

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito

TUTELA INIBITÓRIA NO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Paulo Ricardo Pozzolo

Curso de Mestrado em Direito
Direito das Relações Sociais - Direito Processual

**Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito,
do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.**

Orientador: Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni

Co-orientador: Prof. Mestre Mauro César Soares Pacheco

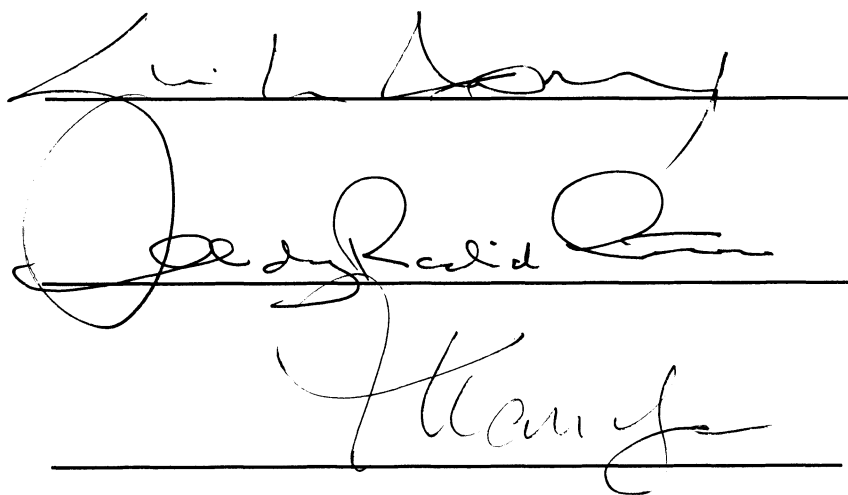
Curitiba
2000

TUTELA INIBITÓRIA NO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Mestrando: Paulo Ricardo Pozzolo

**Dissertação aprovada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:**

ORIENTADOR:



The image shows three handwritten signatures, each written on a horizontal line. The first signature is at the top, the second is in the middle, and the third is at the bottom. The signatures are written in black ink and are cursive in style.

Curitiba, de

2000

DEDICATÓRIA

À minha querida irmã Beatriz Ana Pozzolo Tomé,
com carinho e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni e ao meu co-orientador Prof. Dr. Mauro César Soares Pacheco, pela orientação, desde o ingresso no mestrado até a conclusão. Correndo o risco de omitir alguém, ainda assim, não poderia deixar de agradecer, entre outros, aos Professores Doutores: Aldacy Rachid Coutinho, Arion Mazurkevic, Estêvão Mallet, Gabriel Zandonai, José Affonso Dallegrave Neto, Marieta Jesusa da Silva Arretche, Ovídio Araújo Baptista da Silva, Sandra Negri Cogo e Valdyr Arnaldo Lessnau Perryri, pelo auxílio, apoio e incentivo.

SUMÁRIO

TÍTULO: TUTELA INIBITÓRIA NO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO

RESUMO	x
ABSTRACT	xi
INTRODUÇÃO	1
Anexo da Introdução.....	6
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE OS ATOS JURÍDICOS	7
Seção I – Introdução.....	7
Seção II – Características do ato ilícito.....	11
Seção III – Conseqüências do ato ilícito – o dever de indenizar.....	15
Seção IV - A responsabilidade objetiva.....	17
Anexo do Capítulo I.....	22
CAPÍTULO II – CARACTERIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA	24
Seção I – Conceito.....	24
Seção II – Natureza jurídica.....	33
Seção III – Distinções com outros tipos de tutela.....	36
Seção IV – Cumulação com outras tutelas.....	48
Anexo do Capítulo II.....	52

CAPÍTULO III – RAZÕES HISTÓRICAS QUE DIFICULTARAM O SEU DESENVOLVIMENTO.....	55
Seção I – Pressupostos teóricos do Liberalismo.....	57
Seção II – Teoria da Separação dos Poderes.....	65
Seção III – Mito da neutralidade do juiz.....	70
Seção IV – Crítica.....	74
Anexo do Capítulo III.....	79
 CAPÍTULO IV – FINALIDADES.....	 83
Seção I – Prevenção do antijurídico, do ilícito e do dano.....	84
Seção II – Impedimento à continuação do antijurídico, do ilícito e do dano.....	86
Seção III – Obstaculização à repetição do antijurídico, do ilícito e do dano.....	88
Anexo do Capítulo IV.....	90
 CAPÍTULO V – ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....	 92
Seção I – Direitos patrimoniais absolutos.....	92
Seção II – Direitos patrimoniais relativos.....	96
Seção III – Direitos não-patrimoniais.....	97
Anexo do Capítulo V.....	99
 CAPÍTULO VI – FUNDAMENTOS.....	 101
Seção I – Sociais.....	101
Seção II – Econômicos.....	102
Seção III – Jurídicos.....	103
Anexo do Capítulo VI.....	109

CAPÍTULO VII – PRESSUPOSTOS.....	110
Seção I – Perigo ou ameaça da prática do antijurídico, do ilícito ou do dano.....	111
Seção II – Perigo ou ameaça da continuação do antijurídico, do ilícito ou do dano.....	114
Seção III – Perigo ou ameaça da repetição do antijurídico, do ilícito ou do dano.....	115
Seção IV – Irrelevância do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e do elemento objetivo (dano).....	116
Anexo do Capítulo VII.....	123
 CAPÍTULO VIII – ESPÉCIES.....	 128
Seção I – Positiva (obrigações de fazer) e negativa (obrigações de não fazer).....	129
Seção II – Obrigações contratuais e extracontratuais.....	133
Seção III – Executiva <i>lato sensu</i> e mandamental.....	134
Seção IV – Provisória e final.....	140
Seção V – Fungibilidade da tutela inibitória e cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	146
Anexo do Capítulo VIII.....	152
 CAPÍTULO IX – TIPICIDADE E ATIPICIDADE.....	 157
Seção I – Distinção.....	157
Seção II – Hipóteses típicas (alguns exemplos).....	161
Seção III – Hipóteses atípicas (alguns exemplos).....	166

Anexo do Capítulo IX.....	173
CAPÍTULO X – ANTECIPAÇÃO.....	174
Seção I – Pressupostos.....	180
Seção II – Procedimento.....	187
Seção III – Decisão.....	190
Anexo do Capítulo X.....	195
CAPÍTULO XI – A LIMINAR.....	196
Seção I – Aspectos fundamentais.....	196
Seção II – Eficácia.....	201
Seção III – Modificação e revogação.....	203
CAPÍTULO XII – MEIOS DE COERÇÃO E DE EFETIVIDADE.....	205
Seção I – Multa inibitória.....	208
Seção II – Medidas sub-rogatórias.....	226
Seção III – A prisão como medida coercitiva.....	229
Seção IV - Cumulação de medidas coercitivas.....	242
Anexo do Capítulo XII.....	244
CAPÍTULO XIII – LIMITES.....	247
Seção I - Princípio do meio mais idôneo.....	249
Seção II – Princípio da menor restrição possível.....	250
Seção III – Princípio da proporcionalidade.....	252
CAPÍTULO XIV – TUTELA INIBITÓRIA E AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO	
PRÉVIA.....	255
Seção I – Introdução.....	255

Seção II – Constitucionalidade.....	256
Seção III – Tutela de urgência.....	259
Anexo do Capítulo XIV.....	262
 CONCLUSÃO.....	 263
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	268

RESUMO

Trata o presente estudo da tutela inibitória ou preventiva no processo individual do trabalho, como aquela apta a prevenir uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa. É veiculada através de processo de cognição exauriente, satisfativo, apto à formação da coisa julgada material, não se confundindo com as tutelas cautelar, ressarcitória, antecipatória ou declaratória. Pode, no entanto, cumular-se com outras tutelas, a exemplo da ressarcitória e da antecipatória. Normalmente reveste-se de caráter mandamental, quando o juiz ordena ao devedor um fazer ou não-fazer ou de provimento executivo *lato sensu*, em que os atos são praticados pelos agentes do Poder Judiciário ou por terceiros, por determinação do juiz. É aplicável a direitos absolutos e relativos, patrimoniais e extrapatrimoniais. Ao lado das hipóteses típicas de tutela inibitória, há no ordenamento jurídico um princípio geral de prevenção. A possibilidade de liminar, com antecipação do resultado de mérito, bem como de utilização de medidas coercitivas são fundamentais para a efetividade da tutela inibitória. Há, no entanto, limites à aplicação da tutela inibitória, consubstanciados no princípio geral da necessidade e suas espécies: do meio mais idôneo, da menor restrição possível e da proporcionalidade. Legislação infraconstitucional não pode impedir o aviamento da tutela inibitória, nem obrigar o interessado a submeter-se previamente a órgãos extrajudiciais.

ABSTRACT

This dissertation deals with the study of inhibitorial or preventive tutorship – “injunction” – in the individual work process, as one which prevents the illegal, illicit or damaging behavior. This tutorship is spread out by means of a comprehensive and satisfying cognition process which supports the formation of something which is evidently material; it should not be misinterpreted as tutorial, indemnifying, anticipated or constitutive tickets. It may however, be cumulative with indemnifying or anticipated tutorship. It usually is of mandatorial nature, when the judge tells the one who owes money to follow a kind of do-it or do-not-do-it executive *lato sensu* action; all actions are held by the Judiciary Power or somebody else who is nominated by the judge. It is also applied to absolute and relative, patrimonial and extrapatrimonial rights; there is a general preventive principle in the judicial order system. There may be liminals, thus anticipating merit result and coercive practices which are absolutely necessary in case of inhibitorial tutorship. However, there are limits to the application of inhibitorial tutorship, based upon the general principle of needs and its kinds: the fairest, the least restrictive and the most proportional. Infra-constitucional legislation may neither prevent the practice of inhibitorial tutorship nor make the interested one be previously submitted to extrajudicial bureaus.

“Não se deverá então acusar a injustiça por infringir o direito, mas este por consentir pacientemente que o infrinja a injustiça; e se eu tivesse de apreciar, segundo a sua importância para as relações, as duas máximas: *nunca façais uma injustiça e nunca sofraís uma injustiça*, apresentaria como primeira regra: - nunca sofraís injustiça, e como segunda: nunca a pratiqueis.” VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 47.

“Uma teoria crítica do direito deve ir além da simples denúncia das contradições sociais, da mera análise crítica da manipulação a que estão sujeitas as estruturas sociais, em proveito dos interesses de grupos privilegiados, além da desmistificação das aparências hipostasiadas que as classes e os estamentos dominantes soem incutir no inconsciente dos cidadãos, para elidir-lhes o status de opressão social, mas indicar o caminho da superação dessa realidade cruel do mundo contemporâneo, mediante a elaboração de categorias aptas a pensar prospectivamente, o que juridicamente é melhor para o homem e a sociedade.” COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 35.

INTRODUÇÃO

A escolha de um assunto, além de levar em conta a vocação pessoal, os objetivos acadêmicos e profissionais, deve colaborar com o desenvolvimento científico, seja qual for a área de pesquisa, buscando sempre trazer idéia nova e algum progresso para a comunidade. Foi com esse pensamento que se elegeu, como tema monográfico, a tutela inibitória no processo individual do trabalho. A pesquisa se contém no âmbito dos litígios individuais, por isso denominamos de “processo individual do trabalho”, para diferenciá-lo do processo coletivo do trabalho, que tem por objeto os litígios coletivos, envolvendo coletividades ou grupos (direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Ao discorrer sobre o tema, procuramos seguir o conselho de BEDAQUE, segundo o qual “o estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação jurídica substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados.”¹

A tutela inibitória é complexa e pouco desenvolvida pelos autores nacionais, principalmente do processo do trabalho. No âmbito do direito processual civil brasileiro, há duas obras fundamentais sobre a tutela inibitória, inspiradoras de todos quantos desejarem estudar o assunto. Trata-se das obras de autoria dos Professores Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela*

¹ - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 58.

inibitória: individual e coletiva, essa foi a pioneira) e Sérgio Cruz Arenhart (*A tutela inibitória da vida privada*), ambas publicadas pela Editora Revista dos Tribunais. Carece o processo do trabalho brasileiro de obra específica semelhante, razão pela qual se procurou pesquisar, analisar e instigar o seu estudo nessa seara.

Justifica-se, igualmente, o estudo e o desenvolvimento do tema, não somente pela relativa omissão doutrinária, legal e jurisprudencial, mas pela importância prática que ele representa para a salvaguarda dos direitos trabalhistas patrimoniais e não-patrimoniais.

A tutela inibitória, direcionada para o futuro, tem nítido caráter preventivo, visando impedir a prática, continuação ou repetição de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa. Verifica-se, assim, claramente, a sua superioridade sobre a tutela ressarcitória, voltada apenas para o passado, muitas vezes intangível ou irremediável. Como ensina OVÍDIO BAPTISTA, “(...) se a função do processo há de ser verdadeiramente *instrumental*, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório.”²

Com a generalizada e ampla aplicação da tutela inibitória, a partir dos estudos acadêmicos e doutrinários, a vida das pessoas tende a melhorar, a advocacia ficará mais eficaz e a Justiça se fará com maior intensidade e presteza, melhorando a própria imagem do Poder Judiciário

² - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*. 3ª ed., vol. 01, Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 104.

que, por dificuldades orçamentárias, estruturais, legislativas e ainda apegado a velhos conceitos, não consegue oferecer justiça rápida e de boa qualidade ao povo.

Nossa dissertação será daquelas qualificadas como “panorâmicas”, pois o tema é pouco versado, objetivando-se também o aspecto didático, de transmissão acessível do conhecimento, mesmo sabendo dos conselhos em contrário de ECO: “quanto mais se restringe, melhor e com mais segurança se trabalha. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica.”³ Pensamos, no entanto, que o tema é pouco versado no direito processual do trabalho, justificando-se, assim, tratamento panorâmico, vale dizer, de forma ampla.

Escolhido o tema pelas razões anteriormente expostas, é o momento de esquadriñar os objetivos da pesquisa monográfica. Pretende-se organizar sistematicamente o assunto, dando-lhe figurino trabalhista.

Com objetivos pedagógicos, a dissertação pretende, inicialmente, no capítulo I, fazer um estudo do ato jurídico e o seu desvio para ato ilícito, suas conseqüências, bem como a questão relativa à responsabilidade objetiva, justificando, assim, contra quais atos a tutela inibitória pode ser utilizada. No capítulo II é feita a caracterização da tutela inibitória, a partir de sua conceituação, natureza jurídica, distinções e sua cumulação com outras tutelas. Com isso demarca-se, por assim dizer, o instituto, evitando-se qualquer confusão com outros.

Pela importância teórica e prática que possuem, serão investigadas no capítulo III, as razões históricas que dificultaram o

³ - ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 1988, p. 10.

desenvolvimento da tutela inibitória, ou seja, os pressupostos teóricos do liberalismo, a teoria da separação dos poderes e o mito da neutralidade do juiz, sem descurar da crítica a tal ideário.

As finalidades, âmbito de aplicação, fundamentos, pressupostos e espécies farão parte da pesquisa acerca da tutela inibitória no processo do trabalho, tema versado nos capítulos IV a VIII.

A partir desse ponto, nos capítulos IX a XI, será examinada a questão da tipicidade e atipicidade, a antecipação e a liminar inibitória no âmbito do processo do trabalho.

Os meios de coerção e de efetividade, entre eles, a multa, medidas sub-rogatórias e a prisão civil, indispensáveis para se obter a efetividade da tutela inibitória, serão examinados no capítulo XII, inclusive no tocante à cumulação de meios coercitivos. Correlato ao tema, serão examinados no capítulo XIII, os limites da tutela inibitória, a fim de evitar-se de um lado o arbítrio e de outro a ineficiência do instituto.

Tema novo, que não pode ser descurado da análise, é a possibilidade de aviamento da ação inibitória sem prévio ingresso nas comissões de conciliação trabalhista, matéria versada no capítulo XIV.

Conclui-se com as perspectivas de desenvolvimento da tutela inibitória, inclusive com formulação de proposta legislativa para aprimoramento do processo do trabalho, pois como afirma GROSSEN, *"para que um direito subjetivo seja perfeito, não basta a sua consagração legislativa em fórmulas mais ou menos solenes. É necessário que o seu exercício seja protegido; que o seu titular, em caso de necessidade, possa solicitar a intervenção da autoridade judiciária. Eis porque qualquer que seja*

a opinião declarada sobre sua natureza, o processo civil se revela sempre complemento indispensável do direito civil, e não raramente se confunde com o mesmo."⁴

⁴ - GROSSEN, Jaques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. XIV, 1959, p. 417. Texto original no anexo desta Introdução, sob nº 1. As traduções são de responsabilidade do autor desta dissertação.

ANEXO DA INTRODUÇÃO

1) *“perchè un diritto soggettivo sia perfetto, non basta la sua consacrazione legislativa in formule più o meno solenni. Bisogna anche che il suo esercizio sia protetto; che il suo titolare, all'occorenza, possa sollecitare ed ottenere l'intervento dell'autorità giudiziaria. Ecco perchè, qualunque opinione si professi intorno alla sua natura, la procedura civile si rivela sempre complemento indispensabile del diritto civile, quando non si confonde addirittura col medesimo.”*

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE OS ATOS JURÍDICOS

Para o exame da tutela inibitória, tanto no processo do trabalho, quanto no processo civil, alguns conceitos anteriores devem ser estudados, não de direito processual, mas de direito material. Como dissemos em outro estudo, “é entendimento vigente entre os processualistas de que o direito processual será mais eficaz quanto mais realizar ou viabilizar a realização e concretização prática do direito material. Não é razoável, portanto, que o direito processual não caminhe de ‘mãos dadas’ com o direito material, pois é a ele que deve conformar-se, visando à sua realização. Atualmente já não mais se justifica a completa separação entre direito material e direito processual, o que se busca é um direito processual aderente ao direito material.”⁵

É o caso, portanto, da análise dos fatos jurídicos *lato sensu*, gênero em que se incluem os atos jurídicos. Com tal estudo se justificará a opção pelo conceito de tutela inibitória destinada a evitar a prática, a continuação ou a repetição de um ato antijurídico, ilícito ou danoso.

Seção I - Introdução

Inicia-se a abordagem pelo estudo do fato jurídico. Fato é tudo o que ocorre na natureza, passando a ter a adjetivação de jurídico se adentrar na esfera do Direito. Um raio sem outras consequências é considerado um fato, mero fenômeno da natureza. Se, entretanto, esse raio

⁵ - POZZOLO, Paulo Ricardo. A influência da ideologia no direito processual. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 87, março 2000, p. 397.

causar um dano a uma residência protegida com seguro, passará a ser considerado como fato jurídico, com conseqüências jurídicas, pois a seguradora passa a ter o dever de indenizar o dano. Destarte, nem todo fato que acontece é jurídico.

Para a caracterização do fato jurídico é preciso a ocorrência de um fato com força jurígena, ou seja, o sistema jurídico deve atribuir um valor ao fato para que seja considerado jurídico. Assim, o fato jurídico tem como elementos constitutivos o fato em si e a força jurígena ou a declaração do ordenamento jurídico que atribui conseqüências ao acontecimento.

Tradicionalmente classificam-se os fatos jurídicos *lato sensu*, dividindo-se em puros ou independentes e voluntários ou humanos.

Os fatos jurídicos puros ou independentes ocorrem sem a influência do homem ou da vontade humana, decorrendo apenas da natureza. Dividem-se em naturais, normais ou ordinários, como o dia, a noite, o nascimento, a morte, o vento, etc.; e anormais, excepcionais ou acidentais, como os terremotos, furacões, inundações, etc.

Os fatos jurídicos voluntários ou humanos nos quais há participação do homem, dividem-se em lícitos, em conformidade com a Lei⁶; e ilícitos⁷ que se subdividem em civis (contratuais e extracontratuais) e penais.

⁶ - Art. 81, do Código Civil: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

⁷ - Art. 159, do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O conceito de ato jurídico é mais estrito, vem de agir, de ação humana, tendo sempre um autor, pois não decorre de acontecimento natural, já que é praticado por um agente. Segundo o contido no art. 81, do Código Civil Brasileiro, o ato jurídico deve ser lícito, isto é, em conformidade com a ordem jurídica.

Ato antijurídico é o gênero dos atos praticados em desconformidade com a ordem jurídica, sendo irrelevante para a sua configuração a existência de culpabilidade do agente. Quando gera danos, acarreta o dever de indenizar. "Sempre, portanto, que a desconformidade jurídica se manifesta como infração de uma regra que disciplina a atuação estritamente jurídica de alguém, o ato é antijurídico, sem lesar diretamente, porém, direito subjetivo de quem quer que seja. Situação diferente apresenta-se quando, de ato infringente de norma jurídica, resulta dano a outra pessoa. A violação implica, nesse caso, lesão a um direito subjetivo, provocando reação diferente. Quem causou o dano fica obrigado a repará-lo, se capaz de entender e querer. Esse é o domínio da ilicitude, um dos aspectos mais importantes da antijuridicidade."⁸

Os autores dividem a antijuridicidade em objetiva e subjetiva. A antijuridicidade objetiva prescinde da culpa, ocorre com o simples atuar em desacordo com a norma; a antijuridicidade subjetiva pressupõe a existência de culpa.

Diz ORLANDO GOMES que quando há dano sem culpa do agente, há antijuridicidade objetiva. A antijuridicidade subjetiva ocorre quando há culpa do agente, decorrente de ato voluntário. A antijuridicidade objetiva prescinde de culpa, podendo ser provocada por fato *stricto sensu* ou

⁸ - GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 253.

por fato natural.⁹ BITTAR comunga de igual opinião, dizendo que: “(...) a antijuridicidade se distribui em subjetiva ou objetiva, consoante seja imputável à consciência do agente, diante da origem (prática de ato ilícito), ou decorra diretamente do fato (exercício de atividade perigosa), em vista do resultado danoso verificado. (...) Tem-se, para tanto, que separar, no plano da antijuridicidade, o âmbito da ilicitude propriamente dita, que resulta do comportamento que viola dever geral ou específico do ordenamento jurídico (ou ato ilícito), fundado na idéia geral de culpa, do da ilicitude objetiva, que resulta do exercício de atividade perigosa, encontrando no risco introduzido na sociedade a sua fundamentação”.¹⁰

Já ato ilícito, segundo DINIZ, é o “praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo”.¹¹

Além do contraste com a ordem jurídica, o ato, para ser ilícito, deve ser praticado por agente com capacidade de discernimento. É necessário que haja culpabilidade (que pressupõe a imputabilidade) do agente causador do ato danoso. Assim, “o ato antijurídico é ilícito quando pessoa capaz de entender e querer, violando norma jurídica, por ação ou omissão culposa, lesa direito subjetivo de outrem, causando-lhe dano suscetível de avaliação pecuniária. Ato ilícito, portanto, é necessariamente, ação humana.(...) É, finalmente, indispensável que o ato lesivo seja praticado livre e conscientemente, de modo a se configurar a culpa do agente. O elemento subjetivo há de entrar em sua definição, visto como, em sentido

⁹ - GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 254.

