre a admissibilidade desta espécie de ação, levando-o a acrescentar o presente parágrafo único do art. 4º do CPC ²⁴³

É pena que o legislador de 1973, tão preocupado com a admissibilidade da mera declaração posteriormente à ofensa, não tenha dedicado pelo menos igual atenção ao caso oposto, no entanto de muito maior interesse prático: mais fácil

demonstração de um dano futuro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 36-37)

²⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, op., cit., p. 28.

encontrar quem deseje obter a condenação prévia do devedor que dá sinais claros de pouca disposição para adimplir -manifesta como é, para o credor, a vantagem de munir-se antecipadamente do título, pondo-se em condições de utilizar a via executiva tão logo se concretize o inadimplemento-, do que descobrir quem se interesse pela satisfação platônica de ver simplesmente declarada, sem consequências outras, a existência de direito já violado, ao qual nenhum socorro eficaz prestará o puro acerto judicial.

Ante a lacuna na previsão legislativa de uma tutela preventiva, não hesitou o autor em trazer como exemplo dessa espécie de tutela a legislação alemã sobre o permissivo genérico da condenação para o futuro (ZPO, 259), e alargar tal via preventiva para os arts. 290, 572 e 287 do CPC brasileiro.²⁴⁴ A problemática em torno da criação doutrinária da condenação para o futuro situa-se na natureza da sentença que se visa obter, e, pois, identificar se o resultado obtido tem o condão de afastar a atitude ilícita. A confusão que se estabelece é significativa, pois, a regra geral é que o interesse à uma sentença condenatória somente nasce com a

²⁴⁴ *Ibidem*, *idem*, p. 27. Considera inequívoca a possibilidade de condenação para o futuro nos casos das relações jurídicas sujeitas a termo (CPC, 572) e quanto as obrigações de fazer e de não fazer (CPC, art. 287), trazendo o exemplo da doutrina quanto as prestações periódicas vincendas (CPC, art. 290)

violação do direito, constituindo, pois, os casos apontados²⁴⁵ em exceção a essa regra. Esta é a posição de José Alberto dos REIS em relação ao art. 472 do CPC português similar ao nosso art. 290 do CPC, cuja justificativa reside na conveniência de se evitar a repetição de demandas idênticas e, no interesse do credor em obter, desde logo, título executivo, evitando a demora de sua formação por ocasião de se verificar a lesão.²⁴⁶

Também é a posição de MARINONI para quem “essa espécie de condenação constitui uma exceção à regra de que a condenação representa uma violação atual do direito. A condenação para o futuro, em outras palavras, cria antecipadamente um título executivo, ou cria um título executivo prescindindo da atualidade do inadimplemento.”²⁴⁷ Considerando que os casos apontados de condenação para o futuro geram sentenças condenatórias e, portanto, trata-se de obter

²⁴⁵ CPC, art. 287: “Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.”

CPC, art. 290: “Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação. Enquanto durar a obrigação.”

CPC, art. 572: “Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo.”

²⁴⁶ REIS, José Alberto dos. “Comentários ao código de processo civil”, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1953, pp. 188-189.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 210.

título executivo antecipadamente, isto é, antes da lesão, evitando a demora para obtenção da tutela ressarcitória, não há possibilidade de inserir a criação de CHIOVENDA²⁴⁸ na categoria de tutela preventiva.

Embora há quem diga que a natureza da sentença que faz juízo sobre a relação jurídica subordinada à condição suspensiva (CPC, art. 572) tem conteúdo declaratório, torna-se difícil sustentar que o legislador tenha conferido à essa espécie de sentença o condão de produzir título executivo, como sobressai da letra do artigo em epígrafe: o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo. De fato, torna-se mais fácil contornar o problema entendendo que tais espécies de condenação constituem-se exceção à regra, a ter que admitir uma categoria de sentença e negá-la ao mesmo tempo. Tal desvirtuamento não justifica a tentativa de manter a função preventiva que a doutrina construiu em torno da condenação para o futuro.²⁴⁹

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 191.

²⁴⁹ Comentando o art. 572 do CPC, Teori Albino Zavascki, diz que havendo termo não há inadimplemento da obrigação e a prestação é inexigível, portanto, não serão lides de dano, mas de probabilidade de dano. “Conseqüentemente, o interesse de agir estará limitado a obter, por sentença, um acerto preventivo sobre a existência ou o conteúdo da relação jurídica, ou, como diria CALAMANDREI, ‘a eliminação preventiva da falta jurídica de certeza’. Essa função ‘exclusivamente preventiva’ é típica da sentença declaratória. Também aqui a sentença que, desde logo, impusesse sanção (condenatória) seria condicional, porque dependeria de prova futura da ocorrência do ilícito, ainda não acontecido. Em resumo: ou bem se sustenta que a sanção não é elemento caracterizador da sentença condenatória, ou bem se admite, como defendemos, que a execução pode ser título sentença

Vê-se, pois, que embora Chiovenda tenha incluído sua criação como “processo preventivo”, a sentença que se visa obter é a condenatória, garantindo-se de uma futura lesão, e não para impedir que a lesão aconteça. Aliás, Calamandrei potencializou esta tese quando diferenciou a tutela cautelar da tutela preventiva, incluindo a condenação para o futuro como o caso mais notório de tutela preventiva.²⁵⁰ É pena, como diz Ovídio BAPTISTA, que “Calamandrei não haja atentado, quando referiu o exemplo de condenação para o futuro (*condanna in futuro*) no elemento condenatório que vem expresso na própria designação dessa prestação

não condenatória, de que é exemplo essa, a declarativa do art. 572 do Código. É artificiosa, sob esse aspecto, a construção doutrinária em torno da denominada condenação para o futuro, que nada mais é, em sua essência, do que uma declaração.” (grifo meu) (ZAVASCKI, Teori Albino. “Comentários ao código de processo civil”, v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 111-112)

²⁵⁰ “Não se deve fazer confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar: conceitos distintos, embora vinculados entre si numa relação de gênero e espécie. Em certos casos nosso sistema processual admite que o interesse para invocar a tutela jurisdicional possa surgir, antes que o direito seja efetivamente violado, pelo fato só de que a lesão se pronuncie próxima e provável: nesses casos, a tutela jurisdicional, ao contrário da finalidade de eliminar *a posteriori* o dano produzido pela lesão de um direito, opera *a priori* com o fito de evitar o dano que poderia derivar da lesão de um direito ameaçada, mas ainda não realizada. Fala-se nesses casos, em contraposição à tutela sucessiva ou repressiva, em tutela preventiva, na qual o interesse de agir surge não do dano, mas do perigo de um dano jurídico: o caso mais notório desta espécie de juízo preventivo tem-se na figura da ‘condenação para o futuro’, admitida também em nosso direito (...).” (CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, op., cit., p. 16)

jurisdicional. Se tivesse atentado para esse elemento e meditado na eficácia condenatória dessa pretensão, muitos equívocos posteriores teriam sido evitados.”²⁵¹

Se está se falando em uma tutela que adianta no tempo o efeito prático que exsurge da sentença condenatória, ou seja, o título executivo, é de se concluir que sua utilização está atrelada à violação do direito. Havendo violação afasta-se a possibilidade de tomar a condenação para o futuro como tutela preventiva, pois, para prevenir a lesão há que se usar de uma técnica capaz de propiciar um provimento autônomo, ou seja, que possibilite a realização do direito por si só com força suficiente para seu cumprimento, como no caso em que se pretende uma ordem (sentença mandamental) seguida de multa (coercibilidade), conforme falar-se-á mais adiante.

Aponta a doutrina, ainda, para outro caso de tutela preventiva: a ação cominatória. Aqui, a preventividade perdeu campo quando os Tribunais começaram a entender que o preceito cominatório (CPC/39, art. 302) só era exigível após o trânsito em julgado da sentença, o que foi acolhido no art. 287 do CPC de 1973.

A disciplina do Código anterior previa a ação cominatória para aquele que, por lei ou contrato, tivesse o direito de pedir a abstenção de ato de outrem ou a prestação de fato, dentro de certo prazo, sob ameaça de pena que incidiria, desde logo, ao réu recalcitrante. No entanto, divergindo da melhor doutrina, a jurisprudência da época entendia que a multa somente incidiria

²⁵¹ SILVA, Ovídio Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, op., cit., p. 16.

após o trânsito em julgado da sentença de procedência que a cominou, reduzindo a tutela preventiva expressa no texto legal a uma mera sentença condenatória.²⁵²

Ao que parece, o Código de Processo Civil de 1939 continha, *in verbis*, a idealização de uma tutela preventiva, mas, o entendimento de que a penalidade (multa) somente incidiria após a confirmação do preceito pelo trânsito em julgado da sentença, fez por perder, na verdade, a oportunidade de se tutelar muitos direitos que padeciam de tutela eminentemente preventiva. A ação a que se refere o atual art. 287 do CPC, incorporando aquele entendimento, tornou-se veículo para obtenção de sentença condenatória e, portanto, inapta a conferir o buscado efeito preventivo.²⁵³

²⁵² “Na vigência do CPC de 1939, mesmo no STF, havia divergência sobre o início da multa pedida na inicial, em ação cominatória, isto é, se era desde a inicial ou a partir do trânsito em julgado da sentença que julgava procedente a ação. O art. 287 do atual CPC pôs termo à controvérsia. A atual lei adjetiva afastou a incidência do preceito a partir da citação inicial, tornando-o exequível quando do descumprimento da sentença. Como se verifica, o citado dispositivo encerra tão-somente a possibilidade de ser pedida na inicial uma pena para o descumprimento da sentença que condenar o réu ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. A regra deve ser entendida em harmonia com os arts. 644 e 645, aos quais faz expressa remissão. Não pode o juiz fixar o início da multa antes da decisão final. O preceito cominatório, pelo seu caráter penal, não deve mesmo ter eficácia retroativa. A ofensa é antes à autoridade do juiz de que ao interesse privado.” (STF-RE n. 85.933-RJ, Ac. Unân. Da 1ª T., rel. Min. Cunha Peixoto, j. em 14.06.77 *in DJ* de 12.09.77, p. 6172)

²⁵³ “Está claro no texto pátrio (art. 287 referido) que as hipóteses de cominação de pena pecuniária estão restritas às hipóteses em que invoca o demandante tutela jurisdicional de caráter condenatório. E, como se teve oportunidade de expor, na invocação da tutela específica sob exame, não se reclama propriamente a condenação do réu a emitir declaração de vontade, mas a prolação de sentença que

A tutela preventiva visa evitar a lesão a um direito e, por isso, destoa da tutela repressiva que incide após a consumação da lesão com intuito de repará-la. Também, a prevenção não se confunde com a tutela cautelar, cujos arts. 675 a 688 regulavam-se, no Código de 1939, com a denominação de medidas preventivas, hoje, denominadas medidas cautelares e reguladas nos arts. 796 a 889 sob a rubrica do Processo Cautelar. Traçando as suas diferenças Celso BARBI ressaltou que²⁵⁴

Enquanto as ações preventivas visam evitar a lesão de um direito, as ações cautelares do Livro III objetivam garantir a efetiva restauração de um já direito lesado, e que a demora do processo poderia prejudicar. É o que se dá, por exemplo, nos sequestros e arrestos, que encontram o direito já lesado e que servem apenas para garantir efetivamente a execução da sentença que reconhecer a existência do direito violado; a ação preventiva tem finalidade autônoma, enquanto a ação cautelar existe em função de outra, na qual se discute o direito, cujo restabelecimento ela visa garantir.

produza eficácia jurídica idêntica a que resultaria do adimplemento voluntário da obrigação.” (RF-338/49)

²⁵⁴ BARBI, Celso Agrícola. “Comentários ao código de processo civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 54.

Volta-se ao assunto da satisfação, em conceito eminentemente jurídico, aqui colocado como fator de distinção entre a prevenção e a cautela. Quando acima fala-se em finalidade autônoma quis, o comentarista, aludir à satisfação decorrente do processo de cognição exauriente, dito declarativo por conter sempre a declaração do juiz acerca do direito afirmado, o que lhe dá o caráter de definitividade em contraposição à decisão provisória obtida através do processo cautelar.

BARBOSA MOREIRA parece ter sido mais enfático, ao sustentar a diferença das tutelas preventivas e cautelares, não olvidou em assinalar que a tutela preventiva além da satisfação jurídica (definitividade do provimento), confere satisfação no plano fático (realização do direito). Assim escreveu²⁵⁵

O outro tipo (refere-se a tutela preventiva) visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio acertamento do direito (*lato sensu*) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter definitivo- ou, se quisermos usar linguagem tipicamente carneluttiana, satisfativo.

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, op., cit., p. 77.

De fato, a tutela preventiva é tutela de cognição exauriente e não se confunde com *it* de preventividade existente nas tutelas de urgência. A tutela preventiva é capaz de gerar a dupla satisfação acima apontada: decorrente da coisa julgada (satisfação jurídica) e realização social do direito (satisfação fática), enquanto a tutela cautelar é tutela de cognição sumária, assim como a tutela antecipatória, mas esta realiza o direito com base em verossimilhança (satisfação fática) embora não atinja a definitividade da coisa julgada (satisfação jurídica); enquanto àquela -cautelar- prescinde de qualquer satisfação, pois sua função está em assegurar a satisfação do direito, a ser obtida com o posterior processo de cognição exauriente.²⁵⁶

Ainda que se deseje trazer à tona a característica de preventividade dada pela doutrina às medidas cautelares, somente a chamada força expansiva denominada por CARPI²⁵⁷, poderia lhe cunhar tal natureza e, ao mesmo tempo, destruir-lhe a essência. Na verdade, a tutela cautelar é assecurativa da satisfação de um direito, quando há a satisfação no mundo fático em forma de cautela, ultrapassa-se o plano da cautelaridade e está a se falar em tutela antecipada. Não é mesmo de se estranhar que o fenômeno aludido por CARPI ao chamar a atenção para a crescente extensão conferida pela jurisprudência às liminares cautelares, ditas satisfativas, tenha alcançado também a mesma praxe no Brasil, já que o art. 700 do CPC italiano, do qual descende os arts. 798 e 799 do CPC brasileiro, autoriza as

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, *op. cit.*, p. 05.

²⁵⁷ CARPI, Federico. “La provvisoria esecutorietà della sentenza”, Milano: Giuffrè, 1979, pp. 226 e ss.

medidas cautelares inominadas sob a denominação de *provvedimenti d'urgenza*, confessadamente medidas antecipatórias.²⁵⁸

²⁵⁸ Tal confusão, no entanto, somente foi possível desvendar após a reforma do CPC brasileiro, ocorrida em 1994, na qual o legislador normatizou a matéria que se fazia comum na prática forense. Previu a possibilidade de se antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida em processo de conhecimento através de um juízo provisório sumário baseado em verossimilhança (probabilidade da existência do direito), proferindo decisão fundamentada acerca de seu convencimento (prova inequívoca) desde que haja fundado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - requisito que permite a concessão liminar- ou, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu- obviamente, tal requisito somente permite antecipação após o contraditório. (CPC, art. 273)

Tanto a tutela antecipatória quanto a tutela cautelar são espécies do gênero tutela de urgência, fundadas no requisito *periculum in mora*, perigo de dano pela demora em se tutelar o direito (abstraído-se do inc. II do 273). Entretanto, enquanto a tutela cautelar necessita também do *fumus boni iuris* - aparência do direito-, a tutela antecipatória exige a verossimilhança -probabilidade da existência do direito- que é um grau mais profundo do que a mera aparência (*fumus*). Afinal, a tutela cautelar não realiza o direito da parte, apenas o assegura, já a tutela antecipatória confere, desde logo, ao titular que demonstra a probabilidade do direito, os efeitos do provimento pretendido, realizando, pois, seu provável direito no plano social. Resta, por fim, salientar que a probabilidade pode ser demonstrada por qualquer meio de prova, desde que seja suficiente para que dela o juiz se convença, pois, prova inequívoca não é o mesmo que prova pré-constituída -documental-, e não quis o legislador privilegiar um meio de prova como fez com o mandado de segurança (título líquido e certo), razão pela qual foi substituída no anteprojeto o termo prova documental por prova inequívoca. A esse respeito ver : WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)” in *Reforma do Código de Processo Civil*, Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

Enfim, a tônica de preventividade da tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela preventiva porque esta se destina a evitar a lesão a um direito ameaçado; já a tutela cautelar é inefetiva para evitar a lesão ao direito, mas serve para assegurar que o processo principal, à vista da exigência que se lhe impõe o art. 806 do CPC, seja útil ao titular do direito lesado. Nas palavras de WATANABE, a tutela cautelar serve “para garantir os resultados práticos que tenham vínculos mediatos com o provimento postulado no processo de conhecimento.”²⁵⁹

Considerando os casos típicos de tutela preventiva no Código de Processo Civil e, atentando para o fato de que o mandado de segurança preventivo é assegurado apenas contra atos de autoridade pública, é de se lamentar que a prevenção somente fosse possível aos direitos de propriedade e posse, fazendo jus às influências históricas que permearam a sua concepção patrimonialista. Desta maneira, até a recente reforma do Código de Processo Civil, os direitos extrapatrimoniais, como os direitos sobre os bens intelectuais, careciam de tutela jurisdicional adequada, motivo pelo qual sua proteção sempre se deu por artifícios criados pela doutrina e pacificamente recebidos pela praxe ante a lacuna do ordenamento procesual, assunto a ser desenvolvido no capítulo seguinte.

²⁵⁹ WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p. 39.

CAP. III A INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL

3.1 OS INTERDITOS PROIBITÓRIOS COMO TUTELA PREVENTIVA

Afirma MARINONI: “é sabido que o direito moderno transformou a *vindicatio* em *actio*”, em seguida, baseado em Emílio BETTI, diz o processualista paranaense, que “é possível que o hipertrofiamento do conceito de obrigação gerou a universalização da *comndenatio* e a supressão dos interditos do panorama da “tutela dos direitos.”²⁶⁰

Conforme já foi discutido anteriormente, as “ações” eram reservadas para as obrigações (contratos e ilícitos) e correspondia a uma pretensão à condenação, já a *vindicatio* era reservada para tutela das coisas e correspondia à concessão de um *interdicta*. Os interditos eram ordens do pretor, constringendo alguém a fazer ou não fazer alguma coisa em virtude de seu poder de *impérium*, denominando-se interditos proibitórios ou simplesmente *interdicta*.²⁶¹As

²⁶⁰ BETTI, Emílio. “Teoria generale delle obbligazioni”, Milano: Giuffrè, 1953, v. 2, p.14 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit, pp. 306-307.

²⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. “As ações cominatórias no direito brasileiro”, São Paulo: Max Limonad, 1958, pp. 42-44.

ordens ou mandamentos derivados do poder de *impérium* não significava, em princípio, uma condenação, conceito este que foi estendido às relações jurídicas de forma genérica, cujo resultado é de que as ações mandamentais não logram hoje de uma sede adequada na tradicional classificação trinária.²⁶²

²⁶² Segundo Ovídio Baptista da Silva, “para aqueles que recusam, como nós, a ‘tripartição tradicional’ das ações e sentenças, em *declaratórias, constitutivas e condenatórias*, cria-se um impasse dificilmente superável, quando se tem de operar com as duas categorias universalmente conhecidas e praticadas, denominadas ‘Processo de Conhecimento’ e ‘Processo de Execução’. E a razão para isso é compreensível, se tivermos em conta que a própria separação do fenômeno jurisdicional nesses dois compartimentos estanques, tem como pressupostos a universalidade das *sentenças condenatórias*, a exigir sempre que a execução se faça em processo autônomo subsequente, com a supressão das demais ações e sentenças que contenham, misturadas numa mesma relação processual, tanto o conhecimento quanto a execução. A questão apresenta-se sob a forma da seguinte indagação: se o ‘Processo de Conhecimento’ não deve conter a menor dose de executividade, devendo encerrar-se com a sentença de mérito, *declaratória, constitutiva* ou *condenatória*, postergando-se para o processo de Execução posterior à realização prática do enunciado sentencial, onde devemos incluir as ações denominadas *executivas lato sensu* e as *mandamentais*? No Processo de Conhecimento ou no Processo de Execução? Qualquer que seja a opção que porventura fizermos, os resultados serão insatisfatórios.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “Ação cautelar inominada no direito brasileiro”, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 164, nota 11)

O eminente processualista não hesitou, seguindo a doutrina de Pontes de Miranda, em conservar a estrutura do Processo de Conhecimento, incluindo no mesmo apenas as três ações aceitas pelos processualistas brasileiros e, ‘alargar’ o Processo de Execução com a inclusão das ações que comportassem meios executórios, ou seja, as ações executivas *lato sensu* e mandamentais. No entanto, ao que parece, a afirmação feita pelo próprio Ovídio Baptista, e acima transcrita, prevelece, também, no que diz respeito à sua opção, impressionando pelo resultado *insatisfatório* desta

O interdito proibitório vem disciplinado no art. 932 do CPC: “O possuidor que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”, têm suas raízes na antiga *ação de força* das Ordenações Filipinas que dispunham

Se alguém temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão, ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas cousas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará, e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tomará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou se mandado, como achar por direito.” (Livro 3º, Título 78, § 5º)

É, sem sombra de dúvida, que o interdito proibitório tem caráter preventivo em seu conteúdo possessório, porque a sentença reveste-se de

classificação quando se leva em consideração a natureza das referidas ações presentes na classificação quinária.

uma ordem (um mandado) e, portanto, difere da tutela condenatória²⁶³ e da tutela cautelar. Embora a prevenção possa muitas vezes ser confundida com segurança, a diferença reside, sempre, na profundidade da cognição, vez que a tutela preventiva é satisfativa em si, e embora o provimento cautelar também resolva-se num mandado, a tutela cautelar é sempre assegurativa do direito posto como fundamento do pedido da segurança. Se se aproxima, pelo preceito cominatório, da tutela condenatória, dela também difere porque a cominação da multa é devida pela transgressão da ordem judicial, não necessitando de uma posterior ação de execução, já que seu intuito é de coação.²⁶⁴

Afirmando que os interditos proibitórios não geram sentença condenatória, Ovídio BAPTISTA é categórico²⁶⁵

²⁶³ Observa Malachini, discorrendo sobre a preponderância do elemento eficaz, que no interdito proibitório não prepondera a condenação, “o que predomina, efetivamente, é a ordem judicial para que cesse a turbação ou para que ela não se consume, respectivamente; a eficácia preponderante é, pois, *mandamental*.” (MALACHINI, Edson Ribas. “A eficácia preponderante das ações possessórias”, *RePro-71*, jul-set, 1993, p. 19)

²⁶⁴ “Se a tutela jurisdicional se resumisse em condenação, ter-se-ia então de promover um segundo processo para cumprimento de uma obrigação de fazer, o qual sendo infungível, em geral o ato de agressão ou ameaça de agressão possessória, transformaria a proteção à posse em reparação pecuniária.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, v. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 317)

²⁶⁵ *Ibidem*, *idem*, pp. 315-316.

São mandamentais. Não há entre o possuidor e o ofensor da posse qualquer relação jurídica obrigacional de que possa resultar uma *condenatio*. E nem no direito romano, a posse era protegida originalmente pelas *actiones*. Sabe-se que a posse -antes da universalização do ‘processo extraordinário’, nas fases mais tardias do direito romano- era tutelada pelos ‘interditos’, que se distinguiam das *actiones*, precisamente, por jamais produzirem uma sentença condenatória.

A mandamentalidade²⁶⁶, contida nos interditos proibitórios sob uma ordem seguida de multa, lhe confere o caráter de uma tutela jurisdicional preventiva, e, essa foi a razão de estender seu uso ao direito de autor e aos direitos à marca e ao invento, ainda que as ações possessórias sejam inadequadas para a tutela dessas espécies de bens imateriais, mas, ante a lacuna do ordenamento processual em lhes dispensar efetiva tutela jurisdicional.

²⁶⁶ Sobre a eficácia preponderante das sentenças ou sentença de procedência, ver respectivamente PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, “Tratado das ações”, v. I São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970; “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 1977; SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, v. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

3.2 O NÃO CABIMENTO DA AÇÃO POSSESSÓRIA À TUTELA DOS DIREITOS À MARCA, DO INVENTO E DE AUTOR

Ainda que haja direitos sobre coisas concretas e patrimoniais e direitos outros sobre coisas intangíveis e não patrimoniais, ambos foram relegados à vala comum das ações possessórias, contrariando o próprio art. 75 do Código Civil, onde a toda afirmação de um direito corresponde uma ação que o assegura, ou seja uma ação adequada que lhe proporcione um resultado útil conforme a natureza do direito controvertido.²⁶⁷

Não obstante a advertência da norma referida, e diga-se, sempre mal interpretada, observa-se a admissão dos interditos proibitórios pelos tribunais brasileiros para proteção dessas espécies de bens imateriais, invocando a doutrina que admite a posse de direitos pessoais. Assim como decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná: “Marca comercial. Uso. Reprodução da mesma marca por firma concorrente. Ação possessória para cessar a turbação à posse, cumulada com perdas e danos. Carência da ação reconhecida pelo juiz. Provimento para afastar a carência.

²⁶⁷ Conforme Pontes de Miranda: “A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico procesual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v.1, p. 110)

Como propriedade imaterial o uso da marca comercial devidamente registrada pode ser objeto de defesa pelos interditos possessórios. Apelação provida.”²⁶⁸

O nítido caráter patrimonialista ainda pode ser visto no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo ²⁶⁹

Possessória -Interdito proibitório-Medida visando à abstenção do uso de expressão de propaganda -Admissibilidade -Proteção possessória que incide tanto na posse de bens corpóreos como incorpóreos -Voto vencido. A proteção ao interdito proibitório pode existir seja ou não corpóreo o bem. O interdito de que se fala é possessório. E objeto da posse tanto pode ser bem corpóreo quanto incorpóreo (obra intelectual, invenção desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e comércio, sinal de propaganda, indicação de proviniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade o bem, pode haver posse. Se pode haver posse, pode haver tutela jurídica possessória.

Também recebeu tutela possessória os direitos autorais, em decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Direito Autoral. Proteção.

²⁶⁸ TAPR, 2ª Câm. Cív., Ap. n. 139/83-PR, rel. Negi Calixto, j. em 14.06.83, in RT 577/83

²⁶⁹ TJSP, 8ª Câm. Cív., *Enfrs*, n. 111.748-1, rel. Des. Manoel Carlos, j. em 07.03.90, in RT 659/90

Possessória. Viabilidade. Voto vencido. O direito autoral, classificado como bem móvel pela Lei 5.988/73²⁷⁰, goza de atributo dominial e, nesta acepção, é passível de proteção possessória, sendo viável a utilização do interdito proibitório para impedir o uso não autorizado de obra artística, científica ou literária.”²⁷¹

O problema da posse já tão antiga nas discussões entre Savigny e Ihering, é sempre motivo para desencalhar novos e velhos argumentos, especialmente aqueles que se fundam na colocação do legislador da “propriedade literária, artística e científica” no catálogo dos direitos reais e os que interpretam distorcidamente a estrutura do direito romano na tentativa de acomodar essas entidades imateriais na chamada posse de direitos.

É bem verdade que a defesa desses bens imateriais através das ações possessórias vem cimentada nas lições de PONTES DE MIRANDA, cuja difusão doutrinária não poderia passar despercebida. Já argumentou o iminente jurista que as coisas corpóreas não são as únicas suscetíveis de posse, dizendo que “possui-se o corpóreo como se possui o incorpóreo. Onde o sistema jurídico admitiu que haja proprietário de bens incorpóreos, admitiu que haja

²⁷⁰ Lei 5988/73, art. 2º; Lei 0.279/96, art. 5º; Código Civil 649 a 673; CF/ 88 art. 5º incs. XXIII e XXVIII.

²⁷¹ TAMG, 2ª Câm Cív., Ap. 21.010 (*Einfrs*), rel. Juiz Lelis Santiago, j. em 14.04.83, in RT 582/84.

possuidor de bens incorpóreos.²⁷² E, ainda em seus comentários ao Código de Processo Civil, arrematou²⁷³

A pretensão ao interdito proibitório pode existir, seja ou não, corpóreo o bem (sem razão, o juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, a 2 de março de 1956, D. da J. de 4 de abril). O interdito de que se fala é possessório e objeto da posse tanto pode ser bem corpóreo quanto incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de industria e comércio, sinal de propaganda, indicação de proviniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade o bem, pode haver posse. Se pode haver posse, pode haver tutela jurídica possessória.

Ora, a expressão “propriedade”, que sempre foi estendida aos bens intelectuais, tanto no Código Civil, como assumidas, depois pela Lei de Patentes e Marcas e pela Lei de Direito Autoral, não escapando nem da imprecisão do legislador constitucional, deve-se à concepção histórica de tratar a

²⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado de direito privado”, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. X, p. 292.

²⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 13, pp. 309-310.

exploração da força intelectual como coisa patrimonial.²⁷⁴ Não há e nem pode haver propriedade de coisas incorpóreas, porque o regime jurídico da propriedade das coisas corpóreas não pode ser estendido às coisas intangíveis e não patrimoniais, como são os bens intelectuais.²⁷⁵ Ainda que impropriamente a terminologia tenha se referido a “propriedade imaterial”, como explicá-la ante os diferentes modos de aquisição da propriedade corpórea como a ocupação e a tradição? Restariam respostas vagas aos questionamentos que podem ser feitos àqueles que pretendem tratar os bens imateriais em comento no âmbito da propriedade, pois, a relação jurídica que decorre do uso e gozo da propriedade material não é a mesma que se estabelece entre o criador e a obra intelectual, já anteriormente comentada.

²⁷⁴ O juiz Costa e Silva manifestando-se contrário aos Embargos Infringentes, diz que “considerar os direitos autorais, que são direitos *sui generis*, cujo objeto recai sobre bem imaterial só por abuso de linguagem ou força de expressão.” E, arremata, invocando a expressão do Ministro Orosimbo Nonato: “O caráter real de uma situação jurídica prende-se à sua natureza mesma, e não ao conceito do legislador.” (Orosimbo Nonato, Arquivo Judiciário 93/185) TAMG, 2ª Câm. Cív., Ap. 21.01 (*Einfirs*), rel. Juiz Lelis Santiago, em 14.04.83, *in* RT 582/84.

²⁷⁵ A norma e a realidade social não devem ser momentos isolados de interpretação, por isso NICOLÒ VISALLI afirma que “la dottrina più qualificata si discosta dal positivismo giuridico, che distingue la forma dal contenuto della norma, e dà prevalenza assoluta al primo di tali elementi. Essa, oltre a manifestare particolare attenzione ai valori espressi dal tessuto sociale, afferma che l’ordinamento è imperniato sui principi etici, che costituiscono il baricentro del sistema ed hanno un ruolo risolutivo nell’opera del giudice chiamato ad applicare la legge.” (VISSALI, Nicolò. “La crise dei valori. Problemi antichi e nuovi nei diritti della persona”, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1994)

Se não é possível aplicar à essas entidades imateriais o regime da propriedade corpórea, é porque de propriedade não se trata e, como bem diz MARINONI, “o uso do mesmo nome para designar duas realidades distintas somente serviria para causar dúvidas e confusões, que não raro são percebidas.”²⁷⁶

Ainda que se invoque a questão dominial para estender às entidades intelectuais proteção possessória através dos interditos proibitórios, a posse de direitos sempre foi admitida, já na jurisprudência romana, como reportada às coisas incorpóreas de conteúdo patrimonial. Só que lá, a distinção entre *possessio rei* e *possessio iuris* existia porque consideravam a *coisa objeto de direito de propriedade como o próprio direito de propriedade* limitando-se a proteger, através dos interditos possessórios, os direitos reais limitados *como se fossem posse*.²⁷⁷ Comunga da idéia Caio Mário da SILVA PEREIRA para quem²⁷⁸

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. “Questões do novo direito processual civil brasileiro”, Curitiba: Juruá, 1999, p. 211.

²⁷⁷ Por isso, segundo Moreira Alves, “distinguiam de um lado, a posse da coisa (*possessio rei*, que era o exercício de fato dos poderes inerentes ao direito de propriedade), e, de outro, a posse de direito (*possessio iuris*, que era o exercício de fato dos poderes inerentes a outros direitos reais que não o de propriedade). A posse de direitos era aplicada às coisas incorpóreas patrimoniais, como a servidão, o uso, usufruto e habitação, e assim mesmo, só surgiu no período clássico como *quasi possessio*, “estendido a eles, por via útil, os interditos proibitórios”. Adverte ainda o romanista, em nota de rodapé, que “é certo que, nas fontes, se encontram expressões como *possessio libertatis*, *possessio civitatis*, mas tais situações de fato não se atribuía qualquer efeito ou proteção jurídica; assim, não se aplicava a esses estados de fato o usucapião, nem se concediam, para protegê-los, interditos

Podem ser objeto da proteção possessória, na verdade, tanto as coisas corpóreas quanto os bens incorpóreos ou os direitos, mas, sendo a posse a visibilidade do domínio, os direitos suscetíveis de posse não de ser aqueles sobre os quais é possível exercer um poder ou um atributo dominial, como se dá com a enfiteuse, as servidões, o penhor. Não os outros, que deverão procurar medidas judiciais adequadas à sua proteção.

Sobre a inadmissibilidade da posse de direitos pessoais
transcreve-se aqui as lições de AZEVEDO MARQUES ²⁷⁹

Quando o Código Civil fala, aliás desnecessária e confusamente, em ‘posse dos direitos’, como faz nos artigos 488, 490, 520, § único, etc., alude, indubitavelmente, aos direitos cujo exercício proporciona ou acarreta detenção de coisas materiais. Seria escandalosamente contraditório o

possessórios.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. “Direito romano”, 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 278-279)

²⁷⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. “Instituições de direito civil”, 3ª ed., v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 27.

²⁷⁹ MARQUES, Azevedo. “A ação possessória”, edição de 1923, n. 11, pp. 09-11, *apud* ARZUA, Guido. “Posse-o direito”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957, p. 35.

Código (o que não é admissível) se, filiado ao conceito de Ihering e adotando a noção de posse como sendo unicamente a exterioridade (note-se a força da palavra exterioridade) do domínio, admitisse a posse e a proteção possessória dos direitos pessoais.

Também a doutrina italiana tem se posicionado dessa maneira, como Paolo GRECO ao sintetizar que, à figura dos bens imateriais não há um significado e um valor técnico-jurídico preciso: não certamente aquele que convencionou-se ao caso das coisas materiais e, mais especificamente, corporais. Instituto próprio e característico para tais coisas são inaplicáveis no campo dos bens imateriais. A diferença na questão de delimitação física, de unidade de posição no espaço exclui que se possa conceber para os bens imateriais uma posse exclusiva, e por consequência a aquisição por usucapião. Por estas razões, conclui o doutrinador italiano, “sono inconcepibili per i beni immateriali le difese caratteristiche del diritto di proprietà, cominciando dalla rei vindicatio, così come la più caratteristica delle difese possessorie, quale l’azione di reintegrazione.”²⁸⁰

José d’Amico BAUAB, lembrando os ensinamentos de Astolfo REZENDE, refere-se ²⁸¹

²⁸⁰ GRECO, Paolo. “Beni immateriali”, *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 365.

²⁸¹ BAUAB, José d’Amico. “A posse dos direitos pessoais”, coord. Carlos Alberto Bittar *in A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 123.

A posse é somente a detenção de coisa corpórea ou material; só essa coisa pode constituir seu objeto. A única diferença é que, entre os direitos pessoais, há muitos que se exercem sobre a coisa corpórea determinada e outros que não precisam de coisa corpórea para serem exercidos, tendo, por objeto, não as coisas materiais, mas prestações pessoais, como são os direitos creditícios. Estes não são suscetíveis de proteção possessória e não são objeto de posse, como também não são os direitos de estado, cujo exercício, uso e gozo consistem, ordinariamente, na simples manifestação externa dos atos de liberdade pessoal do homem, ou no uso e gozo de prerrogativas conferidas pela qualidade de cidadão ou pelas relações de família.

Não somente a doutrina, mas também, os próprios Tribunais não admitem que essas entidades intelectuais sejam protegidas por meio das ações possessórias e, já o STF pronunciou-se em 14.12.42: “A ação possessória não garante o exercício de direitos pessoais”.²⁸² E, mais recentemente, proclamou o STF em 06.04.84, que “no Direito Privado brasileiro não há posse de direitos pessoais.”²⁸³

O Tribunal de Alçada do Paraná não admitindo o interdito proibitório para a defesa dos direitos autorais, assim se manifestou: “Interdito proibitório -falta de interesse- meio inadequado para defesa dos direitos

²⁸² RT 151/343.

²⁸³ 2ª T., RE 85271, j. 6.4.84, rel. Min. Moreira Alves, v.u., in RTJ 113/138

autorais -obra musical não suscetível de posse- extinção do processo sem julgamento do mérito -recurso adesivo provido.”²⁸⁴

Note-se, para finalizar, algumas passagens da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação n. 66.446-1 (*ElInfrs*) em 17.11.87, relator, Des. Luís de Macedo ²⁸⁵

O apelo é improvido, resumidamente, porque a apelante não é titular de registro algum (...) e porque a alegada situação de fato, caracterizadora de uma suposta ‘posse’ do direito ao uso da marca em liça, não é reconhecida pela lei nem constitui objeto de qualquer tutela, seja no plano substancial, seja no material (...). Nem a alegada ‘posse’ lhe favorece. Não se trata de verdadeira *posse*, e o vocábulo vem usado aqui com a mesma distorção com que compareceu na figura da ‘posse de direitos pessoais’, ou da ‘proteção possessória dos direitos pessoais’, de histórico significado na evolução das instituições jurídico-judiciárias brasileiras (...). Aceita-se que o ‘interdito proibitório’ postulado pela ora apelante seja, na realidade, um preceito cominatório que se enquadra na proteção jurisdicional inespecífica e aplica-se às obrigações de não-fazer em geral (CPC, arts. 644 e 645) (...).

²⁸⁴ TAPR, Ap. Cív. n. 852117000, Curitiba, Rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira, 4ª Cam. Cív., em 20.12.95, in *JUIS*-Jurisprudência Informatizada Saraiva.

²⁸⁵ *RT* 626/45.

É de se notar que o interdito proibitório nunca possibilitou uma adequada tutela dos direitos sobre bens intelectuais, no entanto, seu caráter preventivo revelava-se como precioso meio de proteção àquelas espécies de bens imateriais que não se compatibilizavam do caráter repressivo do processo civil clássico fundado na classificação trinária das ações -que, de fato, não foram concebidas com base no direito material- razão pela qual se torna uma tutela jurisdicional inadequada para os direitos de autor, direitos à marca e ao invento.

3.3 A INEFETIVIDADE DA AÇÃO COMINATÓRIA PARA TUTELAR OS DIREITOS DE AUTOR, DIREITOS À MARCA E AO INVENTO

A ação cominatória já era reconhecida no regime das Ordenações Filipinas (Livro 3º, Título 78, § 5º) e tutelavam o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, conhecidas como ação de preceito cominatório, e acolhidas no CPC/39, no artigo 302, cujo inciso XII assemelha-se ao atual art. 287 do CPC/73 com caráter geral: “Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).”

A cominação da multa para as obrigações de não fazer (abstenção)²⁸⁶ tem o sentido de coação, isto é de influenciar a vontade do demandado a cumprir o conteúdo da sentença, mas, porque a multa somente é devida após o trânsito em julgado da sentença -conjugado com seu dispositivo final, art. 644-, perde seu caráter coercitivo, dado que o tempo no processo de conhecimento pode ser mais que suficiente para que o ilícito seja praticado. Perde, assim, seu caráter preventivo, como já o havia perdido quando em vigor o CPC/39, porquanto os Tribunais demonstrassem essa mesma tendência.²⁸⁷

Entretanto, persistia a lacuna no ordenamento processual no que diz respeito às espécies de bens imateriais não patrimoniais, e isso fez com que a ação cominatória fosse utilizada²⁸⁸, a par dos interditos proibitórios, para dar proteção aos direitos de autor, bem como aos direitos à marca e ao invento, como se pode ver da afirmação do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Marca Comercial -exclusividade de uso- produto similar lançado anteriormente com embalagem e rótulo de configuração imitativa -possibilidade de confusão na

²⁸⁶ Sobre o histórico das ações de abstenção ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, São Paulo: Saraiva, 1970, pp. 147-150.

²⁸⁷ Fala Ada Pellegrini, da degradação do atual art. 287 do CPC, que introduziu o termo *sentença* onde lia-se no CPC/39, que a pena seria devida para o caso de descumprimento da *obrigação*, reconhecendo, entretanto, “certa tendência jurisprudencial, já sob a égide do Código de 1939, entendia que a multa só começasse a incidir depois do trânsito em julgado da sentença, desaguando, assim, na linha adotada pelo Código em vigor.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela preventiva das liberdades: ‘habeas corpus’ e mandado de segurança”, *RePro*- 22, abril-junho de 1981, p. 27)

²⁸⁸ *RT/580; RT/557.*

percepção dos consumidores- Ação de abstenção de uso de marca e rótulo precedente.”²⁸⁹

Entre uma e outra espécie de tutela jurisdicional, inclinavam-se os Tribunais a conceder proteção aos bens que, por hora, não gozavam de tutela específica, eis o que diz o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo: “Possessória -Interdito proibitório- medida visando à abstenção do uso de expressão de propaganda -Admissibilidade- Proteção possessória que incide tanto na posse de bens corpóreos como incorpóreos -Voto vencido.”²⁹⁰ A mesma Câmara Cível admitiu tanto a ação cominatória -acima transcrito- quanto os interditos proibitórios para proteção do uso da marca, como se lê na ora transcrição. O Des. Fonseca Tavares, declara em seu voto vencido que *o interdito é viável*. “Desde que tenha o registro da autora. Poderia, então, optar entre uma cominatória e um interdito, titular que é, segundo o requisito legal do direito de propriedade, que pode ser assegurado também pela via possessória.”

Pode se observar que o uso da cominatória como tutela desses bens imateriais visava a abstenção de ato ilícito, baseando-se na existência de um direito real, o de propriedade da marca mediante o registro. Ainda permanecia a confusão instalada entre a oponibilidade e exigibilidade dos direitos reais e pessoais, fazendo crer que esse direito de abstenção pudesse ser tutelado por uma sentença que

²⁸⁹ TJSP 8ª Câm. Cív., Ap. n. 71.568, v.u, j. em 20.09.89, rel. Des. Arthur de Godoy, *in* RT/647.

²⁹⁰ TJSP, 8ª Câm. Cív, Einfrs 111.748-1, v.v, Des. Fonseca Tavares, j. em 7.03.90, rel. Des. Manoel Carlos, *in* RT/659.

abria portas a uma execução forçada. Na verdade, o que a ação cominatória poderia tutelar era o possível dano resultante do ato ilícito, a ser apurado por ocasião da execução, porque a multa não sendo devida antes do trânsito em julgado da sentença, não ameaçava o demandado a cumprir o preceito cominatório, inexistindo, portanto, o caráter coercitivo necessário para manter a integridade dos bens intelectuais.

Há cerca de oito anos Ovído BAPTISTA deu o tom da natureza dessas ações cominatórias, dizendo que²⁹¹

Nos casos em que se alegue a prática de ato ilícito, terá o prejudicado a ação de indenização do art. 159 do Código Civil, como havendo possibilidade de repetirem-se as ofensas, poderá ele dispor de uma ação de abstenção, concebida sob a forma de pedido cominatório. Nos casos de uso indevido de nome, ou de marcas e sinais de comércio, além da ação de ressarcimento, é comum ocorrer a necessidade de propor-se ação de abstenção (condenatória) quanto a futuras lesões. Nesses casos, pode legitimar-se simples pretensão à segurança, como ação autônoma, ou como medida preparatória ou incidente; e a providência cautelar pode resumir-se, também aqui, em simples pedido de caução (...).

²⁹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. "A ação cautelar inominada no direito brasileiro", 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 350.

Vê-se que a orientação era clarividente. Ato ilícito era sinônimo de indenização -algo que a doutrina atual conseguiu separar: ilícito e lesão, conforme será analisado no capítulo destinado à tutela inibitória-; a ação cominatória possuía natureza condenatória e não preventiva, em razão do preceito cominatório não ter incidência imediata, por isso a necessidade de se propor uma ação cautelar a fim de assegurar a frutuosidade do processo principal de caráter indenizatório. Em nenhum momento é possível verificar qualquer sentido de prevenção nos atos evidenciados, a menos que se queira confundir segurança jurídica com prevenção, o que, obviamente, não foi a intenção do eminente processualista.

Com efeito, a ação cominatória não tinha o condão de fazer cessar a prática ou a continuação do ato ilícito, demonstrando-se ineficaz e inefetiva para a tutela desses bens imateriais. Se não era adequada por faltar-lhe caráter preventivo, não conseguia atingir nem mesmo o objetivo de repressão, já que os titulares dos bens intelectuais, como o direito à marca, não conseguiam demonstrar o prejuízo da atividade ilícita, ou seja, a demora do provimento jurisdicional definitivo, poderia, se não fosse observado o preceito, resultar na continuidade da prática ilícita, o que provavelmente resultaria em um dano a ser ressarcido. A dificuldade em se demonstrar o dano em direitos não patrimoniais, resultava no desacolhimento do pedido ressarcitório, transformando, em última análise, a execução da multa em indenização do prejuízo.²⁹²

²⁹² “A pena pecuniária que, a título de *astreintes*, se comina, não tem o caráter de indenização pelo inadimplemento, mas sim, o de meio coativo de cumprimento da sentença, como resulta expresso na parte final do art. 287 do CPC; conseqüentemente, não pode essa pena retroagir à data anterior ao do

Aqui, cabe uma ressalva. Não se quer dizer, e não se disse, que multa pecuniária (*astreinte*) é a mesma coisa que indenização, até porque essa dúvida há muito foi dissipada já pela lei francesa²⁹³, mas, advertir para o fato de que o momento em que ela é devida -e não cobrada- é que lhe confere o próprio sentido de “medida de coerção.” Note-se que havendo cumulação de ação cominatória para abster-se da prática de um ato ilícito (obrigação de não fazer) de que já resultou dano e, portanto, cumulada com um pedido indenizatório, pode levar à seguinte consequência, quando se trata de bens imateriais não patrimoniais, como os aqui reportados : i) a multa é devida, independente do dano ocasionado, se não se observa o preceito cominatório; ii) a multa nas ações cominatórias, por disposição legal, somente é devida, isto é, o demandado só arcará com a mesma, após o trânsito em julgado da sentença; iii) durante o longo tempo do processo de conhecimento o demandado não teme a suposta coerção, podendo continuar a prática ilícita, já que a incidência da multa não é capaz de ameaçá-lo; iv) dificilmente o titular da situação de vantagem consegue provar o dano, quando se trata de direitos não patrimoniais (e.g., o uso alheio e indevido de uma marca quando alicia a clientela); v) resta ao titular da situação de vantagem, uma vez descumprido o preceito, cobrar a multa, que

trânsito em julgado da sentença que a cominou.” (Ac. unân. da 2ª T. do STF de 20.11.81, no RE n. 94.966-6 –RJ, Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 26.03.82; *Adcoas*, 1982, n. 84.871; RT 560/255; RTJ 103/744)

²⁹³ As *astreintes* foram consagradas pela Lei 72-626, de 14.07.1972; atualmente Lei 91-650, de 09.07.1991, cujo art. 33: “tout juge peut, même d’office, ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision.” (“todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreinte* para garantir a execução de sua decisão.”)

é devida somente após o trânsito em julgado da sentença, contentando-se com uma *meia justiça*, ou seja, com a sanção pecuniária pelo descumprimento do preceito.²⁹⁴

Esse resultado pode ser percebido no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: “Nome Comercial -Marca registrada- Exclusividade de uso -imitação por outra empresa em sua expressão de fantasia- firmas que atuam no mesmo ramo de comércio -possibilidade de confusão evidenciada- Abstenção do uso determinado”, que emitindo preceito cominatório, fundamentou a impossibilidade de indenização: “Como se sabe, somente poderia ser relegado para aferição em execução o dano realmente demonstrado no curso da ação, mas como inexiste informação objetiva a respeito da concreta ocorrência lesiva de ordem patrimonial, não há cogitar de condenação nesse capítulo.” Além da dificuldade em demonstrar o dano, o presente entendimento faz jus ao contido no art. 287 do CPC *in fine*, impondo a cominação de multa devida após o trânsito em julgado da sentença: “(...) sob pena de pagamento de multa diária de Cz\$ 800,00 a contar do prazo de 30 dias, que é suficiente para a modificação exigida na espécie, a partir do trânsito em julgado desta decisão.”²⁹⁵

Sobre a inefetividade da ação cominatória para tutela desses bens, registre-se a afirmação de Carlos Antônio CHAVES²⁹⁶

²⁹⁴ Sobre a incidência da multa, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Inibitória”, op. cit.

²⁹⁵ TJSP, 5ª Câmara Cív., Ap. 104.709-1, em 10.11.88, rel. Des. Ralpo Waldo, *in* RT/639.

²⁹⁶ Entende o autor que “a ação cominatória só protegerá as marcas registradas se a multa diária cominatória for devida a partir da publicação da sentença que julgar procedente a ação”, contrariando

Qual a proteção que a ação cominatória dará aos *proprietários* (grifo meu) de marcas de indústria e comércio, registradas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, se a multa para coagir a abstenção de seu uso indevido por terceiros só for devida a partir do trânsito em julgado da sentença que a decreta?

A meu ver, não existirá proteção alguma. Isto porque, sabendo o réu de antemão que a multa só será devida a partir do trânsito em julgado da sentença que o decreta, certamente irá usar de todos os meios processuais procrastinatórios a fim de se utilizar, o maior tempo possível, com o beneplácito da justiça, da marca alheia em seu proveito patrimonial. E assim, só quando transitar em julgado a sentença que lhe foi adversa, é que o réu irá abster-se do uso indevido da marca, não sofrendo nenhuma multa pelo uso indevido.

3.3.1 O USO CONJUGADO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E DA AÇÃO COMINATÓRIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À MARCA AO INVENTO E DE AUTOR. A SUA INEFETIVIDADE.

Considerando a inefetividade da ação cominatória em

o entendimento da jurisprudência sobre o disposto no artigo 287 CPC *in fine*. (CHAVES, Carlos Alberto. “Da proteção das marcas pela ação cominatória”, *RF/270* abril-junho de 1980 ; Cf. *RF/252*, out- dez, 1975)

atender aos propósitos de uma tutela preventiva, a praxe e a doutrina, com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, lançaram mão da ação cautelar inominada com a finalidade de tornar efetiva a abstenção buscada pelo titular de uma situação de vantagem dos direitos sobre os bens intelectuais.

É perceptível que os bens imateriais extrapatrimoniais não haviam encontrado no ordenamento processual uma tutela efetiva, conforme o fundamento de voto proferido pelo juiz Gusdesteu Biber do Tribunal de Alçada de Minas Gerais ²⁹⁷

Sr. Presidente, até o surgimento da Lei 5.988/73, na época também do surgimento do novo Código de Processo Civil, o Código Buzaid, havia, é verdade, uma lacuna, e para suprir essa lacuna a jurisprudência entendeu de dar a proteção possessória aos direitos autorais. Evidentemente que esta interpretação era forçada, mas havia que se defender tais direitos.

Modernamente, após o advento da lei específica, e especialmente após o Código Buzaid, quando se deu uma relevância excepcional ao processo cautelar, acredito que não devemos continuar a forçar uma interpretação para o uso de um remédio inadequado, quando a lei coloca à disposição do autor várias modalidades de proteção específicas, não só da Lei 5.988/73, mas do processo cautelar. Já se vê, hoje em dia, a utilização do processo cautelar talvez em maior escala do

²⁹⁷ Ementa oficial: “Direito autoral. Proteção. Possessória. Viabilidade. Voto vencido. O direito autoral, classificado como bem móvel pela Lei 5.988/73, goza de atributo dominial e, nesta acepção, é passível de proteção possessória, sendo viável a utilização do interdito proibitório para impedir o uso não autorizado de obra artística, científica ou literária.” (TAMG, 2ª Câm. Cív. Ap. 210010 (*Elfrs*) em 15.04.83, rel. Juiz Lellis Santiago, *in RT/582*)

que os próprios idealizadores do Código o previram. Hoje utiliza-se a cautelar inominada, cautelar atípica, em que se protege tudo quanto é direito não especialmente deduzido naqueles capítulos das cautelares típicas. Então, por que haveríamos nós de ficar forçando uma interpretação, tirando o Direito das Coisas do Código Civil, e sua proteção para defender, para proteger direitos eminentemente intelectuais? (...).

A realidade de um ordenamento processual que não tutelava muitas situações jurídicas, inclusive as dos bens intelectuais, e a necessidade de uma tutela que fosse capaz de conferir proteção de forma urgente à integridade desses bens, possibilitou nesse campo, mas também em outros, a técnica de sumarização ante a demora do procedimento ordinário. A abertura que o Código de Processo Civil ofertou em seu artigo 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, denominado de *poder geral de cautela*, proporcionou o entendimento que as ações cautelares inominadas pudessem ter função satisfativa, ou seja, a pretensão do autor limitava-se na obtenção da liminar, que no caso dos bens intelectuais, era abstenção de nova prática ou continuação do ato ilícito. Generalizou-se, conforme já dito, o que CARPI denomina de “força expansiva” da tutela cautelar capaz de levá-la à autodestruição.

O problema sobre a desnaturalização da natureza assecuratória da tutela cautelar já vinha sendo analisado pela doutrina, em especial, a

posição de Ovídio BAPTISTA: “Quanto ao problema da tutela jurisdicional cautelar, muito já se disse, quando tentamos distingui-la de espécies similares²⁹⁸ que, sendo embora formas de tutela preventivas, vão além da simples segurança e correspondem à proteção satisfativa.” E diz mais ²⁹⁹

A explicitação, no direito brasileiro, da regra do art. 798, de resto já existente no art. 675 do código revogado, corre risco do exagero, decorrente de uma concepção desmesurada da tutela cautelar. Tal risco deriva-se da colocação de Chiovenda e Calamandrei, que entendiam a tutela cautelar como “policia judiciária”, e não só a definiram, como a pressupunham presente em todos os casos em que o juiz exercia seus poderes de simples gestão processual; e da influência que o Direito Processual francês contemporâneo há de exercer em nosso meio, em virtude das recentes reformas introduzidas em França, no Código de Processo Civil, reformas essas que como sabemos, ampliam de tal forma a jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) que, praticamente, é criada, de modo mais ou menos difuso e indiscriminado, um tipo especial de tutela interdital com concessão de mandados liminares, para a maioria das ações.

²⁹⁸ Nesse sentido, Ovídio Baptista fala em segurança da execução e execução para segurança. (SILVA, Ovídio Baptista da. “Do processo cautelar”, op., cit., pp. 38 e ss)

²⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, 4^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 155-156.

Afirma Teori Albino ZAVASCKI que o dissenso doutrinário que refletiu-se na jurisprudência gerou ³⁰⁰

A gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente.

Note-se que quando se disseminou o uso das cautelares para proteção dos direitos de autor, direitos à marca e ao invento, a pretensão era de obter, de forma urgente, a abstenção do uso ilícito desses bens e não havia referência a um direito a ser protegido, mas a necessidade da propositura de um “processo principal” (CPC, art. 806), induzia a supérflua propositura de ações declaratórias ou cominatórias.

Se as tutelas cautelares limitam-se a assegurar a realização de um direito, necessitam de um “processo principal” de cognição exauriente que venha, afinal, declarar o direito existente, possibilitando a coisa

³⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43.

julgada material, são, por isso, instrumentais e não possuem um fim em si mesmas.³⁰¹

Sua nota característica é a referibilidade a um direito acautelado, de modo que não

³⁰¹ Afirmando a autonomia do processo cautelar, segundo o escopo de proteger o resultado útil obtido em outro processo, Calamandrei sintetizou que o processo cautelar é “instrumento del instrumento” (CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Buenos Aires: Ed. Bibliografía Argentina, 1945, p. 45). No mesmo sentido Carnelutti, para quem a autonomia do processo cautelar “es a fórmula que se presta a un desarrollo feliz al derivar de ella que mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la tutela del proceso.” (CARNELUTTI, Francesco. “Derecho y proceso”, trad. em espanhol por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981, p. 414). Já Calvosa, demonstra a autonomia do processo cautelar em relação ao direito substancial de cautela, dizendo que “l’autonomia dell’azione cautelare, a mio credere, risulta più che evidente sia sul piano del diritto sostanziale cautelando, sia su quello dei rapporti tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale dei diritti. L’autonomia è dunque connaturale all’azione cautelare.” (CALVOSA, Carlo. “La tutela cautelare (profilo sistematico)”, Torino: Utet, 1963, p. 304). Também Ovídio Baptista da Silva destaca que o processo cautelar impõe que a prestação estatal lhe confira a função de *pretensão à segurança* a um direito substancial de cautela não-satisfativo. (SILVA, Ovídio Baptista da. “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. XI, 2ª ed., Porto Alegre: Lejur, 1986, p. 82). Victor Bomfim Marins comenta que “a necessidade da tutela cautelar, em sua feição jurídica, justifica-se pela proteção que proporciona à atividade jurisdicional e, por via de consequência, ao ordenamento jurídico. Nessa razão, o processo não pode ser visto como uma entidade fim, mas como meio para atingir determinada finalidade contemplada pelo direito objetivo.” (MARINS, Victor A. Bomfim. “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 142)

Embora haja divergência doutrinária na demonstração da autonomia da ação cautelar, o certo é que, restringindo-a ou não, aquela torna-se evidente diante da conjugação dos interesses privados e do interesse estatal de manutenção da paz social, pelo que, reservou a si o monopólio da jurisdição, assegurando acesso à justiça também quando a urgência habilitar o titular do

satisfaça (não realize) o direito a ser protegido no “processo principal” sob pena de desvirtuar sua natureza.

Conforme diz MARINONI, “se inexistir referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade.”³⁰²

Se a referibilidade a uma situação a que se dá proteção é, segundo Ovídio BAPTISTA, inafastável do verbo assegurar, “a proteção cautelar, há de estar ligada a um interesse juridicamente relevante, afirmado -e a tônica reside precisamente nessa mera afirmação do direito, pretensão, ação ou exceção- carentes de proteção assegurativa.”³⁰³

Ora, se é permitido na cautelar que alguém não reitere o uso indevido de um bem intelectual e o demandado obedece ao mandamento concedido, qual seria o interesse juridicamente relevante na ação cominatória? Satisfeita a pretensão, poderia o titular da situação de vantagem pleitear ação condenatória para compor prejuízo, eventualmente causado pela prática ilícita

direito aparente a pedir sua segurança jurídica. Na doutrina de Victor Marins “a função do processo cautelar confere-lhe tipicidade e autonomia, visto como nenhum outro processo tem o escopo de garantir provisoriamente o exercício frutuoso da atividade jurisdicional.” (MARINS, Victor A. Bomfim, op., cit., p. 145)

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, op., cit., p. 79.

³⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, op., cit., p. 62.

anterior, desta forma, a referibilidade intimamente ligada à natureza instrumental da tutela cautelar não existiria.

O mesmo pode-se dizer se a tutela preventiva fosse requerida através da tutela cautelar, nesse mesmo exemplo, e o titular do direito afirmado propusesse uma ação declaratória como “processo principal”. Ora, a ação declaratória visa tornar incontrovertido um fato ou uma relação jurídica através de uma decisão judicial a fim de que em futuro processo lhe sirva de vantagem probatória; perde, no entanto, por sua declaração positiva de que o autor é o titular de determinado bem intelectual, a necessária instrumentalidade com a tutela cautelar.³⁰⁴

Entretanto, mesmo que os Tribunais e a doutrina aceitassem o inaceitável, ainda assim, a tutela cautelar estaria longe de produzir efeitos genuinamente preventivos, porque o mandado expedido pelo magistrado não era suficiente para atuar sobre a vontade do demandado, posto estar impedido de cominar pena ao descumprimento da ordem, a não ser o crime de desobediência.³⁰⁵

³⁰⁴ *Ibidem*, *idem*, pp. 11-17.

³⁰⁵ Sempre preciso Barbosa Moreira: “O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos, da cominação de multa para o respectivo desatendimento: as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o art. 287, *fine*, preexcluiu -em disposição infeliz mas clara, que ao intérprete não é dado desprezar. Ter-se-á de contentar unicamente com a força intimidativa da cominação penal pelo crime de desobediência.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, *in* *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43)

Essa distorção da tutela cautelar, que nada possui de autônoma (fim em si mesma) ou satisfativa, foi mais uma tentativa de dar proteção aos bens intelectuais (também a outros direitos que careciam de prevenção), que até a atual reforma do Código de Processo Civil, não eram adequadamente tutelados, em flagrante descompasso com o princípio constitucional da inafastabilidade que prevê a adequada tutela jurisdicional. Hoje, com a reforma processual de 1994, a tutela antecipada, ou seja, as “medidas provisórias satisfativas”, encontram previsão genérica no artigo 273 do Código de Processo Civil, de forma que não mais se justifica o emprego dos artigos 798 e 799 do mesmo diploma legal com a finalidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor. Este, como preleciona ZAVASCKY, diferentemente dos requisitos do artigo 273, serão aplicáveis unicamente “às medidas genuinamente cautelares. Inconcebível, desde então (salvo expressa lei autorizadora, como é o caso do CPC, art. 852), pensar-se em antecipação da tutela como pretensão apta a ser produzida em ação autônoma, ainda que preparatória ação a uma ação principal.”³⁰⁶

É possível, a partir de então, não cometer atrocidades em relação a tutela cautelar e deixá-la irradiar os seus efeitos meramente assecurativos. A tutela cautelar, porque fundada em uma cognição sumária, impede que o juiz declare o direito como existente, mas tão somente afirme que, possivelmente, o direito existe. É a falta da declaratividade como eficácia da sentença que impede a existência de coisa julgada material, que se dá no processo de cognição exauriente, característica do processo de conhecimento (onde obviamente não se

³⁰⁶ ZAVASCKY, Teori Albino, op. cit, p. 45.

confunde o procedimento sumário com cognição sumária).³⁰⁷ Por essa razão, à tutela cautelar dá-se o nome de tutela temporária, ou seja, aquela que tem duração limitada no tempo, independente de ser sucedida por uma tutela definitiva com força de coisa julgada material.

A tutela antecipada foi concebida em razão do direito da parte a ser protegido e, não em função do processo; visa antecipar os efeitos do provimento pretendido (eficácia executiva) adiantando-os no tempo. Diz-se, por isso, que ela é provisória, ou seja, perdura até que sobrevenha a tutela definitiva. A provisoriedade decorre, pois, num sentido amplo, de ambas (antecipatória e cautelar)

³⁰⁷ Em primeiro lugar é necessário esclarecer dois planos de cognição do objeto litigioso: o vertical e o horizontal. No plano horizontal a cognição do juiz pode ser plena ou parcial. Será parcial quando analisado à luz dos procedimentos, a necessidade de um rito acelerado, mas, de “certeza jurídica” permitindo, pois, a coisa julgada material -procedimento sumário- no plano horizontal, seja plena ou parcial, a cognição é sempre exauriente, ou seja, esgota com o procedimento probatório a necessidade da *certeza* a fim de que o juiz profira o juízo de mérito; já no plano vertical, a cognição do juiz se dá em grau menos aprofundado em função da relação entre a afirmação dos fatos e a produção das provas -cognição sumária- o que não permite a existência da coisa julgada material. Na exata contemplação de Ovídio Baptista, “a diversa finalidade do procedimento cautelar faz com que ele se contente com uma demonstração mais singela do direito ameaçado, diferenciando-se em intensidade e em profundidade quanto às exigências probatórias do procedimento comum.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “As ações cautelares e o novo Processo Civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 53). Ver também: MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994; SILVA, Ovídio Baptista da. “Comentários ao código de processo civil”, 2ª ed., Porto Alegre: Lejur, 1986; “Do processo cautelar”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999)

não possuírem a marca da definitividade, ou seja não fazem coisa julgada material. Num sentido estrito, tomam-se vocábulos distintos para definir sua existência.³⁰⁸

Assim, pode-se dizer, que a urgência (*periculum in mora*) é requisito gênero³⁰⁹ tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipada (com a ressalva do pedido fundado no art. 273, II: abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), mas o que as diferencia -talvez, não de forma tão simplista- é que a tutela antecipada pressupõe a execução de forma urgente e, portanto, satisfaz, ainda que provisoriamente, o direito de forma antecipada, exatamente por isso ultrapassa a mera segurança, não sendo, portanto, cautelar; já a tutela cautelar assegura a futura execução através da referibilidade a um direito que deve ser protegido, e, portanto, assegura a possibilidade da realização do direito. A satisfação, entendida como a carga de declaração contida nas sentenças definitivas em virtude de um juízo de mérito, fruto da ordinaryidade do processo, não pode ser

³⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. “Tutela antecipada”, op., cit., pp. 33-34.

³⁰⁹ Evidentemente, a fundamentação exigida constitucionalmente (CF, art. 93, IX) de toda decisão -liminar ou interlocutória- ou de sentença, não se esgota na urgência, sendo requisito das cautelares, também, o conhecido *fumus boni iuris* -a possibilidade de existência do direito afirmado-; das antecipatórias, exige-se a *verossimilhança* -probabilidade de existência do direito afirmado- fundamentado como o convencimento do juiz acerca da *inequívocidade* daquela afirmação.

A propósito, a lição de Ernani Fidélis dos Santos: “Para que se preste cautela ao resultado prático do processo, contenta-se com o *fumus boni iuris*, mas para a antecipação da tutela, exige-se *prova inequívoca* e convencimento da verossimilhança da alegação, situações que, evidentemente, não se confundem.” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. “Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência”, *RePro-97*, jan-março de 2000, pp. 202-203)

empeço ao entendimento que o juiz, ao conceder a tutela antecipada, considera (faz um juízo) dos futuros efeitos da sentença definitiva.

A propósito, a lição de MARINONI ³¹⁰

A necessidade de uma tutela fundada em aparência (*fumus boni iuris*) em virtude da demora do procedimento ordinário, é que fez surgir a imagem da tutela antecipatória. A tutela antecipatória, (...), também pode ser concedida no curso do procedimento ordinário, sendo que a decisão que concede a liminar antecipatória aprecia o mérito, ou em outras palavras, constitui uma sentença com grau de cognição sumarizado. Mas a liminar antecipatória, como é óbvio, exige execução imediata, ou seja, execução no curso do procedimento ordinário, o que o descaracteriza.

Distinguindo a tutela provisória da tutela cautelar, inobstante o traço de provisoriedade desta, não se pode dizer que toda tutela provisória seja, pois, cautelar. Na lição de Victor MARINS, a tutela cautelar “não prescinde dos seus requisitos típicos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*)”, que, necessariamente, não se encontram presentes na prevenção de violação a direito. A

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 42.

prevenção tem como requisito a ameaça concreta de lesão, razão pela qual ³¹¹

A tutela preventiva é satisfativa, no sentido de satisfazer o direito ou pretensão autônoma, mediante proteção contra provável dano, fenômeno que não ocorre com a tutela cautelar, cuja função é assegurar a eficácia da atividade jurisdicional (inclusive a preventiva) e não prevenir violação a direito ou garantir a sua observância, ainda que tais resultados possam ser assegurados pela tutela cautelar mais indireta ou mediatamente.

Com efeito, a tutela antecipada não serve ao propósito das ações cominatórias, vez que a concessão dessa espécie de tutela provisória realizaria os efeitos executivos da sentença (não a eficácia jurídico-formal), ou seja, a multa para o descumprimento da ordem de um fazer ou não fazer. Ora, essa orientação contrariaria a própria razão do atual art. 287, que ao final recomenda a execução da multa após o trânsito em julgado da sentença. Se não é possível, o pedido de tutela antecipatória para dar efetividade à ação cominatória, deve-se

³¹¹ MARINS, Victor A. Bomfim. “Comentários ao código de processo civil”, op., cit., pp. 92-93.

concluir que esta também não é a tutela adequada aos bens intelectuais, pois, a integridade do bem não pode esperar o longo tempo do processo de conhecimento.³¹²

³¹² Ao escopo de compatibilizar o art. 287 com as demais formas de tutela recepcionadas recentemente pelo CPC, o anteprojeto que complementa as leis de reforma sugere o seguinte teor para alteração do art. 287 do CPC: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato, poderá constar da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, 644 e 645).”

Eis a justificativa dos ilustres Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira apostas na exposição de motivos: “A alteração proposta ao art. 287 visa compatibilizá-lo com o disposto no § 4º do art. 461, e com as modernas técnicas de adimplemento forçado das obrigações de fazer e de não fazer, aliás preconizadas em recentíssimo estudo do Prof. Luiz Guilherme Marinoni sobre a tutela inibitória. Assim, é excluída a menção ‘condenação’, que tecnicamente implica em um posterior processo de execução, não adequado às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*; a expressão ‘prestar fato que não possa ser realizado por terceiro’, é resumida simplesmente para ‘prestar fato’, uma vez que também as obrigações de fazer fungíveis devem ser abrangidas pela norma legal; a expressão ‘constará da petição inicial a cominação’, é alterada para ‘poderá constar’, porquanto a pena pecuniária pode ser imposta de ofício, como expressamente prevê o art. 461, § 4º; por fim, é aditada ao artigo *in fine*, a expressão ‘ou da decisão antecipatória da tutela’, considerando que a pena também pode ser cominada pelo não-cumprimento de liminar, como aliás expressamente está no citado § 4º do art. 461.”

3.4 A INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL PARA TUTELAR OS BENS INTELECTUAIS

Até a reforma de 1994, operada no Código de Processo Civil brasileiro não havia uma tutela capaz de proteger adequadamente, *in natura*, as situações jurídicas de vantagem que exigisse um comportamento omissivo ou comissivo em função de um dever jurídico. Na verdade, o antigo artigo 302, XII do Código de Processo Civil de 1939 não poderia prosperar no seio da ideologia individualista do Estado Liberal em que foi concebido o processo civil, onde a segurança almejada só se concretizava com a “justa composição da lide”, ou seja, um procedimento voltado a exaurir “plenamente” a questão litigiosa de forma que o juiz tenha a virtude de “dizer o direito” a fim de torná-lo incontrovertido e, portanto, abstraído de qualquer poder de *impérium*. Com efeito, não havia lugar num ordenamento processual, erigido sobre a base do mito da ordinariedade, para um procedimento que não se adequasse à teoria chiovendiana que inspirava as decisões judiciais.

A falta de efetividade do processo para tutela de muitos direitos subjetivos, gerada pela universalização da sentença condenatória e apoiada pelas teorias autonomistas que o apartavam da realidade social, redundou, na prática, num desvirtuamento de muitos institutos processuais, que na verdade justificava-se ante a proibição estatal da ação privada.

BARBOSA MOREIRA criticando o retrocesso do Código de 1973 em não fazer uso da figura genérica criada pelo código anterior “de tutela do credor”, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer afirma que ³¹³

Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, à simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela sancionatória ou repressiva.

Por isso, não hesitou em aceitar viável o uso dos artigos 798 e 799 para tutela das obrigações de não fazer, comparando-a a um “remédio que melhora o estado do enfermo.”³¹⁴

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, op., cit., p. 41.

³¹⁴ *Ibidem*, *idem*, p. 43.

A verdade é que não havia no ordenamento processual civil brasileiro uma tutela adequada aos direitos não patrimoniais, como o direito de autor e os direitos à marca e ao invento, através de um único procedimento que importassem na obtenção “da obrigação específica ou do resultado prático equivalente.”

Já disse CALAMANDREI que “en un ordenamiento procesal puramente ideal, em el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado ao caso, no habría lugar para las providencias cautelares.”³¹⁵

Se houve necessidade de autorizadas vozes clamarem pelo uso das cautelares “satisfativas”³¹⁶ foi porque a estrutura do processo civil não foi pensada à luz do direito material. Conforme diz Ovído BAPTISTA³¹⁷

É essa indiferença pelo fático que purga todos os pecados de que se poderia lamentar a doutrina dominante (...). É o ‘mundo jurídico’ fora da realidade social. No fundo, a

³¹⁵ CALAMANDREI, Piero. “Instituciones de derecho procesal civil”, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 44.

³¹⁶ Assim denominadas por lhes faltar o requisito essencial de *referibilidade*.

³¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. “Do processo cautelar”, 2ª ed., op., cit., p. 60.

premissa fundamental de toda essa doutrina tem sua raiz na separação kantiana, radical, entre o mundo dos fatos e o mundo normativo; entre a região do ser e o mundo do dever ser, cuja expressão moderna é a doutrina pura do direito de Hans Kelsen, segundo a qual o Direito não passa de uma equação lógica que nada tem a ver com a dimensão existencial dos fatos sociais.

A realidade dos bens intelectuais está em que os mesmos não podem esperar o fator tempo do tradicional processo de conhecimento, alcunhado de “processo declarativo”, em que só a cognição plena é capaz de realizar de forma definitiva o direito, já que no processo cautelar a cognição é sumária, necessitando, pois, do processo dito “principal” (CPC, art. 806) para estabelecer o contraditório e possibilitar a ampla defesa. Essa visão processual, que não leva em conta a realidade do direito material, impossibilita uma tutela adequada porque não se enquadra nos procedimentos colocados à disposição do jurisdicionado e, conseqüentemente, faz da criatividade dos juristas uma arma eficaz contra a necessidade de tutela efetiva.³¹⁸

³¹⁸ “Na verdade, o art. 798 do nosso Código foi, por muito tempo, o responsável pela prestação da tutela sumária satisfativa. Mas não pensem, os espíritos menos avisados, que a prestação da tutela sumária satisfativa sob o manto protetor da tutela cautelar constituiu um abuso, pois, não fosse tal norma, em muitos casos concretos o princípio chiovendiano de que a *duratta del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione* não teria sido observado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “A antecipação da tutela na reforma do processo civil”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 52)

Mas se por um lado o processo civil sofreu criativas distorções, foram as mesmas responsáveis pela lucidez das recentes reformas processuais de significativa importância aos direitos não patrimoniais como é a Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao artigo 461 (*caput*), estabelecendo: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.” Os cinco parágrafos que o seguem dão os contornos de uma nova tutela jurisdicional comprometida com os valores do Estado Democrático de Direito, e adequada a tutelar preventivamente esses direitos não patrimoniais que não se compadecem da tradicional técnica ressarcitória.

Quando se fala em “tutela” é preciso, pois, ter em mente os avanços alcançados pelos processualistas contemporâneos, preocupados com a efetividade do processo, cuja tendência instrumentalista é a de raciocinar em termos de tutela dos direitos.³¹⁹ Conforme já foi dito, procura-se minimizar a

³¹⁹ Com a clareza que lhe é peculiar, Kazuo Watanabe discorre sobre a preocupação dos processualistas modernos no trato do processo como instrumento da tutela dos direitos sob a perspectiva do direito material e do direito processual. No primeiro enfoque, desenvolve o estudo do direito subjetivo na esteira da teoria de Pontes de Miranda, colocando ao centro das atenções o instituto da pretensão, afastando qualquer comprometimento com a pretérita teoria imanentista: “Não se perderia com essa colocação a perspectiva processual, nem estaria sacrificada a autonomia do Direito Processual e, tampouco haveria retrocesso ao imanentismo, pois o que se acentua é que à pretensão material *afirmada*, e não efetivamente existente, deve corresponder uma pretensão processual (...).” Sob a perspectiva de direito processual sublinha a tendência de aperfeiçoar as técnicas processuais, “e

distância entre o direito material e o direito processual, de forma que seus enfoques sejam acoplados em um só pensamento. Assim, se o jurisdicionado tem direito a uma adequada resposta estatal frente ao monopólio da jurisdição, isto é, a uma sentença que declare, condene, constitua, mande ou execute, por outro lado, é necessário que a técnica processual³²⁰ seja adequada aos reclamos do direito material, exigindo, conforme sua natureza, procedimentos diferenciados que se ajustem a determinada realidade sócio-jurídica. Somente assim, os resultados almejados através do processo irradiarão seus reflexos no plano do direito material.

Em suma, a tutela jurisdicional dos direitos³²¹ é uma nova perspectiva de analisar a tutela jurisdicional, que na ótica da efetividade sob o *slogan* da máxima chiovendiana³²² necessita que o processo seja apto a proporcionar resultados úteis às diferentes situações conflitivas que surgem na sociedade moderna.

por esse método de pensamento buscar a melhor tutela dos direitos através do processo.” (WATANABE, Kazuo. “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, pp. 25-26)

³²⁰ Para Watanabe, técnica processual é a “cognição utilizada de diferentes modos, dinamicamente, na concepção de processos diferenciados e ajustados às variadas exigências do direito e pretensão material, vale dizer, à instrumentalidade da cognição no plano das opções técnicas e políticas do legislador processual.” (Ibidem, idem, p. 18, nota de rodapé)

³²¹ Cf. PISANI, Andrea Proto. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 536 e ss.

³²² “Na medida do que é praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, n. 3, esp., p. 110)

A compreensão de que a estrutura do processo civil clássico é deficiente para tutelar adequadamente as novas situações de direito substancial incompatíveis com a técnica ressarcitória -própria da concepção do Estado liberal que recepcionou a classificação trinária das ações e sentenças-, torna-se fundamental um estudo doutrinário que possibilite detectar no conjunto das novas técnicas de tutela, albergadas na recente reforma processual do artigo 461 do CPC, aquela que realmente responda de forma adequada às necessidades concretas do direito material.

Neste contexto, emerge a necessidade de uma tutela jurisdicional que possibilite assegurar a integridade do direito sobre os bens intelectuais, evitando que se pratiquem atos *contra ius*, possibilitando aos seus titulares a garantia da inviolabilidade da esfera jurídica que lhes foi assegurada. Se no passado os instrumentos processuais utilizados não alcançavam esta finalidade é porque encontravam-se despidos de técnicas capazes de outorgar uma real proteção preventiva, embora os operadores do direito revelassem sua consciência e necessidade.³²³

³²³ “No que se refere às obrigações de fazer e de não fazer, que consistem em comportamento omissivo ou comisivo do obrigado, o Código de Processo, em sua versão primitiva, apresentava-se longe do modelo ideal, eis que notoriamente destituído, em grande número de situações, de meios eficientes de prestar tutela específica (...). Deste modo, ficavam ao inteiro desabrigo de qualquer meio apto de proteção do direito *in natura* um grande número de obrigações de fazer e, de um modo geral, as de não fazer. Quanto a estas últimas -que são, por natureza infungíveis, já que a prestação específica consiste exatamente no comportamento omissivo a ser adotado pelo próprio obrigado- não havia em nosso ordenamento processual mecanismo que inibisse, satisfatoriamente, o evento lesivo.

A realidade dos direitos intelectuais carentes de tutela adequada foi objeto das diretivas contidas no TRIPs (*Trade Related Intellectual Property Rights*), do qual o Brasil é signatário, ao dispor em seu art. 41, 1: “Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores (...)”, o que dispensa disposição específica de lei interna sobre a matéria para que vigore imediatamente seu conteúdo aos Membros ³²⁴, conforme previsão da CF, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

Ao credor ameaçado apresentava-se, como alternativa única, buscar tutela mediante sentença de natureza condenatória, que, quando proferida, após toda a liturgia de uma ação de conhecimento, provavelmente, já seria inútil pela anterior consumação da ofensa.” (ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan-abril de 1997)

³²⁴ O Tratado sobre Aspectos da Propriedade Intelectual entrou em vigor no Brasil em 1º de janeiro de 1995, através da promulgação do Decreto 1.355 de 30-12-1994. Segundo Gustavo Starling Leonardos, o TRIPs gera efeitos imediatos, tendo característica normativa. “Os Tratados normativos, embora dependam da aquiescência do órgão legislativo competente, não se subordinam, uma vez aprovados, a novo ato dele emanado, pelo qual as normas do tratado se convertem em lei interna, a fim de que seja incorporados ao direito nacional” (*Revista da ABPI*, v. 17, p. 12). (LEONARDOS, Gustavo Starling. “Dos prazos de validade das patentes em vista do acordo TRIPs e da nova lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96)”, *RT* 758/89. Ver trabalho do mesmo autor *in* *Revista dos Tribunais* 721/30 e *Revista Forense* 331/105)

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.”

A revisão operada nas leis que resguardam o direito de autor, direitos à marca e ao invento ficaram obrigadas a guardar pertinência com o referido Acordo, de forma que aos seus titulares é deferido o direito de impedir violações, abrindo as portas à ação de abstenção, conforme o contido no TRIPs. Sandro HASSAN, membro da *Societade Italiana Brevetti*, comenta que dentre as medidas de proteção previstas no Acordo e aprovadas pelo governo italiano (Decreto 198), a inibitória destinada a impedir ou proibir determinada atividade “è l’único mezzo per mettere fine ad una violazione in tempi ragionevoli.”³²⁵

Outra não é a consideração feita por Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, que embora aceite a terminologia “propriedade dos bens intelectuais”, afirma que qualquer que seja o regime desses bens (âmbito do direito de autor, ou industrial), “a forma de impedir que outrem exerça concomitantemente sobre eles os direitos inerentes ao domínio traduz-se por uma obrigação genérica de abstenção (...)”³²⁶

A partir da inserção da nova redação ao artigo 461 no ordenamento processual civil brasileiro, os direitos sobre os bens intelectuais

³²⁵ Hassan, Sandro. “Tutela dei diritti brevettuali: le buone nuove del Decreto 198”. Artigo publicado com o título: “Patents and Related Rights in Italy -Some Changes in Court Proceedings”, in *The International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)*, v. 29, n. 3/1988.

³²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. “Manual de direito comercial”, op., cit., pp. 164-165.

possuem na *tutela inibitória* o instrumento processual adequado às suas necessidades concretas, ou seja, a ação de abstenção contra a prática de atos ilícitos que comprometem o direito de seu titular à integridade do bem.

Trata-se de uma genuína tutela preventiva, nascida no bojo de uma nova era processual, preocupada em relacionar o processo com os valores da nossa época, valores esses que podem ser sentido nas mutações legislativas permeadas das idéias que se difundiram no movimento internacional de *acesso à ordem jurídica justa*. Um novo capítulo do processo civil foi aberto e a sua consolidação depende, em grande parte, de se despir das velhas amarras para considerar o novo perfil do processo civil, voltado para a tutela dos direitos.

CAP. IV A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO EFETIVO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR, DIREITOS À MARCA E AO INVENTO.

4.1 A TUTELA INIBITÓRIA

4.1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Assim, como o médico não prescreve uma mesma receita aos seus pacientes, tornou-se difícil aceitar que o procedimento ordinário, através da tradicional classificação das sentenças que é capaz de proporcionar, pudesse tutelar as novas situações conflitivas próprias de uma realidade diversa daquela que concebeu a autonomia da ação. A necessidade de se ter à disposição novos procedimentos, que respondam adequadamente aos reclamos do direito material que o processo visa tutelar, tornou-se a preocupação dos processualistas comprometidos com a efetividade do processo. Tomado por ideal, o princípio da inafastabilidade (e seus corolários) não somente foi responsável pelas recentes modificações legislativas do Código de Processo Civil -aqui considerada a Lei

8.952/94 que trata da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (nova redação do art. 461)-, mas é a fonte que inspira uma interpretação do ordenamento processual que propicie a efetiva, tempestiva e adequada tutela dos direitos.

Neste contexto, a tutela inibitória é uma tutela específica porque objetiva impedir que, por ação ou omissão a que está obrigado, alguém viole o direito de outrem, possibilitando evitar que se pratiquem atos ilícitos e, portanto, é efetiva para manter a integridade do direito, isto é, que seu titular tenha a real fruição do direito que lhe foi outorgado. Quando se fala em obrigação é preciso ter em mente a diferença entre obrigação contratual e obrigação de fazer ou não fazer, cujo dever jurídico decorre de lei e não de um ato negocial³²⁷, como é o dever de não fabricar produto objeto de patente, de não praticar o plágio ou de não imitar marca registrada.

³²⁷ Doutrinando sobre a diferença entre obrigação legal e contratual, manifesta-se Zavascki: “Toda obrigação nasce ou da *lei* ou de *convenção* das partes; no primeiro caso, diz-se obrigação *legal*, no segundo, obrigação *convencional*. Para *Planiol*, a bem da verdade, ‘todas as obrigações derivam de duas fontes somente; a convenção e a lei’. De um lado, é a vontade das partes a fonte criadora da obrigação; de outro, é a lei que reconhece ao ato a força de gerá-la. As *obrigações legais* abrangem não apenas as que a lei faz resultar de uma situação de fato ou de direito -das quais se afasta qualquer determinação de vontade-, mas, também, ‘as obrigações que pressupõe um ato humano voluntário, lícito ou ilícito, que são destinados por si mesmos a criar efeitos obrigatórios’, que, entretanto, se produzem por disposição de lei. Diante da ação, doutrina *Chiovenda*, são iguais as obrigações nascidas da lei e obrigações nascidas do contrato.” (ZAVASCKI, Teori Albino. “Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”, op., cit., pp. 70-71)

Tal distinção afigura-se importante na medida em que a tutela outorgada a partir do artigo 461 do CPC possui a característica de ser específica para realizar o direito, ou seja, dispôs o legislador de vários meios ou técnicas para que se alcance o resultado pretendido a partir do próprio ato do devedor (obrigado), ou na sua impossibilidade, dotou o juiz de poderes de sub-rogação para atingir o resultado prático equivalente. Portanto, a tutela inibitória é uma das tutelas prestadas a partir do art. 461, ao lado de outras espécies, objeto de breve excursão mais adiante.³²⁸

A noção, pois, de tutela específica é aquela que leva em consideração o resultado prático-jurídico almejado pelo autor, que na verdade é o efeito que decorre da técnica utilizada pelo juiz para impor uma ação ou omissão ao obrigado. Kazuo WATANABE diz que na antiga concepção, em se tratando de obrigação de fazer e não fazer, “a diferença era apenas entre obrigação fungível e infungível. Por muito tempo não se percebeu que na obrigação de fazer ou não fazer infungível o que importa para o credor não é tanto o ato do devedor, e sim o resultado prático-jurídico dele decorrente. Quando se conseguiu isolar isto, foi possível ao

³²⁸ Trata-se da recente elaboração dogmática do Professor da Universidade Federal do Paraná, Dr. Luiz Guilherme Marinoni que traça o perfil de novas formas de tutela obtidas a partir do art. 461 do CPC (inibitória, preventiva executiva, reintegratória, ressarcitória e das obrigações contratuais), contribuindo de maneira ímpar, mais uma vez, com os atuais contornos do processo civil brasileiro. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica (arts. 461 CPC e 84 CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000)

legislador conceber ações especiais mais adequadas e eficazes à proteção dos direitos.^{»329}

A imprescindibilidade da tutela inibitória pode ser entendida a partir do direito que assiste à parte de ter um processo que leve em conta a realidade do bem jurídico carente de tutela. Em se tratando de direitos não patrimoniais ou prevalentemente não patrimoniais, a tradicional tutela, que transforma o direito assegurado em equivalente pecuniário, é inadequada porque não confere uma tutela específica ao interesse juridicamente protegido.³³⁰ Aliás, DINAMARCO, discorrendo sobre o tema da tutela efetiva, afirma categoricamente que a sentença condenatória não merece tratamento autônomo como meio de tutela, “porque em si mesma não é capaz de oferecer um resultado útil e efetivo.”^{»331}

³²⁹ WATANABE, Kazuo. Seminário “O CPC e as suas recentes alterações”, disponível no endereço <http://eu.ansp.br/trtsmt/revista/doutri4.htm>.

³³⁰ A tutela ressarcitória ao conferir ao titular de um direito não patrimonial um direito de crédito, somente pode estar baseada na extensão do valor do dano sofrido e, portanto, somente é conferida após a violação do direito e verificação dos prejuízos suportados por seu titular. Por sua própria natureza -opera após a ocorrência do dano-, não consegue tutelar o direito em si, mas através de sua substituição por uma soma em dinheiro.