¹⁰ - BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 259-261.

¹¹ - DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2ª ed., 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 506.

estreito, ato ilícito não equivale a transgressão legal, ou a causação de dano. Sem culpa, não há ato ilícito”.¹²

Seção II – Características do ato ilícito

Dois são os elementos constitutivos do ato ilícito: um objetivo, consistente no fato material e outro subjetivo, a culpa, vinculados por um nexo de causalidade. Em outras palavras, para a responsabilidade civil tradicional, é necessário que o dano seja conseqüência de conduta culposa do agente. É oportuno lembrar que “talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra *jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a conseqüência. Mas, em verdade, o direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.”¹³ O mesmo caráter prático extrai-se da lição de TRABUCCHI: “*Seu elemento constitutivo, na verdade, é não só o agir ilicitamente (contra ius: iniuria), mas o agir causando dano a outros; e o ordenamento civil se preocupa exatamente de que esse dano seja ressarcido*.”¹⁴

Diferentemente do ilícito penal, cujo princípio vigente é o da tipicidade das condutas ilícitas, no ato ilícito civil, ao lado das hipóteses típicas, vigora outro princípio - o da atipicidade. No campo civil a lei não é e nem poderia ser, absolutamente minuciosa, enumerando tudo o que é permitido ou proibido. Não há, portanto, apenas ilícito civil por descumprimento de lei *stricto sensu*, mas também ilícito por violação a regras

¹² - GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 254.

¹³ - GOMES, Orlando. *Idem*, p. 258.

¹⁴ - TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 37ª ed., Padova: Cedam, 1997, p. 193.
Texto original no anexo desta capítulo sob nº 1.

contratuais. Daí divide-se o ilícito civil em contratual ou extracontratual, conforme a violação de um dever jurídico resida em contrato ou fora dele.

No Brasil e na Itália, entre outros países, vigora o princípio da atipicidade do ilícito civil. A respeito ensina o civilista italiano TRIMARCHI que: *“É necessário então distinguir entre atos danosos lícitos e atos danosos ilícitos. Em alguns sistemas jurídicos o problema é resolvido com uma lista de figuras típicas. Na Itália (assim como, por exemplo, na França, na Suíça e na Áustria), ao contrário, formulou-se um princípio bastante geral, o do art. 2043 do Código Civil, o qual define o ato ilícito como ‘qualquer fato doloso ou culposos que causa a outrem um dano injusto.’ (...) acolheu-se assim um princípio de atipicidade dos atos ilícitos.”*¹⁵

O Código Civil Brasileiro ao lado de hipóteses tipicamente previstas, v. g., arts. 1537 a 1551, adota o princípio da atipicidade na primeira parte do art. 159, dispondo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Não difere muito, portanto, do modelo italiano, pois “a matéria dos fatos ilícitos, ao contrário, é conformada ao oposto princípio da atipicidade, onde se considera a definição do ilícito como ‘qualquer fato doloso ou culposos que causa a outrem um dano injusto’ (art. 2043). Na verdade a tese é aceita por todos e serve geralmente a instituir um motivo de contraste e de nítida diferença entre os sistemas como o nosso, construídos com base na atipicidade do ilícito, e os de common law em que os torts aparecem como resultado de uma redução por tipos das atividades lesivas aos interesses protegidos. Também a atipicidade do ilícito, tornada evidente

¹⁵ - TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 11ª ed., Milano: Giuffrè, 1996, p. 126. Texto original no anexo deste Capítulo, sob nº 2.

pela consuetânea leitura do art. 2043 nos termos de extrema simplicidade que resolvem a norma no dever de neminem laedere, pode porém ser repensada na sua exata dimensão e submetida a um controle crítico.”¹⁶

Acerca da estrutura do ato ilícito, em nosso entender, a mais completa lição é dada pelo italiano TRABUCCHI, por nós adotada e transcrita a seguir:

“Modernamente se usa distinguir na análise do ato ilícito o fato material, a antijuridicidade e a culpabilidade: normalmente, responde-se somente pelo dano que seja efeito de atividade injusta, dolosa ou culposa.

1) O FATO - Na noção de fato compreende-se o comportamento da pessoa, que pode consistir no fazer ou no não-fazer, ou seja, em comportamentos comissivos ou omissivos (esses últimos relevantes somente se há o atuar-se em sentido desfavorável ao sujeito). (...) Entre o ato e o evento deve intercorrer um nexo de causalidade juridicamente relevante.

2) A ANTIJURIDICIDADE - Nem todo fato que cause dano gera a obrigação do ressarcimento. Esse fato deve estar em oposição a um dever jurídico, e essa relação de desconformidade exprime-se justamente como ‘antijuridicidade’. Por isso o art. 2043 exige um ‘dano injusto’. Daí resulta que a norma sancionatória desse

¹⁶ - RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. Bari: Laterza, 1992, p. 158-159. Texto original no anexo deste Capítulo, sob nº 3.

artigo pressupõe uma outra normativa primária que reconhece o direito do qual se afirma a lesão. (...)

3) A CULPABILIDADE - Além de antijurídico, o ato para ser qualificado ilícito deve ser culpável, isto é, fruto de um comportamento reprovado pela ordem jurídica. (...) Pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade. A imputabilidade é regulamentada no art. 2046, no sentido de que não é responsável pelo fato ilícito quem não tinha a capacidade de entender ou de querer no momento em que o cometeu, ou seja, quem, no momento do fato não era idôneo a dar-se conta da dimensão e do significado da própria conduta. Desde que, é claro, o estado de incapacidade não derive de sua própria culpa, como seria o caso do bêbado que quisesse aduzir a sua ebriedade como desculpa para subtrair-se às conseqüências dos atos cometidos.”¹⁷

Em síntese: “Para que haja ilicitude, é necessário que o ato ofensivo de direito alheio seja não só antijurídico, isto é, que contrarie comando do ordenamento, como também culposos, isto é, que possa ser imputável ao agente, a título de dolo (omissão ou violação intencional de dever) ou mera culpa (omissão ou violação negligente). (...) Apesar de toda uma tradição no sentido de que a responsabilidade contratual tem por fundamento a culpa do devedor, a verdade é que ela é objetiva: surge pelo só fato do inadimplemento e o dano. A única forma de o devedor se libertar do dever de indenizar não está propriamente em provar que não teve culpa,

¹⁷ - TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 37ª ed., Padova: Cedam, 1997, p. 196-199. Texto original no anexo deste capítulo sob nº 4.

antes consiste na demonstração de caso fortuito ou de força maior – e este, como é sabido, é o que exclui o nexo de causalidade.”¹⁸

Seção III - Conseqüências do ato ilícito – o dever de indenizar

A responsabilidade civil, antes de mais nada, deve ser distinguida da obrigação. Para tanto, mencionamos o escólio de CAVALIERI FILHO: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. (...) Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário.”¹⁹

Para BITTAR, “a obrigação de indenizar, resultante tanto da prática de ilícito, como do exercício de atividade perigosa, denomina-se responsabilidade civil.”²⁰ Se o ato ilícito gerou danos, nasce o dever de indenizar do agente que praticou o ato ou a responsabilidade civil. “O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois,

¹⁸ - NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 140.

¹⁹ - CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed., rev. atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20.

²⁰ - BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 266.

ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da *prevenção*, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam. Encontra-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil.”²¹

É oportuno lembrar que nem toda ação danosa praticada pelo homem é considerada ilícita. Há casos de atos lesivos que não são considerados atos ilícitos. Com efeito, dispõe o art. 160 do Código Civil Brasileiro:

“Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520).

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Depreende-se da leitura do artigo 160, do Código Civil, que a lei reconhece legitimidade à prática de atos lesivos em determinadas circunstâncias excepcionais, retirando o caráter ilícito desses atos. Assim, não se consideram atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido ou no estado de necessidade.

²¹ - DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 42.

Segundo o escólio de DINIZ, “a legítima defesa exclui a responsabilidade pelo prejuízo causado se, com uso moderado de meios necessários, alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (...) Exercício regular de um direito reconhecido - se alguém no uso normal de um direito lesar outrem não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Só haverá ilicitude se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal. (...) O estado de necessidade consiste na ofensa do direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo (RT, 395:289, 393-354, 180-226, 163:642 e 509:69).”²²

Seção IV – A responsabilidade objetiva

Nas sociedades primitivas a responsabilidade civil era ditada pela Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”, prevista no *Código de Hamurabi* - primeiro Código de Leis escritas. A esse tempo o devedor respondia por suas dívidas com o seu próprio corpo. Com a *Lex Poetelia Papilia* (326 a. C.) aboliu-se a responsabilidade corporal por dívidas, passando a responsabilidade a limitar-se sobre o patrimônio do devedor.

O Código Civil Brasileiro de 1916, ainda em vigor, consagrou a responsabilidade subjetiva no art. 159, baseada na culpa, na prática do ato ilícito.

²² - DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153.

Com o tempo verificou-se que tal técnica era insuficiente para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados. Por obra da jurisprudência criou-se a presunção de culpa do agente. Posteriormente veio a legislação substituindo o critério da culpa pelo do risco provocado pela atividade desenvolvida da qual resultou o dano. Os princípios fundantes da responsabilidade civil passam a girar em torno da solidariedade social e da justiça distributiva, como ensina TEPEDINO.²³ FIGUEIRA menciona, a esse respeito, o princípio da justa repartição de prejuízos.²⁴

A Suprema Corte Argentina, quando trata da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos, refere-se à distribuição equânime dos ônus à sociedade, não podendo determinado administrado sofrer uma carga desproporcional, que excede a cota normal de sacrifícios.²⁵

CAVALIERI FILHO, citado por TEPEDINO²⁶, menciona que os riscos devem ser suportados por todos, já que os benefícios também são de todos. A justiça distributiva reparte eqüitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos preços e dos seguros sociais, evitando-se despejar os riscos no consumidor individual.

Novamente lembramos a lição de FIGUEIRA²⁷ quando diz que o critério jurídico a adotar na solução do ressarcimento dos danos, na

²³ - TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade do Estado. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 173-197.

²⁴ - FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 163-209.

²⁵ - AMADEO, José Luis. *Responsabilidad del Estado por actos lícitos según la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1998, p. 15-16.

²⁶ - TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade do Estado. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 176.

²⁷ - FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 206.

relação fato danoso / sujeito responsável é o da conexão vantagem-risco, isto é, na sua atribuição ao empresário, o qual, por sua vez fará repercutir o encargo pela via do seguro e dos preços na sociedade. O risco comporá o custo das mercadorias, obtendo-se um critério para valorar a utilidade e a produtividade da empresa, tornando-se indesejável e de difícil sobrevivência aquela que crie um risco excessivo em relação às vantagens econômicas que oferece.

Há uma tendência, portanto, de superação da tradicional responsabilidade civil baseada na culpa, fundada na prática de ato ilícito, para a responsabilidade objetiva e baseada na atividade produzida, com aplicação do princípio da igualdade de distribuição dos ônus à sociedade e de que quem tem os bônus deve arcar com os ônus. Isso é de grande importância para a questão da tutela inibitória que deve dirigir-se não só contra o perigo do antijurídico ou do ilícito, mas igualmente contra o perigo de dano, culpável ou não.

Para BARCELLONA, o risco faz parte do passivo da empresa e deve ser sustentado por ela, como parte dos custos de produção. Com isso é possível valorar a utilidade e a produtividade da empresa. Uma empresa que produz um risco excessivo em relação às vantagens que oferece é socialmente indesejável²⁸. Entende BARCELLONA que o fundamento da responsabilidade civil contemporânea não está no ato ilícito, mas num fato jurídico: o fato danoso cuja prática possa ser atribuída a um sujeito. Faltando tal referibilidade, o evento danoso torna-se um puro fato natural.

Convivem, assim, lado a lado, dois regimes de responsabilidade: a responsabilidade civil subjetiva, do art. 159, do Código

²⁸ - BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 556.

Civil, baseada na culpa (no ato ilícito), e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva.

O regime dualista, citado por TEPEDINO²⁹, atende ao princípio antes referido de solidariedade social que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado, mas em todas as relações de direito público e de direito privado.

No Brasil, num primeiro momento, a responsabilidade objetiva cingiu-se aos danos que as empresas ferroviárias causassem aos proprietários marginais (Decreto 2.681 de 1912), ao art. 1529, do Código Civil, que entrou em vigor em 01/01/1917 e aos acidentes de trabalho, expandindo-se posteriormente para diversos campos da produção econômica, com base na idéia de que quem auferir os lucros da atividade produzida deve arcar com os ônus - *ubi emolumentum, ibi onus*. Tal idéia é agasalhada pelo art. 2º, da CLT, que define o empregador como aquele que **“assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”**.

Lembra TEPEDINO que nos últimos cinquenta anos a responsabilidade civil vem objetivando-se, fomentando nos EUA a universalização do seguro social, envolvendo-se uma espécie de securitização das atividades produtivas.³⁰ Dentro dessa linha evolutiva, no Brasil podem ser lembrados, atualmente, a responsabilidade objetiva da administração pública³¹, os acidentes de trabalho, as relações de consumo, o transporte aéreo, as atividades nucleares, etc.

²⁹ - TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade do Estado. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Idem, p. 173.

³⁰ - TEPEDINO, Gustavo. Idem, p. 184

³¹ - A responsabilidade objetiva do Estado foi adotada pela primeira vez pela Constituição Federal de 1946.

Esse sistema de dualidade de responsabilidade civil (baseada na culpa - ato ilícito - de um lado e, de outro, na responsabilidade objetiva) atende perfeitamente às necessidades contemporâneas.

ANEXO DO CAPÍTULO I

1) *“Elemento costitutivo ne è infatti non solo l'agire illecitamente (contra ius: iniuria), ma l'agire causando danno ad altri; e l'ordinamento civile si preoccupa appunto che questo danno sia risarcito.”*

2) *“Ocorre dunque distinguere fra atti dannosi leciti e atti dannosi illeciti. In alcuni sistemi giuridici il problema é risolto con un elenco di figure tipiche. In Italia invece (così come, per esempio, in Francia, in Svizzera e in Austria) si è formulato un principio assai generale, quello dell'art. 2043 Cod. Civ., il quale definisce l'atto illecito come “qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto. (...) si è accolto così un principio di atipicità degli atti illeciti.”*

3) *“la materia dei fatti illeciti è informata invece all'opposto principio dell'atipicità, ove si ponga mente alla definizione dell'illecito come ‘qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto’ (art. 2043). In verità la tesi è da tutti accettata e serve generalmenten ad istituire un motivo di confronto e di netta differenza tra i sistemi come il nostro, costruiti sulla atipicità dell'illecito, e quelli di common law dove i torts appaiono il risultato di una riduzione per tipi delle attività lesive d'interessi protetti. Anche l'atipicità dell'illecito, resa evidente della consueta lettura dell'art. 2043 nei termini di estrema semplicità che risolvono la norma nel dovere di neminem laedere, può tuttavia essere rimeditata nella sua esatta dimensione e sottoposta a controllo critico.”*

4) *“Modernamente si usa distinguere nell'analisi dell'atto illecito il fatto materiale, l'antigiuridicità e la colpevolezza: di norma, si risponde solo del danno che sia effetto di attività ingiusta, dolosa o colposa.*

4.1) *IL FATTO - Nella nozione di fatto si comprende il comportamento della persona, che può consistere nel fare oppure nel non fare, cioè in comportamenti commissivi od omissivi (questi ultimi rilevanti solo se c'è l'attuarsi in senso sfavorevole al soggetto). (...) Tra l'atto e l'evento dove intercorrere un nesso di causalità giuridicamente rilevante.*

4.2. *L'ANTIGIURIDICITÀ - Non ogni fatto che rechi danno genera l'obbligo del risarcimento. Esso dev'essere in contrasto con un dovere giuridico, e questa relazione di difformità si esprime appunto come 'antigiuridicità'. Perciò l'art. 2043 richiede un 'danno ingiusto'. Ne consegue che la norma sanzionatoria di questo articolo pressupone un'altra normativa primaria che riconosce il diritto di cui si afferma la lesione. (...)*

4.3) *LA COLPEVOLEZZA - Oltre che antigiuridico, l'atto per essere qualificato illecito dev'essere colpevole, cioè frutto di un contegno riprovato dall'ordine giuridico. (...) Presupposto della colpevolezza è l'imputabilità. L'imputabilità è regolata nell'art. 2046, nel senso che non è responsabile del fatto illecito chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, cioè chi al momento del fatto non era idoneo a rendersi conto della portata e del significato della propria condotta. Beninteso, purchè lo stato di incapacità non derivi da sua colpa, come sarebbe dell'ubriaco che volesse addurre la sua ebbrità come scusa per sottrarsi alle conseguenze degli atti compiuti.”*

CAPÍTULO II – CARACTERIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Seção I – Conceito

A emissão de conceitos sempre é difícil, porque se peca por vezes pela incorreção, imprecisão ou insuficiência, outras pelo excesso – *omnis definitio periculosa est*. Não obstante, o conceito ajuda a compreensão do objeto de nossos estudos, auxiliando na descoberta das finalidades dos institutos jurídicos – *qui bene distinguit, bene docet*.

Das Ordenações Filipinas pode-se extrair um conceito de tutela inibitória, se não vejamos: “se alguém se 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 tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito”. (Livro 3º, Título 78, § 5º).

No direito italiano, segundo afirma FRIGNANI, uma das maiores autoridades na Itália a respeito do assunto, “a melhor definição legislativa de inibitória final nos é dada pelo art. 156 parágrafo I 1, de 22 de abril de 1941, nº 633, o qual assim dispõe: ‘quem tem razão de temer a violação de um direito... ou então pretende impedir a continuação ou a repetição de uma

*violação já ocorrida, pode agir em juízo para obter que o seu direito seja assegurado e seja interditada a violação”.*³²

FRIGNANI ensina que “*toda a doutrina entende com a expressão ‘ação inibitória’ a pretensão judiciária daquele cujo direito está para ser lesado, ou a lesão do qual está em ato, e/ou havendo perigo de que se repita ou continue no futuro, de obter do juiz uma ordem, endereçada ao transgressor, de fazer cessar tal estado de perigo, ou o comportamento lesivo.*

*Trata-se do instrumento de tutela preventiva destinado a operar naquelas situações de fato nas quais a tutela ressarcitória (intervindo necessariamente a posteriori), é inadequada. Ação que afunda suas raízes históricas na actio negatoria do direito romano, estendeu-se a partir de 1800 e hoje se pode dizer que é patrimônio comum a todos os ordenamentos avançados”.*³³

Não cogitando do ilícito, mas apenas do dano, MARINS, referindo-se à tutela inibitória, assevera que: “em certos casos, o sistema processual admite que o interesse suficiente para invocar a tutela jurisdicional possa surgir antes que o direito seja, efetivamente, lesado, pelo só fato de prenunciar-se lesão próxima e provável.”³⁴

³² - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 560. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 1.

³³ - FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, anno LII (seconda serie), nº 04, Padova: Cedam, ottobre-dicembre 1997, p. 999-1000. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 02.

³⁴ - MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar (teoria geral e poder geral de cautela)*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 95.

Sempre preferimos o conceito analítico, por isso, definimos a **tutela inibitória como aquela que visa à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, positiva ou negativa, contratual ou extracontratual.**

A primeira explicação deve ser feita em relação ao substantivo “tutela”. Tutela vem “do latim tutela, de *tueri* (proteger); vulgarmente entende-se por proteção, a assistência instituída em benefício de alguém”.³⁵ A perfeita compreensão acerca do sentido de tutela, na atualidade, é importante para a criação de mecanismos aptos a dar efetividade ao processo (processo de resultados concretos, com a universalização do acesso à Justiça), inclusive em relação à inibitória. Para BEDAQUE, “tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material”.³⁶

A melhor doutrina procura ver a tutela como o compromisso com a realização do direito; tutela como equivalente ao resultado material obtido pelo jurisdicionado, ou seja, aquilo que o processo realiza no plano do direito material. Nesse sentido, “tutela jurisdicional, assim considerada como o resultado dado pela prestação jurisdicional a quem efetivamente tenha um direito ou um interesse jurídico respaldado pelo ordenamento material”.³⁷

Tutela não se confunde com a sentença que é apenas um de seus componentes. Como ensina MARINONI, “tutela jurisdicional, no nosso entendimento, não é sinônimo de sentença, mas sim de procedimento

³⁵ - DE PLÁCIDO E SILVA. “*Vocabulário Jurídico*”. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 427.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25.

³⁷ - MAFFINI, Rafael da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o Processo. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, out./dez. 1999, p. 719.

estruturado (mediante, por exemplo, sumarização formal e material, tutela antecipatória, sentença imediatamente executável) para tutelar efetiva e adequadamente o direito material”.³⁸

Não se confundindo com o resultado de mérito contido na sentença, há tutela ainda que o pedido seja integralmente rejeitado, pois, nesse caso, houve tutela ao direito do réu. “Assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu em caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste.”³⁹

Essa nova visão de **tutela** é revelada com sabedoria por MARINONI, que assevera: “Falamos em ‘tutela’ inibitória porque entendemos que o sistema de tutela dos direitos deve deixar de ser pensado em torno da ação una e abstrata e passar a ser compreendido em termos de ‘tutela’, ou melhor, a partir dos resultados que a tutela jurisdicional proporciona aos consumidores do serviço jurisdicional.”⁴⁰

A tutela inibitória dirige-se, como dissemos, contra o perigo do antijurídico (conduta contrária ao direito, independentemente de culpa), ainda que não cause dano material, mas se volta também contra o risco do dano, mesmo que a conduta não seja necessariamente antijurídica ou ilícita. Tal entendimento decorre da possibilidade de ocorrerem condutas ilícitas ou antijurídicas que não causem dano ou condutas lícitas danosas. Em ambas o interesse do eventual prejudicado deve ser protegido.

³⁸ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 22.

³⁹ - DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 81, jan./mar. 1996, p. 73.

⁴⁰ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 29.

Imagine-se uma rua com tráfego permitido apenas para veículos de passeio e que, com base nessa disposição de trânsito, os moradores construam suas casas. Posteriormente a circulação de lotação passa a ser permitida e, em decorrência disso, certa habitação sofre dano estrutural. Não obstante seja lícito o trajeto do ônibus, a nosso ver, a empresa concessionária de transporte coletivo deve reparar os danos causados. É possível, portanto, em tese, a utilização da tutela inibitória contra a prática de atos lícitos que acarretam danos. No exemplo referido entendemos viável que a comunidade prejudicada com eventual tráfego de veículos de grande porte possa impedir a circulação deles, atendidos, é claro, o princípio da proporcionalidade e o interesse público, examinados em cada caso concreto.

É evidente que são excepcionais ou muito raros os casos de utilização da tutela inibitória para impedir condutas lícitas danosas, pois geralmente o dano decorre de uma transgressão legal. Conquanto de difícil ocorrência, não se pode, a priori, eliminar a hipótese de utilização da tutela inibitória para impedir o dano lícito.

Referida tutela protege tanto contra o perigo de conduta antijurídica, ilícita ou danosa derivada de um fazer (positiva), quanto a de um não-fazer (negativa), voltando-se para obrigações contratuais e extracontratuais. “Não há, portanto, que se falar em prova do dano, em sede de ação inibitória, já que esta visa apenas a evitar a ocorrência do ilícito. De outra parte, também porque não se cogita, na tutela preventiva, da questão do dano, não há espaço para a discussão sobre a culpa do agente.”⁴¹

⁴¹ - ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória e o “amparo de protección colectivo” no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Argentina. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, out./dez. 1999, p. 774.

Se de um lado não se pode perquirir acerca da culpa e do dano no âmbito da inibitória, de outro, é possível direcioná-la para evitar o perigo da prática, da continuação ou repetição de uma conduta danosa. Os autores de modo geral afastam a questão da culpa (que é um dos pressupostos do ressarcimento) e do dano (consequência material da conduta) da seara própria da tutela inibitória, pois tais matérias são aferidas no âmbito da tutela ressarcitória. Nada impede, ao contrário, tudo justifica, que se aceite a tutela inibitória para evitar qualquer perigo de dano seja antijurídico, ilícito ou de outra natureza.

MARINONI entende que a tutela inibitória destina-se a evitar o ilícito, mas acaba por aceitar que também previne o dano, se não vejamos: “A tutela inibitória, por sua vez, destina-se a inibir o ilícito, muito embora possa, em virtude de eventual identidade cronológica entre o ilícito e o dano, culminar por inibir o próprio dano”.⁴² Em igual sentido leciona COUTO E SILVA: “Se a ação puder ser proposta antes da ocorrência da lesão, cuida-se do exercício da tutela preventiva, seja tutela destinada a prevenir que a lesão ocorra, seja na modalidade de tutela antecipada”.⁴³

A tutela inibitória tem por função evitar a conduta antijurídica, não sendo o dano pressuposto necessário, porém também tem por finalidade evitá-lo. Para GOLDSCHMIDT, o tema relativo a tutela inibitória “*deve ser limitado aos casos em que a intervenção judicial tende a evitar um dano que poderia derivar da ameaça de lesão de um bem jurídico, mas que não se*

⁴² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 16.

⁴³ - SILVA, Clóvis do Couto e. Tutela preventiva. *Digesto de processo*. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 298-299.

realizou ainda".⁴⁴ A finalidade preventiva do dano é expressamente mencionada por GROSSEN: "*Os modernos sistemas jurídicos admitem às vezes o recurso à autoridade judiciária para prevenir um dano, sem ter que esperar que somente sua reparação possa ser ordenada.*"⁴⁵

É necessário dar a maior amplitude possível à tutela inibitória, dentro de sua função de prevenção geral ou de proteção à integridade do ordenamento jurídico, como reconhece a doutrina estrangeira:

- a) MATTEI: "*A ação inibitória, de fato, contém em si a idéia de uma oposição a uma atividade em ato de desenvolvimento que o autor pretende fazer cessar.*"⁴⁶;
- b) FERRI: "*(...) a tutela inibitória tende a mover para o futuro situações antijurídicas ou simplesmente a evitar que surjam.*"⁴⁷ e
- c) GROSSEN: "*As ações preventivas são aquelas que se fundam em uma iminente ameaça ao direito ('Rechtsgefährdung') em antítese àquelas fundadas em uma violação de um direito ('Rechtsverletzung') (...) Comparada à ação de condenação ou à constitutiva, a*

⁴⁴ - GOLDSCHMIDT, Roberto. L'azione preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XIV, Padova: Cedam, anno 1959, p. 405. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 3.

⁴⁵ - GROSSEN, Jaques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. 14, 1959, p. 418. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 4.

⁴⁶ - MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 257. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 5.

⁴⁷ - FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'Art. 1469 – sexies c.c. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, p. 936-944, ottobre-Dicembre 1996, p. 938. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 6.

*ação de prevenção representa uma espécie de 'aperfeiçoamento' da tutela dos direitos".*⁴⁸

A tutela inibitória comporta outras acepções, também podendo ser designada, como fê-lo o saudoso PONTES DE MIRANDA, com a sua tradicional cultura, como **ação de abstenção**:

"A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. A culpa não lhe é pressuposto necessário. Se culpa existe, é plus. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar. (...) A ação de abstenção pode ser usada para os direitos absolutos e para os direitos negativos, bem como para os direitos a não ser molestado, ainda que não substantivados. A ação de abstenção pode ser presente, ou de futuro. Nada obsta a que, havendo razões para temor de não cumprimento da obrigação ainda por nascer, com base no crédito se exerça a ação de abstenção como ação de prestação futura, isto é, para a omissão quando a obrigação surgir (sem razão, *FLAD, Von der Unterlassungsklage, Jherings Jhrücher*, 70, 351)." ⁴⁹

Outra acepção é a de **tutela preventiva** para obrigações de natureza contratual e **tutela inibitória** para obrigações extracontratuais. Na realidade qualquer denominação que se utilize, como inibitória, preventiva, de abstenção, há sempre a revelação do mesmo fenômeno, muito embora a

⁴⁸ - GROSSEN, Jaques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. 14, 1959, p. 418. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 7.

⁴⁹ - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 495-496.

expressão **ação de abstenção** revele menos que a tutela inibitória, destinada também ao cumprimento de obrigações positivas, como as de fazer. As expressões **tutela inibitória**, **tutela de prevenção** ou **tutela preventiva** serão por nós utilizadas neste estudo como sinônimas, por possuírem idêntica finalidade.

A tutela inibitória brasileira guarda semelhança bastante próxima com a “*inibitoria*” italiana e de certa forma com as “*injunctions*” anglo-americanas, por isso, mencionaremos, quando for oportuno, as finalidades e características de tais instrumentos.

O parentesco entre a tutela inibitória e as *injunctions* anglo-americanas é percebido confrontando o conceito por nós estabelecido anteriormente daquela e a conceituação feita por FRIGNANI desta, como “*um remédio específico da equity, definitivo ou provisório, por meio do qual uma parte que violou ou ameaça violar um legal ou equitable right, recebe do juiz a ordem de não cometer, continuar ou repetir o ato de violação (se esta se concretiza em um fazer) ou de executar um ato positivo, (se a violação consiste em um não-fazer), restabelecendo de tal modo a vítima no status quo, salvo sempre o direito aos damages pelos danos efetivamente sofridos no passado*”.⁵⁰

O presente estudo, convém esclarecer, não é de direito comparado, já que objetivamos apenas estudar a tutela inibitória brasileira, aplicável no processo individual do trabalho. Não obstante, servimo-nos da doutrina estrangeira apenas como suporte, sugerindo caminhos bem sucedidos que foram adotados por outros países, analisando, assim,

⁵⁰ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 210. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 8.

incidentalmente, a experiência de outros povos, para aprimoramento da tutela brasileira.

Seção II – Natureza Jurídica

As ações são classificadas tradicionalmente em ações de conhecimento, ações executórias e ações acautelatórias. “Adotando como critério a espécie de provimento jurisdicional solicitado pela parte, a doutrina estabeleceu uma classificação das ações em: a) de conhecimento; b) de execução; e c) cautelar.”⁵¹ Dentro dessa classificação, a ação inibitória (veículo da tutela inibitória) se enquadra como ação de conhecimento ou de cognição exauriente, com características peculiares, permitindo o exercício pleno do contraditório e sendo apta à formação da coisa julgada material.

A doutrina majoritária divide as ações de conhecimento em ações de condenação, declaração e constitutivas – classificação trinária das ações. Com efeito, “tendo em vista a natureza do provimento jurisdicional emitido no processo de cognição, a doutrina identifica a existência de três sub-classes de sentenças, ou de ações: 1) declaratória; 2) constitutiva; 3) condenatória.”⁵²

A tutela inibitória não pode subsumir-se a essa última classificação, mas sim, no plano processual, às ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, pois exige-se atividade jurisdicional, na mesma relação processual, depois do trânsito em julgado, sendo incompatível com esse tipo de tutela uma outra relação processual de execução de sentença

⁵¹ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As ações cautelares no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988, p. 45.

⁵² - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Idem*, p. 46.

ou outra ação executória *stricto sensu*. A cumulação de cognição e ordem (através da técnica mandamental) ou cumulação de cognição e execução (através da técnica executiva *lato sensu*) são necessárias na ação inibitória, em uma única relação processual.

Elucidativa, a respeito, a lição de MARINONI, aplicável à tutela inibitória: “Perceba-se que a própria letra dos arts. 461 e 84, no sentido de que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, indica que a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução.”⁵³

Imagine-se, por exemplo, a ordem inibitória que obsta a transferência ilegal de empregado. É evidente que o juiz expedirá mandado proibindo a transferência, ordenando, portanto, que ela não ocorra. Outro exemplo é a ordem inibitória coibindo possível dispensa ilegal de empregado garantido com estabilidade. Também nesse caso, há ordem, mandado do juiz proibindo a dispensa. Em tais casos e outros semelhantes, não se pode vislumbrar a existência de ação declaratória, constitutiva ou mesmo condenatória. O que há é ordem, portanto, ação mandamental. No plano do processo, portanto, a tutela inibitória é mandamental ou executiva *lato sensu* e, no plano material, isto é, dos efeitos, é inibitória. Nos exemplos mencionados não há processo de execução de sentença, mas atividade jurisdicional cognitiva e mandamental na mesma relação processual.

⁵³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 77.

Como se percebe, de todo insuficiente a classificação trinária das ações e sentenças, devendo ser admitida a existência também da ação executiva *lato sensu* e da ação mandamental, como quer OVÍDIO BAPTISTA, esclarecendo que:

“A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena*. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência, na mesma relação processual de conhecimento.”⁵⁴

Nesse aspecto PONTES DE MIRANDA e sua classificação quinária das ações e sentenças continua atualizadíssimo, merecendo estudo e reflexão, com admissão das ações executivas *lato sensu* e mandamentais ao lado das tradicionais ações declaratórias, constitutivas e condenatórias.

⁵⁴ - SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. Vol. 2, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1998, p. 334.

Convém lembrar que “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 mandamentabilidade 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.”⁵⁵

Desse modo, entendemos que a ação inibitória ou como preferimos a tutela inibitória ou preventiva é de cognição exauriente, apta a gerar, portanto, coisa julgada material e, no plano processual, tem conteúdo mandamental ou executivo *lato sensu* e, dos efeitos gerados fora do processo, isto é, no mundo sensível, é inibitória. Trata-se, portanto, de outra espécie de tutela ou de ação.

Seção III – Distinções com outros tipos de tutela

É fundamental distinguir-se a tutela inibitória de outras formas de tutela, como a cautelar, a antecipatória, a ressarcitória e a declaratória, a fim de que não se busque tutela imprópria perante o Poder Judiciário. Lamentavelmente a prática demonstra que muitos direitos não são realizados em razão de os remédios jurídicos serem inadequadamente utilizados pelas partes de um processo.

⁵⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 356.

É tarefa dos operadores jurídicos conhecerem a finalidade de cada tipo de tutela colocada à disposição pelo ordenamento jurídico, propiciando maior efetividade ao processo. Assim, buscar a tutela correta para cada caso concreto, conhecendo e distinguindo todas, é fundamental para o bom exercício de qualquer atividade jurídica, como advogado, promotor, procurador ou juiz.

A) Com a tutela cautelar

A finalidade da tutela cautelar é a de assegurar o resultado útil ao processo principal, sem satisfazer imediatamente o direito da parte, pois o seu caráter é meramente conservativo. “Quer isso dizer que não se busca com a cautela a composição da lide (fim da atividade jurisdicional principal), mas tão-somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito.”⁵⁶

A segurança da execução futura traduz-se em cautelaridade, diferentemente da execução para segurança que implica satisfatividade, como diferencia OVÍDIO BAPTISTA: “Trata-se daquela fundamental distinção entre ‘segurança-da-execução’, que se traduz em cautelaridade; e ‘execução-para-segurança’ que haverá de ser tida como execução urgente, execução verdadeira, qualificada pela urgência, tomada sob o signo da provisoriedade que, todavia, nem por isso, perde a natureza de provimento *lato sensu* executivo (vd. Curso III, Vol. 2, 2ª edição, especialmente, pp. 31, 64, 134). (...) O que, todavia, irá caracterizar a natureza do provimento será seu respectivo conteúdo. Se ele antecipar efeitos da sentença de

⁵⁶ - THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 9ª ed., rev., atual., São Paulo: Leud, 1987, p. 57.

procedência, em demanda satisfativa - ante o 'fundado receio de dano irreparável' - o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não-cautelar. Se, ao contrário, ante o mesmo 'fundado receio de dano irreparável', protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar."⁵⁷

Quando se busca assegurar o resultado útil ao processo se está diante de cautelaridade; do contrário, quando se persegue a própria satisfação do direito violado de forma imediata, ainda que urgente, se está diante de satisfatividade, afastando as cautelares e chamando a aplicação das tutelas de urgência de caráter satisfativo, v. g., tutelas antecipatórias, mandamentais ou inibitórias.

BARBOSA MOREIRA separa a tutela cautelar da inibitória dizendo que se trata de remédios jurídicos distintos. "Um deles tende a assegurar de modo imediato a eficácia do próprio processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; assim, não postula a cabal demonstração da existência deste, e por outro lado é utilizável ainda quando ele já tenha sido lesado, objetivando aí evitar, não, é óbvio, o dano decorrente da lesão, mas um segundo dano, consistente na supressão ou na redução dos meios de que se dispõe para tentar compor o primeiro." BARBOSA MOREIRA referiu-se até aqui à tutela cautelar. Doravante à inibitória, se não vejamos: "O outro tipo visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão por que a providência judicial descansará no prévio accertamento 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

⁵⁷ - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. I (processo de conhecimento). 3ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 116-117.

caráter definitivo - ou, se quisermos usar linguagem tipicamente carneluttiana, 'satisfativo'.⁵⁸

As medidas cautelares foram utilizadas até hoje em caráter promíscuo, justificando-se o emprego delas ante a ausência de instrumentos jurídicos aptos a dar efetividade aos direitos. Desse modo, a ausência de tutelas sumárias de urgência, satisfativas, fizeram com que fossem empregadas as medidas cautelares para outros fins, visando a imediata satisfação do direito material violado.

Atualmente o emprego de cautelares com fins diversos para os quais foram criadas não mais se justifica. Possuimos instrumentos jurídicos aptos ao exercício dos direitos, tão logo sejam violados, como é o caso da tutela antecipatória.

Destarte, "faz-se mister que não mais se utilize as medidas cautelares nas situações de periclitância do direito material. Nesses casos, dever-se-á adotar a medida antecipatória em sede de processo de conhecimento, com supedâneo no art. 273, I, do CPC, e desde que preenchidos os demais pressupostos legais."⁵⁹ "Assim sendo, sempre que o magistrado percebe que o atendimento do pedido cautelar pode gerar satisfação – ainda que provisória – do direito do autor, deverá concluir pelo indeferimento do pedido. Isso deverá inclusive coibir a utilização das impropriamente denominadas 'cautelares satisfativas'. Estas são em si mesmas uma *contradictio in terminis*, já que, como dito anteriormente, as cautelares não satisfazem, mas tão-somente conservam. Se a medida é

⁵⁸ - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25.

⁵⁹ - SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Distinções entre a antecipação da tutela e as medidas cautelares. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, setembro 1997, nº 57, p. 345.

satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. Nesse caso, poderá o autor pleitear novamente em juízo, já agora pugnando pela concessão da tutela antecipada, uma vez que presente *in casu* o caráter jurissatisfativo da medida.”⁶⁰

Como já disse BORGES, “é imprescindível que a tutela cautelar não satisfaça a pretensão, que é própria do processo principal. Isso porque, a ação cautelar objetiva assegurar a viabilidade da concretização de uma pretensão, a ser buscada por intermédio de uma ação principal. Daí a natureza instrumental das ações cautelares”.⁶¹

THEODORO JÚNIOR ensina que não se busca com a cautela a composição da lide – fim da atividade jurisdicional principal – mas tão-somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito.⁶²

MARINONI aponta para distinção o interessante critério da **referibilidade** das ações cautelares. Diz ele que “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. (...) A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não-referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa.”⁶³

⁶⁰ - SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Idem, p. 346.

⁶¹ - BORGES, Leonardo Dias. A tutela antecipada no processo do trabalho. In: *Revista LTr*, vol. 60, São Paulo: LTr, abril 1996, p. 452.

⁶² - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 9ª ed., rev., atual., São Paulo: Leud, 1987, p. 57.

⁶³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, julho 1997, p. 86 e 92.

Em outra importante obra, MARINONI reafirma esse critério, dizendo: “A tutela cautelar é marcada pela característica da referibilidade. Aquele que pede tutela cautelar faz referência, obrigatoriamente, a um direito ameaçado, ou seja, ao direito que deve ser acautelado. A utilidade da tutela está na proteção do direito ameaçado. Se inexistir possibilidade de referência a um outro direito, não há tutela cautelar, há satisfatividade.”⁶⁴

A jurisprudência se manifesta no mesmo rumo da melhor doutrina, se não vejamos:

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Ação cautelar. Reintegração ao emprego. Inviável a reintegração via ação cautelar, pois ela não substitui a ação principal face a sua natureza e provisoriedade. Havendo recurso próprio, qual seja, reclamação trabalhista, incabível a cautelar para reintegração em emprego.* (RR 216.477/95.8 - Ac. 1ª T. 3002/97, unânime. Rel. Min. Ursulino Santos. DJU, de 15/08/97, p. 37492.

Importante também a distinção entre a tutela cautelar, a tutela ressarcitória e a tutela inibitória. A diferença entre a tutela cautelar e a antecipatória é feita, com precisão, pela seguinte ementa do Tribunal Superior do Trabalho: “A finalidade instrumental, subsidiária, efêmera e, pois, precária da tutela cautelar não se compadece com o acolhimento de provimento jurisdicional de cunho satisfativo, consistente em reintegração provisória no emprego. O manejo impróprio e abusivo do processo cautelar tanto mais se evidencia quando se tem presente a viabilidade de outorga de tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista, inclusive no tocante às

⁶⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76.

obrigações de fazer e não-fazer, através de liminar em processo de conhecimento (CLT, art. 659, IX e X), máxime após o advento da Lei 8.952, de 13/12/94, que imprimiu nova redação aos arts. 273 e 461, do CPC. Assim, vulnera direito subjetivo do empregador a reintegração provisória ordenada em sentença de processo cautelar, importando inobservância do devido processo legal. (ROMS 266712/96.2, SBDI-2, Rel. Min. João Oreste Dalazen).

A tutela ressarcitória distingue-se da cautelar, pois não visa assegurar o resultado útil do processo, mas a recomposição do dano. É tutela voltada contra a lesão já ocorrida, enquanto que a inibitória tem por fim evitar a lesão. “A tutela ressarcitória, na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos; já a inibitória, que não tem qualquer caráter sub-rogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si.”⁶⁵

É possível dizer, “em resumo: tutela preventiva tem por objetivo a proteção do direito material; a tutela cautelar, por seu turno, visa assegurar a eficácia da atividade jurisdicional. A prevenção, portanto, jamais terá função acautelatória, visto como esta protege o processo e aquela o direito afirmado. Pode-se admitir, no entanto, que a cautela, em sentido amplo, também previne; porém, é de notar que atua sobre realidade substancialmente diversa (processo) daquela compreendida pela tutela preventiva (direito substancial)”.⁶⁶

⁶⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998, p. 31.

⁶⁶ - MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar (Teoria Geral e Poder Geral de Cautela)*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 104.

B) Com a tutela antecipatória

A tutela antecipatória é também satisfativa, visa assegurar de forma imediata o direito da parte, quando houver prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.⁶⁷

A tutela antecipatória “não é uma quarta espécie de ação, a ser acrescida às anteriores (de cognição, condenação e cautelares). Trata-se da faculdade concedida ao juiz de antecipar a tutela, o provimento pleiteado, que é objeto de uma determinada ação, garantindo a pretensão provisoriamente.”⁶⁸

MARINONI distingue com precisão a tutela antecipatória da inibitória, dizendo: “Frise-se que não é possível confundir tutela antecipatória com tutela inibitória. A tutela antecipatória, fundada no art. 273, I, pode ser, por exemplo, tutela antecipatória ressarcitória, como é o caso da tutela antecipatória na ação de indenização fundada em ato ilícito. A tutela antecipatória, em outras palavras, apenas poderá ser inibitória”.⁶⁹

A tutela antecipatória poderá ser inibitória quando tiver por objetivo evitar a prática, a repetição ou a continuação de uma conduta

⁶⁷ - Como ensina MARINONI, “a denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.” (*A antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155).

⁶⁸ - CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed., atual., ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 678.

⁶⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 07-1997, p. 79.

antijurídica, ilícita ou danosa, porém poderá ser ressarcitória quando antecipar os efeitos da reparação pretendida; ou declaratória se admitirmos a antecipação dos efeitos declaratórios ou, ainda, constitutiva, dependendo do tipo de ação a que ela irá aderir ou subsumir-se. A tutela antecipatória não é ação, apenas técnica de proteção e satisfação antecipada de provimentos insertos nas mais diversas espécies de ação.

C) Com a tutela ressarcitória

Para a diferenciação entre tutela inibitória e tutela ressarcitória é necessário antes distinguir-se o ato antijurídico ou ilícito da sua consequência material possível – o dano. *“Como é sabido, a partir da metade dos anos 60, uma consistente orientação doutrinária trouxe à luz a importância da distinção entre ilícito (como conduta antijurídica) e dano, como fato histórico material, que pode ser (eventual), consequência do ilícito, ou pode derivar de fatos não suscetíveis de tal qualificação. (...) Então, se tal é a diferença entre ilícito e dano, pode-se dizer que a inibitória intervém sobre ações humanas (os comportamentos contra ius), enquanto o ressarcimento sobre fatos historicamente acontecidos (os danos ressarcíveis); pelo que aos dois diferentes momentos tomados em consideração pelo direito correspondem duas diferentes técnicas de proteção. Confundir inibitória e ressarcimento, ilícito e dano, significa ainda desconsiderar a diferença funcional entre instrumentos preventivos e repressivos de tutela. (...) para a ação ressarcitória exige-se o elemento subjetivo não exigido para a inibitória, a qual pressupõe somente o caráter antijurídico da conduta.”*⁷⁰

⁷⁰ - MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, giugno 1984, p. 367 e 368. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 9.