³³¹ “Em si mesma ela pouco oferece a quem tem o direito à tutela jurisdicional. A situação à vida que legitima o processo condenatório, é sempre uma crise de adimplemento e tal espécie de sentença é incapaz de debelá-la. Limita-se a declarar a existência do direito merecedor de tutela e aplicar a vontade sancionatória para depois, em processo executivo, a tutela jurisdicional efetiva e útil venha a ser dispensada ao titular. A partir daí, ou o direito vem a prevalecer mediante ato voluntário do obrigado, ou é imposto pela via imperativa da execução forçada (...). Também as medidas cautelares

É preciso considerar que o titular do direito de autor, dos direitos à marca ou ao invento, tem o direito de exigir que terceiros não pratiquem atos ilícitos contra seu direito composto por bens intelectuais, porque a garantia constitucional que os liga aos direitos de personalidade impõe um dever legal de abstenção aos chamados direitos absolutos, obrigando a pertinência da legislação ordinária a traçar direitos e deveres no âmbito dos direitos sobre os bens intelectuais. No particular, diz Arnold WALD que “os direitos de personalidade são direitos absolutos aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo-se assim dos direitos reais que recaiam sobre as coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica.”³³²

Sobre o âmbito de aplicação da ação inibitória aos direitos absolutos, FRIGNANI afirma que “sul piano dogmatico, poi, basta considerare che i diritti assoluti, per la loro stessa natura, postulano l’idea di uno ius “excludendi omnes alios”; il che genera in tutti i terzi un obbligo di carattere negativo

(não a tutela antecipada!) carecem de autonomia tutelar, visto que visam somente dar apoio ao processo e aos seus valores, sem oferecerem ao sujeito, por si sós, o gozo de alguma situação favorável em face do bem postulado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos do processo civil moderno”, v. II, op., cit, p. 838)

³³² WALD, Arnold. “Curso de direito civil brasileiro - Parte geral”, p. 108, *apud* POP, Carlyle. “Execução de obrigação de fazer”, Curitiba: Juruá, 1995, p. 117

o di “non facere”, contro le cui violazioni si deve sempre ritenere ammessa l’azione inibitoria.”³³³

A conclusão que o direito sobre os bens intelectuais, assim considerados pelo ordenamento jurídico, o direito de autor, direitos à marca e ao invento, são direitos que dependem -considerando sua natureza- do cumprimento de obrigações infungíveis ou de uma obrigação de não fazer (dever de abstenção), conduz ao entendimento de que somente uma tutela, que possibilite impor determinada conduta ao obrigado (um fazer ou não fazer) para que se observe o preceito normativo, poderá ser considerada efetiva, levando-se em conta o caráter extrapatrimonial dessas espécies de bens imateriais. Pensar de outra maneira seria o mesmo que admitir a ineficácia de um ordenamento jurídico que reduz os direitos nele proclamados em indenização em pecúnia.³³⁴

³³³ FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, *Enciclopedia del diritto*, v. XXI, p. 564.

³³⁴ Com o reforço do magistério de Dinamarco, *verbis*: “Exatamente porque em princípio a satisfação desses direitos depende de uma conduta do obrigado, comissiva ou omissiva conforme o caso, é para a tutela relacionada com tais direitos que a ordem jurídico-processual encontra maiores dificuldades. Tradicionalmente optava-se com muita docilidade pela *conversão pecuniária* das obrigações de fazer e de não fazer. Tal era um corriqueiro expediente de *meia-justiça* que durante muito tempo satisfez o espírito dos juristas menos preocupados com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes.

Assim conformadas com esse *minus* são as regras inerentes ao processo executivo de cunho tradicional, que conduzem à conversão pecuniária as obrigações ditas *personalísimas* e também as demais de fazer ou não-fazer (...). Mas a força das tendências metodológicas modernas aponta para a *excepcionalidade da solução pecuniária*, reconhecendo-se sua ilegitimidade sempre que

A tutela inibitória é uma tutela genuinamente preventiva, ou seja, é voltada para o futuro³³⁵, e por isso mesmo vem de encontro às inquietações deste trabalho, já que não tem por finalidade reparar o direito violado, mas propiciar a integridade do direito afirmado. Neste sentido, aparece de extraordinário relevo a sua função em relação aos direitos não patrimoniais como os bens intelectuais que não encontraram tutela adequada no ordenamento jurídico pelos instrumentos ressarcitórios, adequados àquelas situações em que a lesão já se consumou.

Conforme FRIGNANI já apontou, “si tratta dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazione di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervenendo necessariamente a posteriori), è inadeguata. Azione che affonda sue radici storiche nell’*actio negatoria* del diritto romano, a partire dal 1800 si è man mano stesa, ed oggi può ben dirsi essere patrimonio comune

seja possível a execução específica das obrigações de fazer ou de não-fazer. Essa revelação serve para afastar vários equívocos que de certa forma estão arraigados na mentalidade dos juristas de formação privatista tradicional e especialmente daqueles ligados às premissas pandectistas dos franceses do século passado: *tote obligation de faire, ou de ne pas faire, se resolut en dommages et intérêts, en cas d’inexecution de la part du débitur* (art. 1.142 CC francês).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fundamentos do processo civil moderno”, v. I, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 596-597)

³³⁵ Barbosa Moreira, embora tratando de obrigações derivadas de contratos, afirma que a tutela específica “tem sempre em vista o futuro, é essencialmente preventiva (...)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela específica do credor nas obrigações negativas”, op., cit., p. 34)

a tutti gli ordinamenti avanzati.”³³⁶ A propósito, diz MARINONI que ³³⁷

A tutela inibitória configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

Desta forma, quando se fala em prevenção, de *prae venire*, vir primeiro, chegar antes, significa aqui, evitar o ilícito e não evitar o dano decorrente do direito já lesado, já que este pressupõe identificar a extensão do prejuízo para o titular do direito violado. Se antes da tutela inibitória a categoria de

³³⁶ FRIGNANI, Aldo. “L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie”, *Rivista di diritto processuale*, ANNO LII, n. 4, 1997, p. 999.

³³⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op.*, cit.

prevenção conhecida era a tutela cautelar³³⁸, que se destina a garantir o gozo de um direito já violado, aqui, a categoria mais ampla de prevenção amolda-se perfeitamente ao critério de efetividade da “tutela dos direitos”, pois, seu campo de atuação está simplesmente na violação da norma que tutela um interesse³³⁹, entendido como o valor que o ordenamento jurídico pretende tutelar.

Em jurisprudência comentada a respeito do direito de dignidade da pessoa humana, Maurício Ribeiro LOPES traz à lume a doutrina de ALEXY (*Teoria de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 107) sobre o valor de uma regra de direito fundamental, e sendo regra, não cabe perguntar se é precedente ou não a outras, mas tão somente se é violada ou não. Nesse sentido, a mesma doutrina invoca a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que, sobre o assunto, pronunciou-se declarando que o “conteúdo mandamental será dado sempre quando se tenha em consideração um caso

³³⁸ Não se quer dizer e não se disse que não há utilidade na tutela cautelar ou que a mesma foi substituída, mas, tão somente que, o que se previne com a medida assecurativa é a frutuosidade do provimento final, ou seja, que seja útil o resultado prático do processo dito “principal” ao qual se vincula.

³³⁹ Aldo Frignani comentando sobre a ação inibitória diz que: “Oggi riconosce l’esigenza di prevenzione anche contro la simplece violazione di una norma che tutela un “interesse” (pregiudizio ad un interesse tutelato).” (FRIGNANI, Aldo. “L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie”, op., cit., p. 1000)

concreto.”³⁴⁰

Se a Constituição garante o direito de exclusividade ao titular do direito de autor e ao titular dos direitos à marca e ao invento como direitos imprescindíveis à dignidade e desenvolvimento humano³⁴¹, o valor a ser garantido é a integridade do bem, e somente uma tutela voltada a prevenir os atos ilícitos é capaz de não reduzi-los à mera reparação pecuniária. Por isso, a ação inibitória, voltada para a abstenção da atividade ilícita contra essas espécies de bens imateriais, não necessita demonstrar um prejuízo real que pode resultar do ato ilícito, já que a eventualidade de um dano como consequência do ato ilícito não diz respeito à inibitória, mas é parâmetro para fixação indenizatória, conforme restará analisado.

A tutela inibitória, quando comparada aos pretéritos modos de prevenção conhecidos pelo Código de Processo Civil antes da reforma que recepcionou a nova redação ao artigo 461, é considerada uma forma genuína de prevenção quando entendido o procedimento sob o qual se estrutura. Trata-se de um procedimento fundado em cognição exauriente, embora os casuísmos exijam muitas

³⁴⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. “A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso”, *Jurisprudência comentada*, RT-758, dezembro de 1988, p. 108.

³⁴¹ A Constituição de 1988 em seu art. 1º, III, anuncia a dignidade da pessoa humana como princípio do Estado democrático de direito e, portanto, orientador dos valores nela e por ela assegurados, conforme afirma Flávia Piovesan, deve ser entendido como “o núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.” (PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e o direito constitucional internacional”, 2ª ed., São Paulo:Max Limonad, 1997, p. 59)

vezes a tutela inibitória antecipada, resultando em uma sentença que impõe um fazer ou não fazer sob pena de multa (mandamental), que se torna imediatamente executável, direcionada a impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito.

4.1.2 MODALIDADES DE TUTELA INIBITÓRIA

Pode-se, então, considerar três situações cronológicas em que um ato ilícito contra essas espécies de bens imateriais dá ensejo à uma ação inibitória: no passado, no presente e no futuro.³⁴²

Assim, se determinado objeto foi produzido por outrem com real violação ao direito de patente, o ato ilícito praticado confere ao titular da carta patente o direito de impedir nova produção, ou seja, relativamente à hipótese futura de ilícita produção é cabível a ação inibitória como instrumento processual, destinado a fazer cumprir o preceito normativo da obrigação de não fazer.

³⁴² Já aludiu Pontes de Miranda que a “ação de abstenção pode ser usada para direitos absolutos e para os direitos relativos, bem como para os direitos a não ser molestados, ainda que não subjetivados. A ação de abstenção pode ser de presente, ou de futuro.” (grifo meu) (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 150)

Da mesma forma, as violações permanentes, como o uso indevido de marca comercial, caracterizada como ilícito continuado, ensejam a ação inibitória a fim de fazer cessar a atividade ilícita que está sendo praticada.

Ambas modalidades de tutela inibitória objetivam um não fazer, uma abstenção por parte do obrigado. O fato de ter ocorrido um ato ilícito ou o mesmo estar em curso não descaracteriza a ação preventiva, ao contrário, serve de fundamento para demonstrar o interesse do autor em prevenir que se cometam futuros ilícitos -seja por repetição de ato ilícito ou ilícito de eficácia continuada-, sendo irrelevante o advento de um provável prejuízo, como consequência da atividade ilícita que se cometeu, para viabilizar a ação inibitória nesses casos.

Aliás, João da Gama CERQUEIRA já apontava para o erro dos tribunais que exigiam, para a procedência da ação de abstenção do uso da marca a demonstração do prejuízo: “Por outro lado, vacilante mostrava-se a jurisprudência a respeito da necessidade da prova do prejuízo, sendo a ação muitas vezes, julgada improcedente, não obstante a prova da infração, sob o fundamento de não ter o autor provado a existência dos danos alegados.”³⁴³

Portanto, não se afigura dificuldade alguma em antever a necessidade da ação inibitória quando se quer evitar a continuação ou repetição do ilícito, porque nestas modalidades de inibitória a probabilidade de reincidência não pode ser desprezada pelo juiz. Observa FRIGNANI, que “è tuttavia in questa

³⁴³CERQUEIRA, João da Gama. “Tratado da propriedade industrial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 1126, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op. cit.*, p. 37.

valutazione giudiziale che l'illecito viene a giocare un ruolo di importanza non indifferente. Infatti, se esso è già stato compiuto nel passato, dalla sua modalità, dalla sua natura si potrà inferire con notevole approssimazione la probabilità della sua continuazione o repetizione nel futuro.»³⁴⁴

Sabe-se que a ação cominatória foi admitida para prevenir a continuação ou repetição do ilícito³⁴⁵, e nem por isso deixava de configurar uma tutela preventiva, porém o seu procedimento fazia com que esses direitos não fossem efetivamente tutelados porque não tinha força suficiente para agir sobre a vontade do obrigado, já que a coerção só incidia após o trânsito em julgado da sentença. A dificuldade, portanto, não é admitir a prevenção futura quando um ilícito já foi praticado, mas influenciar o convencimento do juiz a conceder a inibitória sem que nenhum ato ilícito tenha sido praticado, sob o fundamento de um perigo futuro de atitude ilícita.

Das três modalidades de tutela inibitória, aquela que visa impedir a prática do ilícito, ou seja, a que tem por objetivo prevenir o ilícito sem que nenhum ato contrário ao direito tenha sido anteriormente praticado, é a de

³⁴⁴ FRIGNANI, Aldo. "Inibitoria (azione)", Enciclopedia del Diritto, v. XXI, Giuffrè Editore, cit., p. 561.

³⁴⁵ Em recurso de Apelação contra liminar concedida para tutelar direitos autorais, entendeu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: "É cabível a concessão de liminar, com cominação de pena pecuniária por transgressão do preceito, pois só assim se impede a continuidade da perpetração de ofensas aos direitos tutelados (...)." (TARGS, Rec. Ap. n. 193193836, 2ª Câmara Cív., Rel. João Pedro Freire, em 24/04/1984, in *JUIS* -Jurisprudência Informatizada Saraiva)

conteúdo mais inquietante para aqueles que desconsideram a lógica consequência da ação inibitória, individualizada na prevenção de ilícitos futuros.³⁴⁶ A situação cronológica desconhecida ao oferecer a incerteza de uma possível lesão ao direito assegurado, abre as portas à tutela inibitória em qualquer das suas modalidades, porque destina-se a afastar o “perigo do ilícito”, e, portanto, é efetiva para evitar a prática, a continuação ou repetição de um ato contrário ao direito.³⁴⁷

Se o titular de um direito de autor teme que sua criação intelectual seja publicada em determinada revista sem a devida autorização, o

³⁴⁶ *Ibidem*, *idem*, p. 560.

³⁴⁷ Barbosa Moreira tratando das específicas obrigações contratuais, que na verdade “foge” ao assunto a que propusemos analisar (tutela inibitória adequada para os casos de obrigação legal decorrente do dever de abstenção) anotou que a tutela específica “tem sempre em vista o futuro, é essencialmente preventiva (...)”, identificando as modalidades de tutela inibitória (obrigação de não fazer sob ameaça de lesão), na seguinte passagem: “Ela pressupõe, no caso de prestação instantânea, que a lesão ainda não haja ocorrido; nos de prestação permanente e de trato sucessivo, ou que não haja ocorrido, ou pelo menos, que ainda esteja em ato, ou seja possível de reiteração. A outorga da tutela ao credor está, justificada, no primeiro pelo perigo de lesão, apurável à vista das circunstâncias, que indicam-se achar-se o devedor na iminência de praticar o ato proibido (exemplo: o atleta que se obrigou a não participar de determinada competição esportiva, começa a treinar para ela e consente que se anuncie a sua participação, ou dá entrevista em que anuncia ele mesmo); nos outros, pelo mesmo perigo ou pelo fato de, iniciada a lesão, ou praticada uma ou mais vezes fazerem crer uma providência judicial tendente a impedir que a ofensa se consume, aqui dependendo da situação concreta, uma providência tendente a impedi-la, a fazê-la cessar ou a evitar-lhe a repetição.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43)

remédio processual capaz de impedir que se consuma a atividade ilícita é a ação inibitória. O pedido inibitório será igualmente efetivo se o autor da obra intelectual teme uma tiragem fraudulenta por parte da editora responsável pela publicação da obra, embora se trate de dever decorrente de ato negocial.

É importante ressaltar que, em qualquer dos casos, o interesse de quem formula o pedido inibitório repousa na manutenção da integridade do direito assegurado, independentemente das consequências prejudiciais que possam decorrer da prática da atividade ilícita. A pretérita idéia do prejuízo a ser demonstrado para que houvesse interesse em obter a tutela jurisdicional está definitivamente afastada com a inserção da locução “ameaça” no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. E, assim como diz DINAMARCO, “hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou de não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido.”³⁴⁸

Importante observação traz a doutrina de ASCENSÃO sobre os direitos de autor, podendo ser estendida, tranquilamente, aos outros bens intelectuais aqui considerados ³⁴⁹

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 152.

³⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos autorais”, 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 537.

É importante observar que estas violações não necessitam em geral ser ilícitas. Basta o estado de objetiva contrariedade ao direito, portanto a lesão objetiva ao direito do autor, para que a elas se possa recorrer.

Distinguímos a violação do direito e a violação ilícita do direito. Nomeadamente, para que haja ilicitude é necessário que se verifique dolo ou negligência do infrator, porque o ilícito é pessoal. Mas aqui é irrelevante que assim aconteça. A divulgação não autorizada pode ser feita cessar, por maior que seja a boa fé do utente. O caráter ilícito da violação só relevará para efeito de perdas e danos.

Consagrado constitucionalmente o direito à tutela preventiva, todo aquele que teme a prática de um ato que possa por em risco seu direito formalmente assegurado, tem à sua disposição o instrumento processual da tutela inibitória prevista nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC que viabilizam a ação inibitória em qualquer das suas modalidades.³⁵⁰

³⁵⁰ “Tutta la dottrina intende con l’espressione ‘azione inibitoria’ la pretesa giudiziaria di colui il cui diritto sta per essere leso, o la lesione del quale è in corso, e/o c’è pericolo che si ripeta o continui in futuro, di ottenere dal giudice un ordine, indirizzato al trasgressore di far cessare tale stato di pericolo, o il comportamento lesivo.

Si tratta dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazioni di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervenendo necessariamente *a posteriori*), è inadeguata.” (FRIGNANI, Aldo. “L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie – considerazione ‘fuori dal coro’ di un civilista-”, *Rivista di diritto processuale*, ANNO LII, 2ª série, 1997, p. 999)

Portanto, não há óbice em se admitir a modalidade de tutela inibitória anterior a qualquer ilícito, já que a necessidade de prevenção não se relaciona com a demonstração em juízo da probabilidade de ocorrência do dano, mas encontra-se no compromisso assumido pelo Estado em tutelar preventivamente os direitos subjetivos garantidos pelo ordenamento jurídico.³⁵¹

Por isso mesmo, o uso da ação inibitória é o meio efetivo para se evitar que haja a violação de uma obrigação de não fazer, como se dá nos direitos sobre os bens intelectuais, porque a imposição de uma conduta ao obrigado (ordem de fazer ou não fazer sob pena de multa)³⁵² precedente a lesão é a

³⁵¹ Sobre a dificuldade em se provar a probabilidade da ocorrência do ilícito, observa Luiz Guilherme Marinoni, que “a questão da prova, ou melhor, a dificuldade de demonstrar que um ilícito poderá ser praticado, nada tem a ver com a necessidade de tutela preventiva e, portanto, com a possibilidade do uso da ação inibitória. A dificuldade em demonstrar a probabilidade da prática do ilícito, como é óbvio, não pode retirar do jurisdicionado o direito à tutela inibitória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 84-85)

³⁵² A efetividade da tutela inibitória para as obrigações de não fazer encontra-se na coerção que acompanha a ordem judicial, ou seja a multa, que aplicada coerentemente (justa medida) pelo julgador é capaz de influenciar a vontade do obrigado a cumprir a ordem mandamental porque possui incidência imediata. Conforme já foi dito anteriormente, a função inibidora da multa nas ações cominatórias só não cumpria seu papel porque incidia após o trânsito em julgado da sentença que, como é sabido, o tempo do processo de conhecimento permitia ao transgressor um longo período de exercício do ilícito e, portanto, era incapaz de assegurar a integridade do direito tutelado, transformando-o em indenização em pecúnia, embora os tribunais compreendessem que a função da multa nada tinha que ver com a indenização. Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em recurso de Apelação em confirmar a sentença de proibição definitiva de exibição do filme cinematográfico da vida de pessoa já

consequência lógica de seu dever de abstenção, o que afasta a falsa idéia de que a concessão da inibitória na forma pura possa constranger a liberdade do indivíduo.

Como ensina BOBBIO ³⁵³

São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em determinadas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro.

Daí o princípio da liberdade não ser absoluto, segundo

falecida sem autorização, com cominação de multa pela transgressão do preceito que não se confunde com a indenização, tendo função inibidora. “A multa cominada para o caso de transgressão do preceito contido na sentença é fixada à luz do seu poder inibidor, e não corresponde, necessariamente, ao valor dos danos.” (TJRJ, Ap. n. 39193 (*Edecl*)- 3ª Câm. Cív., j. 17.12.85 e 24.06.86, rel. Des. Welington Moreira Pimentel, *in* RT-619, maio de 1987)

³⁵³ BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

Miguel Garcia MEDINA, “mas deve restringir-se aos limites traçados em lei, de modo que a lei pode determinar uma inação”.³⁵⁴ Neste ponto invoca a doutrina de José Afonso da SILVA, para quem a “liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas perceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção) provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição.”³⁵⁵ Com essa reflexão, conclui MEDINA que o art. 5º, XXXV da Constituição Federal “determina a norma constitucional que o direito de acesso à Justiça não deverá ser restringido pela lei, não abrindo o referido preceito constitucional, qualquer exceção a tal garantia (...). Deflui que a lei não pode afastar a tutela jurisdicional, mas pode restringir a liberdade daquele que pretendia manter-se inerte.”³⁵⁶

Embora tratando das obrigações de prestar declarações de vontade, faz-se oportuno as colocações de Bueno VIDIGAL: “É um pouco exagerado esse religioso respeito à vontade individual. A vontade humana em si não merece proteção apenas por ser vontade humana. Protege-a o estado quando ela é conforme o direito. Muito mais restrita é a sua aplicação no domínio do cumprimento

³⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. “Chamamento ao processo”, *RePro-95*, julho-setembro de 1999, p. 44)

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional”, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 215, *apud* MEDINA, José Garcia, *op. cit.*, p. 44.

³⁵⁶ *Ibidem*, *idem*, p. 44.

das obrigações.”³⁵⁷

Ora, se os direitos de autor, à marca e ao invento, assegurados constitucionalmente (CF, art. 5º, XXVII e XXIX)³⁵⁸ configuram-se como direitos absolutos caracterizados pelo dever geral de abstenção³⁵⁹, e se a Constituição diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF/88, art.5º, II), todas as demais pessoas têm o dever legal de não violar tais direitos. Caracterizada, assim, a presença de uma obrigação de não fazer em favor dessas espécies de bens imateriais³⁶⁰, torna-se insustentável o argumento de que a tutela inibitória pura -anterior a qualquer ilícito- pudesse comprometer a

³⁵⁷ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. “Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”, *Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 165.

³⁵⁸ “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” (CF, art. 5º, inciso XXVII)

“A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.” (CF, art. 5º, inciso XXIX)

³⁵⁹ Mandrioli também se refere ao surgimento de um comando positivo -pessoalmente determinado- quando o transgressor viola um dever de abstenção tomado como direito originariamente absoluto. (MANDRIOLI, Crisanto. “L’escuzione forzata in forma specifica”, Milano: Giuffrè, 1953, p. 35)

³⁶⁰ Cf. ASCARELLI, Tulio. “Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”, Milano: Giuffrè, 1957, p. 36.

autonomia da vontade³⁶¹, porque a prevalecer essa conclusão haveria de se questionar sobre a validade e função do ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras, não admitir a possibilidade de se impedir que uma norma jurídica seja desrespeitada, significa concluir que a única forma de tutela a um direito assegurado é a aplicação de uma sanção, isto é, somente se protege o titular de um direito se houver violação.

Portanto, se a única sanção de um ilícito fosse a obrigação de ressarcir, o direito consagrado na norma somente poderia ser tutelado de forma imperfeita, já que o ressarcimento é forma de recompor patrimonialmente os prejuízos suportados, que no caso de direitos não patrimoniais somente pode ser visto

³⁶¹ Como observa Marinoni, “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.

Não há razão para não se admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm o direito de praticar ilícitos e danos, sendo impossível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou a continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do ‘poluidor-pagador’, por exemplo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC”, cit., p. 85)

como o paliativo resultante da inadequação da tutela ofertada.³⁶²

Se é importante a realização concreta do conteúdo das normas que estabelecem deveres para que uma tutela jurisdicional seja efetiva, é fundamental a existência de um instrumento processual que permita ao titular do direito obrigar a sua observância. Eis a relevância da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro.³⁶³

³⁶² Rotondi, discorrendo acerca da concorrência desleal, afirma que “la desistenza dell’attività anticontrattuale e il risarcimento dei danni, sono le due fondamentali conseguenze della inadempienza in ogni caso” e que a inibitória “appare come la conseguenza logica di una più ampia premessa”. Com efeito, impõe a diferença de uma ação inibitória e uma ação de ressarcimento em consideração ao ilícito civil, afirmando que a possibilidade de admitir a ação inibitória em defesa de um direito subjetivo independente de culpa ou dolo e, independente de dano atual “deriva dallo stesso concetto di norma giuridica, che postula una sanzione altrettanto estesa quanto il precetto. Ora se l’única sanzione dell’illecito fosse l’obbligo di rissarcire quando si è causato un danno per culpa o dolo, ne verrebbe che il diritto soggettivo consacrato nella norma sarebbe dalla sanzione solo imperfettamente difeso, il che ripugna carattere della norma giuridica.” (ROTONDI, Mario. “Diritto Industriale”, Padova: Cedam, 1965, pp. 519-120; 546)

³⁶³ Na autorizada palavra de Marinoni, “admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer instrumentos processuais capazes de torná-la realidade, e os operadores jurídicos e doutrinadores obrigados a ler a normas processuais de modo a torná-las efetivas. Isto quer dizer, em outras palavras, que a doutrina processual está obrigada a elaborar dogmaticamente o perfil da tutela inibitória, até porque esta é, sem dúvida alguma, absolutamente imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos mais importantes do homem.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., p. 88)

4.1.3 FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA

Admitida a noção de que a inibitória tem por fim impedir que se pratique uma atividade ilícita, que se faça cessar, se estiver em curso a ilicitude ou mesmo que a atividade contrária ao direito não se repita no futuro, estabelece-se o nítido interesse do autor em agir: evitar a ocorrência da lesão ao direito (prejuízo jurídico). Exatamente por isso diferencia-se das formas tradicionais de tutela, porque enquanto estas têm fundamento na violação, a inibitória, por ser uma ação preventiva, tem fundamento na *ameaça de violação* ao direito.³⁶⁴

A tutela que opera *a priori*, ou preventiva, tem nos dias de hoje o espaço merecido na atuação jurisdicional. Isto porque, conforme explica Cristina RAPISARDA, no passado, essa forma de atuação fazia parte da função administrativa do Estado e, portanto, era excluída da função jurisdicional que operava somente na “reintegrazione del diritto soggettivo violato”, favorecendo a liberdade

³⁶⁴ Segundo Ada Pellegrini, “a tutela processual pode revestir-se de duas modalidades: a repressiva ou sucessiva, e a preventiva. A primeira, sem dúvida a mais comum, opera *a posteriori*, com a finalidade de eliminar o prejuízo produzido pela lesão do direito; a segunda opera *a priori*, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consuma. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua iminência.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela preventiva das liberdades: ‘habeas corpus’ e mandado de segurança”, *RePro*- 22, abril-junho de 1981, pp. 26-27)

individual que era a base da doutrina sobre a jurisdição do século passado. Segundo a autora, após o reconhecimento de tutelas preventivas típicas no ordenamento jurídico italiano é que a noção de prevenção ganhou foro genérico na doutrina, e figura, atualmente, no modelo teórico de atuação da jurisdição para evitar a lesão aos direitos tutelados pelas normas jurídicas.³⁶⁵

A doutrina italiana afirma que o art. 24 de sua Constituição³⁶⁶, entendido como direito à tutela efetiva, garante a tutela inibitória,

³⁶⁵ RAPISARDA, Cristina. “Premesse allo studio della tutela civile preventiva”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova : Cedam, 1980, p. 103.

³⁶⁶ O artigo 24, 1º da Constituição italiana dispõe que: “tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Afirma Proto Pisani que o presente artigo constitucionaliza a atipicidade do direito de ação: “ciò significa che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall’ordinamento italiano, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscano il potere di azione.” Isto importa, segundo o estudioso italiano, na possibilidade do autor valer-se do processo sumário (processo típico), previsto no título I do livro IV do CPC, aos novos direitos *-baseati sui valori della persona e del lavoro-* para os quais o processo de cognição plena não é efetivo. Segundo Pisani: “Il processo a cognizione piena, essendo caratterizzato da forme e termini predeterminati dalla legge, ha necessariamente una sua durata fisiologica. Tale durata può agire negativamente ai fini della effettività della tutela giurisdizionale, sotto due profili: in primo luogo è possibile che durante lo svolgimento del processo a cognizione piena siano posti in essere atti o fatti idonei a frustare la fruttuosità pratica della futura sentenza esecutiva (*es. dispersione della garanzia patrimoniale, distruzione del bene di cui si chiedeva la consegna*); in secondo luogo è possibile che oggetto del processo sia un diritto a contenuto e/o funzione non patrimoniale il cui permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva a termine di un processo a cognizione piena è fonte di un pregiudizio irreparabile (cioè non suscetibile di essere riparato adeguatamente *ex post* tramite la tutela

porque lá há disposições típicas de tutela inibitória, como a Lei de direito de autor³⁶⁷, a qual reputam ser a melhor definição de tutela inibitória, ou a Lei que versa sobre privilégio de invenção industrial e marca (arts 83 da Lei de invenções e 63 da lei de marcas), mas não há uma norma processual que permita a leitura de uma inibitória atípica final, senão, o art. 700 de seu CPC, que dispendo sobre as medidas urgentes, possibilita a tutela antecipada baseada no poder discricionário do juiz diante de um prejuízo irreparável ao direito do autor, que se assemelha ao art. 798 do nosso CPC, que prevê o poder geral de cautela.³⁶⁸

rissarcitoria).” Por essas razões e para que a tutela jurisdicional seja efetiva, afirma o autor a exigência de se utilizar da tutela sumária na forma cautelar do *provvedimento d’urgenza* prevista no artigo 700 CPC, que é dotada de um traço de atipicidade nos limites que suscita o requisito essencial do prejuízo irreparável a fim de impedir a verificação do efeito danoso ou de antecipar *tout court* a tutela (tutela antecipada). (PISANI, Andrea Proto. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, *RePro-90*, abr./jun., 1998, pp. 22 e ss)

³⁶⁷ “La migliore definizione legislativa di inibitoria finale cui viene data dall’art. 156, 22 aprile 1941, n. 633 il quale così dispone: ‘Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto... oppure intende impedire la continuazione o la repetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione’.” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, op., cit., p. 560)

³⁶⁸ *CPC, italiano, art. 700*: “Condizione per la concessione. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo de temere che durante il tempo ocorrente per valere il suo diritto in via ordinaria, questo suo minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.” No direito italiano a leitura do art. 700 do CPC permite a inibitória antecipada o que faz a doutrina concluir, alargando sua

Também a chamada *jurisdiction des référés* (jurisdição de urgência)³⁶⁹ do Código de Processo Civil francês possui alguma semelhança com o poder geral de cautela conferido ao magistrado brasileiro, pois permite a tutela de urgência -medida inominada provisória e imediata- em atenção aos critérios de urgência ou ausência de contestação séria, fixando como requisito a impossibilidade de julgamento do principal em sede de *référé*, o que limita o poder do juiz no exercício do poder cautelar genérico.³⁷⁰ Não obstante o caráter de segurança, aponta a doutrina que se trata de provimento liminar, proferido na maioria das ações³⁷¹ de cunho normalmente satisfativo, conforme as explicitações de Roger

interpretação, que também permite a inibitória final, como conclui FRIGNANI, “tale conclusione non è riconducibile ad una previsione normativa, perchè il legislatore italiano non parla mai di inibitoria finale, ma quest’ultima emerge dalla contrapposizione con l’inibitoria che può essere presa quale provvedimento di urgenza, sulla base del principio generale stabilito nell’art. 700 c.p.c ed inoltre dal fatto che essa deve essere preceduta dall’accertamento del giudice.” (Ibidem, idem, p. 562)

³⁶⁹ CPC, francês, art 484: “une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi ou principal le pouvoir de donner immédiatement les mesures nécessaires”. O mesmo código em seu art. 809 diz que a *référé* tem caráter provisório não prejudicando o mérito: “les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal”.

³⁷⁰ FUX, Luiz. “Tutela de Segurança e tutela da evidência”, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 172-173.

³⁷¹ “Se tratterebbe attualmente di riconoscere al giudice d’istanza la possibilità di decidere in *référé* in tutti i casi di urgenza; Infine, per essere sicuri di non lasciar sussistere alcuna lacuna, l’art. 37 del decreto 9 settembre 1971 ha posta il principio che i poteri del presidente del tribunale di grande istanza, quale giudice dei *référé*, ‘se estendono in tutte le materie dove non esiste una specifica procedura in *référé*’. Così, facendo del presidente del tribunale di grande istanza una specie di giudice

PERROT diante da liminar francesa que concedeu a reintegração de um empregado despedido em situações irregulares: “Ma intanto il giudice dei référés avrà sanzionato una situazione di latta, un poco come potrebbe fare il giudice del possessorio: *spoliatus ante omnia restituendus*.”³⁷² Vê-se que as medidas que o juiz pode determinar ultrapassam a mera segurança jurídica, cuja a ampliação jurisdicional *en référé* é responsável pelo emprego da medida nos mais variados campos da justiça de direito privado, conforme Luiz FUX exemplifica o “campo de tutela ao nome, à imagem, administração de empresas, locações, sucessões, proteção dos incapazes e nas causas de família.”³⁷³

No direito anglo-americano identificam-se os *writ of injunction* como medidas destinadas a evitar o ilícito praticado pela autoridade pública ou por particulares.³⁷⁴ As medidas preventivas podem se dar quando a violação já

dei référés di diritto comune, nessuna materia sfugge alla procedura d’urgenza.” (PERROT, Roger. “Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 249)

³⁷² Ibidem, idem, p. 250.

³⁷³ FUX, Luiz, op. cit., p. 173.

³⁷⁴ Discorrendo sobre o sistema da *common law* Guido Fernando Soares explica que a classificação das ações no processo civil baseiam-se nas espécies dos remédios judiciais administrados: “Se forem reparações monetárias compensatórias (*compensatory money damages*), trata-se de um *suit at common law* e, no caso de não serem cabíveis, portanto, se forem ordens dirigidas contra a pessoa de alguém, expedidas sob a sanção de desobediência à ordem da corte (*contempt to court*), penalizadas com multas (*fines*) ou a prisão (*imprisonment*), trata-se de um *suit in equity*, cujas exteriorizações mais conhecidas são o *decree of specific performance* (ordem de fazer determinados atos ou dar determinadas coisas, portanto insusceptíveis de transformação em compensação monetária) e os *writ of injunction* (...) que

ocorreu (*mandatory* ou *prohibitory injunction*), mas também para prevenir o ilícito sem que tenha havido anterior violação (*quia timet injunction*).

Entre nós, além da tutela preventiva típica a alguns direitos, como os casos já aventados do mandado de segurança e do interdito proibitório, o ordenamento jurídico brasileiro permite expressamente a atuação jurisdicional a todos os casos carentes de proteção preventiva, atuando, pois, de forma genérica sempre que houver interesse em tutelar um direito ameaçado de lesão, garantindo a tutela inibitória atípica para evitar a ocorrência da ilicitude temida.

Tratando-se de ação preventiva é dedutível que o fundamento da tutela inibitória encontra-se no princípio geral de prevenção, cuja previsão constitucional garante a inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário diante da lesão ou *ameaça de lesão* a um direito, conforme o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira.

Portanto, mesmo que não houvesse norma processual que permitisse o correto manejo do instrumento a fim de pleitear a abstenção de atos ilícitos, haveria de se invocar o texto constitucional em seu permissivo legal expresso. Todavia, a construção doutrinária desta espécie de tutela, permitiu, em genial colaboração à teoria processual, realizada pelo Dr. Luiz Guilherme MARINONI em

são medidas no curso do processo ou medidas provisionais, que tanto podem ser interpostos contra ato de autoridades locais, estaduais ou federais, do Poder Executivo, bem como contra pessoas físicas ou jurídicas.” (SOARES, Guido Fernando Silva. “*Common law*: introdução ao direito dos EUA”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 109-111)

sua obra “Tutela inibitória individual e coletiva”, retirar do artigo 461 do CPC uma leitura que viabilizasse fundamentar a tutela inibitória no ordenamento processual civil brasileiro.³⁷⁵ À luz desta doutrina, a tutela inibitória é prevista no artigo 461³⁷⁶

³⁷⁵ “A inibitória funciona, basicamente, através de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva. Este fazer ou não fazer deve ser imposto sob pena de multa, o que permite identificar o fundamento normativo-processual desta tutela nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.” (MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inibitória”, op. cit., p. 29)

³⁷⁶ CPC, art. 461: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)

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

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para cumprimento do preceito.

§.5º Para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias tais como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

do Código de Processo Civil, que na verdade reproduz o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, passando a regular de forma genérica todas as obrigações decorrentes de lei ou de contrato, sendo perfeitamente aplicável às relações de direito absoluto ou de direito relativo, que pela simples “ameaça” gozam de tutela preventiva ao teor de seu fundamento maior, a Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Tem-se, portanto, uma previsão atípica de tutela inibitória, não sendo necessário utilizar-se de artifícios para aqueles direitos que não tiveram a ação preventiva especificamente regulamentada. É possível, a partir da nova locução ao artigo em epígrafe, utilizar-se da ação inibitória atípica como a ação de abstenção a que faz jus o titular do direito sobre o bem intelectual, evitando-se com isso as indesejáveis ações possessórias ou o desvirtuamento das ações cautelares para evitar que se cometam ilícitos contra tais direitos.

A exemplo do direito americano em que a *injunction* pode se dar de forma negativa ou positiva (*prohibitory injunction* ou *mandatory injunction*) a a tutela inibitória na doutrina brasileira também funciona à margem dos atos que se teme: continuação, repetição ou a prática de um ilícito, servindo tanto para ordenar um fazer como para ordenar um não-fazer, com a flexibilidade aplicável em cada caso concreto, ou seja, deve-se ter em mente que a tutela inibitória tem por escopo impor um comportamento a determinada pessoa, e, a depender da situação em que se pede a inibitória, a efetividade da tutela pode estar em uma determinação positiva ou negativa.

Dessa forma, há o que a doutrina denomina de inibitória positiva e inibitória negativa, ou seja, aplicar-se-á a inibitória positiva: quando se teme uma omissão por parte do obrigado, bem como sua continuação ou repetição; já a inibitória negativa é utilizada, em geral, para os ilícitos comissivos. Ressalte-se que a lógica nem sempre abrigará o caso concreto, havendo casos de ilícito comissivo de eficácia continuada que pode ser inibido através de uma ordem que imponha um fazer ao obrigado.³⁷⁷

4.1.4 A ILICITUDE E A AMEAÇA COMO PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

Já se disse que o escopo da tutela inibitória é tutelar para o futuro, ou seja, evitar que se cometam ilícitos a um direito materialmente assegurado, dos quais podem, eventualmente, decorrer um dano. Isto não significa que uma vez verificada a ilicitude o dano já não tenha ocorrido e, portanto, o titular do direito pode ter direito à tutela inibitória para evitar ulterior atividade ilícita, mas, também, direito à tutela ressarcitória na forma específica.

³⁷⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, *op.*, cit., pp. 92-93.

O significado disso tudo é que a tutela inibitória não serve para tutelar o prejuízo que possa advir da atividade ilícita, sendo voltada propriamente para o ilícito, isto é, para que o ilícito não ocorra, não se repita em ulterior atividade do infrator ou para que o mesmo paralise a atividade que está em curso e que é contrária ao direito.

PONTES DE MIRANDA, doutrinando sobre a ação e a pretensão, já aludia à diferença existente entre a violação de um direito e a pretensão que pode surgir ao titular quanto à obrigação de indenizar, esclarecendo que³⁷⁸

Dever corresponde a direito; obrigação, a pretensão. Todos têm o dever de atendimento dos direitos de personalidade e de propriedade. Daí falar-se em responsabilidade civil quando se trata de dano. Há dever, que foi violado; alguns juristas mal se dão conta de que o ato é ilícito porque houve violação de algum dever, que não se origina da regra jurídica, logicamente posterior, sobre responsabilidade pelo ato ilícito. Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e pois, do outro lado, sem obrigação (...). Nada têm o dever e a obrigação, o direito e a pretensão com o dever de sofrer a execução forçada, porque essa é deferimento pedido ao Estado, com ou após o exercício da pretensão à tutela jurídica.

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, op., cit., p. 51.

Vê-se que não há razão para confundir-se entre o que é ilícito e o que é dano. Na autorizada palavra de MARINONI, “o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito.” E, continua dizendo ³⁷⁹

Na realidade, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Da mesma forma que se pode pedir a cessação de um ilícito sem se aludir ao dano, é possível se requerer que um ilícito não seja praticado sem a demonstração de um dano futuro.

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 36-37. Em sua incursão doutrinária, demonstra o autor que a diferenciação entre o ilícito e o dano é capaz de render a conclusão de que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, e, uma vez dissociados (o ilícito e o dano), o ilícito abre portas para a obtenção de uma tutela que nada tem a ver com o dano, uma tutela preventiva capaz de inibir o ilícito. Adverte ainda, que “a probabilidade do ilícito é, com frequência a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível se separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro, na linha da melhor doutrina italiana, é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.” (Ibidem, idem, p. 38)

A distinção que o autor traz entre o ilícito e o dano coloca-se como aspecto fundamental para a exata compreensão a respeito da tutela preventiva, eis que, fundamentado na doutrina italiana precursora da diferenciação entre as duas figuras em tema de concorrência desleal³⁸⁰, o processualista magistralmente divorcia do ato ilícito a necessidade de ocorrência do dano, idéia, todavia, consagrada em nosso ordenamento com a previsão da responsabilidade civil, constante do art. 159 do Código Civil brasileiro.³⁸¹

³⁸⁰ “Para que se compreenda a razão pela qual a doutrina italiana foi obrigada a estudar o ilícito com vistas a melhor entender esta tutela, é necessário perceber a própria estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, que faz surgir, na realidade, diversas espécies de tutelas voltadas à proteção do empresário.

O Código Civil italiano, ao tratar do assunto, além de estabelecer quais são os atos que configuram concorrência desleal, prevê três espécies de tutela: a tutela inibitória, a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória.

Afirma o art. 2.599 que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos. O art. 2.600, complementando o leque da tutela jurisdicional contra a concorrência desleal, dispõe que, se os atos são praticados com dolo ou culpa, o seu autor fica obrigado a ressarcir o dano.

Não é difícil perceber o problema apresentado pelas normas mencionadas. O art. 2.599, ao disciplinar a tutela inibitória e a tutela que tem por fim remover os efeitos dos atos praticados, não fala em culpa ou dolo, enquanto o art. 2.600, ao disciplinar a reparação do dano exige a culpa ou o dolo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 32-33)

³⁸¹ CC, art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” Segundo MARINONI, o art.

A necessidade de se precisar se o prejuízo (dano) foi causado intencionalmente (dolo) ou por negligência, imprudência ou imperícia (culpa) do agente -tirante a responsabilidade objetiva- são pressupostos relacionados com a responsabilidade de ressarcir e, portanto, ligados, como já se disse, ao dano. Se o ilícito é noção dissociada da idéia de dano, não há porque aludir-se ao dolo ou a culpa, elementos estranhos ao interesse de agir na ação inibitória.³⁸² Como diz Bonasi BENUCCI³⁸³

2.043 do CC italiano “à semelhança do art. 159 do CC brasileiro, afirma que qualquer fato doloso ou culposos, que ocasione a outrem um dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano. Uma vez que a tutela contra a concorrência desleal, de lado a própria tutela ressarcitória, não requer o dano, culpa ou dolo, tornou-se necessário a separação das tutelas inibitórias e reintegratórias contra a concorrência desleal da tutela contra o dano (por ela produzido), que até então era vista como a única tutela contra o ilícito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit. pp. 33-34)

³⁸² Frignani ao se reportar aos pressupostos da ação inibitória, faz o seguinte comentário: “Per quanto concerne il danno, si comincia con il rilevare che presupposto dell’azione inibitoria è la mera esistenza di una situazione obiettiva in contrasto con i diritti spettanti ad un soggetto; di conseguenza, si viene automaticamente ad escludere che l’illecito debba necessariamente comprendere un danno, risarcibile ai sensi dell’art. 2.043 CC; o qualsiasi altro danno comunque risarcibile (...).”