Em substancial estudo, BEDAQUE salienta que são as necessidades encontradas nas relações de direito material que devem nortear o processualista na construção da ciência do direito processual. Diz ele que “o processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta. Se se trata de evitar a violação de direito, concede-se tutela preventiva. Caso a atuação jurisdicional diga respeito a fato passado, a direito já lesado, a tutela será reparatória.”⁷¹

Destarte, não há que se confundir a tutela inibitória que visa à proteção da incolumidade do ordenamento jurídico com a tutela ressarcitória que se destina a recompor o dano material já ocorrido. “Enquanto a inibitória estabelece uma relação direta com o direito, a ação ressarcitória está ligada à idéia patrimonial do direito já lesado. É por isso que a ressarcitória resulta sempre numa condenação e a inibitória numa ordem (mandamental). (...) É depois do ato ocorrido que tem lugar a ação ressarcitória e, pelo contrário, a inibitória é cabível quando o ato ilícito está prestes a ser iniciado ou, já tendo início a sua execução, oferece mais ameaça de lesão ao direito.”⁷²

Assim, “a técnica da tutela inibitória, de fato, é voltada para o futuro; não tem por escopo reparar um direito já violado. O que diferencia, nitidamente, a tutela inibitória da tutela ressarcitória, é que a primeira objetiva evitar o ilícito, enquanto que a segunda proporciona apenas a reparação pela violação do direito.”⁷³

⁷¹ - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55. Grifou-se.

⁷² - GAMA, Ricardo Rodrigues. O passado da tutela inibitória no Brasil. In: *Revista Jurídica*, Campinas, v. 15, 1999, p. 64.

⁷³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 07-1997, p. 62.

A tutela ressarcitória que também pode ser denominada “reparatória”, no plano do direito processual se viabiliza através da ação condenatória que, como vimos, não se confunde com a ação inibitória. Exemplifica-se: O empregado transferido por iniciativa patronal para localidade diversa da qual prestava originariamente seus serviços pode postular, caso não receba, o adicional de transferência (CLT, art. 469, § 3º), através de ação de conhecimento condenatória. Se, ao contrário, pretender obstar a transferência, evidentemente havendo fundadas razões para a ela se opor, pode utilizar-se da tutela inibitória, inclusive com pedido de liminar, na forma expressamente prevista no inciso IX, do art. 659, da CLT. Na primeira hipótese temos a tutela condenatória (ressarcitória); na segunda, a tutela inibitória.

Diante da proximidade da nossa tutela inibitória com as *injunctions* do direito anglo-americano, é válida a comparação até para demonstrar como tais instrumentos se diferenciam da tutela ressarcitória. Ensina FRIGNANI, a tal propósito, que “*enquanto a ação ressarcitória cumpre uma função repressiva ou sancionatória, a injunction tem um caráter nitidamente preventivo*”.⁷⁴

D) Com a tutela declaratória

A tutela declaratória tem finalidade diversa da inibitória. A ação declaratória tem por objetivo eliminar a incerteza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica (CPC, art. 4º, inc. I) ou da autenticidade ou falsidade de determinado documento (CPC, art. 4º, inc. II), destinando-se, portanto, a supressão da dúvida.

⁷⁴ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 150. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 10.

OVÍDIO BAPTISTA entende que a ação declaratória “tem um nítido sentido preventivo, tanto em sua forma de declaração de inexistência de um fato ou de uma relação jurídica, como nos casos em que a pretensão à declaração assume a condição de uma afirmação de fato ou de relação jurídica. Em qualquer dessas hipóteses, o autor pretende, com a ação, obter uma sentença que, ou afaste o risco de uma futura ação condenatória pelo suposto credor, ou, mediante a declaração judicial com eficácia de coisa julgada material, reconheça a seu favor o direito contestado pela contraparte”.⁷⁵

A mera eliminação da dúvida, no entanto, não é suficiente para evitar a prática, a continuação ou a repetição de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, pois a ação declaratória limita-se à declaração, sem ter os meios de coerção necessários para levar ao adimplemento de uma obrigação positiva ou negativa. Nesse sentido, ensina MARINONI que “a tutela declaratória, com efeito, não tem capacidade para permitir uma efetiva prevenção do ilícito”.⁷⁶

A tutela inibitória no plano processual é mandamental (ordena um fazer ou não-fazer) ou executiva *lato sensu* (com alteração no mundo fático), enquanto que a tutela declaratória limita-se apenas a esclarecer a dúvida, sem qualquer poder de coerção sobre a vontade do obrigado ou modificação no mundo sensível.

Assim, “não parece errado afirmar, em outras palavras, que a contraposição tutela declaratória – tutela inibitória expressa diferentes

⁷⁵ - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 12.

⁷⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 190.

necessidades e valores, sendo a primeira marcada pelo desejo de não se permitir a intervenção do Estado nas relações dos particulares, a segunda por uma exigência praticamente oposta, ou seja, por uma real necessidade de se impedir a violação de direitos considerados fundamentais dentro de um contexto de Estado que, deixando de lado a necessidade de apenas preservar a liberdade do cidadão, passa a apostar não só na consagração formal, mas também na tutela efetiva e concreta de direitos imprescindíveis para uma organização social mais justa e eqüânime.”⁷⁷

Seção IV – Cumulação com outras tutelas

Por motivo de economia e concentração dos atos processuais, bem como racionalidade do sistema, deve-se admitir a cumulação da tutela inibitória com outras formas de proteção jurisdicional satisfativas. Em relação à tutela antecipatória não só é possível como normalmente necessário.

Em relação à tutela antecipatória é oportuno lembrar que o inciso I, do art. 273, do CPC, prevê especificamente a sua utilização na hipótese do perigo de dano, tendo nítido cunho preventivo ou inibitório. Referindo-se a esse dispositivo legal, leciona OLIVEIRA que: “Não se cuida, ademais, de simplesmente acelerar o ritmo do procedimento, em atenção à natureza do direito envolvido na demanda, mas de autêntica e típica prevenção do dano, capaz de comprometer o próprio direito, eventualmente reconhecido a final, ou o seu gozo e desfrute. A antecipação deve assim atuar nos limites da sua finalidade essencial, exatamente a prevenção do dano ou do prejuízo: antecipa-se efeito bastante e suficiente para impedir a

⁷⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 192.

lesão, mediante tomada de medidas práticas, a se consubstanciarem em ordens ou mandados do órgão judicial.”⁷⁸

Nada impede, em tese, que haja cumulação da tutela inibitória com as tutelas constitutiva e condenatória, desde que: 1) haja compatibilidade dos pedidos; 2) seja competente o mesmo juízo para conhecer de todos eles; 3) seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. É aplicável, no caso, o art. 292, do CPC, como permite o art. 769, da CLT.⁷⁹

A Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, prevê expressamente a ação inibitória cumulada com a ressarcitória, no § 1º, do art. 14, dispondo : “A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração”.

No âmbito do processo do trabalho pode-se cumular, exemplificativamente, os pedidos de adicional de insalubridade (pedido condenatório referente à situação pretérita), com o inibitório de obrigação de fazer consistente no fornecimento de equipamentos de proteção individual para eliminar os agentes mórbidos à saúde, com a possibilidade de antecipação de tutela, evitando, assim, mal maior à saúde do trabalhador.

MARINONI cita outros exemplos da possibilidade de cumulação de tutelas, inclusive citando o direito italiano: “O Código Civil italiano, nos

⁷⁸ - OLIVEIRA, Carlos A. Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. In: *Atualidades Forense*, Editora Forense, extraído da Internet em 31/08/00, no endereço eletrônico <https://secure.extendnet.com.br/forense/atualida/at342dou02.htm>, p. 4. Grifou-se.

⁷⁹ - Art. 769, da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

arts. 2.599 e 2.600, evidencia a possibilidade de cumulação das tutelas inibitórias, de remoção do ilícito e ressarcitória em face da prática de atos de concorrência desleal. Diz o primeiro desses artigos que ‘a sentença que confirma atos de concorrência desleal inibe sua continuação e dá os oportunos provimentos a fim de que seus efeitos sejam eliminados.’⁸⁰ Isso quer dizer que é possível o julgamento de procedência: i) da tutela inibitória para que o réu cesse a prática dos atos de concorrência desleal; ii) da tutela de remoção do ilícito para que sejam eliminados ou destruídos os objetos que configurem a concorrência desleal; e iii) da tutela ressarcitória para que o autor seja ressarcido pelos danos que lhe foram causados. Assim, por exemplo, no caso em que os atos de concorrência desleal são praticados mediante a divulgação de cartazes publicitários, torna-se possível a cumulação das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória; a primeira para que outros atos não sejam praticados no futuro; a segunda para que sejam removidos os cartazes que concretizam a situação ilícita; e a terceira para que o autor seja devidamente indenizado pelos danos.”⁸¹

Outro caso mencionado pelo grande processualista brasileiro que serve para a perfeita compreensão da possibilidade da cumulação de tutelas vem da Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96):

“O titular de uma patente de invenção, exatamente porque tem o direito – entre outros – de impedir que um terceiro produza o ‘produto’ objeto de sua patente (art. 42, I, Lei da Propriedade Industrial), tem a possibilidade de propor, na hipótese de alguém estar violando o seu direito

⁸⁰ - Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 11.

⁸¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 139-140.

de invenção: i) ação ressarcitória; ii) ação inibitória; e iii) ação de remoção do ilícito.

Além do direito à indenização pelos danos, o titular da carta-patente tem, segundo expressão contida no próprio art. 42 da Lei da Propriedade Industrial, 'direito de impedir terceiro' de produzir, colocar à venda, vender, etc. Esse direito de impedir terceiro de produzir o 'produto' objeto de patente de invenção pode ser adequadamente atendido a partir da tutela inibitória fundada no artigo 461 do CPC.⁸²

Como afirma PIETROBON, "*em resumo, o ilícito seria sempre o mesmo: consistiria essencialmente na violação ou transgressão da lei que provocaria a sanção consistente na ação inibitória, à qual se uniria, em presença de um dano, de uma imputabilidade do sujeito e de uma sua culpa, a obrigação do ressarcimento*".⁸³

⁸² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p.141.

⁸³ - PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 7. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 12.

ANEXO DO CAPÍTULO II

1) *“la migliore definizione legislativa di inibitoria finale ci viene data dall’art. 156 comma I 1. 22 aprile 1941, n° 633 il quale così dispone: “chi ha ragione di temere la violazione di um diritto... oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione”.*

2) *“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. Azione che affonda le sue radici storiche nell'actio negatoria del diritto romano, a partire dal 1800 si è man estesa, ed oggi può dirsi essere patrimonio comune a tutti gli ordinamenti avanzati.”

3) *“deve essere limitato ai casi in cui l'intervento giudiziale tende ad evitare un danno che potrebbe derivare dalla minacciata lesione di um bene giuridico, ma che non si è realizzato ancora.”*

- 4) *"I moderni sistemi giuridici ammettono talvolta il ricorso all'autorità giudiziaria per prevenire un danno, senza dover attendere che soltanto la riparazione possa esserne ordinata."*
- 5) *"l'azione inibitoria italiana, infatti, contiene in sè l'idea di un'opposizione ad un'attività in corso di svolgimento che l'attore intende far cessare."*
- 6) *"(...) la tutela inibitoria tende invece a rimuovere per il futuro situazioni antigiuridiche o semplicemente ad evitare il sorgere."*
- 7) *"le azioni preventive son quelle che si fondano su una incombente minaccia al diritto ('Rechtsgefährdung') in antitesi a quelle fondate sulla violazione di un diritto ('Rechtsverletzung') (...) Paragonata all'azione di condanna o a quella costitutiva, l'azione in prevenzione rappresenta una specie di 'perfezionamento' della tutela dei diritti."*
- 8) *"un rimedio specifico della equity, definitivo o provvisorio, per mezzo del quale una parte che ha violato o minaccia di violare un legal o equitable right, riceve dal giudice l'ordine di non commettere, continuare o ripetere l'atto di violazione (se questa si concretizza in un fare) o di eseguire un atto positivo, (se la violazione consiste in un non facere), ripristinando in tal modo la vittima nello statu quo, salvo sempre il diritto ai damages per i danni effettivamente subiti in passato."*
- 9) *"Com'è noto, a partire dalla metà degli anni '60 un consistente orientamento dottrinale ha posto in luce l'importanza della distinzione tra illecito (come condotta antigiuridica) e danno, come fatto storico materiale, che può essere (eventuale), conseguenza dell'illecito, o può derivare da fatti non suscettibili di tale qualificazione. (...) Dunque, se tale è la differenza tra*

illecito e danno, può dirsi che l'inibitoria interviene sulle azioni umane (i comportamenti contra ius), mentre il risarcimento sui fatti storicamente accaduti (i danni risarcibili); per cui ai due diversi momenti presi in considerazione dal diritto corrispondono due diverse tecniche di protezione. Confondere inibitoria e risarcimento, illecito e danno, significa inoltre trascurare la differenza funzionale tra strumenti preventivi e repressivi di tutela. (...) per l'azione risarcitoria si richiede l'elemento soggettivo non richiesto per l'inibitoria, la quale presuppone soltanto il carattere antigiuridico della condotta."

10) *"mentre l'azione risarcitoria adempie ad una funzione repressiva o sanzionatoria, l'injunction ha un carattere prettamente preventivo".*

11) *'la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti.'*

12) *"in sostanza, l'illecito sarebbe sempre il medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell'azione inibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l'obbligo di risarcimento."*

CAPÍTULO III – RAZÕES HISTÓRICAS QUE DIFICULTARAM O SEU DESENVOLVIMENTO

O direito processual, como ciência dogmática, estruturada com os princípios que hoje conhecemos, teve, em larga medida, como prólogo a Revolução Francesa de 1789. Seu nascedouro ocorre a partir da segunda metade do século XIX, com a renovação dos estudos iniciados com a obra de Bernhard Windscheid – *A actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno* e no ano seguinte com a obra de Theodor Muther – *Sobre a doutrina da actio romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações* – *Crítica ao livro de Windscheid*, seguida da obra de Oscar Von Bülow, sobre exceções e pressupostos processuais, em 1868. O direito processual, como ciência é, portanto, contemporâneo, contando com aproximadamente um século e meio de existência.

Houve a partir do início do século XX grande avanço dogmático da ciência processual, capitaneado pelo grande Giuseppe Chiovenda, com a sua “*prolusione bolognese*”, em 1903, sem olvidar de Luigi Mattiolo, Lodovico Mortara, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tulio Liebman e, no Brasil, a partir da segunda metade do século XIX, sobressaem, entre outros, os seguintes processualistas com a data de publicação de suas obras: Pimenta Bueno (1850), Francisco de Paula Batista (1855), Ramalho (1861), Teixeira de Freitas (1879), João Monteiro (1899/1901) João Mendes Júnior (1910), Aureliano de Gusmão (1921). Após a edição do Código de Processo Civil de 1939 e antes do atual de 1974, ficaram marcados, entre outros, os nomes de Pedro Batista Marins, Luiz Machado Guimarães, Amílcar de Castro, Odilon de Andrade, Amorim Lima, Jorge Americano, Carneiro Lacerda, Carvalho Santos, Hugo Simas, Plácido e

Silva, Zótico Batista, Borges da Rosa, Rodrigues de Lima, Pontes de Miranda, Celso Agrícola Barbi, José Olympio de Castro, Galeno Lacerda, Alfredo Buzaid, Moacyr Amaral Santos, Gabriel Rezende Filho, Eliézer Rosa e José Frederico Marques. Não citamos os processualistas mais contemporâneos, pois a finalidade é apenas indicar que também no Brasil, a partir da segunda metade do século XIX, avançaram e muito os estudos do direito processual.

Os autores afirmam, hodiernamente, a superioridade da prevenção sobre a repressão do antijurídico, ilícito ou do dano. Não somente no campo das ciências naturais, mas também na seara das ciências sociais, parece óbvio que “prevenir é melhor do que remediar”. Se assim é, por que não tivemos um grande desenvolvimento da tutela inibitória?

Diante da grande evolução da ciência processual é de se indagar a razão pela qual a tutela inibitória ficou ao oblívio, sem grande avanço nos últimos 150 anos, bastando lembrar que no Brasil a primeira obra de fôlego, que certamente dará grande impulso ao estudo da disciplina já a partir do século XXI, foi a do processualista contemporâneo Luiz Guilherme Marinoni – *Tutela inibitória individual e coletiva* – publicada pela editora Revista dos Tribunais, em 1998; a segunda, digna de nota, foi a do processualista Sérgio Cruz Arenhart – *A tutela inibitoria da vida privada* – publicada pela editora Revista dos Tribunais, no ano 2000, ambas multicitadas em nosso estudo. Vejamos, então, quais foram as razões meta-jurídicas para que a tutela inibitória tenha se desenvolvido de forma tímida até o final do século XX.

Seção I – Pressupostos teóricos do Liberalismo

Uma das razões para que a tutela inibitória não tenha se desenvolvido foram os pressupostos teóricos e práticos do Liberalismo, corrente de pensamento germinada nos albores da Revolução Francesa de 1789. “O Liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc. Em seus primórdios, o Liberalismo se constitui na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa ‘a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal’ que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.’ (Augusto Lanzoni. *Iniciação às ideologias políticas*, São Paulo, Ícone, 1986, p. 17 e 19).⁸⁴ “(...) Nascia, então, a ideologia do liberalismo, assentada em dogmas como: a não

⁸⁴ - WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 2000, p. 117.

interferência do Estado, a autonomia da vontade na celebração de contratos e a igualdade formal entre as partes.”⁸⁵

O pensamento liberal começou a influenciar a política, a economia e as novas concepções do Direito e de Estado, que passa então a ter “poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social;”⁸⁶

O Estado passa a interferir menos na vida dos cidadãos que desfrutam de maior liberdade, como ensina BOBBIO, “o processo de formação do Estado liberal pode ser indentificado como progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo, diante dos poderes públicos (para usar os termos de Paine), com a progressiva emancipação da sociedade civil, no sentido hegeliano e marxiano, em relação ao Estado”.⁸⁷

A doutrina do Liberalismo se consolida durante o século XIX, sobretudo com a obra de STUART MILL - “Da Liberdade” - que sustenta que ninguém melhor que o particular para cuidar de seus próprios interesses, condenando qualquer intervenção estatal.⁸⁸ ADAM SMITH na obra “A Riqueza das Nações”, sustentava que o homem “é o melhor juiz de seus interesses e deve ter liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade”, condenando qualquer intervenção do Estado.⁸⁹ Como ensina BONAVIDES, “foi assim, da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, que nasceu a primeira

⁸⁵ - DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, p. 23.

⁸⁶ - BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 7.

⁸⁷ - BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 22.

⁸⁸ - DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 243.

⁸⁹ - DALLARI, Dalmo de Abreu. *Idem*, p. 242.

noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant.”⁹⁰

O Direito, que não é ciência pura, mas fruto da cultura de um povo, de seus hábitos, costumes e da ideologia ditada pela classe dominante que impregna todo o sistema, foi diretamente influenciado pela doutrina do liberalismo. A influência da ideologia sobre o direito processual é diagnosticada por MALLET, que explica:

“Nós podemos considerar, por exemplo, o que se passava entre os romanos. Numa sociedade em que o poder estava essencialmente ligado à propriedade da terra, as ações para a tutela da posse e da propriedade são expeditas e daí surgem as liminares nas ações possessórias. Mas com o passar do tempo, o centro do poder se desloca e passa ao comerciante, no final da Idade Média e no começo da Renascença. E, não por coincidência, é no século XIV, que é editada uma bula papal com a qual se criam as ações sumárias de cobrança, a origem antiga do procedimento monitório e das ações executivas de títulos extrajudiciais. Por quê? Porque o poder passa para os comerciantes e há necessidade de uma tutela rápida, eficiente, para esses novos direitos que se manifestavam como expressão de determinados setores que detinham uma parcela do poder.”⁹¹

⁹⁰ - BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5ª ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 29.

⁹¹ - MALLET, Estevão. Ação civil pública. In: *Revista da Amatra II*, São Paulo: Editor Sérgio Alli, ano I, nº 2, abril 2000, p. 19-20.

Nesse sentido, ROMITA ensina que “as codificações civis do século XIX, inspiradas no liberalismo burguês triunfante com a revolução Francesa de 1789, pressupõem uma sociedade unitária e igualitária, lastreada no direito de propriedade e na liberdade contratual. A nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial criou uma ordem jurídica particular que exclui da codificação o direito dos grupos sociais, entre os quais sobressai o dos assalariados. No centro do ordenamento situa-se a propriedade privada, sobretudo a imobiliária. Na manutenção da propriedade da terra inspira-se de modo preponderante a regulação da família e da sucessão causa mortis; os contratos visam principalmente ao modo de aquisição da propriedade privada. O ter prevalece sobre o ser: quem tem, é.”⁹²

O liberalismo vai marcar profundamente o direito processual de tal modo que não possa haver interferência do Estado-juiz frente à autonomia da vontade das pessoas. Com efeito,

“A tutela da liberdade e da segurança da propriedade privada é o valor fundamental do processo liberal. Por isso, o devedor é fortemente garantido quando é proprietário. O procedimento executivo que visa atacar essa sua qualidade deve estar calcado na certeza, além de ser longo e complexo.

A satisfação contida na ideologia do modelo liberal de processo estava relacionada com o reconhecimento

⁹² - ROMITA, Arion Sayão. Direito Penal do Trabalho. In: *Atualidades Forense*, Ed. Forense, extraído da Internet em 16/05/00, no endereço eletrônico <https://ecommerce.rio.com.br/Forense/atualida/penaltra/htm>, p. 1.

jurídico do direito e a declaração do direito não poderia se dar em sede provisória antecipadamente, mas somente com o juízo da certeza, cristalizado na coisa julgada.

Daí, a doutrina tradicional atrelar a execução à coisa julgada, que, até então, era tida como efeito da decisão judicial definitiva. Ou ao menos atrelada à declaração de certeza do direito que só poderia se dar em sede de cognição exauriente”.⁹³

Por isso que, “durante muito tempo, e especialmente com a influência liberal da Revolução Francesa, a liberdade individual (assim como a autonomia da vontade) foi considerada como premissa intocável para o desenvolvimento da sociedade. Assim, nenhuma lei poderia impor a alguém um fazer (ou um não fazer, ou mesmo um dar, que afinal são desdobramentos daquele primeiro conceito), já que isto importaria ingerência inadmissível na liberdade humana.”⁹⁴

A tutela inibitória – revestida de mandamentalidade ou executividade *lato sensu* – se conjuga com uma ampliação dos poderes do juiz, pois esse passa a dar ordens, interferindo, de fato, nas relações intersubjetivas. Normalmente a ordem inibitória é para fazer ou proibir algo, fato que contrasta com a liberdade do indivíduo. Semelhante tutela não encontrou terreno fértil na concepção do Estado Liberal.

⁹³ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – A difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1016.

⁹⁴ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 189.

RAPISARDA explica que não houve desenvolvimento da tutela preventiva por “(...) razões de caráter histórico e, principalmente, à substancial estranheza da noção de controle jurisdicional preventivo em relação aos fundamentos teóricos do Estado liberal e à interpretação então imperante do binômio autoridade-liberdade. (...) A concepção da jurisdição como forma de controle repressivo foi, portanto, inspirada no princípio pelo qual o processo civil deve essencialmente tender a ‘proporcionar aos direitos privados a máxima garantia social com o mínimo sacrifício de liberdade individual’.”⁹⁵

Em outra obra de grande valor, RAPISARDA prossegue a sua análise acerca das dificuldades de desenvolvimento da tutela inibitória no bojo das idéias liberais, dizendo que: “Para fins de uma correta colocação do problema, é oportuno lembrar que foi comum aos processualistas do fim do século XIX a adesão ideológica ao modelo institucional do Estado de direito como postulado do pensamento liberal pós-iluminista. A inspiração da corrente de liberalismo moderado difundida na cultura jurídica, na esteira da influência francesa, sucessivamente à codificação napoleônica, à qual se ligou, como momento terminal do jusnaturalismo iluminista, o método exegético nos estudos sobre processo civil, determinou a tendência a privilegiar os valores de liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, além da adesão ao princípio da divisão dos poderes, rigidamente entendido segundo a formulação original.”⁹⁶

Diz, ainda, a eminente autora que: “Em relação a tal âmbito de direito substancial esclarece-se, em primeiro lugar, a mesma concepção

⁹⁵ - RAPISARDA, Cristina. *Profili Della Tutela Civile Inibitoria*. Padova : Cedam, 1987, p. 14 e 17. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

⁹⁶ - RAPISARDA, Cristina. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, ano XXXV (seconda série), nº 01, gennaio-marzo 1980, p. 100-101. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

privatista da ação, à qual se ligava, como já se disse, a caracterização, em modo tendencialmente exclusivo, das finalidades repressivas do direito de ação, sendo que a categoria dos direitos reais se caracterizava, naquela fase histórica, como área típica da realização livre e autônoma do domínio do titular, contra qualquer intervenção reguladora do poder público antecedente ao fenômeno da violação, ao qual somente a autonomia privada era inidônea a remediar. Em segundo lugar, como já se citou e como se explanará amplamente em breve, a perspectiva da ação civil preventiva como remédio típico derivou da adaptação desta forma de tutela à estrutura dos direitos reais, enquanto justamente a especificidade da tutela resultava perfeitamente funcional às tipicidades dos fatos jurídicos típicos lesivos hipotéticos em relação a tais categorias de direitos.”⁹⁷

Os pressupostos teóricos do liberalismo acabaram por influenciar não somente a filosofia, a economia e a organização estatal, mas também o direito processual. A concepção do “Estado mínimo”, fraco e limitado tornou o direito processual do século XIX e até meados do século XX pouco evoluído em termos de tutela efetiva de direitos, apenas se preocupando os processualistas da época pela depuração dos conceitos e com o cientificismo do direito sobre o qual se debruçavam.

Assim, se o Estado deve interferir o mínimo possível na esfera individual dos cidadãos, fica evidente que o Judiciário passa a ser concebido como um poder com funções limitadas, sem *imperium* ou atributos para inibir as condutas contrárias ao Direito. O Poder Judiciário passa apenas a atuar após a violação do direito e de um processo que levasse à certeza, portanto, após o trânsito em julgado da sentença.

⁹⁷ - RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, ano XXXV (seconda série), nº 01, gennaio-marzo 1980, p. 112. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 3.

A influência da ideologia do liberalismo se faz sentir até os dias atuais, mormente porque hoje vivemos o neoliberalismo (embora já decadente) que defende a liberdade⁹⁸, principalmente de mercado, com a livre circulação de bens, de capitais e de trabalho. Nada mais que Chiovenda, um dos luminares do direito processual do século XX, foi influenciado pelo ideal liberal. Como assevera MARINONI, com inegável acerto, “a escola chiovendiana formou-se sob a influência de um modelo de Estado de matriz liberal, marcado por uma invejável acentuação dos valores da liberdade individual sobre os poderes de intervenção do Estado, o que se reflete nitidamente no conceito de tutela declaratória, compreendida como uma tutela que se limita a regular formalmente uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada.”⁹⁹

A tendência de favorecer os espaços de liberdade individual frente à autoridade estatal levou a uma jurisdição de reintegração ou ressarcimento do direito subjetivo violado, em detrimento de uma genuína tutela preventiva.

A intervenção jurisdicional se dava posteriormente à violação da ordem jurídica, com exclusão da função de prevenção do ilícito, pois esta se liga a uma ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a reduzir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas. O princípio norteador dessa filosofia era a de “*proporcionar aos direitos privados a máxima garantia social com o mínimo sacrifício da*

⁹⁸ - Cabe recordar do pensamento atual de LACORDAIRE, segundo o qual, entre o pobre e o rico, entre o patrão e o criado, entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza.

⁹⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 20

*liberdade individual*¹⁰⁰, prejudicando, assim, o desenvolvimento da tutela inibitória, que pressupõe a interferência do juiz na esfera de liberdade do cidadão para evitar a conduta contrária ao direito.

Seção II – Teoria da Separação dos Poderes

Para garantir os pressupostos do liberalismo, entre eles o de que o poder não ficasse restrito à determinada pessoa, surge a “Teoria da Separação dos Poderes”, idealizada por Montesquieu.

Essa preocupação com a separação de poderes impediu um maior desenvolvimento da tutela inibitória, pois a atividade de prevenção do antijurídico, ilícito ou do dano era concebida como atividade administrativa do Estado e não tarefa jurisdicional. Esse aspecto é explicado com maestria por RAPISARDA “(...) a adesão ao princípio da divisão dos poderes, de que se sublinhava a função de garantia contra antigos abusos, constituiu um ulterior obstáculo conceitual à admissibilidade de remédios jurisdicionais preventivos. Se realmente se pensa que a intervenção jurisdicional preventiva pode dar lugar a um fenômeno de sobreposição de poderes e, mais precisamente, à suplência do poder jurisdicional em relação ao poder de controle administrativo, parece óbvio que isso se pusesse em conflito com uma via teórica e institucional que contrapunha explicitamente a prevenção da inobservância do direito, o controle *tout court*, ao qual relacionava a

¹⁰⁰ - RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, ano XXXV (seconda série), nº 01, gennaio-marzo 1980, p.103. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 4.

atividade administrativa (rectius: de polícia), e a repressão da inobservância, à qual relacionava a atividade jurisdicional em função de garantia."¹⁰¹

O direito de ação foi então concebido como o poder de invocar a tutela jurisdicional em consequência de uma violação já verificada. "O direito privado tradicional se baseava em que a tutela preventiva era tarefa do Estado e do direito administrativo; sua função era então a tutela repressiva, ressarcitória; atuava-se depois da lesão. Atualmente, com o fenômeno da difusão do poder, que supõe a titularização individual e difusa como modo de atuação social, proporciona um novo paradigma de análise dessas novas ferramentas."¹⁰²

Para BELAID, a doutrina clássica da Separação dos Poderes, consagrada pelo liberalismo político burguês, tende a restringir a tarefa do Juiz, reduzindo-o a um mero agente aplicador das regras do sistema jurídico dominante, limitando a função jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma simples máquina de silogismos.¹⁰³ Em sentido semelhante leciona MARINONI que "a Revolução Francesa e o dogma da separação dos poderes é que restringiram a função do juiz francês, tornando-o um mero servidor público. Essa imagem do juiz burocrata, construída sobretudo pelo direito liberal, enraizou-se pelo direito continental europeu e pelo direito da América Latina, e ainda é a responsável pela passividade e pela falta de poder político do juiz."¹⁰⁴

¹⁰¹ - RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova : Cedam, 1987, p. 18-19. Texto original no anexo deste capítulo, sob nº 05.

¹⁰² - LORENZENTTI, Ricardo Luiz. *La tutela civil inibitoria*. La Ley, 1995-C, p. 1218. Texto original no final deste capítulo, sob nº 6.

¹⁰³ - BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, p. 05. Apud – WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 2000, p. 176-177.

¹⁰⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 07-1997, p. 176.

A falta de poder e prestígio do juiz da época tinha a sua razão de ser, pois antes da Revolução Francesa *“os cargos judiciais eram considerados propriedades que podiam ser compradas, vendidas e herdadas. O próprio Montesquieu herdou tal cargo, conservou-o durante uma década e o vendeu. (...) Os juízes constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia latifundiária contra os camponeses e as classes médias e trabalhadoras urbanas, e contra a centralização do poder governamental em Paris. Com a chegada da Revolução caiu a aristocracia, e com ela caiu a aristocracia das togas.”*¹⁰⁵

Em igual sentido, leciona CASTELO que “os cargos dos juízes se consideravam como propriedade que podiam comprar, vender e herdar. Os juízes constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia feudal contra os camponeses e os burgueses e a centralização do poder. Com a Revolução foi derrubada a aristocracia de togas. Interessante que nos EUA e na Inglaterra, ao contrário da tradição judicial, os juízes se haviam constituído numa força progressista ao lado do indivíduo contra os governantes feudais e desenvolveram um papel importante para a centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. Não existia o temor da intervenção judicial na elaboração das leis e na administração. O poder dos juízes para influir no desenvolvimento do direito era uma instituição comum e apreciada; aceitava-se que os tribunais tivessem poderes do *mandamus*.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ - MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez, 2ª ed., 2ª reimpr., México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 40. Texto original no final deste capítulo, sob nº 7.

¹⁰⁶ - CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. vol. 1, São Paulo: LTr, 1999, p. 32-33.

Os juízes da *common law*, por assim dizer, fizeram por merecer o tratamento legal que recebem até hoje, diferentemente do juiz do sistema continental-europeu e da América Latina, como esclarece MERRYMAN:

“O resultado é que ainda que exista uma semelhança superficial de funções entre o juiz de direito civil e o juiz do direito comum anglo-saxão, há disparidades de importância em seus papéis. Em parte o juiz no sistema de direito civil contemporâneo herda uma posição e realiza uma série de funções determinadas pela tradição que remonta ao iudex romano. Esta tradição em que o juiz nunca foi considerado como parte de uma atividade criadora se viu influenciada pela ideologia da revolução européia e pelas conseqüências lógicas da doutrina nacionalista de uma estrita separação de poderes. O juiz no sistema de direito civil desempenha assim um papel muito mais modesto que seu colega no direito comum anglo-saxão e o sistema de seleção e de inamovibilidade do juiz civilista é coerente com este bastante diferente estado da profissão judicial. (...) O serviço judicial é uma carreira burocrática; o juiz é um funcionário, um servidor; a função judicial é restrita, mecânica e sem criatividade.”¹⁰⁷

É através da Revolução Francesa que se insere a separação de poderes, sendo eloqüente a respeito o art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem, contida na Constituição Francesa de 1789, dispondo: “Toda

¹⁰⁷ - MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez, 2ª ed., 2ª reimpr., México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 71-72. Texto original no final deste capítulo, sob nº 8.

sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição.”

EROS GRAU afirma que “a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (...)”.¹⁰⁸

Por outro lado, “a busca de certeza do direito, como ideal do racionalismo, exacerbado pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um sistema burocrático de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciais superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo (Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, 1982, p. 99)”.¹⁰⁹

Podemos, pois, concluir, com SOARES, que através de uma divisão de poderes globalmente condicionada pelo reconhecimento do “império da lei” se conseguiu “instituir um sistema que legislativamente exprime os interesses da classe burguesa; apresentá-lo como um instrumento que não pretende preocupar-se com interesses particulares, nem mesmo com a sua soma, mas somente com a descoberta do direito justo; furtar a sociedade a todo o domínio porque o ‘domínio da Lei’ não é de homens, mas da ordem natural; e finalmente fornecer à burguesia a

¹⁰⁸ - GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.000, p. 167.

¹⁰⁹ - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., rev., São Paulo: RT, 1997, p. 103.

satisfação do seu desejo de certeza ou daquela garantia de calculabilidade que MAX WEBER apontava como sentimento constante em todas as burguesias.”¹¹⁰

Seção III – Mito da neutralidade do juiz

Em razão de os juízes anteriores à Revolução Francesa terem estreitas ligações com o regime monárquico então vigente, houve preocupação em reduzir a influência política deles na sociedade. Criou-se, então, a figura do juiz neutro e um princípio - o da neutralidade - segundo o qual o juiz deveria aplicar a lei tão fielmente quanto as palavras nela contidas, gerando a escola exegética e a interpretação gramatical da norma.

“Contudo, quando se pensa em neutralidade do juiz, não é possível esquecer a influência da Revolução Francesa. Como se sabe, os magistrados da França anterior à Revolução Francesa eram considerados aliados da nobreza e do clero; a desconfiança da burguesia em relação aos juízes – que era totalmente justificada – foi de certa forma a responsável pela feição passiva e neutra que a própria Revolução Francesa atribuiu para o Judiciário.”¹¹¹

A ideologia e a necessidade de isolar o juiz do poder, de criar um juiz neutro, sem qualquer poder de império, apenas que pronunciasse os vocábulos da lei, é revelada por MONTESQUIEU: “Poderia acontecer que a

¹¹⁰ - SOARES, R. Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra, 1969, p. 57. Apud NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Separata do volume XXIX, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1987, p. 90.

¹¹¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 146.

lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor.”¹¹²

Importantes conseqüências foram geradas pelo mito da neutralidade, com sérias dificuldades para o desenvolvimento da tutela inibitória. A primeira delas é que a tutela inibitória exige atuação antes da prática, continuação ou repetição de uma conduta legalmente indesejada. Tal atuação contrasta com o mito da neutralidade que exige primeiramente a consumação da lesão para invocar-se a tutela jurisdicional. E essa, por sua vez, opera somente após a certeza dos fatos e do direito buscados em demorado processo de cognição.¹¹³

A tutela inibitória exige pronta atuação, com a possibilidade de liminar veiculada em decisão interlocutória (tutela inibitória provisória ou antecipada), devendo o juiz contentar-se com a probabilidade da ocorrência do antijurídico, ilícito ou dano e não com a certeza obtida somente com a sentença (tutela inibitória final). “O procedimento ordinário, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de ‘neutralidade’ que era esperada do magistrado como, também, faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era

¹¹² - MONTESQUIEU, Charles – Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

¹¹³ - “O direito de ação foi, portanto, constituído teoricamente como poder jurídico essencialmente direcionado a estimular a intervenção jurisdicional em conseqüência de uma violação ou de uma lesão já ocorrida no terreno do direito substancial, em função, portanto, tipicamente repressiva, dos fatos jurídicos típicos do ilícito civil.” (RAPISARDA, Cristina. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, ano XXXV (sec. serie), nº 1, Gen./Mar., 1987, p. 111.) Texto original no final deste capítulo, sob nº 9.

incompatível com um julgador que se esperava 'neutro', o que evidencia uma nítida relação entre 'busca da verdade' e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao 'subjativismo' do julgador."¹¹⁴

A influência do mito da neutralidade é sentida no pensamento de LIEBMAN, homem de seu tempo, afirmando em obra publicada no Brasil que: "Houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. Mesmo a sentença declaratória, ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigente entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida. Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente."¹¹⁵

A mandamentalidade que o juiz deve possuir para a aplicação eficaz da tutela inibitória não é compatível com a existência de um juiz neutro, no sentido de despreocupado com a efetividade do processo, nem é possível efetividade sem a possibilidade de existirem juízos de cognição sumária baseados em verossimilhança. O princípio da atualidade do interesse de agir é atendido não somente quando há efetiva lesão já praticada a direito, mas com a ameaça concreta de lesão. Ensina OVÍDIO BAPTISTA que:

¹¹⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 07-1997, p. 96.

¹¹⁵ - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5ª ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 16-17.

“O princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de conhecimento e execução, pois o eventual conteúdo executório, numa ação, que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob forma de liminar, como ainda hoje se dá com nossas ações possessórias de tipo interdital. E isto seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei. Em última análise, seria outorgar-lhe uma dose de discricionariedade inconciliável com a função que o Estado lhe reserva. A concessão de uma medida executiva liminar, numa demanda que somente haveria de conter conhecimento, que depois, no momento da sentença final, resultasse revogada, pelo julgamento de improcedência da ação, corresponderia, para a exigência de neutralidade do juiz, ao exercício de um poder arbitrário, a proteção, ainda que provisória, de alguém a quem a ordem judicial estatal não atribuíra o direito de que o juiz fizera derivar conseqüências, ao conceder a medida liminar.”¹¹⁶

¹¹⁶ - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano – canônica*. 2ª ed., rev., São Paulo: RT, 1.997, p. 106.

Seção IV – Crítica

Vive-se atualmente o risco com o neoliberalismo (já decadente) do retorno à proibição de tutelas sumárias, vedação à concessão de liminares no curso da demanda com base em juízos de verossimilhança. É preciso combater essa idéia que vem sempre revestida de falsos argumentos ideológicos, normalmente baseados numa possível idéia “científica” do direito processual, notadamente utilizando-se da desvirtuação de princípios como o da ampla defesa ou do contraditório para impedir a pronta atuação dos direitos através da tutela inibitória. “Não é, portanto, de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes de *imperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais.”¹¹⁷

A tutela inibitória tem amplo alcance social, trazendo efetividade processual aos menos favorecidos – os trabalhadores e consumidores - que não contam com meios expeditos de tutela para a proteção de seus direitos. O perigo é, como diz BOAVENTURA SANTOS, que “quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada”.¹¹⁸

O Estado mínimo do direito liberal, que não interfere na vida das pessoas, do *laissez faire laissez passer*, não mais se justifica. O neoliberalismo com a globalização desenfreada, desestatização, livre circulação de bens e serviços já comprovou que somente favorece aos mais aquinhoados e aos países de maior desenvolvimento. Em países como o

¹¹⁷ - SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. Vol. 2, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1998, p. 337.

¹¹⁸ - SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da Justiça. In: *Revista de Processo*, vol. 37, Ano 10, jan./mar. 1985, p. 121-139.

nosso é necessário que o Estado participe, através de um regime democrático, para a redução das desigualdades sociais, tudo indicando que o denominado Estado social é atualizadíssimo e precisa ser aplicado.

Não se nega a importância do Estado de Direito concebido pela Revolução Francesa, com os seus elementos: divisão de poderes, primado da lei e o princípio da legalidade. No tocante à divisão de poderes, no entanto, é necessário fortalecer mais o Poder Judiciário, idéia que precisa ser aceita pelos Tribunais superiores no Brasil que às vezes não dão resposta adequada quando são chamadas a resolverem as grandes questões do país. Afinal não se pode fortalecer alguém que seja conservador e que não queira amplos poderes.

“Assim, a ‘divisão de poderes’ perde o seu anterior pretensão carácter de repartição mecanicista entre ‘titularidades autónomas de poder político’ para se reconduzir definitivamente a um plano técnico-organizatório de divisão racionalizada e integrada de funções visando evitar a concentração, o excesso ou o exercício arbitrário do Poder”¹¹⁹, notadamente - acrescentaríamos nós - do Poder Executivo que se encontra hipertrofiado de poderes.

O primado da lei e da legalidade não é prejudicado com a tutela inibitória que visa exatamente à intangibilidade do ordenamento jurídico. Basta que se veja na tutela inibitória uma forma de proteção do ordenamento jurídico, com possibilidade de liminar, inclusive com o sacrifício do direito menos provável ao provável, como magistralmente ensina TOMMASEO:

¹¹⁹ - NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Separata do volume XXIX, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1987, p. 214.

*"sacrificar o improvável ao provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência."*¹²⁰

Não se pode olvidar, no entanto, que somente haverá Estado de Direito com efetiva democracia e proteção aos direitos fundamentais. Assim, os elementos do Estado de Direito talvez pudessem limitar-se a um - o da garantia dos direitos fundamentais - ponto mais importante de toda a evolução estatal.¹²¹

Os direitos sociais estão previstos em nossa Constituição Federal (promulgada a 05/10/88) no capítulo II, do Título II, que trata "DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", portanto, não há dúvida que os direitos trabalhistas e o processo correspondente têm caráter de direito fundamental e, para pronta tutela desses, é necessária a tutela inibitória. Como ensina RAPISARDA, *"a utilidade do recurso a tal forma de tutela deriva, sobretudo, da inidoneidade da tradicional tutela ressarcitória de garantir a efetiva realização dos novos direitos. Como a mais recente doutrina trouxe à luz, tal inidoneidade resulta do caráter não-patrimonial ou ao menos não monetizável dos bens que constituem objeto dos novos direitos"*.¹²²

O equivocado princípio da "neutralidade do juiz" deve ser afastado, pois hoje se busca o juiz cidadão, participativo, com formação

¹²⁰ - TOMMASEO, Ferruccio. Intervento. *Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del colloquio internazionale, Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 307. Texto original no final deste capítulo, sob nº 10.

¹²¹ - Conferir a respeito NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Separata do volume XXIX, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1987.

¹²² - RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 80. Texto original no final deste capítulo, sob nº 11.

jurídica, filosófica e social sólidas, não se isolando somente nos quadrantes da letra fria da lei. Como afirma com clareza BEBBER, “a pacificação social buscada pela jurisdição não é mais possível de ser atingida diante de um juiz manietado e absolutamente inerte”.¹²³

Se faz mister, igualmente, não somente para a efetividade da tutela inibitória, mas para a efetividade do processo em geral, um acréscimo nas atribuições e valorização das decisões dos juízes de primeiro grau. Como dissemos em outro estudo: “É necessário, portanto, restringir o acesso ilimitado aos tribunais, valorizando mais os juízes de primeira instância que estão mais próximos da realidade local, dos problemas da comunidade. Como estão disciplinadas as regras processuais atuais, os juízes de primeiro grau não são mais do que juízes de instrução do processo, pois as sentenças proferidas nada mais representam do que a ante-sala para os recursos, o que vale mesmo são os acórdãos principalmente dos tribunais superiores. Uma sentença proferida de acordo com a Constituição Federal, com a lei e jurisprudência uniforme é, ainda assim, recorrível, demonstrando o absurdo que se tornou o sistema recursal brasileiro.”¹²⁴

Não se deve repetir, no século XXI, os equívocos das pretéritas centúrias, nem perder a oportunidade atual, como disse MALLETT, com a clarividência que lhe é peculiar:

“Neste momento de discussão a respeito da reforma do Poder Judiciário e da reforma do Processo todas essas questões devem vir à tona e ser ponderadas. É preciso

¹²³ - BEBBER, Júlio César. *Procedimento sumaríssimo no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 41.

¹²⁴ - POZZOLO, Paulo Ricardo. Veto presidencial impede celeridade no procedimento sumaríssimo. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 86, fevereiro 2000, p. 245.

atentar, especialmente, para a questão da desvalorização do Juízo de Primeiro Grau. A súmula vinculante me parece ser a consolidação da idéia de que a justiça só se faz nas instâncias mais elevadas e nas últimas instâncias; quando, na verdade, é o contrário, é a jurisprudência de Primeiro Grau que abre as portas, em tantos assuntos, para uma reforma da jurisprudência.”¹²⁵

¹²⁵ - MALLET, Estevão. Ação civil pública. In: *Revista da Amatra II*, São Paulo: Editor Sérgio Allí, ano I, nº 2, abril 2000, p. 23.