Fra i presupposti dell’azione inibitoria non c’è quello della colpa da parte di colui che ha commesso o sta per commettere l’illecito che si vuol inibire. D’altronde l’elemento psicologico o soggettivo (dolo o culpa) non è richiesto per la configurazione dell’illecito, inteso come atto *contra ius*, e perciò scomponibile dialetticamente in illecito di condotta ed illecito di evento. Poiché la presenza dell’elemento della colpevolezza è richiesta solo per quest’ultimo tipo di illecito (ed al fine della proponibilità di altre azioni, quali la risarcitoria, la pubblicazione della sentenza e così via) e poiché l’inibitoria ha lo scopo di prevenire anche (anzi, soprattutto) l’illecito di condotta, ne consegue

Se si tiene per fermo che illiceità può sussistere ed essere dichiarata a prescindere da un danno concreto, la identificazione dell'illecito non si pone più nei termini di cui all'art. 2.043; questa norma, infatti, si preoccupa esclusivamente del risarcimento del danno, ai cui fini l'elemento soggettivo è di regola rilevante, (...) una azione che si limiti a perseguire l'accertamento della illiceità dell'atto stesso e a far cessare l'attività foriera di danno, neutralizzando ed eliminando insieme quella situazione obbiettiva che tiene in vita il pericolo di un danno concreto: neppure si vedrebbe la ragione di condizionare alla colpa dell'agente una tutela a carattere preventivo, considerato che la tutela preventiva si rivolge appunto al futuro (...).

É pelo motivo da característica principal da inibitória, ou seja, uma ação voltada para o futuro³⁸⁴, que esta prescinde do dolo e da culpa,

che essa può (anzi, deve) prescindere dalla colpa o dal dolo nell'autore dell'illecito stesso.” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, op., cit., pp. 560-561)

³⁸³ BONASI BENUCCI, Eduardo. “Atto illecito e concorrenza sleale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 580.

³⁸⁴ No sentido de tutela dirigida ao futuro com a imposição de um provimento para fazer cessar uma conduta ilícita de caráter omissivo ou comissivo, ver RAPISARDA, Cristina. “Inibitoria” in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, v. IX, Torino: Unione Tipografico Editrice, 1993, p. 475. Noutra passagem, o caráter genuíno da tutela inibitória conduz, segundo a processualista, à eliminação dos elementos subjetivos do dano: “La ratio dell'autonomia dell'inibitoria dalla colpa va individuata, inoltre, ne carattere non sanzionatorio di tale mezzo di tutela; il requisito soggettivo della colpa perde,

integrantes da responsabilidade civil e, portanto, não há exigência dos elementos subjetivos à *fattispecie* ilícita, já que a ação ou omissão do agente em desconformidade com a norma é suficiente para caracterizar a conduta ilícita, utilizado-se uma lógica de fato, e não jurídica.³⁸⁵

Nesses termos pronunciou-se Bonasi BENUCCI que “del resto, lo stesso orientamento giuridico che ogni qualvolta ammette la inibitoria, espressamente o implicitamente riconosce la irrilevanza dell’elemento soggettivo (...)”³⁸⁶

Tomando-se por pressuposto somente o ato ilícito³⁸⁷, será necessário o alargamento de sua conceituação no ordenamento civil brasileiro, que desde já requer uma regulamentação à altura das conquistas doutrinárias, sendo

infatti nella disciplina dell’inibitoria, la funzione di salvaguardia dell’altrui libertà di azione, svolta quando la tutela comporti, come nel caso della tutela risarcitoria, l’imposizione al soggetto passivo di uno savantagio economico -giuridico.” (RAPISARDA, Cristina. “Profili della tutela civile inibitoria”, op., cit., pp. 88-89)

³⁸⁵ VICENTINI, Sandro. “A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-*sexies* do Código Civil italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 19, Curitiba : Gênesis, out-dez de 1998.

³⁸⁶ BONASI BENUCCI, Eduardo, op., cit., p. 508.

³⁸⁷ “È opinione comune in dottrina che l’unico necessario presupposto per l’esperibilità dell’azione e per la concessione del provvedimento inibitorio sia rappresentato dall’avvenuto perfezionamento di una *fattispecie* illecita, della quale si tema il protrarsi degli effetti ovvero la ripetizione.” (DANOVI, Filippo. “L’azione inibitoria in materia di clausole vessatorie”, *in Rivista di Diritto Processuale*, Anno LI, n.4, Bologna: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 1047.

mesmo a única maneira de se tutelar preventivamente os direitos. Melhor dizendo, somente com a ruptura do princípio da responsabilidade civil, elaborado pela pandeística -considerando que o legislador pátrio tornou irrelevante o ilícito do qual não advenha efeito danoso (agregando-se ao mesmo o elemento subjetivo)-, será possível tutelar de forma preventiva os direitos, pois, ocorrendo o dano, haverá, necessariamente, pedido ressarcitório, não podendo cogitar-se de prevenção, a menos que se pretenda evitar nova e ulterior atividade ilícita por parte daquele mesmo infrator.³⁸⁸

Vê-se que a ocorrência do elemento subjetivo é, como diz PONTES DE MIRANDA *plus*, pois “os direitos de personalidade e os demais direitos absolutos podem ser ofendidos sem culpa; e a ofensa entra no mundo jurídico.”³⁸⁹

O art. 102 da Lei de direitos de autor, se interpretado a contento, serve de estímulo à ação inibitória ao permitir que “o titular, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, poderá requerer (...) a suspensão da divulgação, *sem*

³⁸⁸ Rapisarda e Taruffo justificam a ação ressarcitória a partir de um ilícito com consciência do agente ou com a manifesta vontade de ocasionar dano a outrem, sobressaindo, por isso, seu caráter sancionatório e seu efeito de desvantagem pecuniária ao infrator. (RAPISARDA, Cristina e TARUFFO, Michele. “Inibitoria (azione)”, *Enciclopedia Giuridica*, v. XVII, 1989, pp. 6-7)

³⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, v. I, São Paulo: Saraiva, 1970, p. 150. A noção de que a culpa é *plus*, na ação de abstenção é clarividente na seguinte passagem de sua obra: “A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. Nem a culpa lhe é pressuposto necessário. *Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar.*” (grifo meu) (Ibidem, idem, p. 149)

prejuízo da indenização cabível” (grifo meu). Note-se que o legislador infraconstitucional desvinculou, a olhos vistos, a ilicitude da ocorrência do dano, permitindo sua cessação através da ação de abstenção.³⁹⁰

Também a Lei de marcas e patentes, em seu art.209, § 1º, permite ao juiz determinar liminarmente a sustação da violação “nos autos da própria ação a fim de evitar o dano irreparável ou de difícil reparação” e ainda no § 2º, tomar medidas necessárias de busca e apreensão e destruição de “todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada.” Ainda que o legislador tenha dado nítido caráter provisório a essas medidas, dispôs em seu art. 207 que “o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil”, e, portanto, intentar a adequada ação inibitória nos termos do art. 461 do CPC. Cabe, contudo, mencionar que há nítida separação das ações cíveis à escolha do titular da ação de indenização, caso haja dano, vale dizer, o art. 207 trata genericamente dos permissivos processuais

³⁹⁰ Embora ainda haja a permanência da inapropriada ação cautelar na mente dos doutrinadores, como se pode ver na afirmação de Bittar: “A medida civil que consente a imediata cessação da conduta lesiva é a cautelar de busca e apreensão de coisa, na forma dos arts 839 a 843 do CPC, garantida pelo texto do art. 102 da Lei de Direitos Autorais.” (BITTAR, Carlos Alberto. “Contornos atuais do direito do autor”, op. cit., p. 229)

Também Ascensão levanta a questão sobre a natureza da ação preventiva em direitos de autor ser de natureza cautelar, na seguinte passagem de sua obra: “Quando a lei autoral previr alguma providência de caráter preventivo, deve entender-se que se trata de providência cautelar, em termos da lei de processo? (...) em princípio sim, pois não se vê que essas providências decidam em definitivo o litígio.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos Autorais”, op. cit., p. 535)

à disposição do titular, já o disposto no art. 208 alude tão-somente à ação de indenização, no qual a “indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.” Ao que parece, o legislador infraconstitucional, implicitamente, distinguiu a ação contra os atos ilícitos praticados da ação ressarcitória a ser cumulada com aquela se, da atitude ilícita, sobrevier dano ao titular do direito violado.

Pressuposto da inibitória, é, como diz FRIGNANI, o ilícito, “o meglio, la possibilità o il pericolo della sua continuazione o ripetizione, mentre si prescinde dalla presenza sia del danno che della colpa”.³⁹¹ Em outra obra afirma que a ação inibitória é caracterizada pela presença de três condições: “una positiva (pericolo di un pregiudizio futuro) e due negative (si prescinde dal danno e si prescinde dalla colpa). Che ovunque l’inibitoria si faccia rientrare nella più ampia categoria di mezzi di tutela preventiva è un dato acquisito; coi sia da “prevenire” lo è un po’ meno. Inizialmente il collegamento era coi “danni” (ricomprendendosi in essi anche le “molestie” che impediscono il godimento reale), e l’inibitoria serviva ad evitare gli stessi. Solo sucessivamente si è riconosciuto che la tutela preventiva serve a prevenire l’atto illecito, in quanto a sua volta produttivo di danni.”³⁹²

Portanto, pode-se dizer que os pressupostos da tutela inibitória são o *ato ilícito* (ato contrário a direito) e a *ameaça* (perigo de prejuízo

³⁹¹ FRIGNANI, Aldo. “Inibitória (azione)”, op., cit., p. 560.

³⁹² FRIGNANI, Aldo. “L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie”, op., cit., p. 1000.

futuro)³⁹³, alegações que prescindem cogitar, na hipótese de ilícitos de trato sucessivo, do eventual dano sofrido pelo titular do direito. Se se deseja bloquear a ocorrência de futuro ato ilícito, a ação inibitória deverá conter a descrição da provável atitude ilícita que se teme ver concretizada. Assaz pertinente é a dúvida sobre a prova de tais alegações, ou seja, ambos pressupostos necessitam de prova?

4.1.4.1 BREVE ACENO SOBRE A PROVA DA ILICITUDE E DA AMEAÇA NA AÇÃO INIBITÓRIA

Na ação inibitória, a questão da prova não assume a conotação de embasar o conhecimento do juiz sobre fatos pretéritos, vale dizer, sobre o dolo ou a culpa -como sói acontecer quando se tem em mira as ações ressarcitórias-, mas de convencê-lo da necessidade da tutela sob o fundamento de que há a iminência (ameaça) de uma futura atitude ilícita. Se a ilicitude está dissociada dos elementos da ação ressarcitória (dolo e culpa) a atitude contrária ao direito não se

³⁹³ O chamado “ilícito de perigo” (*illeciti del pericolo*) é criação de Candian que se refere às situações graves de ameaça merecedoras de ação inibitória sem as quais poderá haver a violação do direito, distinguindo nitidamente do “ilícito de dano” (*illeciti di lesione*). (CANDIAN, A. “Nozioni istituzionali di diritto privato”, Milano: Giuffrè, 1946)

prova, mas tão-somente é comparada, pelo juiz (*iura novit curia*) à norma proibitiva constante no ordenamento jurídico.

A esse respeito MARINONI e ARENHART comentam³⁹⁴

Embora dois sejam os elementos da cognição judicial em uma ação preventiva (ameaça e ilicitude), a noção de ilicitude ou não de certa conduta é juízo de valor, que depende, via de regra, da mera comparação do ato descrito com o ordenamento jurídico. Vale dizer, o conceito de ilicitude de uma dada conduta se extrai da sua comparação (ainda que hipotética) com as regras existentes no ordenamento jurídico -as quais qualificam as condutas como lícitas ou ilícitas. Por essa razão, a noção de ilicitude da conduta, não dependerá de prova, reduzindo-se, no mais das vezes, à análise de uma questão de direito (que, como cediço, não depende de prova).

Quanto a prova da ilicitude não parece haver qualquer problema, pois à lei material incumbe dizer sobre os atos ilícitos, assim como faz a legislação sobre direito de autor que confere ao autor, entre outros, o direito de

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. “Comentários ao código de processo civil”, coord. Ovídio A. Baptista da Silva, v.5, tomo II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 113.

assegurar a integridade da obra (art. 24, IV) cuja utilização, por qualquer modo, dependa de sua autorização (art. 29), estabelecendo as sanções civis aos transgressores dos direitos assegurados aos titulares no título VII, capítulos I e II da Lei 9.619/98; bem como a Lei de marcas e patentes (9.279/96) no capítulo V -Da proteção conferida pela patente e capítulo IV -Dos direitos sobre a marca, estabelecendo como obrigação específica a de não se fazer uso do bem intelectual alheio sem o consentimento do seu titular.³⁹⁵

³⁹⁵ Preferiu-se no presente estudo não utilizar o termo “propriedade industrial”, embora consignado na referida lei, já que a atual denominação legal não se justifica perante seu conteúdo, não expressando, pois, seu real significado, conforme já exposto no início deste trabalho. Se não se trata de propriedade, os bens imateriais contidos na Lei 9.279/96 deveriam ter um tratamento adequado na legislação específica, a começar por sua denominação, passando por uma reflexão à tratativa que oferece aos mesmos como bens móveis (assim como acontece na Lei de direito de autor). Zavascki com opinião bem mais flexível, ao que parece aceitar *a propriedade dos bens imateriais*, faz o seguinte comentário em relação ao art. 3º da Lei 9.279/96: “É sabido que esta equiparação não pode ser entendida de modo absoluto, mas com as devidas adequações impostas pela natureza das coisas. Não seria imaginável, por exemplo, aplicar à propriedade industrial o sistema de transferência da propriedade dos bens móveis, que, como se sabe, ocorre pela simples tradição. Todavia, no que se refere à essência de sua estrutura, a propriedade industrial e a propriedade móvel são semelhantes: tratam-se, ambas, de direitos absolutos, isto é, direitos que impõem um dever universal (*erga omnes*) de observância (...). Como se percebe, os direitos de propriedade industrial têm, como contrapartida, uma obrigação de não fazer. A prestação específica consiste, essencialmente, em não fazer uso da propriedade industrial alheia sem o consentimento do titular. A lesão, portanto, como ocorre nos direitos reais, *consiste sempre num fato positivo, o que não se verifica inevitavelmente com o direito pessoal.*” (ZAVASCKI, Tori Albino. “Tutela jurisdicional da propriedade industrial”, *Revista de Direito Processual*, v. 07, Curitiba: Gênese, jan-março de 1998)

Poderia, ainda, argumentar-se sobre a titularidade desses direitos e sua legitimidade para a ação inibitória. Nesse ponto convém esclarecer que, embora os bens intelectuais sejam correlatos ao direito de personalidade, não são inatos, o que não lhes dispensa a atribuição de titularidade.

Para os direitos ao invento, a titularidade é verificada com a patente (art. 6º) e outorga da “carta patente”, confere proteção ao inventor (arts. 41 a 44); as marcas são registráveis (art. 129) e, a expedição válida do registro garante a titularidade e a proteção de que trata a Lei (art. 130). Os direitos de autor não exigem registro para sua proteção (art. 18), estabelecendo a sua atual legislação que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (art. 11), sendo identificados como tais, aquele que utilizar nome civil, abreviatura de iniciais ou outro sinal convencional qualquer (art. 12), indicando tal qualidade na obra.

É importante deixar claro que a ilicitude não necessita de prova já que é matéria de direito sobre a qual o ordenamento processual exime do ônus *probandi*. O problema, portanto, não está em provar se o ato ilícito configura-se como tal, já que incumbe ao juiz esta constatação, mas em alegar que se teme a sua prática, continuação ou repetição, vale dizer, que o direito do titular está ameaçado de lesão se não houver a intervenção do judiciário a fim de impedir que se concretize a atitude ilícita.

Em outras palavras, um dos pressupostos da inibitória é, sem dúvida, a ilicitude visto que esse ato *contra ius* gera o perigo de um prejuízo, isto é, de um dano que se quer evitar com o pedido de abstenção. Havendo a narração dos fatos e constatando-se que a atitude que se teme concretizar não viola o dever

legal de abstenção, isto é, não é ilícita, evidentemente, o autor será declarado carecedor da ação inibitória. Por outro lado, se a atitude que se teme for, conforme a descrição normativa, contrária ao direito, caberá, então, ao juiz debruçar-se sobre a probabilidade de existência da ameaça alegada, ou seja, da iminência do ilícito, de convencer-se de que o temor é atual e sério ou, se o seu fundamento não passa de um simples temor subjetivo que paira sobre qualquer direito materialmente assegurado.

Desta forma, em qualquer das modalidades de tutela inibitória sobressai seu segundo pressuposto, aquele que na verdade fundamenta o próprio interesse de agir na ação inibitória: a ameaça de lesão ao direito. A facilidade de individualizar tal pressuposto advém do próprio texto Constitucional que, conforme já comentado, expressamente admitiu a modalidade de tutela jurisdicional preventiva ao referir-se a *ameaça de lesão* a direito. Deixou, no entanto, de definir o conteúdo do conceito de ameaça, cabendo à interpretação doutrinária a incumbência de precisar-lhe a extensão através da comparação com a indesejada expressão *justo receio*, empregada nas típicas ações preventivas.³⁹⁶

³⁹⁶ Trata-se do mandado de segurança preventivo e do interdito proibitório, onde se conhece o conteúdo vago e impreciso da expressão *justo receio*. Humberto Theodoro doutrina que “para manejar o interdito proibitório, deverá, outrossim, demonstrar o interessado um fundado receio de dano, e não apenas manifestar um receio subjetivo sem apoio em dados concretos aferíveis pelo juiz.” (THEODORO JR., Humberto. “Curso de direito processual civil”, 22ª ed., v. III, Rio de Janeiro; Forense, 2000, p. 138). No mesmo sentido o processualista refere-se aos pressupostos da tutela antecipada do art. 273 do CPC, cujo requisito *fundado receio de dano* “é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.”

Para GROSSEN, o interesse de agir nas ações preventivas deve ter por base um critério prático, afastando-se qualquer critério abstrato em termos de resolução dos problemas que lhe são inerentes.³⁹⁷ Esta colocação foi muito bem delineada nos comentários de Agrícola BARBI que, criticando a expressão *justo receio*, utilizada na legislação brasileira para caracterizar a iminência da violação a um direito -a exemplo do mandado de segurança preventivo- reputa-a inadequada porque refere-se a um critério puramente subjetivo.³⁹⁸ Para o comentarista o que justifica a via de acesso ao judiciário nas ações preventivas “não é o receio do autor, que varia conforme sua sensibilidade”, mas a “ameaça que é elemento objetivo”.³⁹⁹

(THEODORO JR., Humberto. “Curso de direito processual civil”, 28ª ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 559)

³⁹⁷ Cf. GROSSEN, Jaques Michel. “L’azione in prevenzione al di in fuori dei giudizi immobiliari”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, pp. 417 e ss.

³⁹⁸ BARBI, Celso Agrícola. “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 1, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 26- 27.

³⁹⁹ Segundo BARBI, o receio é apenas o reflexo subjetivo da ameaça e não serve como elemento para sua definição: “Como o legislador qualificou o receio, mas não a ameaça, fica o problema de saber quando se considera justo o receio”. Para tanto, cita Pontes de Miranda (“Comentários”, v. VI, p. 155 e Jorge Americano (Comentários ao CPC de 1939, v. II, 2ª ed., pp. 190-191) dizendo que para aquele “não basta o simples temor subjetivo, sendo necessário algum fundamento”; já para este, da ameaça séria decorre o justo receio, quem demonstra a ameaça demonstra o justo receio, necessitando que a ameaça seja grave e séria. (BARBI, Celso Agrícola. “Comentários”, op., cit., p. 27)

Requer, portanto, que tal ameaça seja concreta, isto é, real, e que o temor à ocorrência de um dano seja atual, não bastando que o receio do autor seja desprovido de elementos capazes de convencer o juiz da necessidade da intervenção judicial, naquele momento, a fim de evitar que se concretize a temida atitude ilícita.

Tais características (ameaça concreta e atual) são aquelas constantes da declaração de um juízo preventivo geral, realizado no Congresso de Bruxelas⁴⁰⁰, sendo utilizadas como parâmetro para precisar o requisito ameaça, exigido como fundamento da ação preventiva. Mais uma vez, na precisa intervenção de Agrícola BARBI⁴⁰¹

A ameaça será objetiva quando real, vale dizer, traduzida por fatos e atos e não meras suposições; e será atual se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido. A ameaça que reunir essas duas características, *segundo o prudente critério do juiz*, será

⁴⁰⁰Ibidem, idem. Teor da declaração: “É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas, também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de *ameaça objetiva e atual*. Esta proteção pode ser obtida, segundo o caso, por um julgamento declaratório ou preventivo. É desejável, além disso, que todas as medidas provisórias possam ser ordenadas, quando necessário, mesmo em vista de uma futura contestação.” (grifo meu)

⁴⁰¹ BARBI, Celso Agrícola, op., cit., p. 27.

capaz de produzir o *justo receio* referido na lei. Na falta de qualquer daqueles requisitos, a ameaça será considerada inábil para causar a modalidade de receio que a legislação exige para ingresso em juízo (grifo meu).

É perceptível que a locução *ameaça* corrobora a idéia de conceito vago, cuja indeterminação é capaz de interferir na concessão da inibitória se, segundo o critério puramente subjetivo do juiz, a ameaça de lesão for infundada, ou seja, não restar comprovada ao seu alvitre.⁴⁰² O cerne do problema da prova da

⁴⁰² A doutrina é presente quando se trata de refutar o poder discricionário do juiz diante de conceitos vagos ou indeterminados, não somente naquelas ações preventivas típicas, mas em todas as expressões onde o legislador deixou, por conveniência, de precisar seu conteúdo. Acontece, também, com os termos *mulher honesta*, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, *verossimilhança*, entre outros.

Para ZAVASCKI, “no caso da liminar em mandado de segurança, a utilização, pela lei, de conceitos eminentemente indeterminados, como ‘relevância do fundamento’ e ‘risco de ineficácia’, ensejou a muitos imaginar que a concretização, ou não, da medida estivesse desvinculada de outras amarras que não a da ‘discrição’ do juiz, cuja decisão a respeito, seria, conseqüentemente, insuscetível de controle pela via recursal ou por mandado de segurança. Não é assim, no entanto. Como ocorre em relação a todos os demais conceitos indeterminados, também aqui cabe ao juiz demonstrar, circunstanciadamente, o porquê da relevância e do risco da ineficácia, e esse deve ser o conteúdo de sua fundamentação.” (ZAVASCKI, Teori Abino. “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 203)

Também Betina Rizzato defende que “a tarefa do juiz de descobrir, em cada caso concreto, o significado do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* não caracteriza a discricionariedade

ameaça estaria na possibilidade da apreciação subjetiva do juiz diante da interpretação do que seja ameaça, aliado a extensão probatória que se impõe ao autor, segundo a regra de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333).

O problema pode ser enfrentado considerando que o objeto cognoscível (*ameaça*) possui um valor e que esse valor é informado *pela consciência jurídica de determinada época*. Assim, o juiz não pode desprezar que a locução *ameaça* inserida no texto constitucional representa o valor de efetividade, que encartado na linguagem jurídica não pode ser resolvido por um critério linguístico.⁴⁰³

mas sim trata-se de interpretação de conceitos indeterminados ou vagos.” (LARA, Betina Rizzato. “Liminares no processo civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 110)

Ainda, Carlos Alberto da Costa afirma que “tratando-se de normas categóricas, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados admite apenas uma solução ou um caminho possível, sempre se levando em conta o interesse público e da coletividade.” Noutra passagem explica que toda norma que deixa certa margem de apreciação, consiste em conceitos jurídicos indeterminados, onde os exemplos em que a lei prevê na atividade jurisdicional algumas formas ou meios possíveis de aplicação da lei *não são, no entanto, apreciação subjetiva da aplicação de conceitos jurídicos.*” (DIAS, Carlos Alberto da Costa. “Liminares: Poder discricionário ou vinculado?”, *RePro-85*, jan-mar de 1997, p. 305)

⁴⁰³ Falando sobre os conceitos vagos, como tema introdutório à análise dos requisitos da tutela antecipada, Tereza Arruda Alvim Wambier trata da problemática não desprezando sua natureza linguística, mas inserindo-a no contexto jurídico, dizendo: “Ainda que se trate de um problema ligado ao significado dos conceitos, e, portanto, um problema da teoria da linguagem, que, em última análise consiste em saber se isso pode chamar-se assim, *não se reduz a uma questão de semântica*. Trata-se, isto sim, de um problema *eminente jurídico* e, por isso, deve ser *resolvido juridicamente* (...). Fixar-se a premissa no sentido de que se trata de um problema jurídico tem diversas consequências.

Se houve a necessidade de se inserir o termo *ameaça* ao texto que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário é porque, na sociedade contemporânea, foi sedimentado o direito à uma tutela efetiva e eficaz, que em uma das vertentes de efetividade, significa que o processo deve gerar decisões úteis e rápidas àquele que tem razão, vale dizer, àquele que demonstra o direito afirmado.⁴⁰⁴

Uma delas é a de que o problema tem de ser resolvido juridicamente, ou seja, o resultado do raciocínio não pode ser a declaração de que se setá diante de uma questão duvidosa. A outra é a de que há que buscar a única solução justa.”

Nesse sentido a autora invoca a teoria de Sainz Moreno (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p.168) para definir que solução justa “é aquela que está de acordo com a idéia de justiça expressada pela norma e não aquela alcançada com critérios de justiça absoluta.” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória”, *in Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 528-530)

⁴⁰⁴ Luiz Rodrigues Wambier diz que “a partir do moderno enfoque da amplitude de acesso à justiça, por outro lado, o ônus de provar é encarado como algo que é de responsabilidade de todos os sujeitos processuais, principalmente porque, nas hipóteses de hipossuficiência da parte, deixar a seu exclusivo encargo o desempenho de atividades de que não pode se desincumbir representa menoscabo ao princípio da amplitude de acesso à justiça.

Este princípio -que sem dúvida está na base de todo o movimento voltado à ampliação dos meios de acesso às decisões do aparelho judicial- significa não só que se devam dar às pessoas oportunidades de levar a juízo seu lamento, de modo econômico e facilitado, mas também significa que se possa obter do Poder Judiciário uma solução rápida e eficaz.

Para que seja possível alcançar este último passo, todavia, é imprescindível o acesso aos meios de prova. Nesse sentido, tem caído em desprestígio a regra de que às partes caberia a

Desta forma, não é dado ao juiz conceder ou não conceder a tutela inibitória segundo seu alvitre, mas, partindo do princípio da fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX) ancorar entendimento sob o critério jurídico que informa a noção de efetividade da tutela jurisdicional, o qual está à base do valor a ser apreciado diante da locução *ameaça* invocada na ação inibitória.⁴⁰⁵

exclusiva responsabilidade pela produção da prova, conferindo-se ao Juiz o quase dever de também buscar a formação de uma base probatória suficiente para a sustentação do decisório, sem que isso nem de longe, signifique a ocorrência de qualquer arranhão no princípio da imparcialidade do Magistrado.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Liquidação de sentença”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97)

⁴⁰⁵ Nesse sentido Taruffo evidencia a necessidade de determinação valorativa dos fatos quando a norma definida não utiliza termos descritivos, mas valorativos, ou seja vagos, necessitando delinear sua incidência sobre a individualização do fato, destinado a constituir um possível objeto de prova. Adverte, no entanto, que o juiz não é livre para valorar, uma vez que outros critérios e fatores determinantes entram em jogo como parâmetros do juízo; como é o caso da fundamentação. Desta forma expressando-se: “Rimane pur sempre l’obbligo per il giudice di giustificare la propria valutazione rendendola controllabile dall’esterno, ossia enunciando esplicitamente le ragioni che la giustificano.” (TARUFFO, Michele. “La prova dei fatti giuridici”, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 105-109)

Colocando a motivação, enunciada constitucionalmente, como uma garantia e controle sobre o convencimento do juiz posto à base de sua decisão, ou seja, o controle sobre sua discricionariedade no emprego da valoração da prova, diz que *motivare* “significa d'altronde esplicitare, sotto forma di argomentazione giustificativa, il ragionamento che consente di attribuire una determinata efficacia ad ogni mezzo di prova, e che su questa base fonda la scelta a favore dell’ipotesi sul fatto che nelle prove disponibili trova un grado più elevato di conferma logica.” (Ibidem, idem, p. 409)

Mas qual seria a forma de demonstrar em juízo a iminência de lesão ou ameaça? À esta indagação GRINOVER, não se afastando da doutrina de Agrícola BARBI, na qual a *ameaça*, para configurar o interesse de agir nas ações preventivas deve ser “séria, grave, objetiva e atual”, observa que não se exige prova plena da ameaça de dano, “sendo suficiente fundadas razões ou indícios veementes.”⁴⁰⁶

Note-se que o termo indeterminado (ameaça) sendo substituído por uma determinação valorativa⁴⁰⁷ guiará o raciocínio do juiz em termos de *racionalizar o fenômeno probatório*⁴⁰⁸ ou, como se diz, *reduzir o módulo de prova*⁴⁰⁹ relativamente ao que acima foi dito sobre não se exigir prova plena. Quando

⁴⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A tutela preventiva das liberdades: ‘habeas corpus’ e mandado de segurança”, op., cit., p. 34.

⁴⁰⁷ É no sentido de “preenchimento” da vagueza do conceito jurídico que alguns autores atribuem o conceito de discricionariedade do juiz, algo que, à semelhança da escolha administrativa, de fato, não acontece na atividade jurisdicional. Nessa seara, relevante diferenciação faz Teresa Alvim Wambier: “A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago - fenômeno a que, como se disse, muitos designam com alguma impropriedade de discricionariedade judicial- e a discricionariedade propriamente dita é que quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida com o escopo de gerar uma interpretação, ou seja, a gerar uma situação tal, de molde a que dela se extraia uma só interpretação, um só resultado.” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Existe ‘discricionariedade’ judicial?”, *RePro-70*, p. 234)

⁴⁰⁸ Cf. TARUFFO, Michele. “La prova dei fatti giuridici”, Milano: Giuffrè, 1992.

⁴⁰⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. “Comentários ao código de processo civil”, v. 5, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

o fato não é provado de modo pleno, ou melhor, quando o juiz ou legislador verificam que a exigência da prova é de extremo sacrifício ao direito da parte, permite-se a *flexibilização do grau de certeza* com a inserção, no material probatório, de elementos que permitam considerar o fato crível. Fala-se, então, em prova provável, ou *juízo de probabilidade*.

Para TARUFFO, que critica não somente a equivalência entre probabilidade e verossimilhança⁴¹⁰, mas a teoria de que a probabilidade refere-se à situação de que o fato não é plenamente provado, designa como provável o grau de confirmação de uma hipótese probatória analisada em termos de presunção ou argumento de prova⁴¹¹; enquanto verossimilhança é a normalidade da afirmação de um fato que corresponde àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*), prescindindo, pois, de elementos de prova, já que a alegação do fato é verificado pela *regra da máxima de experiência*.⁴¹²

Nesses casos, pode-se dizer, então, que haverá juízo de “probabilidade” quando a prova é tão-somente facilitada (inversão do ônus da prova,

⁴¹⁰ “In tal modo si rializza l’equivalenza tra probabilità e verosimiglianza, ma per mezzo di due errori: il primo consiste nell’intendere la *verosimiglianza* come sinonimo di (bassa) probabilità; il secondo consiste nell’usare *probabilità* per indicare ipotesi che sono in realtà verosimiglianza.” (TARUFFO, Michele. “La prova dei fatti giuridici”, Milano: Giuffrè, 1992, p. 477, nota)

⁴¹¹ Ibidem, idem, p. 476.

⁴¹² “Per un verso la verosimiglianza del fatto, essendo il risultato di una valutazione di conformità del fatto ad un criterio di normalità, non può essere oggetto di prova in senso proprio, ma solo-eventualmente- di dimostrazione o di argomentazione.” (Ibidem, idem, p. 477)

presunção legal ou judicial) ou em juízo de “verossimilhança” quando o grau de certeza necessário é alcançado sem exigência de prova concreta, mas pela comparação que o juiz faz do fato a ser provado com aquilo que normalmente acontece (*máximas de experiência*).⁴¹³

Com efeito, a legislação processual brasileira permite ao juiz um cálculo de probabilidade, seja em casos expressos (CPC, art. 359 -exibição de documentos-), seja no permissivo que lhe confere retirar do comportamento da parte argumento que possa influenciar seu convencimento, quando, por exemplo, em depoimento, a parte emprega “evasivas” (CPC, art.345), permitindo ao juiz o livre convencimento motivado (CPC, art.131).

Além dos argumentos de prova⁴¹⁴ há, ainda, as presunções legais ou judiciais que conferem subsídios ao juiz no caso de estar diante

⁴¹³ Talamini, analisando o assunto da indeterminação dos conceitos jurídicos, embora em tema diverso (suspensão da decisão agravada prevista no CPC, art. 558), faz enfático referimento às máximas de experiência para determinação de seu sentido, não admitindo, nesse âmbito, o que se chama de discricionariedade do juiz. Para o autor “essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa *liberdade* do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as *máximas de experiência*, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. Mas, nela não há nenhuma discricionariedade.” (TALAMINI, Eduardo. “A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo”, *in Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 48, julho de 1996, p. 28)

⁴¹⁴ No acordo TRIPs, o art 43 ao dispor sobre as provas, possui norma cristalina no sentido de permitir que o juiz determine apresentação de provas relevantes para a fundamentação da pretensão quando estas estejam em poder da parte contrária, com o intuito de livrar aquele que demonstra fundamentação

de hipótese que tenha que decidir com base em probabilidade. As presunções judiciais ou simples são aquelas que permitem ao juiz inferir, através de um raciocínio lógico baseado em fatos secundários (indícios), a probabilidade da existência de um fato a ser provado. Já as presunções legais (absolutas ou relativas), decorrem da imposição legal, verificada também num raciocínio lógico, mas, agora, realizado pelo legislador, podendo ou não admitir contra-prova conforme sua espécie.

O juiz, portanto, poderá valer-se da presunção (judicial) de que a ameaça, alegada pelo autor na ação inibitória destinada a impedir nova violação por parte do infrator, é real, concreta e séria, já que o requerente trouxe prova da anterior prática ilícita, que na verdade é fato secundário ao tema *probandum*, sendo este indício um ponto de partida para o juiz formar seu convencimento em favor do autor, presumindo que seu temor é fundado, ou seja, que há o interesse-necessidade no pedido inibitório.⁴¹⁵ Como diz FRIGNANI⁴¹⁶

razoável, de um ônus da prova excessivamente gravoso. Nos casos de recusa em apresentar a prova requerida, aplica-se a regra do argumento de prova.

⁴¹⁵ Barbosa Moreira, defendendo que o indício não é meio de prova, parte da análise de que a circunstância de possuir afinidade com o documento ou depoimento de testemunha está no fato de que todos configuram *pontos de partida*, com a diferença de que enquanto o documento ou o testemunho são, “*unicamente* pontos de partida, o indício, repita-se, já, é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não ainda um ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou o depoimento da testemunha.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”, in *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59)

⁴¹⁶ FRIGNANI. Aldo. “Inibitoria (azione)”, op., cit., p. 561.

È facile dedurre che l'illecito, in quanto tale, non rileva ai nostri fini: infatti, se esso è stato messo in atto nel passato, non sarà possibile porlo nel nulla, come se non si fosse mai realizzato, e, se invece sarà compiuto nel futuro, non può certamente dar luogo ad alcuna sanzione prima che si sia storicamente verificato. Ciò che invece è di fondamentale importanza è l'accertamento giudiziario del pericolo della continuazione o ripetizione dello stesso, oppure il pericolo della sua commissione.

Exemplo de presunção legal relativa pode ser vista na disposição do art. 42, parágrafo único da Lei de patentes, que considera violação ao direito de patente a não comprovação por parte do réu de que seu processo de fabricação é distinto daquele protegido pela patente concedida a determinada pessoa, sendo que tal comprovação é realizada mediante determinação judicial específica.⁴¹⁷

O mesmo acontece na atual legislação de direito de autor, *não havendo prova em contrário*, “considera-se autor de obra intelectual aquele que tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade” (art. 13). Vê-se que a titularidade do autor é estabelecida por presunção legal, livrando o juiz de fazer qualquer escolha no âmbito da incerteza que possa pairar ante as provas

⁴¹⁷ A lei italiana dispõe de forma semelhante a “presunzione di violazione di un procedimento brevettato” em seu art. 2.1.b “(...) se risulta una sostanziale probabilità che il prodotto identico sia stato fabbricato mediante il procedimento e se il titolare del brevetto non è riuscito attraverso ragionevoli sforzi a determinare il procedimento effettivamente attuato.”

judiciárias, principalmente porque a titularidade do direito de autor independe de registro.

Conforme disse CARNELUTTI, em sua busca pela verdade no processo, a certeza, do latim *cernere* tem o significado de escolher e, na dúvida reside a raiz do conceito de certeza. “Todavia, é necessário escolher. Da bondade da escolha depende o resultado do processo. Isso permite entender, no entanto, porque, em muitos casos, a lei libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar.”⁴¹⁸

É que os casos em que o meio de prova é a presunção legal relativa revela-se uma exceção à regra da repartição do ônus da prova, vale dizer, estabelece-se a desnecessidade de provar àquele que, de regra, teria o ônus de fazê-lo e, portanto, caberá à parte contrária demonstrar que o fato alegado é inexistente.⁴¹⁹

Destarte, superada a idéia de que o processo deva produzir a verdade absoluta dos fatos, seja porque sua reconstrução histórica não passa de argumentação retórica onde a estratégia das partes é um fenômeno de

⁴¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio, certeza”, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, II série, Padova: Cedam, 1965, pp. 4-9.

⁴¹⁹ “A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas recentes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”, in *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60)

persuasão⁴²⁰, seja porque a verdade deve ser valorizada segundo critérios práticos, isto é, deve-se considerar a verdade do fato segundo o contexto no qual se coloca e pelo qual é determinada. Nestes termos, fala-se de *verdade relativa* a ser obtida através da prova no processo, levando-se em consideração os meios cognocitivos disponíveis⁴²¹, bem como a estrutura de referência em torno da qual se constrói a versão do fato: linguagem, vocabulário, as normas sobre a matéria probatória e a cultura típica da administração da justiça.⁴²²

Nas palavras de TARUFFO, “esistono invece solo verità relativa, dentro e fuori del processo, poiché qualunque situazione conoscitiva è in qualche modo caratterizzata dai limiti che attengono ai mezzi che possono essere

⁴²⁰ “O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma ‘ficção’ da verdade (...) cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade *-mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame.*” (grifo meu) (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, op., cit., pp. 35-36)

⁴²¹ Sobre *l'impossibilità pratica* da declaração da verdade entre os escopos do processo, ressalta Taruffo que as razões são de várias ordens, por exemplo “che il giudice non dispone né degli strumenti conoscitivi né del tempo e della libertà di indagine di cui dispongono lo scienziato o lo storico.” (TARUFFO, Michele, op., cit., p. 24)

⁴²² “Anche in questo significato del termine la verità processuale è certamente relativa, poiché è determinata in funzione della struttura di riferimento costituita dal processo e delle norme che lo regolano (in particolare quelle che attengono alle prove e all'accertamento dei fatti) e si colloca dunque inevitabilmente entro il ‘vocabolario’ del processo ossia il linguaggio e la cultura tipica dell'amministrazione della giustizia.” (TARUFFO, Michele, op. cit., p. 54)

impiegati per stabilire la verità.”⁴²³

Com efeito, em nome do perfil que a doutrina moderna empregou ao conceito de verdade⁴²⁴, no qual há mais do que a mera verificação do que ocorreu, mas a construção de uma verdade suficiente, é possível compreender e adequar a teoria da prova à tutela inibitória (bem como aos institutos de antecipação de tutela) pela necessidade do juiz declarar o perigo do ilícito a fim de impedir que o titular do direito ameaçado suporte as consequências de um prejuízo futuro, mormente quando se trata de direitos que não se adequam às características da tutela ressarcitória.

A partir dessas considerações pode-se resolver o tema probatório da ameaça para as modalidades de inibitória da seguinte maneira: i) considerando as modalidades de inibitória de ilícito já praticado ou de ilícito de eficácia continuada, a prova da ameaça -quando não houver presunção legal a favor do titular do direito ameaçado e, nem mesmo a possibilidade do juiz valer-se dos argumentos de prova-, estaria na demonstração da anterior atitude ilícita, sendo suficiente a existência da prova indireta (indício)⁴²⁵ para formar a presunção do juiz

⁴²³ TARUFFO, Michele, op., cit., p. 54.

⁴²⁴ A respeito, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, Curitiba: Gênese, setembro-dezembro de 1996; CAMBI, Eduardo. “Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista”, *Revista de Processo*, Ano 24, n. 96, outubro-dezembro de 1999.

⁴²⁵ Indícios são provas indiretas e se verificam “quando l’oggetto della prova sia costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione (...)”

sobre a concretude e seriedade do temor da recalcitrância⁴²⁶; ii) para a modalidade em que não houve qualquer prática anterior ilícita mas que se teme concretizar (modalidade de inibitória pura), a prova da ameaça não existe, e a seriedade da afirmação do autor será verificada pelo juiz em cada caso concreto, utilizando-se das

dal fatto posto ad oggetto della prova, e da questa dimostrato 'vero', si possano trarre inferenze relative al 'fatto da provare' ossia elementi di conferma dell'asserzione che riguarda questo fatto. In questo caso, che in realtà ricomprende diverse situazioni possibili, la prova opera come premessa di un' inferenza che ha come conclusione l'enunciato sul fatto da provare; essa ha dimostrato un 'fatto secondario' che serve a stabilire, per mezzo di un ragionamento inferenziale, la verità del 'fatto principale'. La prova si definisce allora propriamente come indiretta poiché fornisce elementi di conferma dell'ipotesi sul fatto da provare, ma a questa conferma il giudice può giungere soltanto per mezzo di un passaggio logico dall'un fatto (l'oggetto della prova) all'altro (il fatto giuridicamente rilevante)." (TARUFFO, Michele, op., cit., pp. 429-430)

Para GUASP, "cuando la prueba mediante la que quiere convenserse al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado no utiliza como instrumento una persona ni una cosa, sino un acaecimiento (hecho o acto), se produce la llamada prueba de presunciones, la cual consiste, por tanto, en aquella prueba que emplea un cierto acaecimiento para convencer al juez de la verdate o falsedad de un dato procesal." (GUASP, Jaime. "Derecho procesal civil", t. 1, 3ª ed., Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 414-415)

⁴²⁶ Para Frignani os casos de ilícito já praticado implica inferir com notável *aproximação* a *probabilidade* da sua continuação ou repetição no futuro: "Infatti, se esso è già stato compiuto nel passato, dalla sua modalità, dalla sua natura si potrà inferire con notevole approssimazione la probabilità della sua continuazione o ripetizione nel futuro." (FRIGNANI, Aldo. "Inibitoria (azione)", op., cit., p. 561) Vê-se que não se distancia daquilo que Taruffo doutrina sobre a probabilidade de uma afirmação ser verificada através de prova indireta.

máximas de experiência⁴²⁷ em juízo de verossimilhança, onde a discricionariedade da concessão da tutela inibitória estará atrelada, também, e em todo caso, ao princípio constitucional da motivação de suas decisões⁴²⁸, o que evitaria o risco de um critério puramente arbitrário, sobretudo se se considerar que haverá, *in casu*, a manifestação

⁴²⁷ Sobre a imprecisão normativa e a necessidade de interpretação em contraposição àquilo que se denomina discricionariedade, diz Roberto Marengo: “Quando si tratti d’inferire la verosimiglianza del fatto ignoto da uno o più fatti noti, se alla luce dell’ esperienza al fatto noto suole corrispondere quello ignoto, il convincimento è raggiunto. Anche quando la veridicità del fatto dalla prova, ossia dalla reappresentazione di quel fatto, il giudice dovrà trarre quel fatto ignoto da circostanze note, per il tramite delle massime d’esperienza: con veridicità direttamente dalle prove costituite nel processo, la massima dovrà essere tratta da quella che può definirsi ‘comune esperienza processuale’ (...). Pur se nella gran parte dei casi le massime non consentono il raggiungimento della *verità materiale*, ma soltanto di un certo grado di probabilità, tale margine d’indeterminatezza non si traduce automaticamente in discrezionalità nella valutazione delle prove: anche in questi casi il giudice si limita ad apprendere, anche se con un grado inferiore di veridicità.” (MARENGO, Roberto. “Note in tema di discrezionalità del giudice civile”, *RePro*-86, abril-junho de 1996, pp. 172-173)

⁴²⁸ A propósito, veja o que comentam Marinoni e Arenhart: “É importante notar, de fato, que as presunções assumem papel relevante neste campo, prestando-se por vezes como uma espécie de ‘redução do módulo de prova’, aplicando técnica de diminuição das exigências legais e judiciais sobre a solidez das provas apresentadas que se tem como necessário para assumir um fato como verossímil. Por outras palavras: verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Este poderoso instrumento, como se observa, é importante aliado do processo para a prova dos fatos de difícil verificação ou de incerta ocorrência (*como os fatos futuros, no caso de ações inibitórias*).” (grifo meu) (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. “Comentários ao código de processo civil”, op., cit., p. 135)

sobre o princípio da necessidade, resolvido pelo balanciamento dos interesses em jogo, ou seja, pelo chamado princípio da proporcionalidade.⁴²⁹ Tal princípio, embora

⁴²⁹ A aplicação do princípio da proporcionalidade aos mais diversos campos do direito, se deve em grande parte, ao Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG*, abreviatura de *Bundesverfassungsgericht*), que passou, em suas argumentações para cumprimento da Lei constitucional, a se referir com frequência a determinadas expressões como “excessivo” (*übermässig*), “inadequado” (*anagemessen*), “necessariamente exigível” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), entre outras. O *Verhältnismäßigkeitsprinzip* foi representado como a essência de fundo dos direitos fundamentais, consagrado na Constituição alemã em seu art. 19, 2ª parte. A primeira decisão do *BVerfG* em que se verifica claramente sua adoção, data de 1971 na seguinte passagem: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível para que seja alcançado o fim buscado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado, é exigível quando o legislador não possa escolher outro igualmente eficaz, pois seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível ao direito fundamental.” (*BVerfGE* 30, 316) –o que a doutrina explica como a tripla manifestação do “mandamento da proporcionalidade”, representado pela *proibição de excesso, exigibilidade e adequação, a priori* estabelecido para o campo administrativo (política legislativa) foi, aos poucos, estendido ao campo judiciário pela jurisprudência alemã, estabelecendo o controle e a proporcionalidade das medidas judiciais.