ANEXO DO CAPÍTULO III

1) *“(...) ragioni di carattere storico e, soprattutto, alla sostanziale estraneità della nozione di controllo giurisdizionale preventivo rispetto ai fondamenti teorici dello Stato liberale ed alla interpretazione allora imperante del binomio autorità-libertà. (...) La concezione della giurisdizione quale forma di controllo repressivo fu, dunque, ispirata al principio per cui il processo civile deve essenzialmente tendere a ‘procurare ai diritti privati la massima garanzia sociale col minimo sacrificio di libertà individuale’.”*

2) *“Ai fini di una corretta impostazione del problema, è opportuno premettere che fu comune ai processualisti di fine Ottocento l'adesione ideologica al modello istituzionale dello Stato di diritto, quale postulato del pensiero liberale postilluministico. L'ispirazione alla corrente di liberalismo moderato diffusasi nella cultura giuridica, sulla scia dell'influenza francese, successivamente alla codificazione napoleonica, cui si collegò, quale momento terminale del giusnaturalismo illuministico, il metodo esegetico negli studi sul processo civile, determinò la tendenza a privilegiare i valori di libertà individuale rispetto ai poteri di intervento statale, oltrechè l'adesione al principio della divisione dei poteri, rigidamente inteso secondo la formulazione originaria.”*

3) *“In relazione a tale ambito di diritto sostanziale si chiarisce, in primo luogo, la stessa concezione privatistica dell'azione, cui si collegava, come si è detto, l'individuazione, in via tendenzialmente esclusiva, delle finalità repressive del diritto di azione, posto che la categoria dei diritti reali si caratterizzava, in quella fase storica, quale area tipica dello svolgimento libero ed autonomo del dominio del titolare, contro qualsiasi intervento regolatore del potere pubblico*

antecedente al fenomeno della violazione, al quale, soltanto, l'autonomia privata era inidonea a porre rimedio. In secondo luogo, come è già accennato e come si dirà diffusamente tra breve, la prospettazione dell'azione civile preventiva come rimedio tipico derivò dall'adattamento di questa forma di tutela alla struttura dei diritti reali, in quanto proprio la specificità della tutela risultava perfettamente funzionale alla tipicità delle fattispecie lesivi ipotizzabili rispetto a tale categoria di diritti.”

4) *“procurare ai diritti privati la massima garanzia sociale col minimo sacrificio di libertà individuale.”*

5) *“(…) l’adesione al principio della divisione dei poteri, di cui si sottolineava la funzione di garanzia contro antichi abusi, costituì un ulteriore ostacolo concettuale all’ammissibilità di rimedi giurisdizionali preventivi. Se si pensa, infatti, che l’ intervento giurisdizionale preventivo può dar luogo ad un fenomeno di sovrapposizione di poteri e, più precisamente, alla supplenza del potere giurisdizionale rispetto al potere di controllo amministrativo, sembra ovvio che ciò si ponesse in contrasto con un indirizzo teorico ed istituzionale che contrapponeva esplicitamente la prevenzione dell’inosservanza del diritto, o controllo tout court, cui riconduceva l’attività amministrativa (rectius: di polizia), e la repressione dell’inosservanza, cui ricollegava l’attività giurisdizionale in funzione di garanzia.”*

6) *“El derecho privado tradicional se basaba en que la tutela preventiva era tarea del Estado y del derecho administrativo; su función era entonces la tutela represiva, resarcitoria; se actuaba después de la lesión. Actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social proporcionan un nuevo paradigma de análisis de estas nuevas herramientas.”*

7) *“los postos judiciales se consideraban como propiedades que podían comprar-se, vender-se y heredarse. El propio Montesquieu heredó tal cargo, lo conservó durante un decenio y lo vendió. (...) Los jueces constituían un grupo aristocrático que apoyava a la aristocracia terrateniente contra los campesinos y las clases medias y trabajadoras urbanas, y contra la centralización del poder gubernamental en París. Com la llegada de la Revolución cayó la aristocracia, y con ella cayó la aristocracia de las togas.”*

8) *“El resultado es que aunque existe una similitud superficial de funciones entre el juez del derecho civil y el juez del derecho común anglosajón, hay disparidades de importancia en sus papeles. En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remota hasta el iudex romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se viò influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias lógicas de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el su colega en el derecho comun anglosajón y el sistema de selección y de inamovilidad del juez civilista es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial.(...) El servicio judicial es una carreira burocrática; el juez es un funcionario, un servidor; la función judicial es estrecha, mecánica y falta de creatividad.”*

9) *“Il diritto di azione fu, dunque, costuito teoricamente quale potere giuridico essenzialmente diretto a stimolare l'intervento giurisdizionale in conseguenza di una violazione o di una lesione già verificatasi sul terreno del diritto*

sostanziale, in funzione, quindi, tipicamente repressiva delle fattispecie di illecito civile."

10) *"sacrificare l'improbabile al probabile, in questo consiste l'etica della giurisdizione d'urgenza."*

11) *"l'utilità del ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall'inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l'effettiva attuazione dei nuovi diritti. Come la più recente dottrina ha posto in luce, tale inidoneità consegue al carattere non patrimoniale o comunque non monetizzabile dei beni che costituiscono oggetto dei nuovi diritti."*

CAPÍTULO IV – FINALIDADES

Pode-se dizer, genericamente, que a finalidade da tutela inibitória é manter a intangibilidade e a observância do ordenamento jurídico. Como afirma MARINONI, a tutela inibitória *“se relaciona basicamente com a necessidade de garantir a integridade dos direitos, principalmente daqueles de conteúdo não-patrimonial ou prevalentemente não-patrimonial, que não podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória e do procedimento ordinário clássico, conceituando este como o procedimento que não contém tutela antecipatória e que pode culminar apenas em uma das três sentenças da classificação clássica (declarativa, constitutiva e condenatória).”*¹²⁶

A garantia de observância do ordenamento jurídico, inclusive no que tange aos princípios, assume especial relevo no campo laboral, pois os direitos trabalhistas transcendem a mera esfera patrimonial, proporcionando ao trabalhador não só o sustento orgânico de sua família, mas igualmente uma vida digna, livre e feliz.

Destarte, os direitos trabalhistas inserem-se nos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo relevante a sua observância, escudados que devem estar pela tutela inibitória. “A importância da tutela preventiva pode ser percebida, em todas as sociedades modernas, a partir da necessidade de se conferir tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas, freqüentemente de conteúdo não patrimonial ou

¹²⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitoria. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 370. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

prevalentemente não patrimonial, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão.”¹²⁷

Dito de modo mais específico, a tutela inibitória tem por finalidade, como afirmamos, prevenir o antijurídico, o ilícito e o dano, como veremos nas três seções seguintes e pela seguinte passagem da doutrina de FRIGNANI: “A inibitória à qual nos referimos é uma sentença de condenação, cujo objetivo é o de fazer cessar uma atividade ou um estado lesivo do direito alheio, ou o de inibir a continuação ou mesmo somente a realização de tais atos (cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, § 114, p. 331). (...) A ação inibitória dirige-se ao futuro e não ao passado. Ela objetiva portanto prevenir para o futuro a repetição de atos ou a continuação de uma atividade contra ius, ou seja, lesivos aos direitos de um sujeito.”¹²⁸

Seção I – Prevenção do antijurídico, do ilícito e do dano

O interesse de agir - revelado pela necessidade e utilidade da proteção jurisdicional - nasce, na tutela inibitória, antes da violação do direito, bastando a mera possibilidade, que deve ser real ou concreta e não imaginária. Assim, basta o perigo que ocorra uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, ainda que nunca tenha ocorrido antes. “Desse modo, a doutrina operou uma extensão do campo de aplicação da ação em exame,

¹²⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 14.

¹²⁸ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 559-560. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

considerando que ela seja idônea a reagir mesmo ao simples perigo de que o ilícito se verifique."¹²⁹

Por isso dissemos que a primeira das finalidades da tutela inibitória é a da prevenção que a violação ao ordenamento jurídico ocorra. Nesse sentido, *"o objeto da condenação inibitória é fazer com que um sujeito se abstenha ou cesse a violação de um interesse simples patrimonial ou extrapatrimonial. O objeto mediato da inibitória são os interesses simples, o que supõe incluir os denominados 'interesses difusos'".*¹³⁰

Para a obtenção da tutela inibitória visando evitar que a conduta antijurídica, ilícita ou danosa ocorra, ao interessado caberá demonstrar apenas o risco de lesão. A prova será da ameaça a direito e não do eventual resultado que poderá ocasionar, pois *"a ação não se concede para remediar danos pretéritos, feitos no passado. Deve atender à situação do momento em que se decide; o passado só interessa se se prolonga até o presente. Também não se levam em conta os simples temores de ações futuras; a lesão futura só é relevante se é iminente. Se se trata de uma ameaça com indubitáveis possibilidades de efetivar-se. A prova da potencialidade da ameaça corresponderá a quem promove a ação. O mérito da prova deve ser muito exigente, porém em termos de razoabilidade."*¹³¹

¹²⁹ - DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre–dicembre, 1996, p. 1055. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

¹³⁰ - NICOLAU, Noemi Lidia. *La tutela inibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. La Ley*, 1996-A, p. 1250. Texto original no final deste capítulo, sob nº 4.

¹³¹ - NICOLAU, Noemi Lidia. Idem, p. 1247. Texto original no final deste capítulo, sob nº 5.

Seção II – Impedimento à continuação do antijurídico, do ilícito e do dano

O processo do trabalho é riquíssimo de hipóteses em que pode ocorrer o antijurídico, o ilícito ou o dano de forma continuada. É que as prestações no Direito do Trabalho são de natureza contínua, de débito permanente e de trato sucessivo. Quem bem explica essas características é DALLEGRAVE NETO:

“O contrato de trabalho é de *trato sucessivo*, na medida em que há uma execução continuada ou, na expressão utilizada pelos autores alemães, um *débito permanente*. Para o empregado, a dívida que se renova diariamente é a prestação do trabalho. Para o empregador, o débito é o pagamento salarial que periodicamente deve ser efetuado: via de regra, todo quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado, *ex vi* do parágrafo primeiro do artigo 459 da CLT. Não é o consenso das partes, nem a determinação de prazo certo que enquadram o contrato como de *trato sucessivo*, mas sim a natureza de suas prestações. Destarte, mesmo por *prazo determinado* o contrato de trabalho será sucessivo”¹³².

A importância da prevenção da continuidade de uma atividade contrária ao Direito, portanto, é de fundamental importância para o Direito do Trabalho.

¹³² - DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, p. 81

Vejamos alguns exemplos práticos, diante de tantos: A transferência ilegal de empregado pode ser obstada pelo trabalhador a qualquer tempo, pois o ato contrário ao direito se renova dia a dia. O empregador que contrata empregado sem anotação da CTPS comete o ilícito continuado, violando o art. 29, da CLT, que estabelece o prazo de 48 horas para anotação. A qualquer tempo o empregado pode pedir tutela inibitória positiva para que o empregador cumpra a obrigação, cessando a continuação do ilícito. As férias devem ser concedidas no período de doze meses subsequêntes ao primeiro ano trabalhado, ou seja, após o período aquisitivo. Se o empregado não recebe suas férias no período legal de concessão, pode pleitear judicialmente a tutela inibitória, inclusive com as *astreintes* previstas no § 2º, do art. 137, da CLT.

Os empregadores são obrigados a fornecer os equipamentos de proteção individual (EPIs) aos trabalhadores, na forma do art. 166, da CLT. Qualquer empregado prejudicado pode, a qualquer tempo, pleitear através da tutela inibitória positiva, o fornecimento de tais EPIs, pois o não-fornecimento implica ilícito permanente.

Tal função da tutela inibitória é aceita por eminentes processualistas italianos, se não vejamos:

- a) FERRI: *“A tutela inibitória tende portanto a impedir que violações do direito consumadas ou ameaçadas continuem a se verificar ou não se repitam e a condenação inibitória contém ‘provimentos-ordens’ para*

eliminar tais efeitos negativos ou impedir seu surgimento."¹³³

b) FRIGNANI: *"A ação inibitória tem uma função eminentemente preventiva, enquanto tende a bloquear o ilícito, ou melhor, a não permitir sua repetição ou continuação. A inibitória por isso, se de um lado se baseia no passado (deve examinar atentamente os elementos para poder deduzir se existe o perigo e probabilidade da repetição ou reiteração do ilícito), de outro visa ao futuro enquanto impõe a um sujeito um determinado comportamento para o futuro.*"¹³⁴

Seção III – Obstaculização à repetição do antijurídico, do ilícito e do dano

A função de obstaculização à repetição do antijurídico, ilícito e do dano é semelhante àquela de impedir a prática de conduta contrária ao ordenamento jurídico. A diferença é que, na hipótese ventilada nesta seção, o risco é de que a conduta legalmente indesejada se repita, já tendo ocorrido anteriormente. Aqui os pressupostos da tutela inibitória são mais evidentes, pois a conduta pretérita pode revelar o risco ao juiz. "Na maior parte das hipóteses previstas no ordenamento jurídico italiano, a proposição da inibitória é subordinada a uma já existente violação da norma; por isso a ação (e o provimento judicial dela decorrente) tem um duplo conteúdo:

¹³³ - FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'Art. 1469 – sexies c.c. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº. 4, ottobre-dicembre 1996, p. 938. Texto original no final deste capítulo, sob nº 6.

¹³⁴ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 573. Texto original no final deste capítulo, sob nº 7.

primeiro, por fazer cessar o comportamento já verificado; segundo, por impor ao autor do ilícito uma ordem de não repetição futura do ato praticado.”¹³⁵

Desse modo, a tutela preventiva tem aplicação também nos casos de ilícitos já praticados se suscetíveis de repetição. Assim, “a ação inibitória dá início a um processo de conhecimento encerrado pela sentença (inibitória final), através da qual há a ordem para que a parte sucumbente pare com o comportamento ilícito e abstenha-se de praticá-lo no futuro (obviamente que aqui considerando uma sentença de mérito que julgue procedente o pedido).”¹³⁶ Exemplificam-se com as medidas de ergonomia que podem ser postuladas, como por exemplo, para impedir que o empregador exija novamente dos empregados que suportem o peso superior a 60 Kg ou a mulher a 20 Kg se contínuo, ou 25 Kg para o trabalho ocasional.

¹³⁵ - VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-sexies do Código Civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº 10, out./dez. 1998, p. 748.

¹³⁶ - VICENTINI, Sandro. *Idem*, p. 763.

ANEXO DO CAPÍTULO IV

1) *“se relaciona básicamente con la necesidad de garantizar la integridad de los derechos, principalmente de aquellos de contenido no patrimonial o prevalentemente no patrimonial, que no pueden ser adecuadamente tutelados através de la vía resarcitoria y del procedimiento ordinario clásico, conceptuando a éste como el procedimiento que no contiene tutela anticipatoria y que puede culminar apenas en una de las tres sentencias de la clasificación clásica (declarativa, constitutiva y condenatoria).”*

2) *“L’inibitoria cui noi ci riferiamo è una sentenza di condanna, mirante a far cessare un’attività od uno stato lesivo del diritto altrui, o ad inibire la continuazione o anche solo la commissione di tali atti (cfr. MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, III, Milano, 1959, § 114, p. 331). (...) L’azione inibitoria si rivolge al futuro e non al passato. Essa dunque mira a prevenire per il futuro la ripetizione di atti o la continuazione di un’attività contra ius, lesivi cioè dei diritti spettanti ad un soggetto.”*

3) *“In questo modo la dottrina ha operato un’estensione del campo di applicazione dell’azione in esame, ritenendo che la stessa sia idonea a reagire anche al semplice pericolo che l’illecito si verifichi.”*

4) *“El objeto de la condena inhiibitória es hacer que un sujeto se abstenga o cese en la violación de un interés simple patrimonial o extrapatrimonial. El objeto mediato de la inhiibitoria son los intereses simples, lo cual supone incluir los denominados ‘interesses difusos’.”*

5) *“la acción no se concede para remediar daños pretéritos, hechos del pasado. Debe atenderse a la situación del momento en que se decide; el pasado sólo interessa si se prolonga hasta el presente. Tampoco se tienen en cuenta los simples temores de acciones futuras, la lesión futura sólo es relevante si es inminente. Se trata de una amenaza con indudables posibilidades de efectivizarse. La prueba de la potencialidad de la amenaza corresponderá a quien promueve la acción. La meritación de la prueba debe ser muy exigente, pero en términos de razonabilidad.”*

6) *“La tutela inibitoria tende dunque ad impedire che violazioni del diritto compiute o minacciate continuino a verificarsi o non si ripetano e la condanna inibitoria contiene ‘provvedimenti-ordini’ per eliminare tali effetti negativi o impedire il sorgere.”*

7) *“L’azione inibitoria ha una funzione eminentemente preventiva, in quanto essa tende a bloccare l’illecito, o meglio a non permettere la ripetizione o continuazione. L’inibitoria perciò, se da un lato si basa sul passato (deve esaminarne attentamente gli elementi onde poter dedurre se esiste il pericolo e la probabilità della ripetizione o reiterazione dell’illecito) dall’altro mira al futuro in quanto impone ad un soggetto un determinato comportamento per il futuro.”*

CAPÍTULO V – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A tutela inibitória originariamente concebida para a proteção dos direitos absolutos – notadamente no direito romano – tem atualmente o seu âmbito de aplicação mais amplo, abrangendo os direitos patrimoniais absolutos e relativos e os direitos não-patrimoniais. É o que veremos nas seções seguintes.

Seção I – Direitos patrimoniais absolutos

A tutela inibitória teve origem nos interditos romanos ditados pelo pretor, principalmente na proteção da propriedade imobiliária. No Brasil as hipóteses típicas de tutela inibitória previstas no Código de Processo Civil também são ligadas à proteção imobiliária, bastando lembrar a nunciação de obra nova e o interdito proibitório, com possibilidade de liminar, a demonstrar que na origem a tutela inibitória existiu para a proteção dos chamados direitos absolutos. Como afirma ARENHART: “(...) as ações preventivas (ações de abstenção) têm seu nascedouro nos direitos absolutos – categoria esta em que se enquadram os direitos de personalidade.”¹³⁷

Nessa categoria de direitos absolutos, classificada segundo a eficácia do direito, incluem-se atualmente os direitos individuais fundamentais do homem, os direitos personalíssimos, os direitos de família e

¹³⁷ - ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória e o “amparo de protección colectivo” no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Argentina. In: *Genesis: Revista de direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, out./dez. 1999, p. 774.

os direitos reais. São ditos absolutos porque devem ser observados por todos, daí a eficácia dita universal ou *erga omnes*. Os direitos absolutos devem ser respeitados por todos, sendo oponível à generalidade dos indivíduos.

Sobre os direitos absolutos ensina CHIOVENDA que: *“nos casos em que a garantia do bem consiste no fato de que a todos proíbe-se a realização de certos atos em relação a nós, costuma-se falar de direitos absolutos, porque todos aparecem como obrigados negativamente em relação a nós (propriedade, servidão, direito de personalidade em suas manifestações). Quando a garantia consiste no fato de que determinadas pessoas se encontram obrigadas a fazer ou não fazer algo, chamam-se direitos relativos (obrigações) porque como obrigada (preponderantemente) apresenta-se-nos determinada pessoa, ainda que também aqui todos estejam obrigados e não fazer nada contra nosso direito, enquanto todos estão constrangidos a não causar danos ao próximo.”*¹³⁸

Não obstante a natureza obrigacional do contrato de trabalho (logo, não-real), os direitos trabalhistas, a nosso ver, devem ser classificados como absolutos ou receber proteção equivalente aos direitos absolutos, pois são inseridos em nossa Constituição Federal no capítulo II (DOS DIREITOS SOCIAIS), do título II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS). Destarte, os direitos trabalhistas pertencem aos direitos e garantias fundamentais do homem e, como têm natureza alimentar, devem ter proteção até mais elevada que a propriedade imobiliária. As leis trabalhistas são de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis, demonstrando o legislador o relevo que merecem tais normas. A proteção ao salário é exemplo disso,

¹³⁸ - CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1992, t. I, p. 48. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

inclusive porque protege-se não só contra atos do empregador (intangibilidade, irredutibilidade, vedação ao *truck system*, etc.), mas contra os credores do empregado (impenhorabilidade, vedação à cessão de crédito, etc.) e do empregador (constituindo-se em crédito privilegiado, inclusive em relação à Fazenda Pública). A proteção, portanto, é dirigida contra todos ou *erga omnes* (empregador, credores do empregador e do empregado), exceção feita e perfeitamente justificável em relação à pensão alimentícia.

A tendência da tutela inibitória é exatamente o alargamento do âmbito de aplicação para abranger outras situações de direito material. “A inibitória se estendeu progressivamente do campo dos direitos reais a todas as outras situações consideradas dignas de tutela pelo ordenamento, algumas já esquematizadas, ou seja, tornadas objeto de direitos subjetivos univocamente garantidos (propriedade, posse, direito ao nome e à imagem, patentes, sinais distintivos, obras de criação, e assim por diante), outras pelos contornos ainda lábeis, ou seja, mais dificilmente atribuíveis a categorias de direitos subjetivos ‘tipicizados’ pelo ordenamento, mas que com certeza este último considera dignas de tutela (alguns aspectos dos direitos da personalidade, como o direito à identidade pessoal - na parte em que protege o sujeito de ‘apresentações’ infieis de seus comportamentos ou opiniões diante do público tutelado pelo tort, de origem norte-americana, de *false light in the public's eyes* - a tutela do ambiente, que encontra historicamente origem nas normas sobre lançamentos, mas certamente não se limitou a isso, alguns perfis da tutela dos consumidores).”¹³⁹

¹³⁹ - FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori dal coro” di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LII (seconda serie), n°. 04, ottobre-dicembre 1997, p.1000-1001. Texto original no final deste capítulo, sob n° 2.

A distinção entre direitos absolutos e relativos para aplicação da tutela inibitória já não tem a mesma relevância de outrora. Atualmente, “as duas espécies se resumem, afinal, na mesma noção de direito relativo obrigacional: o direito absoluto nada mais é que um direito relativo com sujeito passivo universal.”¹⁴⁰

“Alarga-se, hoje, o quadro, e aprofunda-se a importância dos direitos individuais, sociais, políticos, culturais e econômicos. Mas a antiga divisão dos direitos subjetivos em absolutos e relativos, privados e públicos, ainda tem sido resolvida pelo critério da oponibilidade do direito ao ‘sujeito passivo’ da ‘relação jurídica’, e continua a basear-se na nota essencial que acompanhou o conceito do vínculo entre sujeitos e da exibilidade da conduta de outrem. Nessa postura, alguns problemas emergentes do Direito positivo contemporâneo continuam sem solução adequada. Assim, na classificação dos direitos subjetivos, entre os relativos, no campo do Direito Privado, foram recolhidos os obrigacionais e, no campo do Direito Público, o direito de ação, o direito de petição e os direitos políticos, entre os direitos subjetivos absolutos, no campo do Direito Privado foram postos os direitos reais e os direitos personalíssimos e, no campo do Direito Público, a liberdade jurídica, com os seus desdobramentos em vários direitos de liberdade (as liberdades de pensamento, de circulação, de religião, de associação, de comunicação, dentre outras). O antigo problema do direito absoluto foi resolvido pela sua oponibilidade *erga omnes*, o que significava o poder do titular sobre a conduta de todos os demais membros da coletividade.”¹⁴¹

¹⁴⁰ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 57.

¹⁴¹ - GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 96.

Seção II – Direitos patrimoniais relativos

Direitos patrimoniais relativos são aqueles cuja eficácia vincula pessoas determinadas, ligadas por uma relação jurídica obrigacional, a exemplo dos direitos de crédito. Nos direitos relativos, “o poder de ação implica na exigibilidade específica de uma prestação contra alguém, seja este alguém um indivíduo isolado, seja um grupo de indivíduos, porém determinadamente identificados, ou suscetíveis de determinação.”¹⁴²

Os direitos absolutos, portanto, não necessitam da colaboração alheia para sua realização. Já os direitos relativos “realizam seu conteúdo na relação com outros sujeitos, cujo comportamento é instrumental a sua realização.”¹⁴³

A tutela inibitória deve proteger tanto os direitos absolutos como os direitos relativos, pois “o dever negativo de abstenção, que caracteriza os chamados direitos absolutos, nada mais é do que o dever de respeito ou de *alterum non laedere*, ou seja, o dever de não invadir a esfera jurídica alheia, dever que deve proteger todas as esferas jurídicas, todos os direitos subjetivos, e desta forma também os direitos relativos.”¹⁴⁴

Assim, é indubitoso que “a tutela inibitória pode tutelar direitos absolutos ou relativos.”¹⁴⁵ Igualmente, no direito italiano: “*parece-nos, em conclusão, que a inibitória deva ser admitida também como tutela dos direitos relativos por uma dúplice argumentação. Em primeiro lugar, porque*

¹⁴² - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

¹⁴³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 379.

¹⁴⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p.376.

¹⁴⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 380.

ela constitui a sanção própria de todas as violações das obrigações de não fazer; em segundo lugar, porque se é aplicável a inibitória ex art. 700, seria insensato não admitir, nos mesmos fatos jurídicos típicos, também a inibitória final."¹⁴⁶

Seção III – Direitos não-patrimoniais

Os direitos podem dividir-se, ainda, em patrimoniais e não-patrimoniais, conforme ofereçam ou não avaliação pecuniária. Como ensina ORLANDO GOMES, "a divisão dos direitos subjetivos em *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*, conforme suscetíveis, ou não, de apreciação pecuniária."¹⁴⁷ Incluem-se nos direitos não-patrimoniais os direitos da personalidade e os de família que constituem o *status familiae*, não podendo ser objeto de transação onerosa ou gratuita.

Os direitos não-patrimoniais devem ser objeto de proteção inibitória, como ensina NICOLAU, "*onde maior dimensão tem a inibitória é em matéria de direitos de conteúdo extrapatrimonial, especialmente nos personalíssimos, nos quais tem seus desdobramentos mais importantes: a proteção do nome, a imagem, a intimidade, e o direito moral de autor*".¹⁴⁸

Na esfera trabalhista há muitos direitos de natureza não-patrimonial a serem protegidos, a exemplo do direito à intimidade, inclusive para coibir a vigilância ostensiva e desnecessária através de câmeras de

¹⁴⁶ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 569. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

¹⁴⁷ - GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 113.

¹⁴⁸ - NICOLAU, Noemi Lidia. *La tutela inibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*. La Ley, 1996-A, p.1240. Texto original no final deste capítulo, sob nº 4.

vídeo, o assédio sexual, o preconceito contra aidéticos, a circulação de “listas negras” de empregados que acionem a Justiça do Trabalho ou que tenham postura sindical ativa e assim por diante. ALICE BARROS cita o caso das revistas abusivas de empregados, como invasoras da privacidade, dizendo que “considera-se atentatória à intimidade a inspeção que exige que o indivíduo se desnude completamente, ainda que perante pessoas do mesmo sexo, e se submeta a exame minucioso, detalhado, prolongado ou em presença de outros.”¹⁴⁹

São muitas as hipóteses em que o direito de personalidade do empregado ou do empregador pode ser protegido através da tutela inibitória que, a nosso ver, tem que aplicar-se de forma ampla e generalizada com o escopo de manter a incolumidade do direito e dos princípios fundamentais que protegem a pessoa humana.

¹⁴⁹ - BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 66, junho 1998, p. 817.

ANEXO DO CAPÍTULO V

1) *“en los casos en que la garantía del bien consiste en que a todos se prohíbe realizar ciertos actos respecto a nosotros, suélese hablar de derechos absolutos, porque todos aparecen como obligados negativamente respecto de nosotros (propiedad, servidumbre, derecho de personalidad en sus manifestaciones). Cuando la garantía consiste en que determinadas personas se encuentran obligadas a hacer o no hacer algo se llaman derechos relativos (obligaciones) porque como obligada (preponderantemente) se nos presenta determinada persona, aunque también aquí todos estén obligados a no hacer nada contra nuestro derecho, en cuanto todos están constreñidos a no dañar al prójimo.”*

2) *“L’inibitoria si è progressivamente estesa dal campo dei diritti reali fino a tutte le altre situazioni ritenute degne di tutela dall’ordinamento, alcune già schematizzate, ovvero comunque rese oggetto di diritti soggettivi univocamente garantiti (proprietà, possesso, diritto al nome ed all’immagine, brevetti, segni distintivi, opere dell’ingegno, e così via) altre dai contorni ancora labili, ovvero più difficilmente riconducibili a categorie di diritti soggettivi ‘tipizzati’ dall’ordinamento, ma che sicuramente quest’ultimo ritiene degne di tutela (alcuni aspetti dei diritti della personalità, come il diritto all’identità personale – nella parte in cui protegge il soggetto da ‘presentazioni’ infedeli di suoi comportamenti od opinioni nei confronti del pubblico – tutelato dal tort, di origine statunitense, di false light in the public’s eyes – la tutela dell’ambiente, che trova storicamente origine nelle norme sulle immissioni, ma non si è certo arrestata ad esse, alcune profili della tutela di consumatori).”*

3) *“ci sembra, in conclusione, che l’inibitoria debba essere ammessa anche a tutela di diritti relativi per una duplice argomentazione. In primo luogo, perché essa costituisce la sanzione propria di tutte le violazioni degli obblighi di non fare; in secondo luogo, perché se è applicabile l’inibitoria ex art. 700, sarebbe un non senso non ammettere, nelle medesime fattispecie, anche l’inibitoria finale.”*

4) *“donde mayor cabida tiene la inhibitoria es en materia de derechos de contenido extrapatrimonial especialmente en los personalísimos, en los cuales tiene sus despliegues más importantes: La protección del nombre, la imagen, la intimidad y el derecho moral de autor.”*

CAPÍTULO VI – FUNDAMENTOS

Faz parte integrante do estudo da tutela inibitória, além da sua caracterização frente a outras tutelas, o exame das finalidades, do âmbito de aplicação, seus pressupostos, espécies e, é evidente, os fundamentos sociais, econômicos e jurídicos de sua existência, bem assim a sua relevância para o direito processual. Podem ser englobados em três os fundamentos da tutela inibitória: sociais, econômicos e jurídicos.

Seção I – Sociais

Nossa Constituição Federal, já no Preâmbulo, apregoa a instituição de um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais”, a demonstrar que se buscou ter uma “Constituição Social” ou “Constituição Cidadã”, nas palavras do saudoso Ulisses Guimarães. No artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88, colocam-se como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Os direitos trabalhistas estão inseridos dentro do que se denominou “direitos sociais”, de acordo com o disposto no art. 6º, da CF/88. “Os direitos trabalhistas se manifestam como de ordem pública, igualmente, a partir do caput do art. 7º da CF, que estabelece que os direitos laborais atendem ao princípio da melhoria da condição social.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de conciliação prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 64, nº 04, abril 2000, p. 452.

A observância da legislação social, através de mecanismos como a tutela inibitória, está de acordo com os ditames superiores estampados em nossa Carta Magna. Assim, tem a tutela inibitória, seja positiva seja negativa, seu fundamento e raiz nos direitos sociais.

Seção II – Econômicos

O fundamento econômico da tutela inibitória reside no fato, bastante conhecido no Brasil, de que o ressarcimento à violação de um direito, a um dano consumado, dificilmente corresponde ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima. Os instrumentos conhecidos são insuficientes. Os juros moratórios contados a partir do ajuizamento de uma reclamação trabalhista, de 1% ao mês *pro rata die*, previstos na Lei 8.177/91, aplicados sobre o capital corrigido monetariamente, não dão ao trabalhador o necessário equivalente ao adimplemento pontual do cumprimento da legislação trabalhista. Exemplo típico é do adicional de insalubridade que, traduzido em pecúnia, jamais recupera a saúde do trabalhador que sofrerá prejuízos não mensuráveis com aquisição próxima ou futura de medicamentos, com despesas hospitalares, médicos, etc.

Por isso se diz que “(...) a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material. O proprietário pode recuperar a coisa de que outrem se apoderara, o credor pode receber a importância que lhe era devida, mas nem

sequer nessas hipóteses será lícito dizer que o processo lhes assegurou, efetivamente, vantagem igual à que gozariam se não ocorresse a lesão.”¹⁵¹

O Direito do Trabalho tem aspectos não-patrimoniais relevantes para o trabalhador, como a proteção à saúde e aos direitos ligados à personalidade humana. De outro lado, tem forte conteúdo econômico e o cumprimento das regras laborais traz inquestionável distribuição de riqueza na sociedade, com incremento da produção econômica. Basta lembrar o impulso recebido pela indústria e comércio decorrente não só das festas natalinas, mas do pagamento do 13º salário no mês de dezembro. O cumprimento da legislação trabalhista, não temos dúvida, traz desenvolvimento econômico e social, servindo a tutela inibitória para tal desiderato.

A prática do antijurídico ou do ilícito traduz-se em danos econômicos, favorecendo a especulação, a insolvência ou falência das empresas e, pior ainda para os trabalhadores que têm apenas a força de trabalho, trazendo a fome, a marginalização das famílias, com as consequências nefastas que conhecemos.

Seção III – Jurídicos

Um regime de prevenção à violação do Direito deve integrar naturalmente qualquer ordenamento jurídico razoavelmente avançado, sendo imanente mesmo a qualquer sistema processual democrático. Ensina ORLANDO GOMES que: “Na fixação do conteúdo da relação obrigacional,

¹⁵¹ - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 22.

merece referência especial a ação preventiva. Ordinariamente, a pretensão da vítima dirige-se ao recebimento da indenização do dano sofrido, mas não seria justo obrigá-la a esperar por sua efetivação. Deve-se-lhe proporcionar meio judicial para preveni-lo. Admite-se que exija do provável autor do dano a abstenção da prática de ato que possa produzi-lo, ou que faça alguma coisa para evitá-lo.”¹⁵² É necessário, como já disse CREDICIO, “ampliar o rol dos instrumentos que possibilitem a tutela preventiva, de modo a evitar que a lesão do direito material seja consumada.”¹⁵³

Entendemos que a tutela inibitória é inerente ao Estado Social e Democrático de Direito, sendo imanente à personalidade humana não ter que suportar a lesão para invocar a tutela jurisdicional, ou seja, a todos devem ser garantidos os meios de prevenção dos direitos de qualquer natureza. Nossa Constituição Federal expressamente garante a tutela inibitória ao aludir no inciso XXXV, do artigo 5º, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito. Dessa forma, o princípio da inafastabilidade da jurisdição abrange, também, a ameaça a direito, ou seja, à tutela de prevenção ou inibitória.

A Carta Magna da Argentina tem disposição semelhante, valendo transcrever o art. 43: “*Toda pessoa pode interpor ação expedita e rápida de amparo, sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que em forma atual ou iminente lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos por esta Constituição, um tratado ou uma lei (...).*”¹⁵⁴

¹⁵² - GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 285.

¹⁵³ - CREDICIO, Georgius P. Sugestões para a reforma do processo do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 60, agosto 1996, p. 1091.

¹⁵⁴ - Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

Entendemos, assim, como o fez precedentemente MARINONI, que “a tutela preventiva é imanente ao Estado de Direito e está garantida pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, razão pela qual é completamente desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da ação inibitória.”¹⁵⁵

Não obstante a previsão constitucional já referida e as hipóteses típicas que veremos no capítulo IX, encontramos nos artigos 461, do CPC, e 84, do Código de Defesa do Consumidor, o fundamento normativo infraconstitucional para o aviamento da ação inibitória individual e coletiva. “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 artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor”.¹⁵⁶

Em obra posteriormente publicada, MARINONI assevera que “o direito à tutela preventiva não só está constitucionalmente garantido (art. 5º, XXXV, da CF), como também possui instrumental adequado no plano do direito processual (arts. 461 do CPC e 84 do CDC).¹⁵⁷

Dispõe o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁵⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998, p. 60.

¹⁵⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 32.

¹⁵⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 68.

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

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

§ 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Com nítida inspiração no Código de Defesa do Consumidor, o legislador da Reforma do CPC de 1994, através da Lei 8.952/94, alterou o art. 461, do CPC, dando maior efetividade aos direitos, valendo transcrever esse preceito na sua redação atual:

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

§ 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, independentemente de pedido do autor, se for suficiente

ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

A concessão da tutela liminarmente, prevista no § 3º, dos dispositivos legais anteriormente mencionados, em caso de justificado receio de ineficácia do provimento final, dá amparo à tutela inibitória. Para que haja efetividade, é necessário conjugar a regra do art. 461, com a do art. 273, do CPC, que prevê a tutela antecipatória. Com elas é possível, sim, evitar o antijurídico, o ilícito e o dano, à luz do princípio da inafastabilidade previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

ANEXO DO CAPÍTULO VI

1) *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u 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 (...).”*

CAPÍTULO VII – PRESSUPOSTOS

Os pressupostos da tutela inibitória não se confundem com as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir - para seguirmos a doutrina tradicional). As condições da ação são requisitos para o julgamento do mérito da pretensão. Os pressupostos da tutela inibitória, aqui deduzidos, inserem-se já como questões atinentes ao mérito, após ultrapassados os pressupostos processuais e as condições da ação.

Deixa-se claro, desde logo, que os pressupostos da tutela inibitória enumerados nas seções seguintes – perigo ou ameaça da prática, continuação ou repetição do antijurídico, ilícito ou do dano – não são cumulativos, mas alternativos. Qualquer um desses pressupostos isoladamente é suficiente para o aviamento da tutela inibitória. Tanto faz se a conduta é apenas contrária a direito (antijurídica) ou contrária a direito associada à culpa (ilícita) ou apenas cause dano (independente do elemento subjetivo). De outro lado, basta o risco alternativamente da prática, continuação ou repetição da conduta indesejada para que se possa utilizar da tutela preventiva. Desse modo, *“a afirmação pela qual pressuposto da ação inibitória é o perigo ou a possibilidade da continuação ou repetição de um ilícito, deriva como lógica consequência da função da inibitória, caracterizada na prevenção de ilícitos futuros.”*¹⁵⁸

FRIGNANI, em síntese, diz que pressuposto da tutela inibitória é uma situação objetiva em contraste com os direitos de um sujeito, se não vejamos: *“No que concerne ao dano, começa-se com a reafirmação de que o*

¹⁵⁸ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 561. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

*pressuposto da ação inibitória é a mera existência de uma situação objetiva em conflito com os direitos garantidos a um sujeito; conseqüentemente exclui-se automaticamente que o ilícito deva necessariamente compreender um dano, ressarcível nos termos do art. 2043 c. c.; ou qualquer outro dano ressarcível.*¹⁵⁹

Tentaremos dividir e melhor explicar os pressupostos da tutela inibitória nas seções seguintes, seguindo o conselho cartesiano de “dividir cada dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las”.¹⁶⁰

Seção I – Perigo ou ameaça da prática do antijurídico, ilícito ou do dano

O substantivo “perigo” não é o *periculum in mora* das ações cautelares ou da tutela antecipatória. Perigo aqui tem o mesmo sentido dado pelo dicionarista AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, no “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª ed., 25ª impr., 1986, p. 1310: “**perigo**. (Do lat. *periculu*.) S.m. 1. Circunstância que prenuncia um mal para alguém ou para alguma coisa. (...)”. Desse modo, perigo aqui evidencia risco, situação objetiva, que pode ser causada por ato humano voluntário ou involuntário ou por animais ou coisas. Dissemos perigo ou ameaça porque esta última é aqui mencionada como praticada por alguém, como informa o dicionarista citado anteriormente, ameaça como gesto ou palavra intimidativa.

¹⁵⁹ - FRIGNANI, Aldo. Idem, p. 560-561. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

¹⁶⁰ - DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Trad. Marcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. 9ª ed., São Paulo: Hemus, 1998, p. 40.

Um dos pressupostos da tutela inibitória é a possibilidade de alguém praticar pela primeira vez (do contrário trata-se de repetição) a conduta contrária ao direito de alguém. Pode ser apenas antijurídica, ou seja, contrária simplesmente ao ordenamento, sem culpabilidade, ou ilícita, em que a culpa se faz presente ou, finalmente, danosa pouco importando haja antijuridicidade ou ilicitude. Tal providência para inibir a prática de conduta ilegal é encontrada também nos países da *common law*, como explica MARINONI, “no direito anglo-americano admite-se a denominada *quia timet injunction*, isto é, a concessão de uma tutela inibitória anterior a qualquer ilícito”.¹⁶¹

É preciso deixar claro, igualmente, que ao aludirmos ao perigo ou ameaça de dano, estamos falando de conduta ainda não praticada, ou seja, enquanto ainda não ocorreu o resultado prejudicial ao sujeito. Estamos, portanto, nos referindo a dano futuro e não presente. Do contrário, com a existência dos prejuízos, a tutela que deve entrar em cena é a ressarcitória, sendo cabível a inibitória apenas para evitar eventual continuação ou repetição da conduta indesejada. Ensina, a propósito, GRINOVER, que “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 consume. 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

¹⁶¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 85.

de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua iminência.”¹⁶²

Não basta apenas a imaginação do autor quanto à probabilidade de sofrer ato contrário a seu direito, é preciso que ocorram fatos concretos ou objetivos que justifiquem a interferência executiva *lato sensu* ou mandamental do juiz, através da tutela inibitória. “O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é o elemento objetivo. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para a sua definição.”¹⁶³

Desse modo, “deve-se demonstrar, mediante fatos objetivos, a ocorrência de efetiva ameaça de lesão a direito, não bastando o simples temor subjetivo de que esta violação possa suceder.”¹⁶⁴ O ônus da prova dos fatos constitutivos alegados é da parte autora, na forma prevista nos arts. 818, da CLT, e 333, inc. I, do CPC.

De igual modo, em relação à *injunction* anglo-americana, “é necessário, de fato, que exista uma probabilidade razoável (*reasonable probability*) de que o ilícito venha a ser, e não basta uma simples possibilidade (*mere possibility*)”.¹⁶⁵

¹⁶² - GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas corpus e mandado de segurança. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 22, abr./jun. 1981, p. 27.

¹⁶³ - BARBI, Celso. *Do mandado de segurança*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, nº 91, p. 108.

¹⁶⁴ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 136.

¹⁶⁵ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 205. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

Seção II – Perigo ou ameaça da continuação do antijurídico, ilícito ou do dano

Aqui a situação é diversa da prática da conduta, pois essa implica novidade ou originalidade, enquanto que na continuação o ato é prolongado, sendo que seus efeitos se protraem no tempo. Na hipótese da continuação, a conduta está e continua sendo praticada. Caso típico no Direito do Trabalho é o labor em condições insalubres, que deve cessar através da tutela inibitória, determinando-se que o empregador forneça os equipamentos de proteção individual ou adote medidas adequadas de ergonomia, conforme o caso concreto o exigir.

Oportuna a lição de RAPISARDA acerca da viabilidade da inibitória para cessar um comportamento ou a atividade de natureza contínua e antijurídica: *“A executabilidade da tutela inibitória depende, normalmente, da existência de um comportamento ilícito que se concretize em uma atividade de caráter continuativo, ou seja, em uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição. Relacionar a tutela inibitória a um ilícito já cometido em parte não influi de modo algum sobre a natureza preventiva do remédio, visto que a tutela estende a sua eficácia somente no âmbito do possível ilícito futuro.”*¹⁶⁶

Na medida em que a tutela inibitória faz cessar a continuação de uma conduta socialmente indesejada, evita que ocorram maiores danos ou mesmo o agravamento dos prejuízos, ou seja, *“a função própria da inibitória é essencialmente preventiva, seja quando se trate de prevenir um*

¹⁶⁶ - RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova : Cedam, 1987, p. 90-91. Grifou-se. Texto original no final deste capítulo, sob nº 4.

*ilícito ainda não cometido, seja, ao contrário, quando se trate de prevenir um agravamento da lesão devida a um ilícito já cometido”.*¹⁶⁷

É de FRIGNANI, um dos maiores autores sobre tutela inibitória na Itália, a seguinte explicação sobre os pressupostos da aludida ação: “a inibitória pressupõe sempre um perigo: que o ilícito seja continuado ou repetido, se já foi cometido ou que o ilícito venha a ser cometido, se ainda não se verificou. Esse é o sentido realmente penetrante pelo que se diz que a inibitória é uma ação essencialmente preventiva”.¹⁶⁸

Seção III – Perigo ou ameaça da repetição do antijurídico, ilícito ou do dano

É pressuposto para a viabilização da tutela inibitória o perigo ou a ameaça de repetição de uma conduta anteriormente praticada. Aqui não se cogita da prática (uma vez que a conduta temida já foi realizada anteriormente), nem da continuação (pois esta pressupõe ato continuado que ainda não cessou, ou seja, que ainda está se realizando), mas sim do perigo ou ameaça da reprodução de um ato antijurídico, ilícito ou danoso já cometido em época pretérita.

Na hipótese da repetição a prova para o autor é mais fácil, pois a prática anterior pode demonstrar a posterior, não obstante devam ser demonstrados os atos preparatórios ou os motivos para se temer a nova conduta. É suficiente, assim, a demonstração da probabilidade da repetição

¹⁶⁷ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 418. Texto original no final deste capítulo, sob nº 5.

¹⁶⁸ - FRIGNANI, Aldo. Idem, p. 415. Grifou-se. Texto original no final deste capítulo, sob nº 6.

do ato indesejado, pois “a doutrina mais moderna entende que a inibitória prescinde dos possíveis efeitos concretos do ilícito, ou mais precisamente, que tal espécie de tutela deve levar em consideração apenas a probabilidade do ilícito.”¹⁶⁹

A doutrina italiana aceita, como pressuposto da inibitória, o perigo da repetição da conduta temida, como ensina DANOVI, “é opinião comum em doutrina que o único pressuposto necessário para a concretização da ação e para a concessão do provimento inibitório seja representada pela ocorrência de um fato jurídico típico ilícito, do qual se tema a continuidade dos efeitos, ou seja, a repetição. A sentença com a qual o juiz acorda a inibitória deve justamente pressupor a avaliação em termos de ‘ilícito’ (e portanto como lesivo do direito tutelado) do comportamento a inibir”.¹⁷⁰ No Brasil, como vimos, não pode ser diferente.