Na esteira desta evolução, Santiago Guerra explica que assim como é necessário a atribuição de competência ao Estado para tutelar o interesse público é necessário demarcar a esfera onde o interesse dos particulares se restringiram, ou seja, a dos direitos fundamentais, visto que não poderiam, todos e ao mesmo tempo ser atendidos de forma plena e absoluta. Nesta dimensão objetiva, onde aparecem os princípios da isonomia e da proporcionalidade, diz, o autor, *ser essencial o mecanismo político-constitucional para acomodação dos diversos interesses em jogo na sociedade e, logo, indispensáveis para garantir a preservação dos direitos fundamentais, onde se incluem a categoria equiparável das garantias fundamentais.* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Derechos

não esteja expreso na Constituição Federal, parece ser uma exigência de sua interpretação a fim de alcançar a concordância prática e convivência harmônica das normas que regem todo o ordenamento jurídico⁴³⁰, já que no conflito dos valores dos bens, a dificuldade de escolha do juiz -vedado a pronúcia do *non liquet*- pode receber coerente orientação no confronto entre a incerteza resultante da dispensa probatória somada a inexistência de indícios (não houve anterior prática ilícita)⁴³¹ e a

fundamentales, proceso y principio de proporcionalidad”, *RePro-95*, julho -setembro de 1999, pp. 64-83)

⁴³⁰ Deve-se lembrar que o ordenamento processual civil brasileiro faz previsão expressa da aplicação do meio menos gravoso para o devedor, CPC, art. 620: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.” Embora a norma esteja disposta no livro que trata do Processo de Execução, há perfeita aplicabilidade dos limites a que o juiz deve estar atento para outorgar a sentença inibitória, porque seu conteúdo mandamental, como se verá adiante, tem atuação imediata, dispensando *ex intervallo* a ação de execução. À vista de conformar os dispositivos do CPC para a nova realidade de tutelas albergadas no art. 461, inclusive com a mitigação do binômio conhecimento-execução forçada, deve-se entender que a referida norma destinada ao processo de execução (quando se pensava somente nas sentenças de classificação trinária) é aplicável como limite da atuação do juiz na concessão da inibitória, a exemplo do princípio alemão da *necessidade* -que se desdobra em princípio do meio mais idôneo e da menor restrição-, assim como o *balance of hardships* do direito anglo-americano, que proíbe a concessão da *injunction* quando houver prejuízo excessivo ao réu. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, *op. cit.*, pp. 93-95)

⁴³¹ Embora o indício possa ser *ponto de partida* para o juiz quando se demonstra atitudes do réu em outras situações concretas, inclusive valendo-se de prova emprestada.

necessidade de tutela inibitória.⁴³²

Não se pode olvidar que na maioria das ações inibitórias, sobretudo naquelas em que o pedido recai sobre a modalidade de inibitória pura, para cumprir o ideal de efetividade cunhado expressamente na tutela preventiva, haverá de se formular pedido inibitório antecipatório, pois o tempo de

⁴³² Sobre a desnecessidade de uma expressa previsão dos princípios em enunciados normativos para que sejam aplicados, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional”, Coimbra: Almedina, 1986, pp. 119 e ss.

Na visão de SANTIAGO GUERRA, “comienza por ser una exigencia cognitiva de elaboración racional de derecho- y merece recordar sinonimia y origen común, en la matemática de los términos *razión* (lat. *ratio*) y *propoción* (lat. *proportio*)-, lo que explica la circunstancia de remitir a un de los cánones de la interpretación constitucional, aquélla a que se debe recurrir cuando el empleo de la hermeneútica jurídica tradicional no ofrece un resultado constitucionalmente satisfactorio: el principio de la *concordancia práctica*.” (Ibidem, idem, p. 82)

Paulo Bonavides atribui ao princípio da proporcionalidade natureza de princípio geral de Direito Constitucional, para depois, dizer que o princípio da proporcionalidade, no plano positivo, é uma garantia fundamental porque protege os direitos de liberdade. (BONAVIDES, Paulo. “Curso de direito Constitucional”, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 364)

Para Larenz o princípio da proporcionalidade é mais importante que o da isonomia, pois, enquanto este aparece como regulador da extensão dos direitos fundamentais, o da proporcionalidade permite a distribuição compatível entre os mesmos. A distribuição entre os bens, segundo o autor, não tem valor quantitativo, mas devem ser valorados segundo a situação concreta, eis a sua grande dificuldade. (LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito”, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 491)

dilação probatória do processo de conhecimento, será, invariavelmente, empeco à eficácia e efetividade da tutela pretendida.⁴³³

4.2 A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPATÓRIA

4.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre dizer, que para a tutela inibitória final a importância do instituto da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, é, a

⁴³³ Frignani reportando-se à inibitória provisória (ou inibitória antecipatória), comenta que pelo fato de se estar defronte a uma cognição sumária o juiz deverá fazer “un calcolo di probabilità circa l’esistenza del diritto. In questa ricerca verso l’apparenza o la probabilità del diritto, egli sarà dunque guidato dalla sua esperienza, dalla sua sensibilità e dal principio dell’*id quod plerumque accidit*.” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, op., cit., p.562) Embora praticando aquela confusão apontada por Taruffo entre probabilidade e verossimilhança, nota-se que Frignani mantém a mesma linha de raciocínio no que diz respeito à prova da ameaça na ação inibitória antecipatória, ou seja, a aplicação das regras de experiência àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*) para deferir o pedido provisório, já que não é necessário o prévio “accertamento dell’illecito”, pois a decisão definitiva virá após o exauriente exame do mérito. Trata-se, portanto, de juízo de verossimilhança, na esteira da doutrina de Taruffo.

olhos vistos, a necessidade vital desta tutela preventiva, sobretudo, porque a inibição do ilícito para os direitos não patrimoniais aqui em foco, dependem da oportuna e tempestiva concessão da tutela sob pena de ineficácia do provimento inibitório final após toda dilação do processo de conhecimento.⁴³⁴

A necessidade de se proteger de forma urgente o direito material, não se limita ao caso de tutela inibitória anterior a qualquer ilícito, mas encontra-se presente, também, nas duas outras modalidades de inibitória, pois, se o que se teme é a futura atividade ilícita, haja ou não antecedentes de atividade contrária a direito, a tutela inibitória antecipatória será uma poderosa arma contra a temida violação aos direitos materialmente assegurados, que se coloca em termos de receio da prática ilícita no curso do processo de conhecimento.⁴³⁵

No direito italiano, conforme já foi dito, não existe uma norma específica a partir da qual seja possível a leitura de uma tutela inibitória

⁴³⁴ A efetividade da tutela jurisdicional mediante a antecipação dos efeitos obteníveis com o provimento final *não possui nada de novo*, como observa Federico Carpi, *novo é sua consciência nos ordenamentos modernos*. (CARPI, Federico. “La tutela d’urgenza fra cautela, ‘sentenza anticipada’ e giudizio di mérito”, *Relazione in XV Convegno Nazionale*, Bari, 1985, p. 4)

⁴³⁵ Na esteira da doutrina de Marinoni, “é certo que impedindo-se o ilícito evita-se um provável e futuro dano; o que importa, entretanto, é que para a concessão da tutela inibitória antecipada basta o fundado receio do ilícito, pouco importando se o dano não é iminente. Em hipóteses como esta, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que não haja a probabilidade de um ‘dano irreparável ou de difícil reparação’.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op., cit.*, p. 158)

atípica⁴³⁶, mas tão-somente a norma que permite a tutela provisória, que embora tenha a característica de cautelar permite a antecipação dos efeitos da tutela.⁴³⁷ Entrementes, a doutrina foi capaz de suprir a lacuna de uma tutela inibitória final, bem como da tutela propriamente antecipatória, como explica FRIGNANI: “Un excursus sulle varie fattispecie astratta nelle quali il nostro legislatore prevede l’emissione di una inibitoria prima e dopo l’accertamento sul merito, legittima la conclusione che il nostro sistema giuridico conosce due tipi di inibitoria: *una finale* (chiamata anche definitiva), *l’altra provvisoria* (detta anche preliminare, o temporanea o cautelare).”⁴³⁸

⁴³⁶ “Tale conclusione non è riconducibile ad una espressa revisione normativa, perché il legislatore italiano non parla mai di inibitoria finale; ma quest’ultima emerge dalla contrapposizione con l’inibitoria in corso di causa e con l’inibitoria che può essere presa quale provvedimento di urgenza, sulla base del principio generale stabilito nell’art. 700 c.p.c ed inoltre dal fatto che essa deve essere preceduta dell’acertamento del giudice.” (FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, p. 562)

Sobre a regra do art. 700 cpc italiano e a interpretação que lhe deu a prática forense, ver RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória no direito italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan-abril de 1997.

⁴³⁷ “Si tratta della suddistinzione tra l’inibitoria che può essere ordinata ai sensi dell’ art. 700 cpc (provvedimento d’urgenza) e l’inibitoria pure cautelare, ma concessa in applicazione di altre norme (...). Simile distinzione, che trova riscontro nella contrapposizione tra provvedimenti cautelari e provvedimenti d’urgenza, non è facile e viene talvolta basata su criteri che possono anche lasciare perplessi.” (Ibidem, idem, p. 563)

⁴³⁸ Ibidem, idem, p. 562.

Entre nós as coisas se passam de forma diferente. Além da previsão normativa que fundamenta a tutela inibitória atípica (CPC, art. 461), ordenamento processual civil brasileiro dispõe expressamente sobre a concessão da tutela antecipatória *tout court* (CPC, art. 273), consubstanciando-se em regra genérica de antecipação dos efeitos da tutela, em comparação ao nítido reforço dessa espécie de tutela urgente, conferido pelo legislador às obrigações de fazer e de não fazer (CPC, art. 461, § 3º).⁴³⁹

⁴³⁹ O conhecido e festejado instituto sobre a antecipação da tutela dispensa maiores delongas conceituais, sobretudo pela qualidade do contributo bibliográfico dos processualistas brasileiros, que há muito lutavam por sua aparição em dispositivo legal, não apenas disciplinando alguns casos isolados de procedimentos especiais, mas, com abrangência a toda e qualquer situação em que a demora no conhecimento dos fatos importe na inutilidade do provimento final. Afinal, a necessidade de se ultrapassar a mera segurança conferida pelas cautelares fez parte dos ordenamentos mais avançados. Sobre o tema, com destaque pela abrangência ver: MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994; “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan-abril de 1997. Ver também: THEODORO JR., Humberto. “Tutela antecipada”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan-abril de 1997; ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan-abril de 1997; “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997; COSTA MACHADO, Cádio Oliveira. “Tutela antecipada”, 2ª ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998; Coletânea sob a coord. de ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Aspectos polêmicos da antecipação da tutela”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 e Coletânea sob a coord. de TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo: Saraiva, 1996.

Destarte, à percepção de que ambos artigos (art. 273 e art. 461, § 3º) situam-se na esfera contextual reservada pelo legislador ao processo de conhecimento, restaria o argumento de que a antecipação prevista nas obrigações de fazer e de não fazer seria mera repetição daquilo que fora previsto a toda ação do processo de conhecimento.⁴⁴⁰ Ao contrário: o legislador dispensou as reproduções do art. 273 e ateve-se aos requisitos específicos para a concessão da antecipação imediata dos efeitos pretendidos através de uma tutela específica (art. 461, § 3º), ou seja, a satisfação do pedido mediato ou o seu equivalente, em termos de alcançar o mesmo resultado prático.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Com razão MARINONI, discorrendo sobre a viabilidade da antecipação de tutela nas ações declaratórias e constitutivas. Com maestria afirma: “O problema não é o de admitir uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária, mas sim o de se indagar sobre a viabilidade e a utilidade destas em face das diversas situações concretas. Assim, por exemplo, se é completamente inviável uma constituição provisória nas ações de estado, não parece ser impossível a constituição provisória de um aluguel. Por outro lado, a utilidade de uma constituição sumária depende da sua observância pela parte a que se destina e dos meios que o direito processual estabelece para que tal tutela tenha efetividade no caso de não ser observada.” Segundo o processualista o problema em admitir a antecipação nessas espécies de ação está em pensar que o que se antecipa *não é a eficácia* constitutiva ou declaratória, *mas os efeitos* que se pretende alcançar no plano prático. (MARINONI, Luiz Guilherme. “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, *in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, op., cit., p. 273)

⁴⁴¹ Deve-se considerar que o art. 461 do CPC tratou de forma lúcida as reivindicações há tempo esperadas, inserindo no texto legal muito mais do que o reconhecimento da classificação quinária das ações e sentenças, mas a possibilidade de se pensar o processo em termos de *tutela dos direitos*, vale dizer, reconheceu que a melhor maneira de proteção aos direitos é conferir a quem tem razão o

É intuitivo que assim tenha ocorrido, pois em se tratando de tutela preventiva (específica) não será cabível invocar o *fundado receio de dano* previsto como requisito do art. 273, visto que a tutela inibitória não trabalha com a lesão, mas com a sua ameaça. Também a tutela que visa remover o ilícito (específica), conforme ver-se-á mais adiante, não tem por pressuposto o dano, por isso, a antecipação de seu efeito prático não pode estar acostada no fundado receio de dano.

À vista desses casos há previsão expressa no ordenamento processual civil brasileiro para garantir de forma antecipada a abstenção dos atos ilícitos que se teme ver concretizados, já que, a antecipação satisfaz no plano fático o direito afirmado. O fundado receio da atividade ilícita deve consistir em um temor real, concreto e não um temor qualquer despido de perigo, que possa se revestir de ineficácia o provimento final. Desta forma, a procedência do pedido de cognição sumária estará condicionada ao convencimento do juiz da *provável prática de atividade ilícita* e não da probabilidade do dano, ou seja, liga-se a uma provável atitude contra o direito de que se diz titular o autor e que é protegido pelo ordenamento jurídico.

Além disso, a exceção feita à regra da congruência para a tutela inibitória final deve ser estendida à antecipação dos seus efeitos, exceção não

resultado útil que se busca através do processo e não um resultado desvinculado da pretensão material traduzido na formal resposta jurisdicional.

prevista ao disposto no CPC, art. 273.⁴⁴²

Em suma, a genérica previsão do art. 273 aplica-se, *no que couber* ao art. 461, § 3º, como sói acontecer em outras áreas especiais em função do caráter subsidiário das normas do procedimento comum ordinário. Desta forma, entende-se que, tirante os requisitos para a sua concessão, todo o restante da previsão genérica da antecipação prevista no art. 273 -inclusive o inciso II- é aplicável à antecipação da tutela inibitória, inclusive a regra do § 2º do art. 273: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.” Evidentemente que tal dispositivo não pode consistir freio para que o juiz fundamente sua decisão em não conceder a antecipação. Primeiro porque não se trata de irreversibilidade fática, mas jurídica, e, portanto, não há que se falar em irreversibilidade do provimento que se antecipa⁴⁴³; segundo, que o perigo

⁴⁴² Em interessante incursão à regra da congruência no processo civil italiano, Cleyton Maranhão, baseando-se na doutrina de Calamandrei, diz que “se os provimentos cautelares não são nunca fins em si mesmos, e se eles surgem sempre *da existência de um perigo de dano jurídico, derivado do atraso de um provimento jurisdicional definitivo (periculum in mora)*, seja pela sua ineficácia (*infruttiosità*) que sugere a tutela conservativa, seja por ser tardio (*tardività*) que sugere a denominada tutela antecipatória, eis porque são também considerados provisórios.” Para em seguida concluir que “tais características estruturais dos provimentos de urgência sugerem, antes de tudo e independentemente da lei, que até a reforma era lacunosa, a aplicação do princípio da demanda e seus corolários, em especial, a regra de congruência e o princípio do contraditório, tanto à função cautelar, quanto à função antecipatória.” (MARANHÃO, Cleyton. “A demanda cautelar e a regra da congruência no processo civil italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, Curitiba: Gênese, julh.-set., 1996)

⁴⁴³ “Fala a lei em ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou

deve ser avaliado em cada caso concreto, de forma que dano jurídico haverá para ambas as partes, resta saber se o prejuízo justifica-se em face do caso concreto, o que deve ser resolvido pelo princípio da necessidade e do meio mais idôneo, adiante comentado.⁴⁴⁴

Assim, na ação inibitória o pedido é para que o juiz emita uma ordem destinada a evitar a lesão a um bem jurídico e, portanto, o pedido imediato é uma prestação jurisdicional de conteúdo mandamental, através do qual pretende-se alcançar o pedido mediato, ou seja, o bem da vida requerido, e.g., abstenção do uso de marca registrada, abstenção da venda de livro em que houve plágio, abstenção de comercializar produto patenteado, etc. Na tutela inibitória antecipatória o autor tem por escopo alcançar este mesmo resultado, mas em momento anterior àquele em que a ordem seria normalmente veiculada, pois, é a concessão de um comando (decisão) judicial provisório de conteúdo mandamental, capaz de satisfazer a pretensão de abstenção com base em cognição sumária, que terá

o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 146, nota 12)

⁴⁴⁴ Eis o conteúdo proposto em projeto de lei que visa alterar o art. 273, § 2º do CPC: “Não se concederá a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, salvo, excepcionalmente, se a negativa de antecipação acarretar à parte dano maior e irreversível.” (Cf. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 10, Curitiba: Gênese, out.-dez., 1998, pp. 805 e ss)

atuação (e não execução) imediata.⁴⁴⁵ Não se pede a prestação jurisdicional em si, nem isso seria possível em face da precariedade da cognição que se apresenta, mas pretende-se que o resultado almejado com o pedido mediato seja atendido (*rectius*: satisfeito) diante do preenchimento dos requisitos exigidos para sua concessão.

À especificidade da matéria tratada pelo legislador deve-se atentar para o fato do gizado momento em que haverá a necessidade de antecipação para as espécies de tutela específica, ou seja, “liminarmente”, *inaudita altera pars* ou *mediante justificação prévia*, porque a dependência de um *facere* ou de um *non facere*, nesses casos, influi decisivamente para a obtenção da tutela inibitória final como também do resultado equivalente, porque praticado a destempo poderá conduzir ao indesejado paliativo das perdas e danos, colocado em último plano pelo

⁴⁴⁵ A propósito, nesse diapasão, veja o que diz Talamini: “O provimento antecipador de tutela previsto no art. 461, § 3º, veicula *ordem* para o demandado. Há direta determinação de que o réu cumpra o *fazer* ou o *não fazer* objeto do dever tido como plausível. O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento *da execução das obrigações de fazer e de não fazer* (Cap. III do Tít. II do Livro II do CPC). No âmbito daquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, *não satisfeita a obrigação* no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou da indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643).” Para após, concluir que estes dispositivos “regulam apenas a tutela tendente a *desfazer* o que não deveria ter sido feito (...); já no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente o exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida.” (TALAMINI, Eduardo. “Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC”, in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, op., cit., pp. 151-152)

legislador exatamente porque desvirtua a essência da tutela específica, já que ao se converter em perdas e danos, deixa de ter a natureza específica para assumir conotação de tutela genérica.⁴⁴⁶

Isto não significa que somente *initio litis* -com ou sem oitiva do réu- haverá antecipação dos efeitos pretendidos, que, de fato, dependerá, no caso concreto, do momento apropriado para se prevenir o ilícito, podendo mesmo dar-se cronologicamente a par da sentença de mérito, isto é, na mesma peça em que o juiz profere a sentença definitiva, o que não lhe retira o caráter de decisão interlocutória.⁴⁴⁷ Não parece haver qualquer despropósito nessa hipótese porque deve-

⁴⁴⁶ “O §1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (‘somente se converterá...’ por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutivos da conduta do réu, há de ter força suficiente para *mandar* que ele mesmo adote o comportamento devido.” (Ibidem, idem, p. 152)

Reportando-se à adequada tutela jurisdicional, assevera Marinoni: “O artigo 461, como a sua própria redação demonstra, está muito longe da técnica da substituição pelo equivalente monetário, encontrando-se intimamente envolvido com o espírito das técnicas que permitem a tutela específica. O artigo 461, em outras palavras, constitui luz nova em meio do velho Código fundado no binômio sentença de condenação-execução forçada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, Curitiba: Gênese, 1996)

⁴⁴⁷ Ibidem, idem. Embora a doutrina do eminente processualista pareça ser a mais acertada frente ao espírito de efetividade que se faz presente nos ordenamentos jurídicos avançados, há de se trazer à baila entendimento contrário, proferido em Agravo de Instrumento 803/98, da 5ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Marcus Faver, julgado em 08.05. 1988, cuja ementa:

se ter em conta que o sistema processual civil brasileiro não prevê a execução imediata da sentença e, somente em poucos casos há possibilidade de execução provisória, no que a concessão da tutela antecipatória pode ser de grande valia.⁴⁴⁸

Entretanto, para a imposição da abstenção exigida como dever decorrente dos direitos absolutos, assim como os direitos sobre os bens

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Antecipação de tutela deferida no corpo da sentença final. Recurso direcionado contra decisão judicial que cinde os efeitos da apelação interposta. Conhecimento do agravo.” No presente recurso o eminente Relator, reconhecendo a inviabilidade da interposição de agravo retido à hipótese, acolheu o agravo de instrumento, conforme diz, “mesmo em ataque a decisão posterior à sentença (...). A sentença, ainda que contemple, em sua parte dispositiva, questões incidentais, será sempre atacável por apelação, eis que, em nosso sistema processual vige o princípio da unirrecorribilidade ou unicidade do recurso, também chamado da singularidade, pelo qual, contra um mesmo pronunciamento judicial, salvo disposição expressa (art. 498), só é cabível um único recurso. Assim se a sentença tem uma parte agravável e outra apelável, o recurso mais amplo (apelação absorve o agravo menos amplo. (RT 601/66 e RTJE/SP 128/334)

(...) Registre-se que, na verdade, e até por orientação de prática processual, que a antecipação da tutela deve ser apreciada, por decisão fundamentada, antes da sentença final, eis que, se deferida junto com a mesma, ainda mais, através de peça única, corre o risco de perder a sua eficácia prática, pois, como já se disse, os efeitos da apelação à ela se estendem.

Por tais circunstâncias, o provimento do recurso, para cassar a parte final da decisão agravada, no ponto em que não emprestou os efeitos suspensivos da apelação a decisão que deferiu a tutela antecipada.” (RePro-95, jul-set., 1999, pp. 287-288)

⁴⁴⁸ Aliás, tal entendimento na esteira da doutrina de Marinoni, comportaria algumas correções. É que o eminente processualista conclui que provisório é o título, já que execução existe, sendo mais adequado falar em *execução da sentença fundada em cognição não definitiva*. (Ibidem, idem)

intelectuais, importará, evidentemente, a antecipação liminar dos efeitos que normalmente seriam veiculados com a inibitória final, mas para que o tempo do processo de conhecimento não corrobore a temida violação do direito do autor, a concessão da inibitória antecipatória será a medida de efetividade preconizada para o instrumento processual, mormente em se tratando da modalidade de inibitória pura. Na orientação de MARINONI ⁴⁴⁹

Nas hipóteses em que o ilícito se dissocia do dano a própria probabilidade da ilicitude pode ser suficiente para a admissão da tutela antecipatória, ainda quando ela possa colocar em risco a posição do réu (...). É certo que impedindo-se o ilícito evita-se um provável e futuro dano; o que importa, entretanto, é que para a concessão da tutela inibitória antecipada basta o fundado receio do ilícito, pouco importando se o dano não é iminente. Em hipóteses como esta, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu.

Pensar que haverá tempo para a instrução probatória na ação inibitória fundada em pedido de abstenção do infrator que está na iminência de

⁴⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op. cit., p. 103.

veicular ao público obra literária, cujo texto apresenta flagrante contrafação dos direitos do autor, é o mesmo que aceitar a inefetividade da tutela inibitória. Se sua característica é a prevenção do ato ilícito, muitas vezes haverá necessidade de concedê-la *inaudita altera pars*, já que, a exemplo do produto que viola o direito do inventor encontrar-se nas prateleiras de comércio, apto a iniciar suas atividades no dia imediatamente seguinte, a violação não há de esperar que o juiz ouça o réu antes de conceder a inibitória antecipadamente.

Vê-se que o caso concreto ditará o momento necessário para a sua concessão, que mesmo no silêncio da específica disposição (CPC, art. 461, § 3º) deve ser requerida; não somente porque assim dispõe a medida antecipatória genérica (CPC, art. 273), mas porque se trata do princípio dispositivo que rege a atuação da função jurisdicional.

4.2.2 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPATÓRIA

O art. 461, § 3º é a fonte legal que admite a concessão da tutela inibitória antecipatória, designando, para tanto, dois pressupostos: relevância do fundamento da demanda e receio de ineficácia do provimento final.

Estamos diante de requisitos próprios para a concessão da antecipação dos efeitos pretendidos através de uma tutela específica, isto é,

individualizada por suas características -como é a tutela inibitória- tornada, por isso, especial em relação àquela que lhe configura o gênero⁴⁵⁰, tanto que não houve referência à *prova inequívoca* a que se condiciona a tutela antecipatória genérica fundada no art. 273 do CPC, porque a advertência era totalmente desnecessária. Melhor explicando, significa que era supérfluo referir-se, nos casos de tutela específica, à necessidade de provar a *probabilidade* da existência do direito -probabilidade esta que não se confunde com o grau mais débil *do fumus boni iuris*⁴⁵¹, porque o contrato ou a lei são o fundamento jurídico já existente nessas

⁴⁵⁰ O adjetivo *específico* significa “relativo à espécie; exclusivo; especial”, do verbo especificar: “indicar a espécie de; explicar miudamente; apontar individualmente”, sendo que *espécie* significa, entre outros, “qualidade; natureza; condição; caráter; caso especial.” (Cf. “Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa”, 11ª ed., superv. Aurélio Buarque de Holanda, Rio de Janeiro: Editora Civilização brasileira, s/d, pp. 496-495)

⁴⁵¹ Embora a expressão *prova inequívoca* seja conflitante com juízo de verossimilhança, pois este não exige prova, deve-se tomá-lo como juízo de probabilidade para que se sustente a exigência de prova colocada pelo legislador. O importante disso tudo, é que não obstante se reconheça o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como *categorias processuais*, importa para a dogmática jurídica, a fim de evitar qualquer confusão, a distinção dos pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada, como fazem alguns renomados processualistas, levando em consideração graus diferenciados entre *plausibilidade do direito* e *probabilidade de existência do direito*, reafirmando não se tratar de verossimilhança.

Eis o que diz Dinamarco: “Probabilidade é a situação decorrente da proponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável. A probabilidade assim conceituada é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados, e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes

espécies de ações, que visam constranger o demandado à uma conduta positiva ou negativa, conforme sua obrigação.

Portanto, quando o legislador falou em *sendo relevante o fundamento da demanda*, ao que parece, quis dizer, sendo saliente, visível o

comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar (...). O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido pela tutela cautelar.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143)

Segundo Humberto Theodoro Jr., “a passagem da tutela cautelar conservativa para a tutela antecipativa, porém, não se deu somente com a extensão do procedimento cautelar para as hipóteses de antecipações de direito material. É que para chegar até a sumária tutela de natureza satisfativa a lei impôs à parte o ônus de provar de plano *seu direito inequívoco*, o que, evidentemente, é muito mais do que a exigência da simples aparência de bom direito com que alcança as simples medidas cautelares.” (THEODORO JR., Humberto. “Tutela de segurança”, *RePro-88*, out-dez de 1987, pp. 10-11)

Também Kazuo WATANABE afirma que “prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentando em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta sombreada de um direito (...). Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero juízo baseado em ‘fumaça do bom direito’, como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada.” (WATANABE, Kazuo. “Reforma do Código de Processo Civil”, op., cit., p. 34)

fundamento jurídico do pedido⁴⁵² -que nas obrigações de fazer e de não fazer (contratuais ou legais)- demonstra-se *ipso facto*, ou seja, está presente na própria causa de pedir que impõe o dever legal de abstenção ou o dever decorrente de ato negocial: o juiz deverá conceder a antecipação *inaudita altera pars*, ou se necessário, mediante audiência de justificação prévia; uma vez citado o réu, a demonstração do fundamento jurídico poderá exsurgir com oitiva de testemunhas e até mesmo com o livre interrogatório das partes.

Em ambos os casos, exige-se que haja o *receio de ineficácia do provimento final*. Ora, receio de ineficácia do provimento final para a ação inibitória, é o receio de prática ilícita que se pretende evitar com a ação de prevenção, e que pode ser cometida no curso do Processo de Conhecimento, configurando-se em ameaça de provável atitude ilícita.

⁴⁵² Ao que parece, andou com mais acerto o legislador em não fazer referência à prova inequívoca em juízo de verossimilhança, pois se a verossimilhança independe de exigência de prova, o fato alegado é comparado àquilo que normalmente acontece; já o juízo de probabilidade em cognição sumária requer prova, ainda que inferior à modalidade plena e com base em indícios e presunções, conforme a doutrina de Taruffo: “Per un verso la verosimiglianza del fatto, essendo il risultato di una valutazione di conformità del fatto ad un criterio di normalità, non può essere oggetto di prova in senso proprio, ma solo eventualmente -di dimostrazione o di argumentazione. Per altro verso, possono essere oggetto di prova elementi di fatto che servono affinché il giudice formuli giudizio di verosimiglianza (...) provare la verosimiglianza di un fatto non significa altro che dimostrare l'esistenza di dati e criteri dei quali il giudice potrà servirsi per valutare la verosimiglianza del fatto allegato.” (TARUFFO, Michele. “La prova dei fatti giuridici”, op., cit., p. 480)

Vê-se que não se trata do *fundado receio de dano* imposto à tutela antecipatória *tout court*, porque este (o dano) não é elemento da tutela inibitória final, e não haveria de estar presente para invocar a concessão antecipada de seus efeitos. Aqui, o *periculum in mora* não é perigo de dano, mas *perigo de ilícito*. Conforme já mencionado, a provável ilicitude que se teme concretizar no curso do Processo de Conhecimento (receio de ineficácia do provimento final) não exige prova plena, porque tratando-se de juízo de probabilidade, há redução no módulo da prova.

Por isso, a insistência de MARINONI em dizer que “não é necessária a certeza de que o ilícito será praticado; basta a probabilidade de que o ilícito possa ser praticado, o que na verdade faz identificar um fundado receio de que o ilícito possa ser praticado durante o transcorrer do processo de conhecimento.”⁴⁵³

Considerando as três situações em que o ato ilícito contra essas espécies de bens imateriais dá ensejo à uma ação inibitória: no passado, no presente e no futuro, é possível afirmar que a prática já consumada de um ato ilícito pode ensejar a ação de abstenção para evitar sua continuação ou sua repetição no futuro. E aqui, há duas implicações a considerar: a) a primeira é a necessidade de antecipação liminar dos efeitos da tutela preventiva, quando não há, ainda, a consumação do ato ilícito, mas apenas receio de sua atividade, em confronto com os

⁴⁵³MARINONI, Luiz Guilherme. “Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Impropriedade do uso das ações possessórias, cominatória e cautelar. Cabimento da ação inibitória”, *in* RF-768, outubro de 1999, pp. 31-32.

pressupostos de sua concessão; b) a segunda é que a prática de um ato ilícito pode ter gerado uma lesão e isso não afasta a possibilidade/necessidade de sua recomposição ou restituição.

Na hipótese *sub a)*, é perfeitamente possível a concessão da tutela inibitória antecipatória por dois motivos bastante óbvios. A tutela inibitória é voltada para o futuro, ou seja, para inibir a prática do ilícito e não da lesão, considerada como a forma pura de inibitória cuja previsão infraconstitucional tem seu fundamento no princípio da inafastabilidade diante da ameaça ao direito. Basta, assim, que o ilícito seja caracterizado como provável ou iminente, vale dizer, que haja fundado receio da prática de um ato ilícito, já que a finalidade da inibitória é prevenir um direito que não possa ser adequadamente reparado ou reintegrado.

Ora, se há muito o legislador previu tutela inibitória típica para aquele que tem justo receio de ser molestado em sua posse (interdito proibitório, art. 932 do CPC) ou para aquele que tiver justo receio de sofrer violação por parte de autoridade (mandado de segurança, Lei 1.533/51), concedendo liminarmente a inibição de forma pura, isto é, sem que nenhum ato lesivo tenha sido praticado, não haveria razão para não conceder também quando se trata de tutela inibitória atípica.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit, p. 45-48; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança”, op., cit., pp. 26-37.

Com efeito, a antecipação da tutela inibitória leva em consideração que a sua concessão seja considerada em relação ao confronto dos bens que estão em jogo.

4.2.2.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA, PRINCÍPIO DO MEIO MAIS IDÔNEO E DA MENOR RESTRIÇÃO

Já firmada a premissa que a inibitória não pressupõe o dano, a relevância do fundamento da demanda e *o periculum in mora* circunscrevem-se na probabilidade da ilicitude, exigindo o legislador, portanto, que haja fundado receio de que o ato ilícito venha a ser praticado no curso do Processo de Conhecimento.

A tutela de urgência, relacionada com o tempo do processo permite, para que se cumpra o ideal de sua efetividade, que seja concedida tempestivamente e nenhum óbice pode transparecer na concessão *inaudita altera pars*, pois a “tutela jurisdicional para ser efetiva, em alguns casos, terá de ser prestada

com base em cognição sumária.”⁴⁵⁵ Diante da dificuldade em demonstrar os seus pressupostos, o autor deve requerer, para concessão da inibitória antecipada, a elucidação dos fatos, mediante audiência de justificação prévia com interrogatório das partes e oitiva de testemunhas.⁴⁵⁶

Convém esclarecer que a concessão da inibitória sumária não se confunde com o direito à segurança da tutela cautelar, exatamente porque a segurança é conferida em razão da sua adequada reparação ou reintegração, concebida, pois, para os casos em que a lesão já ocorreu.⁴⁵⁷

Deve-se atentar para o fato que a concessão da inibitória antecipada bem como da inibitória final perpassa pelo crivo do juiz em não descuidar da esfera jurídica do réu, isto é, de balanciar o interesse do autor para que não cause um excessivo gravame ao demandado. Trata-se de relacionar a concessão com o

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “A consagração da tutela antecipada na reforma do CPC”, *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 128.

⁴⁵⁶ Kazuo Watanabe, posiciona-se da seguinte maneira em relação a audiência de justificação prévia: “a nossa resposta tem sido no sentido de que o juiz, salvo situações realmente excepcionais, devidamente justificadas, não deve admitir a justificação prévia, sob pena de aumentar inútil e desmesuradamente seu volume de trabalho e também pelo perigo de se criar a *sumarização generalizada do processo de conhecimento*, que é uma das grandes preocupações dos juristas quando discutem a tutela antecipatória.” (WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, *Reforma do Código de Processo Civil*, op., cit., p. 36)

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela antecipada”, op., cit., pp. 206-207.

princípio da necessidade que se desdobra em princípio da menor restrição e do meio mais idôneo. Com efeito, ressalta MARINONI que o meio é adequado ou idôneo quando permite “a efetividade do direito do autor e, ao mesmo tempo, traz a menor restrição possível ao réu. Se há um meio mais idôneo, não é possível ao autor escolher qualquer outro, ou aquele que trará prejuízos excessivos, ou dezarrazoados ao demandado.”⁴⁵⁸

A partir do princípio da proporcionalidade, que segundo Karl LARENZ⁴⁵⁹ o princípio da necessidade constitui modalidade especial deste, o conflito entre os princípios fundamentais da efetividade e o da segurança jurídica, este informado pelo direito ao contraditório e direito à ampla defesa (CF, art. 5º, LIV), o legislador ao estabelecer a antecipação dos efeitos da sentença inibitória deu prevalência à efetividade do processo.⁴⁶⁰

Em outras palavras, ante a probabilidade da existência do direito do autor, que pode ser sacrificado de forma irreversível, coloca-se em risco o direito do réu. Nesse âmbito, o poder do juiz em estabelecer o meio mais idôneo ou da menor restrição tem importância superlativa. Aliás, o § 5º do artigo 461, ao afirmar que o juiz poderá determinar as medidas necessárias para “efetivação da tutela específica ou resultado prático equivalente”, refere-se à tutela específica que

⁴⁵⁸ *Ibidem*, *idem*, p. 116.

⁴⁵⁹ LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito”, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 514.

⁴⁶⁰ ZAVASKY, Teori Albino. “Antecipação da tutela”, *op. cit.*, p. 114.

tanto faz ser final ou antecipada. É esse poder conferido ao juiz que permite que ele não fique adstrito ao pedido do autor ao decidir, podendo satisfazer o direito na forma específica ou assegurando um resultado prático equivalente.⁴⁶¹

Entretanto, diante da ausência da regra da congruência, que é corolário do princípio dispositivo, caberia questionar se o autor não ficaria ao desabrigo do princípio da legalidade frente a um ato arbitrário.⁴⁶²

⁴⁶¹ CPC, art. 460, *caput*: “É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” O legislador refere-se à proibição de julgamento *extra, ultra ou citra petita*, casos em que não se observou o princípio dispositivo.

⁴⁶² Discorrendo sobre o princípio da legalidade na concessão das liminares Carlos Alberto Dias diz que este princípio “decorre da concepção iluminista. O art. 5º da Declaração de Direitos do Humanos, de 1989, estabeleceu que ‘tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene’. Todas as Constituições modernas mantêm o direito individual de fazer ou deixar de fazer, apenas em virtude de lei. Nossa Constituição Federal prevê o princípio no art. 5º, inc., II. Há duas esferas do princípio. Uma de ordem privada e outra de ordem pública (...). É natural, portanto, que a atividade jurisdicional esteja jungida à lei, posto que é uma das emanções do Poder do Estado (...). Desta forma, qualquer ameaça ou lesão ao direito estarão sempre sob o crivo do Estado, Poder Judiciário, que estará obrigado a cumprir e fazer cumprir o mandamento da norma objetiva.”

Concluindo que a atividade jurisdicional é exercício de um poder vinculado ao Estado de Direito, compartilha o entendimento que “existe, portanto, em hipótese, na atividade jurisdicional, unicamente uma solução jurídica a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis, ou meios possíveis para a consecução da aplicação da lei. O que ocorre, via de regra, é que dois juízes podem ter opiniões distintas, até mesmo opostas, sobre uma

À presente indagação deve prevalecer a resposta negativa. Não parece haver, nesses casos, poder discricionário, porque *não há vários caminhos à escolha do magistrado*, mas somente um, aquele imposto pela lei de buscar a satisfação do direito do autor por um ato do próprio obrigado, relegando à última *ratio* a conversão da tutela específica em tutela genérica, aquela das perdas e danos.⁴⁶³

Por isso, faculta o dispositivo comentado em seu § 4º que o juiz pode impôr ao demandado multa pecuniária (*astreintes*) a fim de pressioná-lo ao adimplemento do preceito contido na decisão ou na sentença final. Ao que parece, tratando-se de sentença mandamental, não é faculdade do juiz tal imposição, mas dever, pois *somente haverá razão de ser na mandamentalidade se houver*

mesma questão de fato e de direito. Ainda assim, a verdade jurídica escolhida ao caso concreto afigura-se como a única solução justa *a priori*, ainda que venha a ser substituída em grau de recurso. Essa realidade não desnatura a decisão judicial; como decisão vinculada.” (DIAS, Carlos Alberto da Costa. “Liminares: Poder Discricionário ou vinculado?”, *RePro-85*, jan-mar., de 1997, pp. 303-305)

⁴⁶³ Comentando sobre a discricionariedade do juiz como tema que antecede sua análise à questão dos pressupostos da tutela antecipada, construída à base de conceitos vagos, Teresa Wambier, embora com alusão à impossibilidade de haver discricionariedade na concessão de uma liminar, diz o seguinte: “O princípio da legalidade seria evidentemente burlado se se entendesse que o Judiciário poderia (licitamente) decidir diferentemente em face da mesma lei e de casos idênticos, num mesmo contexto histórico. *A lei é uma só*. Seria burlar este princípio constitucional, base do próprio Estado de Direito, admitir-se que a lei é uma só, mas que pode ter várias interpretações, todas *válidas*.” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória”, *op.*, cit., p. 532)

coerção, caso contrário, o resultado possuirá o efeito de uma declaração judicial não sendo efetiva para os fins colimados, conforme será abordado nos comentários acerca da sentença inibitória.

E, se se pensar em termos da fungibilidade das técnicas utilizadas pelo magistrado para alcançar o resultado pretendido pelo autor que demonstrou ter razão, não haverá qualquer prejuízo porque o caminho é um só, ou seja, uma prestação jurisdicional de resultados, tal qual impõe o princípio da efetividade expressamente albergado no art. 461 do CPC. Por este motivo há disposição no § 5º que o juiz poderá conjugar a multa com outros meios necessários para atingir o resultado almejado, independente da parte formular ou não tal pedido porque o que interessa é que haja uma efetiva prestação jurisdicional e para isso, importa, também, que a concessão da tutela antecipatória esteja embuída deste mesmo espírito.⁴⁶⁴ No magistério de MARINONI⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Nesse sentido Roberto Marengo ressalta que a discricionariedade do exercício do poder é vinculado “allo scopo specifico imposto -anche implicitamente- dalla norma attributiva dalla discrezionalità, oltre che a quello generale del processo, cioè il ripristino di una situazione conforme al diritto.” (MARENGO, Roberto. “Note in tema di discrezionalità del giudice civile”, op. cit. p. 170) Outra não é a posição de Emilio Dolcini que considera na doutrina italiana a discricionariedade judicial como *vinculada*. (“Potere discrezionale de giudice -Diritto Processuale Penale” in *Ciência Jurídica*, ano II, mar./abr. 1989, Edição comemorativa do 380º ano do TJ da Bahia, Ed. Ciência jurídica, p. 1000, *apud* ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda, op., cit., p. 532)

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., p. 98.

Os limites para a atuação do juiz, na conversão de uma obrigação em outra, são definidos, em primeiro lugar, pela obrigação originária, de modo que não é possível ao juiz conceder uma tutela que implique um resultado que não esteja na própria obrigação originária (...).

Ademais, é preciso que o juiz observe os princípios da efetividade e da necessidade. Isto quer dizer que o juiz não pode deixar de inibir o ilícito em virtude de o meio solicitado não se mostrar eficaz; mas também que ele não pode tutelar o direito através de um meio que possa causar prejuízo excessivo à esfera jurídica do réu.

Deste modo, se existe fundado receio de que uma obra literária, que está na iminência de ser comercializada, venha violar os direitos de seu titular, dá ensejo a uma tutela inibitória que vise eliminar o ilícito antes que ele seja praticado, nesse caso, o autor formulará pedido para que se antecipe os efeitos da sentença, demonstrando seus pressupostos. Os poderes do juiz entram em cena quando ele verifica que, por exemplo, a ordem seguida de multa, objetivando a abstenção da futura atividade ilícita, possa não surtir efeito, caso em que ele poderá, *e.g.*, determinar a apreensão de todos os exemplares utilizando-se das “medidas de apoio” sugeridas pelo legislador.⁴⁶⁶ É perfeitamente possível que o juiz, mesmo na

⁴⁶⁶ Não pensa desta forma Carreira Alvim, para quem “se o autor tiver pedido a outorga liminar de *tutela específica*, não cabe ao juiz, em princípio, impingir-lhe a tutela equivalente. Esta poderia ser a razão da expressão “se procedente o pedido”, para deixar claro que apenas na sentença tem o juiz o

antecipação da tutela, não fique adstrito ao pedido do autor, ainda que para tutelar adequadamente seu direito o juiz conceda na inibitória antecipada conteúdo diferente da tutela inibitória final.⁴⁶⁷

Por outro lado, se o juiz ao conceder a tutela inibitória antecipatória ou a inibitória final não deve descuidar da esfera jurídica do réu, é necessário sopesar os meios através dos quais viabilizará o resultado. Melhor dizendo, o juiz não ficará adstrito ao pedido do autor se este importar em um grave e desnecessário meio de cumprimento do dever ao demandado, devendo buscar, em

amplo poder de outorgar ou a tutela específica ou impossibilitada esta, o resultado prático equivalente ao inadimplemento.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. “Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 85). Com a devida vênia, “procedência do pedido” não quer dizer procedência da ação, melhor dizendo, ao que parece, quando o legislador falou em “se procedente o pedido” quis salientar que as *medidas necessárias* poderiam ser tomadas pelo juiz independente do pedido do autor, mas também, que poderiam ser objeto da tutela pretendida, caso em que deveria haver viabilidade (=necessidade) no pedido formulado para sua concessão. Isto porque tais medidas importam em forma de coerção direta, isto é, em execução do ato que deveria ser praticado pelo obrigado -sub-rogação-, independentemente de sua vontade, configurando-se em medida mais drástica do que a multa (coerção indireta) que permite o cumprimento da obrigação com a cooperação do próprio devedor. Tais medidas podendo ser aplicadas tanto na sentença final quanto na decisão interlocutória (antecipatória) não estão vinculadas, necessariamente, a procedência da ação, pois, no caso da efetividade da tutela depender de coerção direta a ser aplicada via antecipatória, restaria frustrada a tentativa do legislador de conjugar vários provimentos em um só artigo a fim de proporcionar diferentes espécies de tutelas.

⁴⁶⁷ Sobre a fungibilidade da tutela inibitória antecipada, ver MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 159.

cada caso concreto, a *justa medida* a ser imposta para a realização do direito, ou para a antecipação dos efeitos obteníveis com a inibitória final.⁴⁶⁸

Enfim, ao poder conferido ao juiz de utilizar-se dos meios necessários (CPC, art. 461, § 5º) para alcançar o resultado prático que é a pretensão do autor, só há que se aplaudir a brilhante iniciativa do legislador infraconstitucional em conformar o instrumento processual aos anseios hodiernos, vale dizer, tornar a tutela específica o sinônimo de tutela jurisdicional efetiva.

4.3 TUTELA INIBITÓRIA, TUTELA REINTEGRATÓRIA E TUTELA RESSARCITÓRIA. A SUA CONJUGAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR, DIREITOS À MARCA E AO INVENTO

Se a tutela inibitória pressupõe evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito, ela efetiva-se através de uma ordem do juiz

⁴⁶⁸ “Ora, se o princípio da necessidade quer dizer que o direito do autor deve ser tutelado através do meio (mais idôneo) que imponha o menor prejuízo, e ainda que a tutela através do meio mais idôneo deve acarretar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu, a consequência de se dar ao juiz o poder de conceder tutela diversa da pedida é seu dever de conceder tutela antecipatória diversa da pedida para que o direito seja tutelado através da imposição do menor risco ao demandado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., p. 104)

(sentença mandamental) que impõe um fazer ou não fazer, diferenciando-se da tutela reintegratória, também prevista no art. 461 do CPC *caput* e § 5º, pois esta dirige-se a eliminar o ilícito que já ocorreu mediante um ato do juízo (tutela executiva) utilizando-se das medidas constantes no parágrafo em epígrafe, que na verdade são meramente exemplificativas (*tais como*).

Entretanto, em ambas (inibitória e executiva) não há o pressuposto do dano, e por isso a remoção do ato ilícito também prescinde da culpa ou dolo de quem o praticou. Com a remoção do ilícito objetiva-se eliminar a causa de um eventual dano, mesmo que o dano já tenha ocorrido.⁴⁶⁹

Já a tutela ressarcitória (condenatória + execução forçada), prevista no art. 461, § 2º, pressupõe o dano que é o parâmetro para a

⁴⁶⁹ Pontes de Miranda ao enaltecer a preventividade da ação de abstenção não descarta a possibilidade de existir uma circunstância de fato que necessite ser removida, ainda que classifique tal ação de condenatória executiva, calha a demonstração de que a inibitória não se confunde com o pedido de remoção do ilícito. Assim veja: “A ação de abstenção é preventiva; mas, ação de cominação, com preceito inicial, ou na sentença é condenatória à prestação presente, ou futura, e às vezes apresenta-se a circunstância de existir estado de fato positivo que precisa ser removido, para se evitar a contradição entre o preceito e a realidade já estabelecida. É inegável, então, o elemento de executividade, tal como ocorre com a ação cominatória (...); O industrial ou comerciante, que pede a cessação (não-repetição) do boicote, pode pedir a retirada dos meios já empregados. A pessoa, que pede a abstenção da publicação falsa ou injuriosa, pode pedir a inserção da resposta ou da retificação; ou a apreensão referida, ou a divulgação contrária correspondente, com ou sem apreensão.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. “Tratado das ações”, tomo I, op., cit., pp. 155-156)

indenização⁴⁷⁰, sendo que a reparação pode ser feita em pecúnia ou através de prestação de fato, pelo próprio infrator ou mediante sub-rogação, quando terceiro prestará o fato às expensas do réu infrator.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ A prática do ato ilícito não gera o direito de ressarcir, porque a indenização é consequência da demonstração do prejuízo sofrido, isto é, perdas e danos, conforme a lei civil e o entendimento da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação Cível n. 230.208-1, v.u, j. 17.08.1995, Rel. Des. Silveira Netto: “Propriedade Industrial -Concorrência desleal- Perdas e danos. Prática do ato admitida. Insuficiência, por si só, como prova do prejuízo. Indeferimento do pedido.”(AASP n. 1949, p. 35)

⁴⁷¹ A Revista Consultor Jurídico de 12 de junho de 1998 relata a primeira vitória na justiça do titular de marca sobre a exclusividade sobre os seus produtos, após o advento da nova Lei de Marcas e Patentes (propriedade industrial) com a aplicação da tutela inibitória, cumulada com as medidas de apóio e indenização pelos prejuízos sofridos pela autora, descrevendo: “A Brothers International Corporation do Brasil, representante da marca Brother, obteve na Justiça o direito de exclusividade para importação e comercialização de máquinas de costura, fax e impressoras, em disputa contra concorrência desleal de importadores paralelos. O significado da decisão de mérito é bem mais amplo que o reconhecimento aos direitos assegurados na Lei de Propriedade Industrial para a empresa.

Com a sentença proferida pelo juiz Luiz Sérgio de Mello Pinto, da 11ª Vara Cível de São Paulo, a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) obteve sua primeira vitória na Justiça, exatamente um ano depois de entrar em vigor e depois de dois anos de sancionada.

A definição desse conflito trata-se de um passo decisivo para inibir a livre ação dos importadores que atuam no Brasil e abre caminho para outras centenas de titulares de marcas -em todos os ramos- que sofrem a mesma concorrência predatória dos paralelos.

Depois desta decisão, os donos de marcas podem acabar com artificios utilizados pelo chamado *grey market* que, não raro, recorre ao subfaturamento e à sonegação para oferecer produto mais barato que o próprio titular da marca (...). A sentença favorável à Brother tinha como ré a

Surlorran Industria Têxtil e Comércio de Máquinas, que comercializava os produtos da marca japonesa no Brasil sem a autorização do fabricante, o que constituía ilícito civil, segundo a Lei de Propriedade Industrial.

A sentença do juiz Mello Pinto determina o impedimento de importação e comercialização das máquinas de costura industrial com a marca “Brother” no Brasil sem a devida autorização do titular da máquina.

A decisão não pára por aí. Inclui os produtos que estiverem nos estoques da ré e comina, caso esta não cumpra a determinação judicial, multa condenatória equivalente ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por cada máquina importada ou comercializada, nos termos do art. 461, § 4º e 5º do CPC.

O representante oficial da marca em questão sustentou que a Surlorran praticava ainda outros ilícitos, como a importação com preços subfaturados, classificando ou descrevendo erroneamente os produtos para obtenção de insenção ou redução de impostos.

Depois dessa primeira prova de eficácia da Lei de Propriedade Industrial a Surlorran está definitivamente impedida de comercializar os produtos da marca Brother no país sem a autorização do representante legal e condenada ao pagamento de indenização por prejuízo causados à autora (calculado com base no que esta deixou de auferir em vendas -a ser apurada em liquidação de sentença, conforme determina o art. 606, inc. I do CPC), além de arcar com as custas, despesas processuais e a verba honorária de 10% sobre o valor dado à causa (corrigido desde a propositura).

A impunidade com com que os *gray market* atuavam no Brasil antes da edição da Lei 9.279/96 ficou concomitantemente evidenciada no recurso de defesa da Surlorran, que alegando direito adquirido de representação da marca no país -ainda que sem licença do fabricante japonês, em flagrante desrespeito ao artigo 132, parágrafo III da referida Lei- apresentou guias de importação que evidenciaram prática de subfaturamento (...).” (artigo à disposição no site <http://www.nepi.adv.br/news/noticias%20-%20titular%20de%20marca.htm>)

Portanto, a hipótese *sub b)*, anteriormente levantada é de fácil solução à vista da norma do art. 461 do CPC. Nada impede que haja cumulação de pedidos e que um deles tenha por escopo a abstenção de ato ilícito futuro e outro a indenização por dano sofrido, em razão da concretização de um ato contrário ao direito. Ressalte-se que a cumulação de pedidos não é empecilho para concessão antecipada de um deles, pois se à tutela antecipatória inibitória aplica-se em caráter subsidiário a norma da tutela inibitória genérica, onde pode-se ler no § 5º do art. 273: “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”, o que significa que havendo antecipação de um dos pedidos cumulados, o outro (ou outros) prosseguirá até final julgamento.⁴⁷²

Assim, por exemplo, o titular de uma patente de invento, sabendo que terceiro está vendendo o “produto” objeto de sua patente, tem o direito de impedir a prática ilícita em curso (art. 42 da Lei de Propriedade Industrial). Pode, por isso, propor uma ação inibitória para que cesse a violação que se dará, mediante uma ordem, sob pena de multa. Porque já se consumou a violação pode também requerer, através da ação reintegratória, que o “produto” seja retirado de circulação e ainda pedir ressarcimento pelo dano ocasionado, que neste caso, pode configurar indenização em pecúnia ou uma publicação em jornal local do conteúdo da sentença que declara a titularidade do direito de invenção.⁴⁷³

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163

⁴⁷³ “Fra i presupposti dell’azione inibitoria non c’è quello della colpa da parte di cului che ha commesso o sta per commettere l’ilecito che si vuol inibire. D’altronde l’elemento psicologico o

Observa-se que quando a violação possibilita a retirada do produto de circulação, a reintegração, neste caso, não está considerando a existência do dano, mas *eliminando a causa do dano*, através de atos do juízo -servindo-se das medidas de apoio do art. 461, § 5º do CPC- para restabelecer a situação que existia antes da violação (*statu quo ante*). Se há direito, porque o dano efetivamente ocorreu, em repará-lo, o juiz pode condenar o réu à uma indenização na forma específica.⁴⁷⁴ O ressarcimento em forma específica é, para essas modalidades de direitos não patrimoniais, uma forma de pensar o ressarcimento na medida em que se devolve ao titular do direito violado a mesma situação que se verificaria se o dano não tivesse

soggettivo (dolo o colpa) non è richiesto per la configurazione dell'illecito, inteso come atto "contra ius", e perciò scomponibile dialetticamente in illecito di condotta ad illecito di evento. Poichè la presenza dell'elemento della colpevolezza è richiesta solo per quest'ultimo tipo di illecito (ed al fine della proponibilità di altre azioni, quali la risarcitoria, la pubblicazione della sentenza e così via) e poichè l'inibitoria há lo scopo di prevenire anche (anzi, soprattutto) l'illecito di condotta, ne consegue che essa può (anzi, deve) prescindere dalla colpa o dal dolo nell'autore dell'illecito stesso." (FRIGNANI, Aldo. "Inibitoria (azione)", *Enciclopedia del diritto*, XXI, p. 561)

⁴⁷⁴ "Se é verdade que a tutela reintegratória não se confunde com a tutela contra o dano, isto não quer dizer que não é possível uma tutela ressarcitória na forma específica. Considerada, em primeiro lugar, a responsabilidade extracontratual, poder-se-ia imaginar que a única forma de tutela contra o dano é aquela que se presta em pecúnia. O ressarcimento, contudo, pode dar-se não só através de pecúnia, mas igualmente com a prestação de uma coisa ou uma atividade que resulte adequada, em vista da situação concreta, para eliminar as consequências danosas (portanto, o dano) do fato lesivo." (MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela inibitória", *op., cit.*, p. 416)

ocorrido.⁴⁷⁵

É perfeitamente possível a cumulação de pedidos inibitórios, reintegratórios e ressarcitórios quando se fala em direitos de autor, direitos à marca e ao invento, porque a dicção do art. 461 do CPC permite a cumulação de tutelas que visem inibir a prática ou repetição de atos ilícitos para o futuro, bem como remover o ilícito ou eliminar o dano que porventura possa ter ocorrido.⁴⁷⁶

Por outro lado, a cumulação de pedidos pode se verificar somente entre as tutelas inibitórias e de remoção de ilícito, e não há óbice em pedir a cessação do ato ilícito e a remoção da causa do dano. Assim, o titular do direito à marca de comércio pode pedir que terceiro se abstenha de usá-la e ao mesmo tempo requisitar ao juízo medidas necessárias para que o estabelecimento comercial deixe de estampar o nome comercial em sua faixa.⁴⁷⁷

No entanto, os poderes conferidos ao juiz pelo artigo 461 do CPC permitem que ao conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente ele não fique adstrito ao pedido do autor, facultando-lhe, em nome do princípio da necessidade outorgar tutela diferente da pretendida, desde que alcance o resultado equivalente ao do adimplemento, conforme já comentado em relação a tutela inibitória antecipatória. Assim, se na cumulação de pedidos do exemplo

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “Questões do novo direito processual civil brasileiro”, op. cit., p. 143.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, *idem*, p. 228.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, *idem*, p. 224.

anterior o pedido de remoção do ilícito fosse o de interdição do estabelecimento comercial, pode o juiz conceder a tutela de remoção pelo meio mais idôneo, através da retirada do nome comercial da faixa do estabelecimento.

Se é certo que a intenção do legislador foi de conferir tutela efetiva aos direitos não patrimoniais que não podem ser convertidos em pecúnia, pode o juiz, no lugar de conceder a uma ordem sob pena de multa (mandamental), conceder a remoção do ilícito (executiva), para obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento. De sorte que, se o juiz “fugir” do pedido de abstenção de venda de produto objeto de patente e determinar que sejam apreendidas as mercadorias que comportem violação ao direito de seu titular, não há que se falar em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença. Neste caso, se as medidas executivas foram concedidas liminarmente (tutela antecipatória) a prevenção do ilícito estará sendo veiculada através da tutela preventiva executiva que tem por escopo impedir a atividade ilícita, mediante a sub-rogação do ato do devedor por medidas substitutivas da sua vontade. Não atua através da multa para coagi-lo ao cumprimento de uma ordem, e por isso não equivale a tutela inibitória, devendo ser observado, sempre, os princípios da efetividade e da necessidade.⁴⁷⁸ DINAMARCO faz a precisa distinção dizendo que “enquanto as multas têm o escopo de pressionar psicologicamente o obrigado e conduzi-lo a optar por cumprir o preceito por deliberação própria e mediante atos próprios, as medidas autorizadas pelo § 5º do art.

⁴⁷⁸Cf. MARINONI. Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit., pp. 121 e ss.

461 do Código de Processo Civil visam a produzir os resultados práticos ditados em sentença independentemente da vontade do obrigado.⁴⁷⁹

Como diz WATANABE esse foi um poder concedido ao juiz⁴⁸⁰

Pelo próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio geral. No art. 290, aliás, o legislador já havia deixado claro que o referido princípio não é de rigidez absoluta. Tampouco se pode falar em afronta à coisa julgada, pois estamos diante de instituto processual que o legislador pode adotar, ou não, no exercício da opção política que lhe cabe em matéria de soluções legislativas, nos limites que lhe parecerem mais adequados, segundo as várias espécies de processo que lhe é dado conceber (cognição exauriente ou cognição sumária), e preferiu ele a solução contida no dispositivo em análise.

⁴⁷⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 160.

⁴⁸⁰WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, *Reforma do Código de Processo Civil*, op., cit., pp. 43-44.

4.3.1 CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E TÉCNICA PROCESSUAL

Conforme leciona Ovídio BAPTISTA⁴⁸¹

A fundamentação do artigo 461 reflete a idéia do princípio de que o processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidenciar o caráter instrumental do processo, o que por si só, já seria capaz de romper com a camisa-de-força com que a Ciência do Processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e esterotipados, liberando-a para adequar-se instrumentalmente ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.

Quando o legislador previu as modalidades de tutela específica para viabilizar a satisfação do direito do autor, foi em nome da efetividade do processo que possibilitou sua cumulação e previu em um único artigo uma tutela jurisdicional que fosse adequada ao direito material que visa tutelar.

⁴⁸¹SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, 3^a ed., v. 1, Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 124.

É importante atentar que os direitos não patrimoniais, em que se inserem o direito de autor e os direitos à marca e ao invento, são prestados através de obrigações infungíveis, não podendo ser reduzidos a uma equivalência monetária. Nem o autor pode pedir e nem o juiz conceder a tutela ressarcitória quando se quer prevenir o ilícito ou removê-lo, ou de nada adiantaria a grande conquista do artigo 461 do CPC que conseguiu se livrar dos resquícios da universalização da sentença condenatória. Neste aspecto, DINAMARCO comentando sobre a dificuldade em se obter do próprio obrigado a prestação de uma obrigação infungível, foi enfático em dizer que tanto nestas “quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar pelo *resultado final* que é objeto da obrigação e só em caso de absoluta impossibilidade é que se dá a conversão em pecúnia.”⁴⁸²

Se se pretende obstar o uso indevido da marca de comércio ou indústria não se objetiva o pagamento por sua violação, não se pode satisfazer o direito à integridade dos bens intelectuais, admitindo que o violador pague para tornar lícita sua conduta. Todo o problema dessa visualização está na diferença entre ilícito e dano, ou seja, tutela efetiva não é, para os direitos não patrimoniais, tutela indenizatória que se converte em perdas e danos.

O legislador brasileiro, ao prever no artigo 461 do CPC a substituição de uma obrigação em outra que possibilite um resultado equivalente ao adimplemento não só afastou a tradicional mentalidade “que tudo em direito se resolve em perdas e danos” como possibilitou a efetividade da tutela inibitória, ao

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., pp. 156-157.

conferir ao autor tudo aquilo que tem direito de obter, como afirma MARINONI ser a máxima de Chiovenda a idéia central da tutela inibitória.⁴⁸³

Para WATANABE, um dos comentadores da reforma do CPC, “valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de procedimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer e de não fazer.”⁴⁸⁴

No magistrado de MARINONI⁴⁸⁵

A própria dicção da norma do art. 461, no sentido de que ‘o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento’ indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 122.

⁴⁸⁴ WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, op., cit., p. 43.

⁴⁸⁵ O processualista admite que a nova redação do art. 632, possibilita a ação de execução de obrigação de fazer e não fazer estabelecida em título executivo extrajudicial, e em caso de inadimplemento da ação de execução fundada em título judicial. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Questões do novo direito processual civil brasileiro”, op., cit., p. 226)

E se alguém lhe perguntasse sobre as normas do arts.

632 a 638 e 644 e 645 do CPC, ele responderia que ⁴⁸⁶

A objeção -ainda que fosse real- não nos impressionaria, pois se o princípio da efetividade obriga o processualista a ler as normas processuais de modo a viabilizar a prestação da tutela jurisdicional adequada, não seria a presença de normas que perderam seu sentido ante a introdução de outras capazes de fazer gerar a tutela jurisdicional efetiva que obrigaria o doutrinador a ceder, deixando de fazer prevalecer a interpretação que realmente espelha os valores da Constituição.

Teori ZAVASCY, harmoniza os artigos 461 e 644, segundo o princípio da adequação das formas, dizendo que “não há dúvida de que determinadas ações para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer contêm uma natural executividade *lato sensu*, isto é, comportam nelas próprias a execução em virtude da própria configuração da obrigação a ser cumprida, o que as torna

⁴⁸⁶ O processualista admite que a nova redação do art. 632, possibilita a ação de execução de obrigação de fazer e não fazer estabelecida em título executivo extrajudicial, e em caso de inadimplemento da ação de execução fundada em título judicial. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Questões do novo direito processual civil brasileiro”, op., cit., p. 226)

incompatíveis com uma posterior ação executiva autônoma (...).” Nas abordagens seguintes, será possível verificar a diferença entre as tutelas que podem ser veiculadas com os diferentes provimentos previstos no art. 461 do CPC, de sorte que, buscar-se-á estabelecer que a tutela inibitória não é veiculada através do provimento executivo *lato sensu*. O importante é que o referido autor admite a execução somente se houver fato superveniente do descumprimento ou de execução da multa e não do comando sentencial que tutelou a obrigação específica de não fazer.⁴⁸⁷

O que se pode extrair do art. 461 é que em uma mesma ação o legislador possibilitou a cumulação de pedidos mandamental, executivo e condenatório em nome da efetividade do processo. Na tutela inibitória o juiz emite uma ordem seguida de multa (mandamental); na tutela reintegratória, o juiz emite uma ordem (mandado) seguida de execução -efetivação através das medidas de apoio- (executiva); na tutela ressarcitória, o juiz condena ao ressarcimento e *ex intervalo* segue uma ação de execução forçada (condenatória). Nas tutelas inibitória e reintegratória, porque se objetiva eliminar o ilícito, não é necessária a produção de provas e alegações sobre o dano (culpa ou dolo); já a tutela ressarcitória (ou ressarcitória na forma específica) importa, necessariamente, a ampla discussão probatória sobre o dano para se apurar a extensão do ressarcimento, por isso na hipótese de cumulação de pedidos, *e.g.*, inibitório e ressarcitório, é possível a antecipação do pedido inibitório enquanto o pedido de ressarcimento aguardará a dilação probatória.

⁴⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela”, *op.*, *cit.*, pp. 149-150.

A importância em distinguir a técnica processual da tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória, está em que a cumulação desses pedidos pode gerar a necessidade de um pedido de antecipação da tutela que se mostra evidente, embora o processo continue em relação ao pedido que requer a prolongada discussão probatória.

É essa a orientação de MARINONI, um dos processualistas brasileiros que mais se aprofundou no tema da antecipação da tutela e da tutela cautelar ⁴⁸⁸

Nesse caso é possível admitir-se o julgamento do pedido inibitório, aguardando-se o desenrolar do procedimento para a definição do pedido ressarcitório. Não há razão para não se aceitar o julgamento antecipado de pedido cumulado, quando um dos pedidos está “maduro” para o julgamento e o outro requer instrução dilatória (...). Se o processo deve prosseguir, não obstante a evidência de um dos pedidos cumulados, a tutela antecipatória fundada no artigo 273, II, do Código de Processo Civil, é o único instrumento, dentro do atual sistema processual, que permite que o procedimento comum atenda ao direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, evitando que o autor seja obrigado a esperar indevidamente a tutela de um direito incontroverso.

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, op., cit., pp. 231-232.

Por isso, o dano, sendo mera eventualidade do ilícito, exige que a tutela ressarcitória se dê em tempo diverso da tutela inibitória ou da restitutória; portanto, não deve ser empeco à realização do direito do autor que visa a abstenção de uma prática ilícita, porque no caso da violação dos bens intelectuais, ainda que seja devido ao autor que tem razão a tutela ressarcitória em virtude da ocorrência de um dano, o objetivo da tutela inibitória é sempre a prevenção a esses direitos não patrimoniais que não devem e não podem ser tutelados pela via do ressarcimento pelo equivalente, conforme a orientação do legislador no art. 461, § 2º do CPC: “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”. O dispositivo em epígrafe estabelece que a indenização não tutela o direito da parte em obter a específica obrigação, mas tão-somente compensa os prejuízos que ela tenha suportado.⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que em recurso de Apelação (AC-1890/89-Capital-j. 22.08.89, unânime, 2ª Câm.Cív., Des. Sampaio Peres) expressou que a indenização é forma de sanção civil e não se destina a repor as coisas no *statu quo ante*, por isso não está atrelada ao valor de mercado apenas. Ementa: “Direito de Autor -Obra fotográfica- Reprodução não autorizada- Violação dos direitos do autor -art. 123- Lei 5988/73. Obra artística fotográfica. Reprodução sem autorização do autor. Liquidação de sentença. Perdas e danos. Se o ofendido tem o direito de apreender os exemplares reproduzidos, suspender a divulgação ou a utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos, é razoável entender-se que ele tem direito de receber do infrator, a esse título, indenização correspondente a 20% do custo total das publicações, ou seja, o lucro que ele, autor da obra fraudada, auferiria se tivesse veiculado a matéria. A reparação, nesses casos, tem efeito de sanção civil, e não faz sentido pretender-se pagar apenas o preço do mercado da fotografia. Sentença mantida.” (Suplemento Jurídico-Jurisprudência dos Tribunais/RJ-outubro /89 -TJ/p. 19-n. 3611)

4.4 A TUTELA INIBITÓRIA E A SENTENÇA MANDAMENTAL

A essa altura já não há como negar que a classificação trinária das sentenças foi superada não só pela doutrina como também pelo próprio legislador brasileiro. O artigo 461, ao devolver o poder de *imperium* ao juiz dos tempos atuais, soterrou a chamada *universalização da sentença condenatória* e, por sua vez, a relativização imposta pela doutrina kantiana a todos os direitos absolutos.

Embora o rompimento dos deveres jurídicos com a sentença condenatória há muito tenha sido imposto pela melhor doutrina, foi necessário o total divórcio com os resquícios do Estado liberal para que se definisse a quebra do vínculo com a sentença condenatória -a única capaz de impor, nesses moldes, uma conduta ao obrigado- e, conseqüentemente, com a regra da execução fundada em título judicial (*nulla executio sine titulo*), onde a certeza declarada no processo de conhecimento -entendida como a certeza que separava a definitividade do Processo de Conhecimento da executoriedade da sentença- amparava a necessidade de se manter intacta a esfera jurídica do réu até que a *verdade jurídica* viesse à tona com a coisa julgada material.

Essa neutralidade do juiz foi mantida por longo tempo até florescerem as reais necessidades dos direitos que não podiam esperar pela demora do processo de conhecimento, que como já foi visto, culminou no uso indiscriminado da segurança jurídica (tutela cautelar), confundindo-a com a idéia de prevenção, aliás, confusão atribuída a Chiovenda e posteriormente potencializada por

Calamandrei, quando admitiu a condenação para o futuro como o caso mais notório de prevenção.⁴⁹⁰

A noção de que certos direitos não podem ser tutelados de forma repressiva, faz a doutrina reviver a classificação quinária de PONTES DE MIRANDA, precisamente desenvolvida por Ovídio BAPTISTA DA SILVA, cuja familiaridade do legislador brasileiro com as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* estão estampadas nos ritos especiais tomados para ações que versam sobre a posse e a propriedade, *curiosamente* privilegiando os direitos patrimoniais.

A expressão “sentença mandamental” atribuída originariamente à Pontes de Miranda, trouxe mais um vocábulo à linguagem jurídica brasileira ao revelar uma nova categoria na classificação tradicional das ações e sentenças, com expressa referência à obra de Georg Kuttner -assunto mais tarde retomado por Goldschmidt- embora o termo *sentença ordenatória* (*anordnungsurteil*) a que se referia o processualista alemão em seu trabalho (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*), além de diferente conteúdo daquele preconizado por Pontes de Miranda não demonstrou qualquer interesse na classificação das ações e sentenças, limitando-se a verificar o efeito das sentenças

⁴⁹⁰CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, v. 1., p. 191. Esta concepção foi absorvida pela doutrina de Calamandrei, muito embora não tenha incluído a condenação para o futuro entre as medidas cautelares. (CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, op., cit., p. 16)

civis em face dos órgãos estatais.⁴⁹¹

O mais interessante na referência ao trabalho dos alemães é que Kuttner expressou opinião de que essa espécie de ordem dirigida aos órgãos estatais diferenciava-se da sentença condenatória -que na doutrina alemã continha uma ordem- em função dos seus destinatários, o que, afinal de contas, é a mesma situação que se encontrava a legislação brasileira no que diz respeito às

⁴⁹¹ As sentenças mandamentais ao se definirem como ordens (*anordnung*) dirigidas a alguém, deitam raízes no trabalho de Georg Kuthner (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, obra de 1914) idéia que foi retomada mais tarde por James Goldschmidt (*in Zivilprozessrecht*, 1932, com reedição em 1969) -concebidas como as ordens dirigidas aos órgãos estatais e *estranhos ao processo* para obter as prestações devidas pelo Estado que não se submetia a atividade executiva- afasta-se, hoje, do que se conhece por sentença mandamental, cujo conteúdo e função difere daquele sentido inicialmente utilizado. Barbosa Moreira, discorrendo sobre o assunto, enfatiza que “ao retomar o estudo do tema, entre nós, Pontes de Miranda empregou o *nomem iuris* ‘sentença mandamental’ num sentido bastante diferente, em ponto vital, daquele que os alemães haviam dado à expressão *Anordnungsurteil*. Recorde-se que lá se cuidava de ordem dirigida a órgão público, e mais: estranho ao proceso. O jurista pátrio desprezou ambos os traços: o caráter público do destinatário da ordem e a estranheidade ao feito. Cunhou, assim, conceito muito mais amplo que o forjado por Kuttner.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Da sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil”, Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RePro-97*, jan., /mar., 2000, p. 254)

Há cerca de quinze anos, Arruda Alvim dizia que embora as dúvidas que permeavam esta espécie de sentença ainda dependia de estudos futuros, não ignorava, todavia, “que as hipóteses que são tidas como preenchedoras da classe ação/sentença mandamental têm peculiaridades que dificilmente se amoldam, pelo menos à perfeição, nas categorias que se podem dizer clássicas e consagradas.” (ALVIM, Arruda. “Manual de direito processual civil”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 436)

obrigações de fazer e de não fazer, antes desse posicionamento ser revisto pelo legislador na reforma que imprimiu nova redação ao art. 461 do CPC com a Lei 8.952/94, acolhendo a antes repudiada classificação quinária do jurista brasileiro.

BARBOSA MOREIRA referindo-se a classificação idealizada por de Pontes de Miranda expressou que⁴⁹²

O jurista brasileiro, ao contrário do que sucedeu na Alemanha não se ateve, na caracterização da sentença mandamental, à natureza do destinatário da ordem. A exposição não deixa dúvida sobre o ponto: ‘O mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica’. Apesar da premonição de Kuttner, aos processualistas alemães não lhes ocorreu dar tamanho elástico ao conceito de *Anordnungsurteil*.

Também GRINOVER observa que⁴⁹³

⁴⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op., cit., p. 255.

⁴⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, *RePro*, v.79, pp. 71-73.

A prestação jurisdicional invocada pelo credor nas obrigações de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica (...). Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, inc. LXIX da Constituição Federal vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular da obrigação de fazer ou não fazer (...). O art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 do CPC demandam uma profunda revisão crítica à existência da sentença mandamental, hoje realidade incorporada ao processo civil comum.

Na verdade, a *ordem* contida na sentença mandamental não tem *eficácia preponderante* de condenação, como resta constatado na teoria de PONTES DE MIRANDA ⁴⁹⁴

Na sentença mandamental o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) -o ato, por isso, é dito *imediato*. Não é *mediato*, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é *incluso*, como o ato do juiz na sentença constitutiva.

(...) Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por

⁴⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado das ações”, v. I, op., cit., p. 211.

isso mesmo, não se pode pedir que dispense o *mandado*. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz *como* juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou o juiz *forçando*.

O insigne jurista, ao inovar a classificação das sentenças, indicou como relevante a preponderância de eficácia dos elementos constantes nos provimentos jurisdicionais, de forma que, em cada um deles se contém todos os elementos eficaciais onde a *força* predominante (o elemento eficaz que sobressai) é capaz de denominar o provimento de que se trata, *conjugando em si a variedade de eficácias*.⁴⁹⁵ Por isso, não há mesmo que confundir a sentença que ordena um fazer ou um não fazer com aquela que condena, pois na primeira há mandamento sob pena de advir consequência inerente ao descumprimento da ordem judicial (multa e configuração de crime de desobediência); a sentença condenatória, por sua vez, enuncia uma sanção ao réu, que não tem atuação imediata e nem essa decorre de iniciativa do juiz, mas depende de ato da

⁴⁹⁵ Sobre a crítica formulada pelos adeptos da classificação trinária à teoria das ações-sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, Talamini faz a seguinte observação: “A classificação que acolhe as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* toma por base o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia.” (TALAMINI, Eduardo. “Tutela mandamental e executiva *lato sensu*”, op., cit., p. 147)

parte em pedir a execução após o trânsito em julgado da condenação. Segundo Ovídio BAPTISTA ⁴⁹⁶

Para que se torne possível uma visualização correta dos componentes eficaciais que integram o conteúdo das sentenças, não é necessário questionar o princípio doutrinário responsável pela formação do conceito de “Processo de conhecimento” e seu consectário lógico, representado pela “unidade dos instrumentos executórios”, reunidos no “Processo de execução.” Basta ter presente o verdadeiro sentido e função processual da sentença de procedência, enquanto *ato jurisdicional realizador da ação de direito material*, cuja satisfação constituiria, precisamente, a finalidade almejada pelo autor vitorioso. Para isto, é conveniente não esquecer que as *ações*, qualquer que seja o contexto em que este vocábulo apareça, devem ser representadas pelos respectivos *verbos*, que são a categoria gramatical que expressa nosso *agir*.

Embora a teoria deste processualista, sobre as sentenças mandamentais, contenha um arcabouço digno de registro, não se furtou ao lamento de dizer que no estágio atual do direito brasileiro se mostra “precária qualquer tentativa

⁴⁹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de processo civil”, v. II., cit., p. 322.

de encontrar o elemento conceitual que as torna diversas das condenatórias.”⁴⁹⁷

Na verdade, diante da autonomia reconhecida à categoria das sentenças mandamentais não bastava enxergá-las conceitualmente diversas das sentenças condenatórias, mas era necessário empregar-lhes, também, conteúdo diverso, melhor dizendo, era necessário evidenciar que as sentenças mandamentais possuíam estrutura diferente das sentenças condenatórias em função do mandamento estar conectado a um modo de coerção, cuja atuação seria imediata ao descumprimento da ordem judicial, sem necessidade de um processo posterior. A isto o legislador pátrio esteve atento quando previu o emprego da multa (*astreintes*) para conferir eficácia às sentenças mandamentais, independentemente de ser requerida pelo autor na ação inibitória (CPC, art. 461 e CDC, art. 84).

Desta forma, a mandamentalidade é evidente por conter coerção indireta. A sentença mandamental *ordena sob pena de multa*, enquanto a sentença condenatória *exorta sob pena de sanção*. A sanção, de fato, não tem o poder de influir na vontade do obrigado porque destina-se a impor a vontade estatal aos órgãos e auxiliares judiciários, autorizando a execução.⁴⁹⁸ Se a ordem não pode confundir-se com condenação e se multa é diferente de sanção, só se pode qualificar a sentença da tutela inibitória como sentença mandamental, já que a pretensão que o autor visa obter *não é a repressão da conduta ilícita do obrigado*, mas justamente a *prevenção* dessa conduta.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, *idem*, p. 330.

⁴⁹⁸ MONTESANO, Luigi. *Enciclopédia Giuridica Treccani*, v. VII, p. 2.

Ora, se na sentença que ordena um não fazer ou um fazer sob pena de multa, não há a exortação ao adimplemento, mas o verbo que exprime um mandamento do juízo, não se pode dizer que essa sentença é condenatória.⁴⁹⁹ A tutela inibitória porque busca através de sua pretensão essa ordem, é uma ação mandamental. Se o titular de um direito de autor pretende uma abstenção do ilícito, a sua pretensão jamais seria satisfeita com a sentença condenatória, já que essa sentença não pode ser considerada satisfativa do direito do autor porque ligada historicamente a execução por sub-rogação.⁵⁰⁰

Note-se que o art. 287 do CPC, embora utilizasse a multa como medida coercitiva para o cumprimento da ordem, falava expressamente em sentença condenatória, levando a confundir o provimento mandamental e o

⁴⁹⁹ É o que afirma Ovídio Baptista: “parece-nos indiscutível que a ação que tenha por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, do art. 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória, com execução diferida.” E completa, reportando-se à natureza dos provimentos que o juiz poderá emitir com base nos poderes que o § 4º e § 5º do mesmo artigo lhe conferiram, dizendo que: “as ações do art. 461 ou serão executivas (...); ou serão mandamentais.” (SILVA, Ovídio Baptista da. “Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer”, in *Inovações do Código de Processo Civil*, org. José Carlos Teixeira Georgis, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 176-180)

⁵⁰⁰ “A chamada *tutela condenatória* não tem, por si só, capacidade de oferecer ao titular de direitos o resultado que ele veio a juízo buscar. Toda condenação só produzirá efeitos se acatada pelo obrigado mediante adimplemento superveniente ou se efetivada mediante as atividades inerentes ao processo de execução. Em vista disso é que, para a efetivação dos resultados práticos ditados em sentença os parágrafos do art. 461 dispõem uma série de *medidas de apoio* a esta, seja para motivar o obrigado (multas), seja para remover coercitivamente a resistência oposta (v. § 5º).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., p. 155)

condenatório.⁵⁰¹ Entretanto, é possível estabelecer a nítida distinção entre essas espécies de provimentos, considerando que a sentença mandamental tem por escopo obter uma conduta positiva ou negativa a ser praticada pelo próprio obrigado e por isso *deve vir acompanhada de uma coerção*, ou seja, uma pressão psicológica que o faça adimplir ao comando judicial⁵⁰²; já a sentença condenatória estabelece uma

⁵⁰¹ Tanto as *astreintes* eram fixadas em sentença condenatória que necessitavam de ulterior processo de execução, como se pode ver na decisão proferida em RESP n. 12365, julgado em 23/09/1998 pela 4ª Turma do STJ, rel., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., ementa: “Direitos Civil e Processual Civil. ‘Astreintes’. Fixação a partir da citação. Necessidade de Processo de Execução. Impossibilidade de aceitar-lhe como termo inicial a citação no Processo de Conhecimento. Exigência de ter havido descumprimento da sentença. Arts. 287 e 644, CPC. Recurso Provido. As ‘astreintes’, originadas do direito francês, têm por objetivo coagir o devedor, que foi condenado a praticar um ato ou abster-se da referida prática, a realizar o comando imposto pelo juiz. Elas não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento e, portanto, somente são incidíveis nas obrigações de fazer ou de não-fazer. A multa diária somente pode ser cobrada a partir do descumprimento da sentença, o qual, por sua vez, requer instauração do processo de execução e sua regular formação, com citação, impedindo entender-se que a condenação ‘a partir da citação’ seja a citação do processo de conhecimento.” (in *DJ*, 18/12/1998, p. 360)

⁵⁰² É o que demonstra o Acórdão n. 131054 julgado em 07/08/2000 pela 5ª Turma Cível do TJDF, rel. Ana Maria Duarte Amarante, cuja ementa: “Processual Civil. Agravo de Instrumento. Preliminar de falta de Interesse Recursal. Astreintes. Função Intimidativa. Valor Excessivo. Redução. 1. O interesse recursal encontra-se representado pela necessidade e utilidade de se manejar recurso. A primeira pressupõe que o recurso seja o único meio de se obter o que pretende contra a decisão impugnada. A segunda está ligada aos conceitos de sucumbência, gravame, prejuízo que a parte possa vir suportar como decorrência da decisão. 2. As multas por dia de descumprimento da obrigação

prestação ao vencido sob pena de uma sanção, ou seja, de invadir seu patrimônio através de meios sub-rogatórios -atos executivos- para efetivar o comando condenatório não observado, mas sempre em processo subsequente.

Vê-se que a ordem da sentença mandamental não implica em sanção, mas em coerção, forçando ao cumprimento do fazer ou do não fazer e, por isso, a multa se torna indispensável para a efetividade da sentença mandamental. Não há razão em uma ordem despida de coerção, que em última análise, possui o mesmo efeito de uma sentença declaratória.⁵⁰³

-astreintes-, constituem um dos meios sancionatórios de que dispõe o Estado para fazer cumprir a ordem jurídica, realizando função intimidativa, de força indireta, para compelir o devedor recalcitrante ao cumprimento da obrigação assumida. 3. As astreintes não se prestam como meio de enriquecimento do credor. Busca-se evitar que o valor seja parco, tornando inócuo seu caráter intimidatório, ou excessivo, propiciando o enriquecimento sem causa do credor ou a ruína do devedor.” (*in DJU*, 25/10/2000, p. 38)

⁵⁰³ Para Marinoni a sentença mandamental somente pode ser considerada uma classe de sentença se conjugada com a multa. *In verbis*, o corretíssimo posicionamento do processualista: “Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que ‘ordena’, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração; da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a ‘sanção’. A sentença mandamental somente é mandamental porque há coerção.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op.*, *cit.*, p. 356)

Na doutrina de MARINONI, “uma sentença que ordena sob pena de multa já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena abre a oportunidade para o uso dessa força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.”⁵⁰⁴

Desta forma, é possível dizer que as diferenças entre a sentença mandamental e a sentença condenatória importam em distanciar o provimento que é atuado em processo de execução subsequente -e por isso não é capaz de satisfazer a pretensão do autor- daquele em que a ordem permite uma atuação do provimento mandamental no próprio processo em que foi proferida, não dependendo, pois, de processo subsequente para a realização do direito. Essa característica de ser *atuada* no próprio processo em que foi proferida, aproxima, por essa razão, a sentença mandamental do provimento executivo *lato sensu*.

Entretanto, somente essa característica é capaz de assemelhar conteúdos tão distintos. A sentença executiva *lato sensu*, pertencente também à classificação idealizada por Pontes de Miranda, não veicula uma ordem para o réu, mas determina que os serventuários do juízo executem um ato que incumbia ao obrigado, independentemente da sua vontade. Contudo, não se pode confundir a ordem expedida na sentença mandamental com os mandados que o juízo expede, por isso, as *determinações* constantes nas medidas executivas (art. 461, § 5º)

⁵⁰⁴ Ibidem, idem, p. 358.

-veiculadas através de mandados expedidos pelo juízo- jamais configurarão as ordens contidas nas sentenças mandamentais, endereçadas ao obrigado para cumprir uma conduta própria e determinada.⁵⁰⁵

Athos GUSMÃO preceitua assimilável diferenciação dizendo que nas ações *mandamentais*⁵⁰⁶

O juiz, no uso do poder de império inerente à função jurisdicional, *expede ordem dirigida a autoridade ou a pessoa particular* (a símile das *injunctio*s do direito anglo-saxão), impondo-lhe a observância de determinada conduta, sob cominação de multa e/ou sanção criminal (...); já nas ações executivas *lato sensu* (ou simplesmente *executivas* como prefere Ovídio Baptista da Silva), o juiz na sentença de procedência emite um *decreto, ordenando a prática de*

⁵⁰⁵ Por isso, as 'ordens' denominadas por Barbosa Moreira para o art. 461, § 5º não devem ser confundidas com as sentenças mandamentais, inclusive porque segundo o ilustre processualista *tais ordens* - que para nós são medidas executivas- não são imprescindíveis como a multa para configurar a sentença mandamental. É que as medidas executivas sugeridas pelo legislador somente vinculam o juiz em termos de ponderar o pedido feito pelo autor e o meio mais idôneo para se alcançar o resultado prático almejado e, ainda, diante da necessidade de se restabelecer uma situação onde o dever jurídico foi violado, ou seja, de remover o ilícito para que não decorra um dano ao seu titular. (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil", op., cit., pp. 260-261)

⁵⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. "Da antecipação de tutela no processo civil", 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 40-41.

atos executivos a serem de imediato executados por agentes do próprio Poder Judiciário, sem que o autor vitorioso necessite propor ação de execução forçada (...).

Desta forma, a sentença executiva *lato sensu*, embora tenha atuação também no mesmo processo, não serve para caracterizar a natureza da tutela inibitória, que, sem sombra de dúvida, é mandamental. As sentenças executivas *lato sensu*, importam para determinar outras espécies de tutelas que podem ser lidas a partir do art. 461 do CPC, como é o caso da tutela reintegratória em que a medida executiva determinada pelo juiz permite tutelar o direito já violado, cuja inobservância do dever obrigacional enseja a remoção da ilicitude através de atos de sub-rogação para o retorno da situação ao estado que se encontrava, independentemente da vontade do obrigado.⁵⁰⁷

Resumidamente, é possível dizer, como faz TALAMINI⁵⁰⁸

a) a sentença condenatória tem o condão de autorizar o emprego de mecanismos sub-rogatórios em processo

⁵⁰⁷Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁵⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. “Tutela mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação da tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC”, op., cit., p. 141

subsequente; b) a sentença executiva traz em seu dispositivo a determinação de *imediata atuação desses meios subrogatórios*, independentemente de novo processo; c) a sentença mandamental, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, *dirige-lhe ordem a ser desde logo cumprida*, sob pena de se adotarem *medidas coercitivas*.

As medidas executivas sugeridas pelo legislador no § 5º do art. 461 também são capazes de prevenir o ilícito -além de removê-lo, como dito acima-, mas nem por isso podem estabelecer confusão com a tutela inibitória. A tutela inibitória previne o ilícito através de ordens dirigidas ao obrigado, coagindo-o indiretamente (multa) à observância do mandamento e, por conseguinte, ao seu dever de abstenção. A tutela *preventiva executiva* é forma de sub-rogação da vontade do obrigado; previne o ilícito com as “medidas de apoio” sugeridas pelo legislador, cuja aplicação pelo juiz orienta-se segundo a “justa medida” (princípio da necessidade e da efetividade), tomada em consideração para a coerção direta (execução). Embora tenham por meta prevenir o ilícito, são distintas em seu conteúdo, podendo-se dizer que aquela que opera mediante sub-rogação é mais *drástica* do que aquela que possibilita o cumprimento da obrigação pelo próprio obrigado, razão pela qual o juiz deverá lhe dar preferência sempre que o ilícito puder ser evitado com a participação do obrigado.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ *Ibidem*, *idem*, pp. 130 e ss. Nesse sentido diz DINAMARCO que o art. 461 “abrange todas as obrigações de fazer ou de não-fazer, sem distinção (...). Sabe-se que a resistência do obrigado é fonte de maiores dificuldades para o credor quando só por aquele a obrigação pode ser cumprida, mas tanto

Por isso, torna-se inviável pretender uma classificação única para os diferentes provimentos que o art. 461 alberga. Mais racional é a tendência doutrinária que permite identificar a eficácia preponderante da sentença segundo a tutela jurisdicional que é proporcionada.⁵¹⁰ Portanto, o provimento da

aí quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar resultado final que é objeto da obrigação e só em caso de absoluta impossibilidade é que se dá a conversão em pecúnia. Daí o empenho do legislador pela satisfação em espécie, independentemente de qualquer distinção. Os meios de pressão psicológica (multas) e as medidas de apoio têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou de não-fazer.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op. cit., pp. 156-157)

⁵¹⁰ Evidencia-se que o artigo 461 não pode ser classificado segundo a natureza condenatória, mandamental ou executiva, porque o legislador utilizou de vários procedimentos para tutelar diversas situações de vantagem, de forma que não se insere em nenhuma das classificações já referidas. Nesse particular, merece atenção a classificação proposta por Marinoni, e justificada em razão da “tutela dos direitos”, podendo assim ser referida: tutela inibitória, tutela preventiva executiva, tutela ressarcitória na forma específica, tutela reintegratória e tutela específica das obrigações contratuais. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op. cit.). De difícil aceitação a teoria de Nery e Nery, que entendem o art. 461 como nascedouro de uma “ação de conhecimento de execução de obrigação de fazer e de não fazer.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. “Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor”, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 909). Nery Jr. comentando sobre as atualidades do processo civil, refere-se, ainda, que no novo instituto da “ação de conhecimento” de execução de obrigação de fazer ou de não fazer “o autor deverá requerer a *condenação do réu* ao cumprimento da tutela específica da obrigação de fazer (...) *sendo condenado à tutela específica*, o réu deverá cumprir a decisão sob pena de multa diária (*astreintes*) (...) porque a multa tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma específica e *inibi-lo* de negar-se a cumpri-la.” (NERY JR. Nelson. “Atualidades

sentença inibitória, capaz de tutelar adequadamente os direitos sobre os bens intelectuais, tem conteúdo mandamental, e não há que se falar que esta ordem (mandamento) é consequência do conteúdo de outras classes de sentenças e nem mesmo que o mandado que lhe é incrustado sirva para confundí-la com o provimento executivo.⁵¹¹

sobre o processo civil”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 120). Os grifos do texto (não no original) procuram destacar a dificuldade doutrinária em aceitar a sentença mandamental como classe autônoma de sentença.

⁵¹¹Tomando por exemplo o mandado de segurança -exemplo mais categórico de sentença mandamental- comenta Malachini que não há como não lhe reconhecer a eficácia preponderante mandamental. “O que é consequência do conteúdo da sentença, de sua eficácia (dele inseparável), é o ato material de expedição do mandado à autoridade apontada como coatora (...). Poder-se-ia dizer aí, se se fosse usar da terminologia do direito das obrigações, imprópria nesta sede, que tais ‘obrigações’ de fazer (incluída a de não-fazer) são *infungíveis*; e lembre-se que tais obrigações só podem dar lugar à execução que se costuma chamar de *indireta*, com o uso de meios de coerção (e não de *sub-rogação*, como acontece na execução por dívida de dinheiro e de entrega de coisa), que exercem pressão psicológica sobre a vontade do devedor, para convencê-lo de que é melhor cumprir a prestação (*executá-la* ele próprio) do que sofrer a multa diária, de valor crescente (*astreintes*), ou mesmo a prisão (ações cominatórias, de cobrança de alimentos, de depósito). Esse aspecto da questão mostra sugestivamente, que a preponderância da eficácia sentencial está mesmo no *mandamento*, e não na execução (...). Se a ordem não é cumprida (= se não há a *execução* do ato de sua competência pela autoridade), sobrevêm, aqui também, os meios de coerção; mas isto já se dá num segundo momento (conquanto no mesmo processo!) como consequência do descumprimento.” (MALACHINI, Edson Ribas. “A eficácia preponderante das ações possessórias”, *RePro*, v. 71, julh./set., 1993)

A tutela de que se fala -a inibitória- prevista no art. 461 do CPC, é efetiva aos bens intelectuais aqui tratados, não só porque ordena a abstenção, mas porque é capaz de influir psicologicamente o demandado a cumprir a ordem do juiz quando atrelada a multa. A mandamentalidade que se contém somente é efetiva em razão de sua coerção indireta, consubstanciando-se em um procedimento de cognição exauriente e execução imediata em uma única demanda.

4.4.1 A IMPOSIÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA ATRAVÉS DA MULTA E O USO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS QUANDO A MULTA SE MOSTRA INEFETIVA

Não há dúvida de que a efetividade da tutela inibitória, antecipatória ou final, depende da imposição da multa como forma de coagir o devedor à observância de sua obrigação de fazer ou não fazer, contida no preceito judicial. Percebe-se que a multa imposta através da sentença ou da decisão interlocutória que concede a tutela antecipatória não deriva do dever obrigacional, mas da declaração judicial que esse dever existe e que deve ser cumprido, funcionando como uma arma eficaz para que as decisões judiciais produzam o efeito a que se destinam no plano prático.⁵¹² Em poucas palavras, é medida de

⁵¹² Cf. MOISSET DE ESPANES, Luis. “Sanciones conminatorias o *astreintes*. Obligaciones a las que son aplicables”, La Ley, tomo D, 1983, p. 128 *apud* MADOZZO, Luis Ramon. “Derecho procesal

fortalecimento do poder de *imperium* do juiz e por isso deve ser cominada em toda decisão judicial de conteúdo mandamental, independentemente da consequência criminal que possa resultar ao inadimplente, porque aqui haveria interesse estatal em punir o menosprezo ou ofensa à ordem judicial, é, pois, sanção disciplinar; enquanto a presença da multa na veiculação do mandamento opera-se em função do interesse do Estado em outorgar a tutela jurisdicional àquele demonstrou ter razão.

Calha trazer à colação o que disse DINAMARCO por ocasião de sua análise à reforma do CPC ⁵¹³

Todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária (*astreinte*) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária. Por isso mesmo as multas costumam associar-se ao instituto do *contempt of court*, considerado que o descumprimento de ordens judiciais importa em insubordinação à autoridade e não só lesão ao credor. As novas disposições contidas no atual art. 461 do Código de Processo Civil, contemplam sanções dessa ordem como resguardo à efetividade da *sentença* que ao fim do processo concede a tutela específica e também da *decisão antecipatória* desta. Tal é o que decorre do § 4º, ao dispor a imposição de multa ‘na hipótese do parágrafo anterior’ (que é a previsão da tutela antecipada) e na sentença.

civil: medidas conminatorias”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, Curitiba: Gênese, jan./abr., 1996, pp. 156-158.

⁵¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., p. 159.

Observa-se que o intrincado instituto da multa move a doutrina no sentido de buscar subsídios de compreensão no direito comparado, sobretudo no direito francês que foi sede do acolhimento da construção pretoriana das *astreintes* para dar cumprimento coativo às obrigações de fazer e não fazer, consagradas pela Lei 72-626 de 1972 e, atualmente, com contornos bem delineados, pela Lei 91-650 de 1991 que definitivamente separou a coerção das perdas e danos, firmando entendimento de que se trata de uma condenação acessória ao dispor em seu art. 33: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma astreinte para garantir a execução de sua decisão”.⁵¹⁴

No direito alemão (§§ 888 e 890 da ZPO) a solução é mais rigorosa, impondo a prisão (ilícito penal) quando não for possível a aplicação da pena pecuniária ao cumprimento das obrigações infungíveis (excluída a de caráter personalíssimo). No mesmo sentido, o direito anglo-americano preconiza o *contempt of court* como medida efetiva para os casos em que não se trata de direitos patrimoniais, possibilitando a prisão ou a pena pecuniária (*civil contempt*) segundo a discricionariedade do juiz. A diferença está em que o direito anglo-americano estabelece a prisão a título de polícia judiciária -executado pelo próprio juiz da causa- e não em caráter de ilícito penal como se dá no direito alemão.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Art. 33 da referida Lei francesa: “tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.”

⁵¹⁵ MADOZZO, Luiz Ramon “Derecho processal civil: medidas conminatorias”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, Curitiba: Gênese, jan./abr., 1996, p. 156.

O art. 37 do Código de Processo Civil e Comercial da Argentina⁵¹⁶ também prescreve a imposição de cominação pecuniária pelos juízes e tribunais para cumprimento de suas ordens, revelando-se, como diz Luiz Ramon MADOZZO⁵¹⁷

Com dupla função función cominatoria, que surge de la decisión judicial mediante la cual se impone una condena pecuniaria a quien no cumple una orden impartida por el magistrado en uso de sus facultades; y función sancionatoria, que se da en el supuesto de que el obligado -pese a la cominación- no efectivice su deber jurídico. En este caso, ya no existe mera coacción psicológica sino stricta pena, traducida en la directa aplicación de lo que hasta esse momento constituyó sólo una amenaza.

No ordenamento processual civil brasileiro o caráter coercitivo das *ordens* judiciais também traduz-se em termos de eficácia das decisões

⁵¹⁶ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, art. 37: “Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan su mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”

⁵¹⁷ MADOZZO, Luiz Ramon, op., cit., p. 156.

estatais, melhor explicando, a ordem que se efetiva através de um provimento mandamental *deve possuir força necessária* para atingir o objetivo de compelir o demandado a cumprir aquilo que dispõe. Por isso, o legislador previu o uso da multa para dar cumprimento às obrigações de fazer e de não fazer, com a ressalva de que a *construção* é cabível para efetivar o conteúdo das sentenças mandamentais, enquanto as *medidas necessárias*, também previstas no mesmo artigo, destinam-se a efetivar o provimento executivo *lato sensu*. Embora o § 4º do art. 461 contenha a expressão “poderá” impor multa na sentença ou na tutela antecipatória, podendo levar ao entendimento de que as ordens judiciais serão seguidas de coerção pecuniária segundo o critério do juiz, deve prevalecer entendimento mais realista desta espécie de provimento. Se a ordem é veiculada para obtenção do resultado específico a ser obtido pelo próprio obrigado, com o fito de afastar a indesejável resolução das obrigações em perdas e danos, essa *ordem deve pressupor uma coerção* e que esta seja compatível com a gravidade da situação concreta, sob pena de restar frustrada a prevenção do ilícito.

Realmente, não haverá nenhuma eficácia na ordem despida de coerção, razão pela qual a eficácia mandamental, contida na sentença inibitória deverá, necessariamente, estar associada à multa, independentemente do autor ter formulado pedido expresso nesse sentido, por isso, o legislador facultou a imposição da multa cominatória de ofício (“poderá”). Vê-se que o papel da multa para a sentença inibitória é a própria *ratio* desta tutela preventiva, haja vista que a sua ausência importará em desnaturar a essência da tutela inibitória, qual seja, atingir o resultado da obrigação com a colaboração do próprio devedor. E se os deveres legais de abstenção importam em um não fazer, em não violar um direito materialmente

assegurado, a obrigação infungível deve ser realizada pelo próprio devedor, a menos que o juiz verifique que a multa será inócua ao caso concreto, *e.g.*, o obrigado não possui patrimônio para compelir à observância do preceito, situação em que deverá atender ao princípio da efetividade e da necessidade, sub-rogando o ato pessoal em medidas executivas capazes de conferir àquele que tem razão o resultado prático e útil pretendido. Por outro lado, pode-se revelar que o poderio econômico do obrigado fortalece suas razões em inobservar ao comando judicial, mesmo que a multa tenha sido cominada considerando esse fator ou, ainda, quando em função da urgência da medida a ser tomada para que não ocorra a temida violação, não haja tempo para impor uma conduta ao obrigado, devendo o juiz valer-se de medidas executivas preventivas para evitar a atitude contrária ao direito em decisão antecipatória. Nestes casos -evidentemente quando é possível prevenir o ilícito-, a tutela preventiva não será inibitória, mas executiva, razão pela qual seu provimento é o executivo (*lato sensu*) e não o mandamental, prescindindo de qualquer processo executivo posterior.

Mas deixando-se de lado a fungibilidade da tutela inibitória -antecipatória ou final-, importa dizer que a qualificação da multa como meio indireto de execução⁵¹⁸ quer significar que não se trata de execução patrimonial do obrigado, mas de *ameaça* a sua esfera patrimonial, que se coloca sob condição, ou seja, depende única e exclusivamente do próprio obrigado em observar o conteúdo da ordem judicial. A multa possui uma função instrumental, como diz Luiz Ramon MADOZZO “encaminada a la finalidad que persigue, de lograr vencer la resistencia del deudor incumpliente; por ello, cumplida la obligación deben cesar. Su imposición

⁵¹⁸ Cf. LIEBMAN. Enrico Tullio. “Processo de execução”, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968, p. 170.

se la realiza a título de amenaza y non com carácter definitivo, por lo cual, ante esta eventual variación, no causan instancia ni hacen cosa juzgada.”⁵¹⁹

Por esta razão, está afastada a idéia de que a multa cominatória (processual) possa ser confundida com perdas e danos (indenização). Trata-se de um meio exclusivamente processual e neste sentido o legislador brasileiro foi muito claro, estabelecendo que a multa dar-se á sem prejuízo da indenização por perdas e danos (CPC, art. 461, § 2º). Não poderia mesmo ser diferente, pois a própria Lei francesa tratou de corrigir o seu deslize (Lei 72-226 de 1972), de forma que o artigo processual em epígrafe deve ser entendido como a expressa autorização da cumulação de pedido indenizatório com a multa devida por ocasião da inadimplência do devedor ou mesmo sua mora.⁵²⁰

É nesse sentido a pertinente observação de Kazuo WATANABE ⁵²¹

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que,

⁵¹⁹ MADOZZO, Luiz Ramon, op., cit., p. 156.

⁵²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inibitória”, op., cit., p. 173.

⁵²¹ WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”, *in Reforma do Código de Processo Civil*, op., cit., p. 47.

ao descumprimento da obrigação, é devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Neste sentido, deve ser interpretado o § 2º do art. 461.

Ademais, deve-se recordar que a tutela inibitória não tem nenhuma relação com o eventual dano que o ilícito em curso ou anteriormente praticado possa ter causado ao titular do direito, o qual pretende prevenir-se de nova ilicitude que poderá ser cometida pelo mesmo infrator.⁵²² Visto que a indenização não se destina a prevenir, mas a compensar o prejuízo suportado, há a possibilidade de cumulação dessas espécies de pedidos, inclusive mediante a antecipação do pedido inibitório, que não depende, para a sua concessão, de prova plena da ameaça, encontrando-se normalmene apto para julgamento antes da dilação probatória para demonstração do prejuízo a ser ressarcido.

⁵²² Para Hugo Alsina a multa destinando-se a castigar a desobediência e não a reparar o prejuízo, possui fundamento em que a parte tem um direito e interesse legítimo em obter o cumprimento daquilo que foi ordenado, ainda que esse interesse não seja expresso em dinheiro. (ALSINA, Hugo. “Tratado teórico e práctico de derecho processal civil y comercial”, t. V, p. 47, *apud* MADOZZO, Luiz Ramon, *op.*, cit., p. 158)

4.4.1.1 O VALOR DA MULTA. IMPOSIÇÃO, LIMITES E MODIFICAÇÃO

A multa (*astreinte*)⁵²³, além de ter por finalidade exercer pressão sobre a vontade do obrigado para o cumprimento da obrigação contida na ordem que lhe foi endereçada, destina-se, também, conforme diz DINAMARCO, a “levá-lo à conclusão de que lhe sai mais barato cumprir sua obrigação do que arcar com as pesadas consequências do inadimplemento.”⁵²⁴

A noção de coerção, que a *astreinte* abriga, estará presente no valor que lhe for fixado pelo juiz, pois a eficácia da coercibilidade significa a própria efetividade da tutela inibitória.

Por isso, o *quantum* da cominação é fator de suma importância para a garantia da tutela inibitória, devendo o montante pecuniário ser capaz de envergar o propósito ilícito, mesmo que o legislador brasileiro não tenha estabelecido qualquer limite ao seu valor no art 461 do CPC, mas nem por isso o instituto capaz de dar efetividade à tutela inibitória restará inoperante. No silêncio da lei, o parâmetro da fixação da multa deve ser aquele que permita exercer sua

⁵²³ Segundo CRETELLA NETO *astreinte* é “palavra francesa, derivada do verbo *astreindre*, que significa adstringir, apertar, estreitar, rejeitar, submeter. Meio de constrangimento do devedor, para forçá-lo a cumprir a obrigação, que consiste em condenação à pena pecuniária diária, em favor do credor, por determinação judicial, fixada segundo o arbítrio do juiz.” (CRETELLA NETO, José. “Dicionário de processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59)

⁵²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., p. 157.

finalidade, ou seja, o juiz deve basear-se no poderio econômico do obrigado, como diz MADOZZO “se fija sobre la base del caudal económico del obligado, a razón de tanto por día y outro período de retardo en el cumplimiento.”⁵²⁵

Esta orientação foi consignada pela Lei 9.099/95 em seu art. 52, inc V ⁵²⁶

Nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa

⁵²⁵ MADOZZO, Luiz Ramon, op., cit., p. 156.

⁵²⁶ Ressalte-se que o artigo 52, inc. V da Lei dos Juizados Especiais confere contornos mais completos à tutela específica das obrigações do que o disposto no arts. 84, do CDC e 461, do CPC, dado que abrange, literalmente, também as obrigações de dar. Objetivando adequar o instituto à situação que vem sendo agasalhada pela doutrina, comenta Athos Gusmão Carneiro, que o “Anteprojeto ora em estudos pela Comissão de Reforma (sob a proposta do Prof. Teori Albino Zavascki) incorpora artigo do teor seguinte”:

“Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica, fixando prazo para o cumprimento da obrigação.

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

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

§3º Aplicam-se à ação prevista neste artigo as disposições dos parágrafos 1º a 6º do artigo anterior.”
(*apud* CARNEIRO, Athos Gusmão, op., cit., p. 50)

diária arbitrada *de acordo com as condições econômicas do devedor*, para a hipótese do inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado (grifo meu).

Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em Acórdão n. 122628, julgado em 23/08/1999 pela 3ª Turma Cível, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante, v.u., que não interessa ao Estado que suas decisões sejam inócuas quando se trata de obrigação de fazer ou não fazer, dependente da vontade do obrigado; por isso as *astreintes* são forma de coerção processual, cabível, também, em tutela antecipada, cujo valor não recebeu qualquer teto por parte do legislador, devendo ser aplicada na *justa medida* para eficácia da coerção.⁵²⁷ Evidentemente, em se tratando de direitos não patrimoniais dos quais

⁵²⁷ Ementa: “Civil. Processo Civil. Obrigação de Fazer. *Astreintes*. Valor. Parâmetros. Possibilidade de Fixação em Tutela Antecipada. Cabimento. Limite Legal. Inexistência. Função Coercitiva. Enriquecimento Sem Causa. Vedação. 1. Em se tratando de obrigação na qual predomina o *facere*, preocupou-se o legislador em conferir maior eficácia, às decisões e sentenças, já que, não podendo o Estado valer, na espécie, dos meios de sub-rogação, para deferir ao credor a prestação específica, substituindo a atividade da devedora recalcitrante, emprestou maior força de coerção ao provimento judicial, prevendo a fixação de *astreintes*, até mesmo independentemente de pedido nesse sentido. 2. Não é do interesse do Estado que seus órgãos jurisdicionais emitam provimentos inócuos, desprovidos

decorre o dever genérico de abstenção (direitos à marca, ao invento e de autor) não há que se falar em limitar a multa cominatória ao valor da obrigação, porque além inexistir mensuração pecuniária nestes deveres legais, utilizar do parâmetro do direito material (CC, art. 920) ante a falta de limite imposto pelo legislador ao § 4º do art. 461 do CPC importaria em confundir cláusula penal com multa processual (*astreintes*).⁵²⁸ Desta forma, nem mesmo o valor da *causa pode servir de parâmetro para a fixação da multa*.⁵²⁹

de força coercitiva, em se cuidando de cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, que ficam na dependência da vontade do devedor, mormente quando impossível a substituição da atividade omitida por atos judiciais que realizem o direito assegurado no título. O credor tem o direito, precisamente, àquilo que obteria se o devedor cumprisse espontaneamente a obrigação. A fixação da multa diária visa desestimular o inadimplemento, tornando-o excessivamente oneroso. 3. As *astreintes* não se preordenam, primordialmente, a serem pagas, posto que não substituem a obrigação. Como meios de coerção processual, compelem o devedor recalcitrante, tornando desvantajosa a persistência no inadimplemento. Cabível, sua fixação, inclusive em provimento de tutela antecipada, demonstrados os seus pressupostos: a verossimilhança do direito alegado e a resistência infundada da devedora em cumprir sua obrigação. 4. Quanto ao valor, não se preocupou o legislador em estabelecer qualquer teto, ao contrário, por exemplo do que fez com o instituto de direito material que é cláusula penal, que terá no máximo, o valor do montante do débito. Todavia, a jurisprudência de nossos tribunais tem se ocupado em fixar-lhe a justa medida, a fim de que não seja tão baixa, que se esvazie sua função coercitiva, ou tão alta, que favoreça o enriquecimento sem causa.” (*in DJU*, em 09/03/2000, p. 17)

⁵²⁸ Sobre a inaplicabilidade do art. 920 do CC para limitar o caráter inibitório das *astreintes* com entendimento de que a multa imposta judicialmente não se confunde com a cláusula penal contratual, RESP 196262, j. em 06/12/1999, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes, *in DJ*, 11/09/2000, p. 250. Sem razão, pois, o Acórdão proferido pelo TJSP em Ap. Cív. 58.290-4/6, j. em 03.11.1998 pela 3ª Câmara, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani: “SENTENÇA -Aplicação de multa prevista no art. 461, § 4º,

Considerando que a multa reverta para o autor e não para o Estado (art. 461, § 2º) o seu *quantum* necessita estar estabelecido sob duas condições: a) deve ser proporcional à capacidade econômica do obrigado, de forma que se sinta compelido a não descumprir a ordem judicial; b) não deve consistir em enriquecimento sem causa ao autor, para quem a multa reverterá em caso do não cumprimento da decisão judicial.

Na ausência de norma expressa que determine o parâmetro para fixação das *astreintes*⁵³⁰, o critério que leva em conta o patrimônio do obrigado, ou seja, as condições econômicas de quem deve se abster da prática ilícita parece ser a balança mais exata para que o juiz comine o valor da multa destinada a desencorajar o propósito de cometer a ilicitude. A *justa medida* parece ser aquela que pressione o obrigado a cumprir a ordem judicial determinada como resultado de ter sopesado o custo-benefício de sua intenção em praticar o ato que contraria seu dever

do CPC- Reprimenda que jamais poderá superar o valor da obrigação principal -Obrigatoriedade, portanto, de o Juiz estipular prazo razoável para o cumprimento do preceito- Aplicação do art. 920 do CC.”, *in RT-761*, março de 1999, p. 227.

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, *op.*, cit., p. 175, nota 394.

⁵³⁰ “Obrigação de fazer. Execução. Multa. Limite. Ao contrário do Código de 39, a Lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença que tem o objetivo induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença. Impossibilidade de cumprimento de que não se cogitou.” (STJ-RESP 141559/Rj, 3ª T, j.em 17/03/1998, rel. Min Eduardo Ribeiro, v.u., *in DJ*, 17/08/1998, p. 68)

de abstenção, de *alterum non laedere*.⁵³¹ Nem inconsistente, ao ponto de não ameaçar o patrimônio do obrigado, nem demasiadamente exorbitante para cumprir seu objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação tutelada. Por isso a referência do § 4º do art. 461 à *suficiência e compatibilidade*, reforçando não se tratar de faculdade discricionária do juiz quando deve se pautar pela *justa medida*.⁵³²

Exatamente em função de seu caráter coercitivo e sua função intimidativa é possível ao juiz, que emitiu o ordem em sentença inibitória ou em decisão antecipatória, rever o montante que ele mesmo fixou -mesmo que o art. 461 não tenha feito referência expressa- a fim de adequá-la ao fim perseguido, como autorizado ao juiz da execução (CPC, art. 644, parágrafo único)-, lembrando que sua eficácia dependerá de intimação ao obrigado, momento em que o novo valor passará a vigorar com a função de *astreinte* ao caso concreto.

⁵³¹No sentido de tomar como parâmetro a capacidade patrimonial do obrigado, Carreira Alvim preceitua que “a capacidade econômica compreende tanto o poder de gasto do obrigado quanto o seu patrimônio, pois qualquer deles pode servir de base para a fixação do valor da multa. Destarte, o obrigado pode não ter patrimônio visível (imóveis, veículos, etc), mas, na qualidade de executivo de uma grande empresa, ser titular de uma remuneração digna de um executivo de primeiro mundo (...). De outro lado, pode não ter um grande salário, mas dispor de um patrimônio razoável, passível igualmente de garantir a consequência prática do efeito constrictivo exercido sobre a vontade.” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. “Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, op., cit., pp. 115-116)

⁵³² Cf. RESP 141559, j. em 17/03/1998, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, v.u., in *DJ*, 17/08/1998, p. 68.

O fato do juiz da execução ser autorizado a modificar o valor da multa, fixado na sentença inibitória transitada em julgado, não constitui, na verdade, ofensa à coisa julgada, mas, também, não se trata de *cláusula rebus sic stantibus*, porque a multa não circunscreve-se à pretensão, que tem por finalidade impedir a atitude ilícita do obrigado, sendo, portanto, forma de dar efetividade à sentença inibitória, a qual não é atingida pela imutabilidade da coisa julgada material.⁵³³

Por outro lado, a modificação de seu valor, fixado na inibitória antecipatória ou na inibitória final, pode ser objeto de recurso para aumentar ou reduzir o *quantum* cominado⁵³⁴, mas advirta-se que o tribunal, ao rever a decisão, deve estar atento em não tornar a multa meio idôneo para a prática do ilícito, ou seja, a compatibilidade da multa com o patrimônio do obrigado não significa rebaixá-la a ponto de induzir ao descumprimento do comando judicial⁵³⁵, ou como diz Arruda

⁵³³ TALAMINI, Eduardo. “Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*”, op., cit., p. 155, nota 28; MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 183-184.

⁵³⁴ “Execução -Obrigação de fazer- Aplicação de multa em face do não cumprimento, pelo devedor, da decisão judicial -Alteração, pelo Juiz, do valor da pena pecuniária- Admissibilidade para o *quantum* ficar compatível com o retardo no cumprimento da ordem judicial- Inteligência do art. 644 e par. ún. do CPC.” (TRF 2ª Região, *AgIn* 97.02.13038-7- RJ -3ª T, j. em 04.02.1998, rel. Juíza Federal Maria Helena - *DJU* 26.05.1998, *in* *RT*-758, dezembro de 1998, p. 378)

⁵³⁵ Este parece ser o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que no Acórdão n. 124120, julgado em 14/02/2000 pela 3ª Turma Cível, rel. Des. Jair Soares, decidiu negar provimento ao apelo que pleiteava modificação à multa cominada em ação de cumprimento de obrigação de fazer em decorrência de julgamento antecipado por não comparecimento do réu. Ementa:

ALVIM, o importante do *quantum* é impedir que o réu faça a opção “entre cumprir a obrigação e o pagamento da multa, pois seu objetivo é o de proporcionar o cumprimento da obrigação *in natura*, é o de criar condições para que o processo seja realmente efetivo.”⁵³⁶

Cumprir salientar, quando se trata de obrigação de não fazer, que a multa diária (art. 461, § 4º) somente será efetiva para a modalidade de inibitória em que o ilícito seja de caráter continuado, porque se se tratar de inibitória anterior a qualquer ilícito ou para impedir ilícito futuro, por óbvio, a multa deverá ser cominada em valor fixo. Conforme diz MARINONI, “a multa, em tais casos, pode ser aplicada por dia de atraso na cessação do ilícito; entretanto, quando se deseja impedir a prática ou a repetição de um ilícito, não há outra saída que não a imposição da multa em valor fixo.”⁵³⁷ Caso não fosse assim, a multa não alcançaria a finalidade de impedir que alguém publicasse obra contendo plágio, pois, uma vez publicada e, portanto, praticado o ilícito, não haveria razão para a prevenção mas tão-somente para pedir tutela ressarcitória. Por isso, diz o processualista paranaense, que a “alusão à

“Ação de cumprimento de obrigação de fazer. Cerceamento de defesa. Inexistência. Outorga de escritura. Multa diária (asterintes). 1- (...). 2- A multa diária, nas obrigações que tenham por objeto cumprimento de obrigação de fazer -astreintes, § 4º, do art. 461 do CPC- não é pena, mas providência inibitória. Tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma específica. Pode e deve ser fixada em valor elevado. Se módico o valor, não há porque modificá-lo. 3- Apelo não provido.” (in *DJU*, 03/05/2000, p. 37)

⁵³⁶ ALVIM, Arruda. “Interpretação da sentença liquidanda -fidelidade ao seu sentido original- multa convencional e astreintes -diferenças e limites”, *RePro*, v. 77, p. 182.

⁵³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., p. 177.

multa diária, presente nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa, capaz de permitir a efetiva *tutela das obrigações de fazer e não fazer* são as características do próprio caso concreto apresentado ao juiz.”⁵³⁸

Mas, partindo-se do pressuposto de que a multa não cumpriu seu objetivo, e aquele que estava obrigado ao dever legal de abstenção concretizou o ilícito ou não cessou sua prática, independentemente de o juiz estar autorizado a utilizar das medidas necessárias para remover a ilicitude, insta saber qual o destino da pena pecuniária nos casos de inobservância da ordem judicial. Em primeiro lugar é necessário estabelecer o momento em que a multa começou a vigorar, para então, precisar a forma como ela será exigida, revertendo-se ao patrimônio do autor.

4.4.1.2 A RESPEITO DA INCIDÊNCIA E DA EXIGIBILIDADE DA MULTA

A multa contida na tutela inibitória antecipatória ou na inibitória final, se não possui caráter indenizatório, mas coercitivo, deve vir cominada

⁵³⁸ *Ibidem, idem*, p. 179.

com o termo a partir do qual passará a incidir, influenciando sobre a vontade do obrigado em cumprir a ordem dentro do prazo estipulado (art. 461, § 4º).⁵³⁹ Trata-se, portanto, de critério estabelecido pelo juiz em cada caso concreto, considerando o tempo *suficiente e compatível* com cada obrigação que se apresenta, nos mesmos moldes que o juiz deve atender para fixar o montante da multa, ou seja, na *justa medida* para que o credor obtenha a prestação *in natura*.⁵⁴⁰

Escoado o prazo fixado para observância do mandamento, incidirá a multa nos moldes estabelecidos na decisão (fixa, diária ou progressiva), com a ressalva anteriormente feita para os casos em que a multa sofrer modificação pelo juízo que a cominou ou em grau de recurso -interposição de agravo com atribuição de efeito suspensivo pelo tribunal (CPC, art. 558) ou apelação recebida no duplo efeito-, situações em que a *incidência se efetiva a partir da intimação* do montante fixado.⁵⁴¹

⁵³⁹ Em dissídio jurisprudencial (arts. 632 e 644) entendeu o STJ (RESP n. 110344/RJ, 3ª T., j. 01/06/2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) que: “Se a multa foi imposta na forma de pena pecuniária, não como punição, mas como meio para o cumprimento da decisão, atua ela como *astreinte*” *in DJ*, 14/08/2000, p. 164.

⁵⁴⁰ Nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. “Tutela mandamental e executiva *lato sensu*”, op., cit., pp. 156-157.

⁵⁴¹ Diferentemente do ordenamento alemão onde a multa reverte-se ao Estado, assim como o ordenamento processual português (art. 829-A), que estabelece o produto da multa em partes iguais ao autor e ao Estado. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 178-181.

Fora os casos acima previstos a multa incidirá tão logo decorra o prazo estabelecido pelo juiz, sendo devida ao autor, que segundo o ordenamento processual civil brasileiro (art. 461, § 2º), é o destinatário de seu produto.⁵⁴² Maior atenção merece a questão que envolve a execução da multa, ou seja, resta saber qual o momento em que a mesma pode ser cobrada, se imediatamente, isto é, a partir da sua incidência, ou após o trânsito em julgado da decisão que a cominou.

A aparente dúvida ocorre em função da inexistência de norma que regula o momento de sua exigibilidade, conforme explica DINAMARCO, mas acrescenta que “elas só podem ser cobradas a partir da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que as concede: antes, é sempre possível a supressão das *astreintes* ou do próprio preceito pelos órgãos superiores.”⁵⁴³

Significa dizer que, considerando a possibilidade de sua redução ou majoração e o benefício conferido ao autor antes da confirmação da decisão ou da sentença inibitória pelo órgão superior, parece mais acertado concluir que a multa somente poderá ser cobrada (exigida) a partir do momento em que é confirmada pelo trânsito em julgado da sentença ou da decisão interlocutória que antecipa seus efeitos. Assim, se se tratar de multa estabelecida em sentença inibitória

⁵⁴² Esta também é a solução do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 37, onde a sanção pecuniária será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

⁵⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., p. 160.

final, o autor deverá aguardar que se efetive a preclusão recursal da sentença para cobrar o montante que lhe é devido em virtude da transgressão da ordem judicial.

A problemática parece se encontrar na exigibilidade da multa cominada em decisão inibitória antecipatória, porque considerando a afirmação de Cândido DINAMARCO, ou a multa é exigível a partir da preclusão da sentença final que a confirmar, segundo a natureza provisória da tutela antecipatória, em função da cognição sumária realizada pelo juiz; ou a cobrança da multa não vincula-se ao resultado do exame final, e, portanto, a multa pode ser cobrada a partir da transgressão da ordem contida na decisão interlocutória, ou seja, imediatamente, a partir da incidência da multa, pois, como é sabido, o recurso de agravo cabível à espécie não tem efeito suspensivo (a menos que lhe seja conferido pelo tribunal) sendo, portanto, viável sua cobrança ainda que pendente o recurso de agravo.

Considerando as duas premissas que se apresentam, TALAMINI avalia que a segunda hipótese “parece ser mais compatível com o regime geral da tutela antecipada”, reconhecendo que “diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, a multa é desde logo exigível.”⁵⁴⁴

De fato, porque seus efeitos são veiculados imediatamente, torna-se difícil sustentar que a cobrança da multa deverá aguardar a confirmação da sentença final sob o argumento de que a cognição da decisão antecipatória sendo sumária, portanto provisória, pode ser modificada a qualquer tempo, o que impediria a cobrança imediata da multa, que ao final poderia não ser

⁵⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. “Tutela mandamental e executiva *lato sensu*”, op., cit., pp. 158-159.

devida ao autor. No entanto, deve-se salientar que o regime da tutela antecipatória conferiu parâmetros seguros ao juiz, pois devendo motivar sua decisão, deve estar convencido de que as provas produzidas, ainda que de forma não plena, são suficientes para declarar a ameaça temida pelo autor, ordenando ao réu que se abstenha de praticar o ato ilícito sob pena de cominação de multa. Trata-se de ordem judicial, de mandamento da autoridade estatal, que não pode ser considerado inefetivo em função da natureza da cognição que se verificou, e foi exatamente por isso que houve a cominação da multa, ou seja, para garantir-lhe a obediência. Entender que a ordem emanada através de tutela antecipatória depende de sua confirmação por ocasião da sentença final ou em grau de recurso é o mesmo que retirar-lhe qualquer eficácia e razão de existir. Nesses moldes, quem estaria obrigado a acatar ao comando estatal que ainda não é eficaz porque está sob condição? Certamente haveria a ruína da tutela inibitória antecipatória.

O fato da multa ser *executada e não atuada* (como o provimento madamental e o executivo *lato sensu*)⁵⁴⁵ é capaz de ressucitar a antiga idéia de se esperar que a verdade surja incontroversa para se adentrar no patrimônio do devedor, sem se dar conta de que a multa não tem finalidade reparatória, mas é a

⁵⁴⁵ Sobre a necessidade de execução da multa processual o STJ exarou o seguinte entendimento: “A multa diária somente pode ser cobrada a partir do descumprimento da sentença, o qual, por sua vez, requer a instauração do processo de execução e sua regular formação, com a citação, impedindo entender-se que a condenação ‘a partir da citação’ seja a citação do processo de conhecimento.” (RESP n. 12645/BA, 4ª T., j. em 23/09/1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in DJ*, 18/12/1998, p. 360)

consequência que suportará aquele que deveria observar -nos casos aqui tratados- o seu dever legal de abstenção e não o fez, praticando ilícitos contra os titulares dos bens intelectuais ao tempo em que transgrediu ordem judicial *vigorante para aquele momento*.⁵⁴⁶ Não configura indenização e nem com ela se confunde. Mas se a cobrança da multa, nestes termos, dá impressão de ressarcimento, é de se concordar com MARINONI, que propõe ser a multa revertida ao Estado, conforme acontece nos ordenamentos alemão e, em parte no ordenamento português.⁵⁴⁷ Se entre nós assim não acontece, não há porque impedir o autor de executar a multa, porque realmente não se trata de ordem condicional, mas de ordem legal que ao ser descumprida tornou-se, por esse fato, exigível.

Já se disse, que a multa configura-se como uma ameaça ao obrigado para cumprir a ordem judicial, cuja incidência e consequente exigibilidade depende exclusivamente de sua atitude, ou seja, infringindo a ordem não há que se insurgir contra a sua cobrança. É neste sentido o posicionamento de Sérgio ARENHART⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Afirma Dinamarco que as “multas costumam associar-se ao instituto do *Contempt of court*, considerando que o descumprimento de ordens judiciais importa em insubordinação à autoridade e não só lesão ao credor.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit., p. 159)

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 178-181.

⁵⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela inibitória da vida privada”, Coleção *Temas Atuais de Direito Processual Civil*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 201.

Se, no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade daquela decisão. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado. Não se pode, portanto, dizer que ocorreu *apenas* o inadimplemento de uma ordem do Estado-juiz. Ocorreu, em verdade, a transgressão a uma ordem, que se presume legal. Se o conteúdo desta ordem será, posteriormente, infirmado pelo exame final da causa, isto pouco importa para o cumprimento da ordem em si.

Nem se diga que a multa não faz parte da tutela específica almejada pelo autor, para não lhe conferir o direito à execução resultante de imposição da *astreinte* em tutela antecipatória antes que o exame final lhe confirme a razão afirmada. Conforme evidenciado por ZAVASKI *o título executivo que autoriza a cobrança da multa é autônomo e independente*. “Ele, formalmente, é representado pela decisão que impõe as *astreintes*, fixando o seu valor e a data da sua incidência. E, substancialmente, é uma norma jurídica individualizada nascida de um suporte fático próprio: o não cumprimento da obrigação no prazo constante do mandado executivo(...)”⁵⁴⁹

A *astreinte*, não sendo objeto da pretensão do autor -e isto resulta claro da norma que permite ao juiz impô-la de ofício (art. 461, § 4º)-, mas medida constrictiva necessária ao escopo de promover a finalidade da decisão judiciária, é exigível em razão de ser suporte da decisão a que se atrela, pouco

⁵⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. “Comentários ao código de processo civil”, v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 508.

importando a sua natureza, sendo, pois, antecipatória, a *astreinte* tem por fim conferir-lhe efetividade (observância), não possuindo vínculo algum com a sentença final e, por isso, não depende de seu conteúdo para ser exigível. Além disso, considerando a doutrina acima descrita, em que as multas processuais conferem *título executivo autônomo* ao autor (embora cominadas formalmente na decisão interlocutória), torna-se difícil sustentar que as multas *sujeitam-se ao regime de execução provisória*, previsto no § 3º do art. 273 do CPC: “a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.”⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ Em sentido contrário, sustentando o cabimento da execução provisória às *astreintes* fixadas em tutela antecipatória, Talamini, *verbis*: “Parece que o mais compatível com o regime geral da tutela antecipada é reconhecer-se que, nesse caso, diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, a multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente provisória (CPC, art. 588).” (TALAMINI, Eduardo. “Tutela mandamental e executiva *lato sensu*”, op., cit., p. 159); Também Zavascki, refutando a doutrina de Dinamarco (passagem transcrita nesta obra, v. nota .538), entende ser incabível a execução provisória, ao seguinte argumento: “na verdade, a hipótese da reforma de título executivo é da essência de qualquer execução provisória e não apenas dessa. Se tal circunstância fosse empecilho à propositura da ação, toda e qualquer forma de execução provisória estaria banida do sistema. Nada impede, assim, seja ela promovida, nos moldes e nos limites previstos no art. 588 do Código.” (ZAVASKI, Teori Albino. “Comentários ao código de processo civil”, op., cit., pp. 507-508). No mesmo sentido, Marinoni afasta a execução provisória, entendendo que é irracional “admitir-se que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executar (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória. Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão, apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inibitória”, op., cit., pp. 181-182)

Note-se que o legislador falou em *execução da tutela antecipada*, e se a multa confere título autônomo e independente, significa que não é objeto da tutela antecipada, mas instrumento de sua efetivação. Resta lembrar que a pendência do recurso de agravo, ao qual tenha sido atribuído efeito suspensivo pelo tribunal -com intuito de modificar o valor da multa, impede a incidência da mesma, e, conseqüentemente, a sua exigibilidade, razão pela qual não faz sentido dizer que a pendência do recurso de agravo, nesse âmbito, ensejaria a execução provisória. Por outro lado, não havendo pendência do recurso de agravo (ou, em havendo -com o fito de impugnar somente o conteúdo da decisão sem abranger a *astreinte*- com o efeito que lhe é inerente -CPC, art. 497-) é de se concordar com Sérgio ARENHART, quando sustenta ser inviável o regime da execução provisória às *astreintes* ⁵⁵¹

O autor jamais terá interesse em promover a execução da multa (em caso de descumprimento), pois sabe que, na eventualidade de decisão final contrária aos seus interesses, terá de indenizar ao réu os prejuízos que este sofreu pela execução da medida (art. 588, I, do Código de Processo Civil). Com esta ameaça qual credor estará disposto a correr o risco de exigir a multa e ver, posteriormente, seu patrimônio escorrendo pelo ralo, com a indenização pela improcedência da demanda?

⁵⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela inibitória da vida privada”, op., cit., p. 203.

Destarte, sendo a multa um instrumento para conferir efetividade à tutela inibitória, há de se entender que se trata de elemento de reforço para o cumprimento da obrigação específica pretendida pelo autor, razão pela qual sua exigibilidade depende de processo autônomo de *execução por quantia certa*⁵⁵² e, nesse sentido, o conteúdo do art. 644 do CPC reforça a idéia de que a multa *deve* - e não só pode- acompanhar a sentença mandamental como forma de coerção, já que o artigo autoriza ao juiz a impor a multa caso *a sentença seja omissa*, por essa razão, afirma DINAMARCO que a imposição da multa “não fica condicionada ao *petitum* específico” e que a eventual omissão do juiz na sentença “não deixará o julgado desprovido do estímulo das *astreintes* porque na execução a omissão será suprida.”⁵⁵³

É o que doutrina ZAVASCKI quando diz que para essas obrigações “as *astreintes* são o único meio disponível para fazer com que a prestação chegue ao credor *in natura*.” Não se deve esquecer que o provimento mandamental contido na decisão inibitória antecipatória ou final é somente *atuado* (prescinde de execução), conforme se extrai da doutrina deste mesmo comentarista, quando se refere que a tutela específica de fazer e não fazer, sendo eminentemente preventiva, *corresponde a uma sentença de natureza mandamental, não havendo, por absoluta incompatibilidade, ação autônoma de execução, com fundamento no art. 644.*

⁵⁵² Segundo Dinamarco, “o novo art. 644, reproduzindo o que vinha de antes, estabeleceu que o juiz fixará a data a partir da qual a multa será devida. Não distingue entre multa fixada em sentença, em decisão antecipatória ou na execução- e, portanto, essa determinação legal tem valia geral.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do código de processo civil”, op., cit, p. 160)

⁵⁵³ *Ibidem*, *idem*, p. 160.

*Execução autônoma poderá se necessária em se tratando da execução da multa (execução por quantia certa) e não do comando sentencial que tutelou a obrigação específica de não fazer.*⁵⁵⁴

Com efeito, o cumprimento das obrigações de não fazer (como são as ações que visam proteger a integridade dos direitos sobre os bens intelectuais), devendo efetivar-se pelo próprio obrigado -salvo as situações evidentemente inviáveis-, impõe-se mediante provimento mandamental, cujo desatendimento acarreta ao obrigado a constrição de seu patrimônio mediante instauração de processo de execução e, como consequência do mandado judicial insatisfeito, configura o ilícito penal descrito no art. 330 do Código Penal como crime de desobediência. Vê-se que as medidas coercitivas, decorrente da não observância da ordem expedida pela autoridade judicial, recaem tanto sobre o patrimônio do obrigado quanto sobre a sua pessoa física.

4.4.2 O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL E A PRISÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. NÃO HÁ VEDAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pensar que a prisão do obrigado, que não cumpriu a ordem judicial de fazer ou de não fazer, resulta do poder conferido ao juiz em aplicar

⁵⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. “Comentários ao código de processo civil”, op., cit., pp. 466-467.

as “medidas necessárias” para o cumprimento dessas espécies de obrigação, autorizadas pelo § 5º do art. 461, é mais do que um erro, significa afronta ao texto constitucional que veda a prisão civil por dívida (art. 5º, inc., LXVII).

Este mesmo dispositivo constitucional aborda as duas exceções previstas: a do depositário infiel e a do devedor de alimentos, consagrando exatamente a regra geral que é a vedação de *qualquer outra espécie de prisão civil*. Por isso há quem sustente ser inconstitucional a prisão do obrigado ao cumprimento de ordem judicial, sob a alegação de que diferentemente do ordenamento anglo-saxão e do ordenamento alemão já referidos, no ordenamento jurídico brasileiro esta é uma impossibilidade prevista na Lei Maior.

Merece atenção a observação que faz Kazuo WATANABE⁵⁵⁵

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarquem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante-fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil) em depositário em favor do alienatário-fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se

⁵⁵⁵ WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”, *in Reforma do Código de Processo Civil*, op., cit., pp. 46-47.

tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que desobedece à ordem legítima do juiz. Os sistemas *alemão e austríaco* permitem a imposição da sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo *anglo-saxão*, através do instituto do *Contempt of Court*, admite a prisão além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado.

Concessa venia ao ilustre processualista, não parece que a prisão do alienante fiduciário encontre respaldo no permissivo Constitucional, que autoriza a prisão civil equiparável ao depositário infiel. Embora trate-se de questão controvertida, a ficção jurídica estendida à essa espécie de prisão civil não é autorizada pela CF/88, conforme resta claro do recente posicionamento firmado pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Na hipótese de alienação fiduciária, a equiparação do devedor a depositário infiel constitui ficção jurídica ditada pelo Dec.-lei 911/69, merecendo o respectivo decreto de prisão ser sanado pela via do *habeas corpus*, conquanto a nova ordem constitucional suprimiu da legislação ordinária o poder de ampliar as exceções à proibição da prisão por dívidas.”⁵⁵⁶ De forma que a

⁵⁵⁶ In *RT- 701/94*, p. 150. Outros julgados pronunciam a inconstitucionalidade do referido decreto, entre eles: STJ- Resp 7.943-RS, 4ª T, j. 30/04/1991, v.u., rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, in *DJU*, 10/06/1991, p.7.854, entendendo que a cominação de prisão civil, em casos tais, não é essencial à natureza mesma da ação de depósito e está excluída do permissivo do art. 5º, LXVII, da CF, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral; TAPR, 4ª Câm Cível, Ap. Civ. 95.116-0, j. 13.11.1996, rel. Juiz Idevan Lopes, v.v. Juiz Ruy Cunha Sobrinho: em suas

prisão civil somente pode ser decretada nos dois casos mencionados, os quais não merecem alargamento legal ou doutrinário, por expressa vedação do texto constitucional.

Ao desviar-se o emprego da prisão como forma de coerção ao inadimplemento da obrigação ordenada pelo juiz para a órbita civil, coloca-se de lado a esfera que realmente importa para esses casos: o crime de desobediência. Não se trata de ilícito civil, mas de ilícito apenado na esfera penal, conforme prevê o art. 330 do Código Penal, caracterizado pelo descumprimento de ordem emanada da autoridade estatal, e tal norma não fere o dispositivo Constitucional. O que acontece, na verdade, é que o cumprimento de um dever civil pode ter sido observado pelo obrigado como efeito do temor da aplicação da coerção penal. É pois, mero espelho que funciona como efeito reflexo ao escopo da efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁵⁷

razões cita os ensinamentos de Barbosa Moreira na Ap. Cív. 3.568/87, *Lex* 30/214: “O depósito a que o constituinte ligou a prisão civil corresponde a uma figura conceitual elaborada pela ciência jurídica, não comportando, para ampliar o ensejo da sanção, inovações legislativas, sob pena de afronta ao princípio da reserva constitucional (...)”; e a conclusão debatida no XXXVI Seminário Regional da Magistratura, realizado em Paranavaí de 21 a 22 de novembro de 1992, aprovada por unanimidade com a redação: “Com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se inconstitucional a prisão na ação de busca e apreensão convertida em depósito com base no DL 911/69. O texto constitucional vigente somente permite a prisão do depositário infiel propriamente dito, não nas figuras legalmente a ele equiparadas, como o fiduciante.” *In RePro*-87,julh./set., 1997 pp. 335-337.

⁵⁵⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. “Prisão civil e execução indireta (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição federal)”, *RePro*, v. 92, out./dez., 1998, pp. 37 e ss.

Resta dizer, como ressalta óbvio, que os casos em que há configuração do crime de desobediência circunscrevem-se às decisões que veiculam ordens à alguém e, portanto, resultam de decisão judicial cujo provimento é de natureza mandamental, ou seja, cuja eficácia mandamental constitui a força da decisão. Esta conclusão foi bem colocada por WATANABE ⁵⁵⁸

O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão lavrar prisão em flagrante, cuja caracterização do crime depende de intimação pessoal do infrator⁵⁵⁹, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.

Não se trata, com efeito, de discutir se deve ou não

⁵⁵⁸ WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”, op., cit., pp. 46-47.

⁵⁵⁹ Inteligência do art. 330 CP, ver *RT-762*, abril de 1999, p. 759.

deve ser aplicada a coerção penal quando já existe a cominação de multa pecuniária a ser suportada pelo obrigado ao cumprimento de ordem judicial. A coerção penal incidirá independentemente de adimplemento posterior daquele que desobedeceu ao comando da autoridade do juiz, porque a instauração do processo criminal é independente do processo civil que envolve o cumprimento do dever assinalado, cujo procedimento segue o estabelecido na lei processual que dispõe sobre o flagrante.⁵⁶⁰

Perceba-se, com isso, a notória adequação da tutela inibitória à proteção dos direitos que, à semelhança dos direitos de autor e dos direitos à marca e ao invento, encontraram, nos dias atuais, uma tutela jurisdicional efetiva, responsável pelo resgate do poder de *imperium* aos juízes, onde suas decisões deixaram de configurar exortação ao cumprimento dos deveres obrigacionais, mas ressurgem aptas a impor a sua realização pelo obrigado, que certamente deverá optar por cumprir o preceito mandamental a submeter-se à constrição pecuniária e pessoal.⁵⁶¹ Ao que parece, a advertência feita por CARNELUTTI⁵⁶² de conjugar as

⁵⁶⁰ “Deste modo a prisão não constituirá mero meio processual civil de coerção. Tanto é assim que, depois de descumprido o mandamento do Juiz, e conseqüentemente praticado o crime de desobediência, o posterior arrependimento do destinatário da ordem judicial, com o cumprimento daquele comando, não afastará necessariamente a incidência da sanção penal. Isso é em tudo diferente do que se dá com a prisão civil, que cessa no instante em que haja o adimplemento.”(TALAMINI, Eduardo. “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ ”, op., cit., p. 49.

⁵⁶¹ Jorge de Oliveira Vargas, comentando sobre a pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível, expressa-se no sentido de que a Constituição proíbe a pena de prisão por dívida, mas não por resistência ilícita, de desrespeito e afronta à ordem judicial. Para o juiz e professor paranaense, “uma das mais prementes necessidades do Poder Judiciário é tornar a prestação jurisdicional efetiva e não

sanções civis e penais para assegurar a satisfação do direito de crédito, foi plenamente atendida, não passando despercebida nos preciosos comentários de Ovídio BAPTISTA: “Ora, este alvitre é a mais eloqüente e autorizada defesa das sentenças mandamentais, feita por um jurista no início do século XX.”⁵⁶³

apenas declaratória. O que se tem visto e que tanto desgasta a imagem do judiciário é a eternização dos litígios e sua falta de efetividade. Declara-se o direito mas o vencido não respeita a decisão, qual a solução? Perdas e danos? Esta solução tem levado as pessoas a se afastarem do judiciário, porque na maioria das vezes ela, a ação de reparação por perdas e danos, não leva a nada, quer pela demora da apuração e cobrança desta verba, quer porque muitas vezes o patrimônio do requerido não é suficiente para atendê-la ou é impenhorável. Mas não é só isso: não raras vezes a parte deseja o cumprimento específico da obrigação por parte do requerido; não lhe satisfaz a cobrança de multa ou perdas e danos. O poluidor não pode ter direito a continuar poluindo só porque está pagando a multa que lhe foi imposta; a autoridade coatora não pode continuar agindo contrariamente a lei, prejudicando as pessoas, etc...etc...” (VARGAS, Jorge de Oliveira. “A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível”, Revista de Direito Processual Civil, v.3, Curitiba:Gênesis, 1996)

⁵⁶² CARNELUTTI, Francesco. “Diritto e processo nella teoria della obbligazione”, *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua: Cedam, 1927, p. 248.

⁵⁶³ SILVA, Ovídio Baptista. “Curso de processo civil”, v. II, Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 330

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As colocações que se fizeram presentes conduziram a uma visão crítica da tratativa legal e doutrinária, ofertada aos direitos sobre os bens intelectuais como objetos do instituto da propriedade, cuja intenção não foi outra senão a de ajustá-los ao real significado de bens pertencentes à categoria imaterial, para que haja a merecida tutela jurisdicional quando se trata de prevenir a integridade da esfera jurídica de seus titulares.

Pôde-se perceber que os direitos de autor, bem como os direitos à marca e ao invento, embora tenham um significado altamente relevante ao consenso de uma nação, são considerados bens móveis pela lei e pela doutrina, a despeito de uma vasta teoria que, sedimentada ao longo da história, demonstra a acomodação dos estudiosos em aceitarem uma terminologia que não retrata a sua verdadeira natureza jurídica. E o pior é que esse consentimento tácito impôs uma forma de tutela segundo a natureza que lhes saltava aos olhos, ou seja, a tutela reservada à posse e a propriedade.

As incursões deste trabalho, nesses trilhos, buscou retratar a incompatibilidade destas categorias imateriais com a tutela jurisdicional ofertada pela via do interdito proibitório, substituído, pouco depois, pela ação

cominatória e pelas cautelares, instrumentos inefetivos para a satisfação do titular de um direito que pretende não ser compensado pelo prejuízo que irá sofrer durante o *iter* do tradicional Processo de Conhecimento. Em que pese a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV ter proclamado duas espécies de tutelas jurisdicionais, a preventiva e a ressarcitória, cuja aplicação imediata independe de uma norma processual expressa, não houve qualquer mudança na forma de tutela desses bens não patrimoniais, conforme verificou-se nos acórdãos proferidos antes e após a vigência da Carta Maior. A resposta obtida com a presente investigação, não é, afinal, novidade que não visceje nas melhores doutrinas, ou seja, a denúncia de que o instrumento processual não acompanhava as mutações sociais, melhor dizendo, o peso da sua história não permitia que o juiz assumisse papel diferente da mera declaração do direito a quem o possuía. Sem meios eficazes para impor suas decisões, o Estado era devedor de uma antiga promessa para com a sociedade, que não restou perdoada por aqueles que mais se dedicaram ao estudo de uma nova fase que se propugnava ao processo civil. O processo como instrumento do acesso à ordem jurídica é a tônica da tendência que se mostra rumo à efetividade da tutela jurisdicional, onde o eixo central passa a ser a inafastabilidade da jurisdição voltada à realização concreta das pretensões.

A partir, então, da constitucionalização do processo civil, houve a possibilidade de se avançar sobre a insuficiência do modelo tradicional do processo, baseado na classificação trinária das ações e das sentenças para conferir tutela adequada a muitos direitos que necessitavam ser prevenidos, e não ressarcidos em pecúnia, como é o caso dos direitos em comento. Nesse âmbito restou verificado que as ações preventivas aludidas pela doutrina para cumprir tal papel não se

coadunam com a almejada efetividade da tutela jurisdicional, propugnada na fase de “resultados” em que se encontra a Ciência Processual. Na verdade, tomou-se tento de que a sentença de mérito é pouco para quem espera obter a satisfação real de seu direito. Não se quer título, quer-se o bem da vida em tempo hábil, de forma que a manutenção prolongada da insatisfação não gere maior desencanto capaz de abalar o escopo social da jurisdição.

Se não se trata da garantia do bem, mas de obtê-lo prontamente, afastada está qualquer medida assecurativa para tutelar bens incompatíveis com uma mensuração pecuniária. Portanto, pode-se concluir, já a partir deste estudo, que a única tutela capaz de proteger adequadamente os direitos daqueles que buscam a observância do dever legal de abstenção por parte de toda a sociedade, é a tutela específica preventiva para dar cumprimento às ações de não fazer previstas na legislação processual vigente, conforme a nova redação que recebeu o art. 461 com o advento da Lei 8.952/94.

Trata-se da tutela inibitória. Esta tutela, respondendo aos anseios da fase de redescoberta da *tutela dos direitos*, visa impedir que o ato ilícito contra esses direitos tutelados se concretize, porque possibilita tutelar somente a pretensão fundada na ameaça da atividade contra o direito, sendo indiferente ao fato de ter ou não ocorrido um efetivo prejuízo ao seu titular. Tal é o resultado da nítida separação entre a atividade ilícita e o dano que se deseja evitar. A consequência disso tudo é que se pode livrar-se da equiparação dos bens, de essência extrapatrimonial ou não predominantemente, a uma cifra qualquer, que na melhor das hipóteses, destina-se a compensar a falta de tutela adequada e efetiva.

A análise sobre as características, pressupostos, fundamentos e modalidades da tutela inibitória permitiram concluir que se trata da necessária tutela preventiva que demonstram carecer essas espécies de bens imateriais que se coloca em foco. A tutela inibitória é efetiva não somente aos bens intelectuais aqui tratados, mas a todos os direitos para os quais se pretende a prestação da obrigação específica a ser efetivada pelo próprio obrigado, pois além de coadunar-se às expectativas hodiernas de um procedimento, que realmente leve em conta a natureza do direito controvertido, possibilita em prazo razoável, a obtenção do resultado almejado, que noutros tempos seria outorgado em equivalente monetário, nem sempre condizente com a relevância do bem para o titular que foi lesado.

Por outro lado, isto significa não premiar aqueles que pretendem auferir vantagem pecuniária com a ilicitude, pois mesmo havendo um dano, haverá de ser ressarcido, preferencialmente, na forma específica. É que não se pode descuidar das hipóteses em que a tutela inibitória seja suficiente para que não se repita nova atitude ilícita, e esta hipótese gera a necessidade de se pensar em uma provável reparação do dano que o ato ilícito tenha causado ao titular do direito. Por isso, nada impede que a tutela preventiva seja conjugada com outras espécies de tutela permitidas no mesmo dispositivo legal em que se retira o fundamento da tutela inibitória. Desta forma, pode ser necessário lançar mão da tutela reintegratória para remover a causa da ilicitude cometida contra esses direitos sobre bens intelectuais, bem como, a da tutela ressarcitória específica para reparar um eventual dano que já tenha se verificado. A advertência é para que se observe o nítido empenho do legislador em afastar as indenizações em pecúnia quando é possível a reparação por

outras formas que também se mostram eficazes, sem, contudo, nivelar os direitos, sobretudo os ligados a personalidade do homem, a um patamar de escambo.

Portanto, a melhor forma de se tutelar os direitos que não se expressam em valor pecuniário, é, sem dúvida, a tutela preventiva, pois, responde à necessidade aventada pela doutrina de uma tutela diferenciada, construída sob as bases de um procedimento *estruturado mediante, por, exemplo, sumarização formal e material, tutela antecipatória e sentença imediatamente executável*.⁵⁶⁴

Reflete, por assim dizer, o resgate do poder de *imperium* do juiz e a conseqüente necessidade de se desvencilhar das antigas amarras para considerar novos conceitos aos velhos institutos da ciência processual. Falou-se, então, que nem todo ilícito gera um necessário dano, podendo receber, por isso, tutela preventiva, com procedimento célere, pois, além de não se cogitar da prova de culpa de quem os praticou, seus pressupostos não necessitam de prova plena, mas ingressam no juízo de probabilidade. Mas não é só. A prevenção requer, para a sua efetividade, de um provimento que possa ser atuado sem outro agir do autor, de forma que ele possa usufruir do resultado imediatamente -tirante a provisória tutela inibitória antecipatória-, algo que somente a imposição da força estatal poderia outorgar àquele que demonstrou ter razão. As sentenças mandamentais ressucitam, pois, com a roupagem moderna da coerção pecuniária e pessoal atrelada ao seu conceito, não havendo mandamento que se mostre eficaz sem meios que possam influenciar a vontade do obrigado em cumprir o preceito que lhe foi destinado.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória”, op. cit., p. 22.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, *idem*.

Acrescente-se a isso, que embora haja a possibilidade do juiz outorgar ao autor a antecipação da ordem de abstenção a que faz jus, não fica adstrito ao pedido formulado, podendo conceder outro provimento que se mostre mais eficaz para atender a pretensão que lhe incumbe resolver. Não há, mesmo, que se falar em regra da adstrição quando se busca a tutela específica, pois a exceção se justifica perante o novo perfil *do processo civil de resultados*.

Por isso, foi abordado aqui, ainda que suscintamente, a distinção que se opera quando a prevenção do ilícito ocorre mediante ordens dirigidas ao obrigado para que cumpra o preceito do mandamento coercitivamente, e a utilização das medidas de apoio sugeridas ao juiz pelo mesmo art. 461 do CPC. Não há que se falar em arbítrio do julgador, mas em efetividade do instrumento processual, porque a justiça da decisão, nestes casos, está na resolução mais eficaz para afastar a temida lesão a um direito. A opção por um meio que proporcione o resultado almejado ao autor, com o uso de medidas executivas praticadas pelo próprio juízo, não se confunde com a ordem dirigida ao transgressor. Os provimentos são distintos, como também são distintas as suas atuações, embora ambos prescindam de ulterior processo de execução. Se o provimento mandamental permite atingir a pretensão do autor com a colaboração do obrigado, o provimento executivo dispensa esta participação, sub-rogando a atividade do demandado por medidas enérgicas capazes de evitar que a ameaça ao direito se concretize. As diferentes formas de tutela que podem ser outorgadas pela via do art. 461 do CPC não dispensam, por isso, uma única natureza jurídica capaz de revelar a essência de seu provimento. Dependerá, por óbvio, da técnica utilizada para outorgar o resultado útil pretendido pelo titular do direito tutelado. E se não se pode afastar a hipótese do ressarcimento, não há que se

falar que a sua natureza jurídica é mandamental ou executiva, podendo mesmo, ser condenatória.

Por esse motivo, também não se pode confinar o provimento mandamental às sentenças inibitórias, já que a remoção do ilícito, devolvendo o mesmo *status* que havia antes da prática da atividade contrária ao direito, pode se dar através dos provimentos mandamental ou executivo, conforme a necessidade da situação concreta.⁵⁶⁶

No entanto, pode-se dizer que a ampla aplicação das novas tutelas veiculadas pela atual redação do art. 461 do CPC reduzirá o âmbito de incidência das sentenças condenatórias, e por sua vez, estreitará os limites de atuação do Processo de Execução. É o parâmetro desejado. Sem aplicação da sanção para os que não observam seus deveres legais, ter-se-á uma tutela jurisdicional muito mais próxima de uma sociedade que se avizinha de um novo milênio.

Enfim, concluiu-se que a tutela inibitória é efetiva para outorgar aos titulares dos direitos de autor e dos direitos à marca e ao invento a abstenção necessária para manter incólume o direito que lhes foi conferido pelo texto constitucional. E deveria bastar, não fosse a necessidade, por vezes, de medidas drásticas executivas para que o fator tempo ou a resistência do obrigado não reduza tais bens em valores pecuniários pela verificação de um dano ao seu titular.

Resta dizer que a escolha da técnica a ser utilizada no caso concreto não incumbe ao autor, já que o juiz não fica obrigado aos limites do seu

⁵⁶⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela específica”, op., cit.

pedido imediato, mas também, não se trata de poder discricionário do juiz porque não há vários caminhos à sua escolha, já que deve ter por parâmetro o pedido mediato formulado, ou seja a atenção voltada especificamente para o resultado pretendido pelo autor.

O novo, sem dúvida, é atraente, e não raras vezes proporciona a satisfação para aquele que o busca, mas por outro lado, é capaz de se arruinar diante de uma exploração tão-somente curiosa. Que o manejo deste importante instrumento processual previsto na norma do art. 461 do CPC seja feito com habilidade e bom senso, tanto pelas mãos que dele se servem para buscar a realização de uma pretensão quanto pelas mãos que dele se utilizam para outorgá-la. Enfim, que se cumpra o que disse MAXIMILIANO ⁵⁶⁷

O direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconscientemente ou conscientemente possa espalhar. (...) faça-se justiça, porém do modo mais humano possível, de sorte que o mundo progrida, e jamais pereça.

⁵⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e aplicação do direito”, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 169.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALCORTA, Amancio. “Las garantías constitucionales”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Buenos Aires, 1897.
2. ALVIM, Agostinho. “Da inexecução das obrigações e suas consequências”, 3ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1975.
3. ALVIM, Arruda. Palestra proferida em 11.04. 97 a convite de Escola Nacional da Magistratura e ABECIP, *Revista de Processo*, v. 87, julh./set. 1997.
4. _____ “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós”, *Revista de Processo*, v. 97, jan./mar., 2000.
5. _____ “Obrigações de fazer e não fazer –direito material e processo”, *Revista de Processo*, v. 99, julh./set., 2000.
6. _____ “Manual de direito processual civil”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
7. _____ “Interpretação da sentença liquidanda -Fidelidade ao seu sentido original- Multa convencional e astreintes -Diferenças e limites”, *Revista de Processo*, v. 77, jan./mar., 1995.
8. ALVIM, José Eduardo Carreira. “Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

9. ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória”, *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
10. _____ “Existe ‘discricionariedade’ judicial?”, *Revista de Processo*, v.70.
11. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “Por um estatuto jurídico da vida humana; a construção do biodireito”, Rio de Janeiro: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1997.
12. ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Coimbra: Almedina, 1987.
13. ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela inibitória da vida privada”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
14. _____ “A verdade substancial”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, Curitiba: Gênese, set./dez., 1996.
15. ARMELIN, Donaldo. “Acesso à justiça”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v.31.
16. _____ “Tutela jurisdicional diferenciada”, *Revista de Processo*, v.65, jan./mar., 1992.
17. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. “Anotações e perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo”, *Revista de Processo*, v. 64.
18. ARZUA, Guido. “Posse- o direito”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.
19. ASCARELLI, Tulio. “Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”, Milano: Giuffrè, 1957.

20. ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direitos autorais na internet” *VERBA IURIS-* Revista do Curso de Direito da PUC-PR, Ano II, n. 1, 1999.
21. _____ “Direito autoral”, 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
22. ASSIS CORREA, Orlando de. “Nova constituição anotada”, Rio de Janeiro: Aide, 1989.
23. BARBALHO, João. “Constituição brasileira – Comentários”, 2ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1924.
24. BARBI, Celso Agrícola. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
25. _____ “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1975.
26. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984.
27. _____ “Tendências contemporâneas do direito processual civil”, *Revista de Processo*, v. 31.
28. _____ “Tutela específica do credor nas obrigações negativas”, *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980.
29. _____ “As presunções e a prova”, *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
30. _____ “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1993.
31. _____ “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1977.

32. BARROSO, Luis Roberto. “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”, Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
33. BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de direito constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1989.
34. _____ e MARTINS, Ives Granda. “Comentários à Constituição do Brasil”, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.
35. BAUAB, José d’Amico. “A posse dos direitos pessoais”, *A propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*, coord. de Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1991.
36. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “O direito e o processo”, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
37. _____ “Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)”, São Paulo: Malheiros, 1998.
38. BESSONE, Darcy. “Direitos reais”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
39. BITTAR, Carlos Alberto. “Contornos atuais do direito do autor”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
40. _____ “Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais”, *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
41. _____ “A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988”, São Paulo: Saraiva, 1991.
42. _____ e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

43. BOBBIO, Norberto. "Teoría de la ciencia jurídica", Turín, 1950.
44. _____ "A era dos direitos", Rio de Janeiro: Campus, 1992.
45. BONASI BENUCCI, Eduardo. "Atto illecito e concorrenza sleale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1957.
46. BONAVIDES, Paulo. "Curso de direito constitucional", São Paulo: Malheiros, 1996.
47. CALAMANDREI, Piero. "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", Padova: Cedam, 1936.
48. _____ "Instituciones de derecho procesal civil", trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
49. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "O problema do acesso à justiça no Brasil", *Revista de Processo*, v.39.
50. CALVOSA, Carlo. "La tutela cautelare (profilo sistematico)", Torino: Utet, 1963.
51. CAMBI, Eduardo. "Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista", *Revista de Processo*, Ano 24, n. 96, outubro-dezembro de 1999.
52. CAMPOS, Francisco. "Direito Constitucional", Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1956.
53. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Direito Constitucional", Coimbra: Almedina, 1986.
54. CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à justiça", Porto Alegre: Fabris, 1988.
55. _____ "Proceso, ideologias, sociedad", Buenos Aires: EJE, 1974.
56. _____ "Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", *Rivista di Diritto Processuale*, 1982.

57. _____ “Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale”, *Processo e ideologie*, Bologna: Mulino, 1.969.
58. CARNEIRO, Athos Gusmão. “Da antecipação de tutela no processo civil”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
59. CARNELUTTI, Francesco. “Derecho y proceso”, trad. em espanhol por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981.
60. _____ “Diritti e processo nella teoria della obbligazione”, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova: Cedam, 1927.
61. _____ “Verità, dubbio, certeza”, *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, II série, Padova: Cedam, 1965.
62. CARPI, Federico. “La tutela d’urgenza fra cautela, ‘sentenza anticipada’ e giudizio di mérito”, *Relazione in XV Convegno Nazionale*, Bari, 1985.
63. _____ “La provvisoria esecutorietà della sentenza”, Milano: Giuffrè, 1979.
64. CARRIÓ, Genaro R. “Notas sobre Derecho y lenguaje”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
65. CERQUEIRA, João da Gama. “Tratado da propriedade industrial”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1982.
66. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. “Teoria Geral do Processo”, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
67. CHAVES, Carlos Alberto. “Da proteção das marcas pela ação cominatória”, *Revista Forense*, v. 270, abr./jun., 1980.
68. _____ *Revista Forense*, v. 252, out./dez., 1975.

69. CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, v. 1., Trad. bras. de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969.
70. _____ “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, *Saggi di diritto processuale civile*, Milano : Giuffrè, 1993.
71. COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, v.3, setembro, 1991.
72. _____ “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1993.
73. CORTIANO JR., Eroulths. “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade”, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
74. COSTA MACHADO, Cláudio Oliveira. “Tutela antecipada”, 2ª ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
75. CRETELLA JR., José. “Curso de direito romano”, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
76. CRETELLA NETO, José. “Dicionário de processo civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
77. DANOVI, Filippo. “L’azione inibitoria in materia di clausole vessatorie”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LI, n.4, Bologna: Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1996.
78. DIAS, Carlos Alberto da Costa. “Liminares: Poder Discricionário ou vinculado?”, *Revista de Processo*, v.85, jan/mar., 1997.
79. DI MAJO, Adolpho. “La tutela civile dei diritti”, Milão: Giuffrè, 1987.

80. DINAMARCO, Cândido Rangel. “A reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo: Malheiros, 1995.
81. _____ “A instrumentalidade do processo”, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
82. _____ “Fundamentos do processo civil moderno”, 3ª ed., v. I e II, São Paulo: Malheiros, 2000.
83. DINIZ, Maria Helena. “Direito das Coisas”, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6ª ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1989.
84. DUARTE, Francisco Carlos. “O (des)amparo processual dos direitos fundamentais sociais. (O acesso à justiça e os direitos subjetivos fundamentais)”, *Verba Iuris* - Revista do Curso de Direito da PUC/PR, ANO I, n. 2, mar/99.
85. DUARTE, Simara Carvalho. “O juizado especial como instrumento do direito de acesso à justiça: uma abordagem sobre sua competência”, Curitiba, 1988. Monografia de Mestrado em Direito. Centro de Ciências Jurídicas - Mestrado em Direito Público, Universidade Federal do Paraná.
86. ELIAS, Paulo Sá. “Alguns aspectos da informática e suas consequências no direito”, *Revista dos Tribunais*, v.766, 1999.
87. FACHIN, Luiz Edson. “Teoria crítica do direito civil”, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
88. FIGUEIRA JR., Joel Dias. “Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do código de processo civil- enfoque às demandas possessórias”, *Revista de Processo*, v. 98, abr./jun., 2000.

89. FRANÇA, Ruben Limongi. “A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.
90. FRIGNANI, Aldo. “Inibitoria (azione)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giufrè Editore, 1971.
91. _____ “L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie -considerazione ‘fuori dal coro’ di un civilista-”, *Rivista di Diritto Processuale*, ANNO LII, 2ª série, 1997.
92. FUX, Luiz. “Tutela de Segurança e tutela da evidência”, São Paulo: Saraiva, 1996.
93. GÁLVEZ, Juan F. Monroy. “Hacia un lenguaje que justifique la cientificidad del derecho y del proceso”, *Revista de Processo*, v.91, julh./set., 1998.
94. GIANINI, Amadeo. “Gli studi di diritto processuale civile in Italia”, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1979.
95. GOMES, Orlando. “Direitos Reais”, Rio de Janeiro: Forense, 1973.
96. _____ “Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade”, *Revista dos Tribunais*, v.757, 1998.
97. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. “Manual de direito comercial”, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2000.
98. GRECO, Paolo. “Beni immateriali”, *Novissimo Digesto Italiano*, v. 2.
99. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, *Revista de Processo*, v. 97, jan./mar., 2000.
100. _____ “Tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança”, *Revista de Processo*, v. 22, abr./jun., 1981.

101. _____ “Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Processo*, v.79, julh./set., 1995.
- 102.GROSSEN, Jaques Michel. “L’azione in prevenzione al di in fuori dei giudizi immobiliari”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939.
- 103.GUASP, Jaime. “Derecho procesal civil”, 3ª ed., t.1, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- 104.GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Derechos fundamentales, proceso y principio de proporcionalidad”, *Revista de Processo*, v. 95, julh./set., 1999.
- 105.HASSAN, Sandro. “Tutela dei diritti brevettuali: le buone nuove del Decreto 198”. Artigo publicado com o título “Patents and Related Rights in Italy -Some Changs in Court Proceedings”, *The International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)*, v. 29, n. 3, 1988.
- 106.HENKEL, Heinrich. “Introduccion a la filosofia del derecho”, trad. da edição alemã de 1964.
107. IHERING, Rudolf Von. “A luta pelo direito”, 16ª ed., trad. João Vasconcelos, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
108. _____ *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p.322. Tomo III, n. 43, p. 17, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid: Editorial Bailly-Bailliere, trad. da edição espanhola de 1910.
109. LARA, Betina Rizzato. “Liminares no processo civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

- 110.LARENZ, Karl. “Metodologia da ciência do direito”, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- 111.LEONARDOS, Gustavo Starling. “Dos prazos de validade das patentes em vista do acordo TRIPs e da nova lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96)”, *Revista dos Tribunais*, v. 758, dezembro de 1988.
- 112.LIEBMAN, Enrico Tullio. “Manual de direito processual”, v. I, Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 113.LOBO, Carlos Alberto da Silveira. “A proteção jurídica dos programas de computador” in *A proteção jurídica do Software*, Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- 114.LOPES, Mauricio A. Ribeiro. “Ação civil pública e a tutela de interesse difuso da infância: proteção da imagem e dos direitos da personalidade- programas de televisão”, Trabalho Forense, *Revista de Processo*, v.92, out./dez., 1988.
- 115._____ “A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso”, *Jurisprudência comentada, Revista dos Tribunais*, v.758, 1988.
- 116.MALACHINI, Edson Ribas. “A eficácia preponderante das ações possessórias”, *Revista de Processo*, v.71, julh./set., 1993.
- 117.MARANHÃO, Cleyton. “A demanda cautelar e a regra da congruência no processo civil italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, Curitiba: Gênese, julh./set., 1996.
- 118.MARENCO, Roberto. “Note in tema di discrezionalità del giudice civile”, *Revista de Processo*, v.86, abr./jun., 1996.
- 119.MARINHO, Josaphat. “Dos direitos humanos e suas garantias”, estudos em homenagem ao prof. Afonso Arino de Melo Franco, Forense: Rio de Janeiro, 1976.

120. MARINONI, Luiz Guilherme. “A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo: Malheiros, 1995.
121. _____ “Questões do novo direito processual civil brasileiro”, Curitiba: Juruá, 1999.
122. _____ “A consagração da tutela antecipada na reforma do CPC”, *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
123. _____ “Novas linhas do processo civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
124. _____ “Efetividade do processo e tutela de urgência”, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
125. _____ “Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Impropriedade do uso das ações possessórias, cominatória e cautelar. Cabimento da ação inibitória”, *Revista Forense*, v.768, 1999.
126. _____ “A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva”, *in Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
127. _____ “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
128. _____ “Tutela inibitória, individual e coletiva”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
129. _____ “Proteção possessória às marcas comerciais”, *Revista de Processo*, v.51.

130. _____ “Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
131. _____ “Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, Curitiba: Gênese, 1996.
132. _____ “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
133. _____ e ARENHART, Sérgio Cruz. “Comentários ao código de processo civil”, v. 5, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
134. MARINS, Victor A. Bomfim. “Comentários ao Código de Processo Civil”, v.12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
135. MARKY, Thomas. “Curso elementar de direito romano”, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
136. MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e aplicação do direito”, 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
137. MEDINA, José Miguel Garcia. “Chamamento ao processo”, *Revista de Processo*, v. 95, julh./set., 1999.
138. MICHELI, Gian Antonio. “L’azione preventiva”, *Rivista di Diritto Processuale*, v. XIV, 1959.
139. MIRANDA, Jorge. “Constituição e processo civil”, *Revista de Processo*, v. 98, abr./ jun., 2000.
140. MOREIRA ALVES, José Carlos. “Direito Romano”, 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
141. MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de direito civil”- Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1976.

142. MONTESANO, Luigi. “Le tutele giurisdizionali dei diritti”, Bari: Cacucci, 1983.
143. _____ *Enciclopédia Giuridica Treccani*, v. VII.
144. MONTESQUIE, Charles-Louis de Secondat, Barão de. “Do espírito das leis”, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
145. OTEIZA, Eduardo. “Abuso de los derechos procesales en América Latina”, *Revista de Processo*, v.95, julh./set., 1999.
146. PERROT, Roger. “Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1975.
147. PISANI, Andrea Proto. “Breve premessa a un corso sulla giustizia civile”, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci, 1982.
148. _____ “Lezioni di diritto processuale civile”, Nápole: Jovene, 1964.
149. _____ “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, *Revista de Processo*, v.90, abr./jun., 1998.
150. _____ “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, *Rivista di Diritto Processuale*, ANNO, XXXIV, n.4, 1979.
151. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1977.
152. _____ “Tratado das ações”, v. I, São Paulo: Saraiva, 1970
153. PONTES NETO, Hidelbrando. “A propriedade intelectual e as redes eletrônicas” *in Reflexões sobre direito autoral*, Rio de Janeiro: Departamento Nacional do Livro- Fundação Biblioteca Nacional, 1997.
154. POP, Carlyle. “Execução de obrigação de fazer”, Curitiba: Juruá, 1995.
155. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. “O devido processo legal”, *Revista dos Tribunais*, v. 748, 1988.

- 156.RAPISARDA, Cristina. “Premesse allo studio della tutela civile preventiva”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam,1980.
- 157._____ “Inibitoria”, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, v. IX, Torino: Unione Tipografico Editrice, 1993.
- 158._____ “Profili della tutela civile inibitoria”, Padova: Cedam, 1987.
- 159.REIS, José Alberto dos. “Comentários ao código de processo civil”, v. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1953.
- 160.RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória no direito italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan./abr.,1997.
- 161.RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. “Manual de derecho informático”, Pamplona: Arzandi, 1997.
- 162.ROTONDI, Mario. “Diritto Industriale”, Padova: Cedam, 1965.
- 163.SANTOS, Ernani Fidélis dos. “Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência”, *Revista de Processo*, v.97, jan./mar., 2000.
- 164.SANTOS, Maria Cecília Andrade. “Contratos Informáticos-breve estudo”, *Revista dos Tribunais*, v.762, 1999.
- 165.SANTOS, Moacyr Amaral. “As ações cominatórias no direito brasileiro”, São Paulo: Max Limonad, 1958.
- 166.SARMENTO, George. “Evolução das liberdades na teoria dos direitos humanos fundamentais” -*Direitos & deveres*- Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, Ano I, 1997.
- 167.SILVA, João Calvão. “Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”, Coimbra: Almedina, 1987.

168. SILVA, Ovídio Baptista da. “Curso de Processo Civil”, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1990, p. 316.
169. _____ “Do processo cautelar”, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.37.
170. _____ “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
171. _____ “Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer”, *in Inovações do Código de Processo Civil*, org. José Carlos Teixeira Georgis, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
172. _____ e GOMES, Fábio. “Teoria Geral do Processo Civil”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
173. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. “Instituições de direito civil”, 3ª ed., v. IV Rio de Janeiro: Forense, 1978.
174. SILVEIRA, Newton. “A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial”, São Paulo: Saraiva, 1996.
175. SZANIAWSKI, Elimar. “Direitos da personalidade e sua tutela”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
176. TALAMINI, Eduardo. “A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo”, *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 48, 1996.
177. _____ “Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC”, *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

178. _____ “As tutelas típicas relativas a deveres de fazer e de não fazer e a via geral do art. 461 do CPC”, *Revista de Processo*, v. 97, jan./mar., 2000.
179. _____ “Prisão civil e execução indireta (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição federal)”, *Revista de Processo*, v. 92, out./dez., 1998.
180. TARUFFO, Michele. “La prova dei fatti giuridici”, Milano: Giuffrè, 1992
181. THEODORO JR., Humberto. “Curso de direito processual civil”, 28ª ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
182. _____ “Tutela de segurança”, *Revista de Processo*, v.88, out./dez., 1987.
183. _____ “Tutela antecipada”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan./abr., de 1997.
184. _____ “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, v.97, jan./mar., 2000.
185. TOBEÑAS, José Castan. “Los derechos de la personalidad”, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
186. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. “Constituição de 1988 e processo”, São Paulo: Saraiva, 1989.
187. VARGAS, Jorge de Oliveira. “A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, Curitiba: Gênese, 1996.
188. VICENTINI, Sandro. “A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-*sexies* do Código Civil italiano”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 19, Curitiba: Gênese, out./dez., 1998.
189. VISALLI, Nicolò. “La crise dei valori. Problemi antichi e nuovi nei diritti della persona”, *Rivista di Diritto Civile*, ANNO XL, n.1, 1994.

190. WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Liquidação de sentença”, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
191. _____ “Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, *Revista dos Tribunais*, v.646, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1989.
192. WATANABE, Kazuo. “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
193. _____ “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”, *Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenação: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
194. _____ “O CPC e as suas recentes alterações”, <http://eu.ansp.br/trtsmt/revista/doutri4.htm>
195. _____ “Da cognição no processo civil”, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.
196. ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997.
197. _____ “Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba: Gênese, jan./abr., 1997.
198. _____ “Antecipação da tutela”, São Paulo: Saraiva, 1997.
199. _____ “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
200. _____ “Tutela jurisdicional da propriedade industrial”, *Revista de Direito Processual Civil*, v.7, Curitiba: Gênese, 1998.