Seção IV – Irrelevância do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e do elemento objetivo (dano)

Esta seção objetiva esclarecer que o dolo e a culpa (elementos subjetivos) e o dano (elemento objetivo ou concreto) não figuram como pressupostos da tutela inibitória.

¹⁶⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitoria. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p.378. Texto original no final deste capítulo, sob nº 7.

¹⁷⁰ - DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre–dicembre, 1996, p. 1053. Grifou-se. Texto original no final deste capítulo, sob nº 8.

Falamos desde o início que a tutela inibitória serve para evitar o dano, ou seja, a finalidade é preveni-lo e não compensá-lo. Se o dano já ocorreu, a tutela inibitória não se presta a resolver o problema, devendo ser buscada a tutela ressarcitória, reintegratória ou quiçá de remoção do ilícito.¹⁷¹ Sobre esse aspecto ensina MARINONI que “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. Se não é possível confundir tutela inibitória com tutela ressarcitória é porque a tutela inibitória não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória.”¹⁷²

Nesse sentido: “a irrelevância do elemento dano deriva também da função da tutela inibitória, não tanto da reparação e reintegração patrimonial quanto do impedimento para o futuro da prática de atos ilícitos. Em tal sentido é óbvio que não teria significado algum exigir a presença de um requisito atual (como o dano ressarcível), devendo a ação intervir sobre situações jurídicas futuras. É possível portanto afirmar que o elemento ‘dano’ representa um requisito indispensável somente para a obrigação de ressarcimento, mas não para o aperfeiçoamento do fato jurídico típico ilícito através do qual é concedida a tutela inibitória.”¹⁷³

¹⁷¹ - Sobre o estudo de tais tutelas recomenda-se a leitura da obra do Prof. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória: individual e coletiva*, São Paulo: RT, 1998, especialmente os capítulos 12 e 13.

¹⁷² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: TR, 1998, p. 26.

¹⁷³ -DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre-dicembre, 1996, p.1060-1061. Texto original no final deste capítulo, sob nº 9.

FRIGNANI, referindo-se à inibitória, aduz que o “*pressuposto dela pode, portanto, ser considerado o ilícito, ou melhor, a possibilidade ou o perigo de sua continuação ou repetição, enquanto se prescinde da existência tanto do dano quanto da culpa*”.¹⁷⁴

A tutela inibitória brasileira tem semelhança, como dissemos, com a *injunction* do direito anglo-americano, inclusive em relação à desnecessidade da ocorrência do dano entre os seus pressupostos. Se o dano já ocorreu, a tutela inibitória e a *injunction* já não têm pertinência, pois a tutela contra o dano é a ressarcitória. Assim, “*não será, de fato, concedida a injunction quando foi cometido um ilícito (illegal act) que se extinguiu no passado e para o qual não há nem a intenção nem o perigo de uma repetição no futuro. Em tal hipótese, na realidade, a injunction não teria mais sentido algum, visto que é direcionada a prevenir ilícitos futuros e por isso os únicos remédios executáveis permanecem os damages e a reductio in pristinum (quando possível), remédios que dizem respeito ao passado*”.¹⁷⁵

Quando se fala em ilícito, como procuramos esclarecer no capítulo I, nos referimos à conduta contrária ao direito, acrescida da culpa e da imputabilidade do sujeito. Com isso não se quer dizer que a culpa seja pressuposto da tutela inibitória, se ela existe, é mais um motivo para se conceder a proteção jurisdicional.

Dissemos que a tutela inibitória protege contra o ilícito, pois havendo conduta contrária a direito, com culpa, deve o ordenamento processual prontamente coibi-lo. Não obstante, ainda que não haja culpa,

¹⁷⁴ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 560. Grifou-se. Texto original no final deste capítulo, sob nº 10.

¹⁷⁵ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 146. Texto original no final deste capítulo, sob nº 11.

pode-se aviar a referida tutela, pois ela também se volta contra a conduta antijurídica. Veja-se, a propósito, os pressupostos da ação inibitória apontadas por FRIGNANI: *“a ação inibitória é caracterizada pela presença de três condições: uma positiva (perigo de um prejuízo futuro) e duas negativas (prescinde-se do dano e prescinde-se da culpa) (...).”*¹⁷⁶

RAPISARDA, outra grande autoridade da Itália em matéria de tutela inibitória, ensina que *“dos casos de tutela inibitória legislativamente regulamentados deduz-se, ainda, a ausência de culpa entre os seus pressupostos de exeqüibilidade, devida, essencialmente, à natureza preventiva do remédio. A culpa, de fato, não tem relevância alguma na disciplina da inibitória enquanto, sendo tal forma de tutela dirigida ao futuro, fica excluída a possibilidade objetiva de avaliar preventivamente os elementos subjetivos do futuro comportamento ilícito”*.¹⁷⁷

Tratando da ação de abstenção (termo usado também para designar a ação inibitória), diz o saudoso e grande jurista brasileiro PONTES DE MIRANDA, que a culpa não lhe é pressuposto necessário, pois o exigido é a contrariedade ao direito.¹⁷⁸

É pacífico entre os melhores processualistas nacionais e estrangeiros que a culpa e o dolo não são pressupostos da tutela inibitória, valendo referir, assim, os seguintes autores:

¹⁷⁶ - FRIGNANI, Aldo. L'Azione Inibitoria contro le clausole Vessatorie (considerazioni “fuori dal coro” di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, Anno LII (seconda serie), n°. 04, Ottobre-Dicembre 1997, p.1000. Texto original no final deste capítulo, sob nº 12.

¹⁷⁷ - RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova : Cedam, 1987, p. 89. Texto original no final deste capítulo, sob nº 13.

¹⁷⁸ - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I, p. 162.

- a) FERRI: *“é pacífica também a exclusão da culpa entre os pressupostos de exeqüibilidade, não devendo o juiz avaliar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro.”*¹⁷⁹;
- b) FRIGNANI: *“entre os pressupostos da ação inibitória não está o da culpa por parte daquele que cometeu ou está para cometer o ilícito que se quer coibir. Por outro lado, o elemento psicológico ou subjetivo (dolo ou culpa) não é exigido para a configuração do ilícito, entendido como ato contra ius, e por isso desdobrável dialeticamente em ilícito de conduta e ilícito de evento. Visto que a existência do elemento da culpabilidade é exigida somente para este último tipo de ilícito (e ao final da proposição de outras ações, como a ressarcitória, a publicação da sentença e assim por diante) e visto que a inibitória tem o escopo de prevenir também (aliás, principalmente) o ilícito de conduta, resulta que ela pode (aliás, deve) prescindir da culpa ou do dolo no autor do próprio ilícito.”*¹⁸⁰;
- c) DANOVI: *“Enfim, a mesma natureza preventiva da ação inibitória confirma a irrelevância da vontade e da culpa do sujeito agente. Dado que o remédio em exame é dirigido ao futuro, é evidente que não se podem prever com exatidão os aspectos subjetivos de*

¹⁷⁹ - FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 – sexies c.c. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre-dicembre 1996, p. 938. Texto original no final deste capítulo, sob nº 14.

¹⁸⁰ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 561. Texto original no final deste capítulo, sob nº 15.

um comportamento ilícito, antes mesmo que este tenha ocorrido."¹⁸¹ e

- d) VICENTINI: *"Não há como nem porque condicionar a concessão de uma tutela de caráter preventivo a um elemento subjetivo, existente ou não."*¹⁸²

Em conclusão, *"a tutela inibitória, ao contrário, tem finalidade preventiva. O elemento ativante é a possibilidade de um ilícito futuro: é a ameaça de violação. Esse dado normativo lhe confere algumas características especiais:*

- Em primeiro lugar, prescinde da verificação do dano na esfera jurídica do titular, sendo suficiente a ameaça.*
- O ato ilícito se caracteriza normalmente por uma atividade continuativa, ou então por uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição, ou então pela iminência de um ato ilícito. Esse elemento é necessário para que haja a possibilidade de prevenir.*
- A ação ilícita deve ser suscetível de ser detida em seus efeitos futuros, evitando que se produzam novos danos ou diminuindo os já produzidos. Por exemplo, a poluição ambiental ou a difusão de notícias.*

¹⁸¹ -DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre-dicembre, 1996, p. 1063. Texto original no final deste capítulo, sob nº 16.

¹⁸² - VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-sexies do código civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº 10, out./dez. 1998, p. 753.

- *A culpa não tem nenhuma relevância na disciplina inibitória, pois não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura.*
- *É habitual que se trate de prejuízos que, se se concretizam, não são monetizáveis. Se bem que este elemento não seja essencial, este é o campo em que teve maior desenvolvimento.*
- *Também é habitual que se refira a bens infungíveis, porque neles se revela claramente a necessidade de prevenção”.*¹⁸³

¹⁸³ - LORENZENTTI, Ricardo Luiz. *La tutela civil inhibitoria*. La Ley, 1995-C, p.1222-1223.
Texto original no final deste capítulo, sob nº 17.

ANEXO DO CAPÍTULO VII

1) *“l’affermazione per cui presupposto dell’azione inibitoria è il pericolo o la possibilità della continuazione o ripetizione di un illecito, discende come logica conseguenza dalla funzione dell’inibitoria, individuata nella prevenzione di illeciti futuri.”*

2) *“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. 2043 c.c.; o qualsiasi altro danno comunque risarcibile.”*

3) *“è necessário, infatti, che esista una ragionevole probabilità (reasonable probability) che l’illecito venga posto in essere, e non basta, invece, una semplice possibilità (mere possibility).”*

4) *“L’esperibilità della tutela inibitoria dipende, normalmente, dall’esistenza di un comportamento illecito che si concreti in una attività a carattere continuativo, ovvero in una pluralità di atti suscettibili di ripetizione. Il collegamento della tutela inibitoria ad un illecito in parte già commesso non influisce in alcun modo sulla natura preventiva del rimedio, dato che la tutela esplica la sua efficacia soltanto nei confronti del possibile illecito futuro.”*

5) *“la funzione propria dell’inibitoria è essenzialmente preventiva, sia che si tratti di prevenire un illecito non ancora commesso, sia, invece, che si tratti di*

prevenire un aggravamento della lesione dovuta ad un illecito già commesso”.

6) *“l’inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l’illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l’illecito venga commesso, se ancora non si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui si dice dell’inibitoria che è un’azione essenzialmente preventiva.”*

7) *“la doctrina más moderna entiende que la inhibitoria prescinde de los posibles efectos concretos del ilícito, o más precisamente, que tal especie de tutela debe tomar en consideración apenas la probabilidad del ilícito.”*

8) *“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. La sentenza con la quale il giudice accorda l’inibitoria deve infatti presupporre la valutazione in termini di ‘illecito’ (e dunque come lesivo del diritto tutelato) del comportamento da inibire.”*

9) *“l’irrelevanza dell’elemento danno deriva anche dalla funzione della tutela inibitoria, non tanto di riparazione e reintegrazione patrimoniale quanto di impedimento per il futuro della commissione di atti illeciti. In tal senso è ovvio che non avrebbe significato alcuno richiedere la presenza di un requisito attuale (come il danno risarcibile), dovendo l’azione intervenire su situazioni giuridiche future. È possibile pertanto affermare che l’elemento ‘danno’ rappresenti un requisito indispensabile per la sola obbligazione di risarcimento, ma non per il perfezionamento della fattispecie illecita avverso la quale è concessa la tutela inibitoria.”*

10) *“presupposto della stessa può dunque essere considerato l'illecito o, meglio, la possibilità o il pericolo della sua continuazione o ripetizione, mentre si prescinde dalla presenza sia del danno che della colpa.”*

11) *“non sarà, infatti, concessa l'injunction quando è stato commesso un illecito (illegal act) che si è esaurito nel passato e per il quale non c'è l'intenzione né il pericolo di una ripetizione in futuro. In tali ipotesi, in realtà, l'injunction non avrebbe più alcun senso, in quanto essa è orientata a prevenire illeciti futuri e perciò gli unici rimedi esperibili rimangono i damages e la reductio in pristinum (in quanto possibile), rimedi che riguardano il passato.”*

12) *“l'azione inibitoria è caratterizzata dalla presenza di tre condizioni: una positiva (pericolo di un pregiudizio futuro) e due negative (si prescinde dal danno e si prescinde dalla colpa) (...).”*

13) *“dai casi di tutela inibitoria legislativamente regolati si deduce, inoltre, l'assenza della colpa tra i suoi presupposti di esperibilità, dovuta, essenzialmente, alla natura preventiva del rimedio. La colpa, infatti, non ha alcuna rilevanza nella disciplina dell'inibitoria in quanto, essendo tale forma di tutela rivolta al futuro, resta esclusa la possibilità oggettiva di valutare preventivamente gli elementi subbiettivi del futuro comportamento illecito.”*

14) *“è pacifica anche l'esclusione della colpa tra i presupposti di esperibilità, non dovendo il giudice valutare preventivamente gli elementi soggettivi del comportamento illecito futuro.”*

15) *“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 colpa) 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 che essa può (anzi, deve) prescindere della colpa o del dolo nell'autore dell'illecito stesso."

16) *"Infine, la stessa natura preventiva dell'azione inibitoria conferma l'irrelevanza della volontà e della colpa del soggetto agente. Poiché infatti il rimedio in esame è rivolto al futuro, è evidente come non si possano prevedere con esattezza gli aspetti soggettivi di un comportamento illecito, prima ancora che questo si sia verificato."*

17) *"la tutela inibitoria, en cambio, tiene finalidad preventiva. El elemento activamente es la posibilidad de un ilícito futuro: es la amenaza de violación. Este dado normativo le confiere algunas características especiales:*

- En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza.

- El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.

- *La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido. Por ejemplo, la polución ambiental o la difusión de noticias.*
- *La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.*
- *Es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido.*
- *También es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.”*

CAPÍTULO VIII – ESPÉCIES

Como estamos sustentando ao longo deste estudo, deve-se dar a maior elasticidade possível de aplicação da tutela inibitória, sem, é claro, invasão das finalidades das outras tutelas jurídicas. Cada remédio processual deve ser ministrado de acordo com as necessidades jurídicas das pessoas. Neste capítulo, trataremos das diversas espécies de que a tutela inibitória pode revestir-se, dividindo-as em: I) positiva (obrigações de fazer) e negativa (obrigações de não fazer); II) para obrigações contratuais e extracontratuais; III) executiva *lato sensu* e mandamental e IV) provisória e final. Na última seção deste capítulo analisaremos a fungibilidade da tutela inibitória e a cláusula *rebus sic stantibus*.

Não se pode descurar, na análise, da comparação com o direito italiano e anglo-americano. Em relação a este, o instituto da *injunction* exerce função semelhante à nossa tutela inibitória. Como afirma FRIGNANI, “*no direito anglo-americano observa-se a existência daquilo que poderíamos chamar de um denominador comum aos fatos jurídicos típicos mencionados acima, constituído pela injunction, a qual representa um instrumento de aplicação geral ratione materiae, para uma eficaz tutela preventiva em relação aos mais variados tipos de ilícitos.*”¹⁸⁴

¹⁸⁴ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 4. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

Seção I – Positiva (obrigações de fazer) e negativa (obrigações de não fazer)

A tutela inibitória pode ser positiva quando determina um fazer ou negativa quando determina um não-fazer. Deve-se, então, inicialmente, distinguir as obrigações de fazer e não fazer.

A obrigação de fazer – *obligatio faciendi* – consiste num ato, numa atividade do devedor. É adimplida com uma prestação ou atitude positiva do devedor, sendo, por excelência, a obrigação do empregado - de prestar serviços¹⁸⁵ - mas também do empregador, a exemplo das anotações em CTPS.

A obrigação de não fazer, opostamente à de fazer, consubstancia-se numa abstenção, ao *non facere*. É adimplida pelo devedor pela não-realização daquilo que se comprometeu não executar. Exemplos no Direito do Trabalho não faltam. O empregado durante as férias não pode ser admitido para trabalhar para outro empregador, ou seja, deve descansar, salvo a hipótese de já possuir dois empregos (CLT, art. 138). É claro que o legislador objetiva que o empregado descanse física e mentalmente durante o período de férias, daí a existência desta peculiar obrigação de não fazer. Um dos exemplos de obrigação de não fazer do empregador diz respeito a não exigir da mulher serviço que demande força muscular superior a 20 (vinte) quilos, para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional (CLT, art. 390).

¹⁸⁵ - Art. 3º, da CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que **prestar serviços** de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." Grifou-se.

Para perfeita compreensão do conteúdo das obrigações de não fazer, é oportuna e esclarecedora a lição de CASTELO, segundo a qual: “Denominam-se obrigações negativas as obrigações cuja prestação consiste num comportamento omissivo do devedor. Nessa classe incluem-se os casos em que o sujeito está obrigado: a) a não fazer alguma coisa; b) a tolerar, não oferecendo resistência a fato natural, à atividade de outrem ou ao resultado desta ou daquele; c) a permitir que outrem pratique determinado ato. Ao lado das obrigações negativas existem os deveres de abstenção: a) correspondente aos direitos absolutos, quer reais, quer da personalidade; b) direitos subjetivos públicos; c) direitos coletivos e direitos difusos.”¹⁸⁶

Por conteúdo, FRIGNANI, menciona as espécies positiva e negativa: “No nosso caso a ordem pode se identificar tanto com um não-fazer quanto com um fazer. Em outras palavras, apresenta-se também no direito italiano o dualismo, existente de modo claro no âmbito de outros ordenamentos jurídicos, entre inibitória negativa e inibitória positiva.”¹⁸⁷ FRIGNANI diz que é pacífica a admissão da tutela inibitória negativa, pois há expressa previsão legal.¹⁸⁸ Admite, igualmente, a inibitória positiva quando houver violação a uma obrigação de fazer.¹⁸⁹

“Para o caso das obrigações de não fazer (ou deveres de não fazer), o provimento será necessariamente mandamental, pois se trata de

¹⁸⁶ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – A difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1024.

¹⁸⁷ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 572. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

¹⁸⁸ - FRIGNANI, Aldo. Idem, ibidem.

¹⁸⁹ - FRIGNANI, Aldo. Idem, ibidem.

nítida situação infungível, onde somente o demandado é que pode cumprir a ordem judicial.”¹⁹⁰

É preciso permitir a tutela inibitória positiva para constranger o devedor a cumprir a sua obrigação, como diz MARINONI, “deve-se admitir, em nome da efetividade da tutela dos direitos, a inibitória negativa e a inibitória positiva. Não há qualquer razão para se restringir a inibitória ao não-fazer.”¹⁹¹ Diz o renomado mestre que “a partir do momento em que se compreende que a tutela visa a inibir o ilícito (ainda que sempre mediante a imposição de um comportamento), e não apenas o fazer, não há razão para não se admitir uma tutela inibitória com conteúdo positivo. O ilícito, conforme o tipo de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, isto significa, em princípio, que na hipótese de ilícito omissivo exige-se uma inibitória positiva, e que no caso de ilícito comissivo é necessária uma inibitória negativa.”¹⁹² Nesse sentido posiciona-se FERRI: “a inibitória, no ordenamento vigente, é dirigida a tutelar no futuro situações substanciais determinadas, com um provimento que impõe a interrupção de uma conduta ilícita de caráter omissivo ou comissivo.”¹⁹³ e FRIGNANI: “Quanto ao conteúdo, a inibitória pode ser negativa, resolvendo-se então numa ordem de interrupção do comportamento ilícito, ou então positiva, quando contém uma ordem de fazer, cuja extensão é inversamente proporcional à extensão da execução forçada de forma específica.”¹⁹⁴

¹⁹⁰ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 177.

¹⁹¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 104.

¹⁹² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, 1998, p. 101.

¹⁹³ - FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'Art. 1469 – sexies c.c. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre-dicembre 1996, p. 938. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

¹⁹⁴ - FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori dal coro” di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LII (seconda serie), nº. 04, ottobre-dicembre 1997, p. 1001. Texto original no final deste capítulo, sob nº 4.

Atualmente não mais se admite a mera e cômoda conversão de toda e qualquer obrigação de fazer e não fazer em perdas e danos. Como disse RODRIGUES PINTO a respeito das alterações do CPC feitas na última década do século XX, “o que se procurou fazer, mediante a adoção da tutela específica a ser dispensada pela sentença, foi evitar que, para a comodidade do devedor e em nome da preservação de sua vontade individual, se constrangesse o credor de obrigação de fazer ou não fazer a aceitar-lhe a conversão em obrigação de dar, pela via da fungibilidade, resolvendo-se o pedido na composição de perdas e danos, que não tinha sido, efetivamente, o alvo da pretensão do autor da ação”.¹⁹⁵

No direito anglo-americano também encontramos as espécies positiva e negativa de tutela inibitória, através da *mandatory injunction* e *prohibitive injunction*. A respeito ensina FRIGNANI que:

“O conteúdo da ordem do juiz pode ser *dúplice*: negativo, quando manda não praticar um determinado ato (*prohibitive injunction*); positivo, quando manda praticar um determinado ato (*mandatory injunction*). (...) Assim, levando em consideração, como critério distintivo, o conteúdo da ordem do juiz, fala-se de *prohibitory injunction* quando ela tem por conteúdo a proibição de cometer ou de continuar a cometer um ato, ou manter um determinado comportamento. Fala-se de *mandatory injunction* quando a ordem do juiz tem por conteúdo um fazer específico. (...) Em relação ao conteúdo na ordem do juiz, a *injunction*

¹⁹⁵ - PINTO, José Augusto Rodrigues. *A modernização do CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 134.

pode ser prohibitory e mandatory. A primeira, que representa a forma mais antiga e mais corrente, consiste em uma ordem de não realizar um ato ou uma pluralidade de atos, determinados (como, por exemplo, a ordem de não passar se não existe uma limitação de passagem), ou indeterminados (como, por exemplo, a ordem de não realizar atos de unfair competition contra um concorrente). A mandatory injunction, por sua vez, é uma ordem de realizar um ato positivo e concreto.”¹⁹⁶

Seção II – Obrigações contratuais e extracontratuais

As obrigações contratuais e extracontratuais são as de mais fácil percepção, distinguindo-se conforme tenham ou não a origem num contrato celebrado. As obrigações extracontratuais não se originam de pacto, mas decorrem da lei ou da existência de ato ilícito. A tutela inibitória, como tutela do ordenamento e dos princípios jurídicos, pode atuar tanto em relação a obrigações derivadas de um contrato como de outra natureza.

Normalmente as obrigações trabalhistas são ditadas pela Lei, Constituição Federal, CLT e legislação complementar. O Direito do Trabalho, no entanto, possui outras fontes, como, por exemplo, o contrato de trabalho celebrado entre as partes, o regulamento empresarial, as convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil, as disposições contidas em acordos e convenções coletivas e as normas ditadas pelo poder normativo dos Tribunais do Trabalho (sentenças normativas). Para o

¹⁹⁶ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 59, 62 e 180. Texto original no final deste capítulo, sob nº 5.

cumprimento de qualquer obrigação contida em tais diplomas normativos é possível o aviamento da tutela inibitória.

Qualquer das partes, seja empregado, seja empregador, pode utilizar a tutela inibitória para o cumprimento de obrigações contratuais e extracontratuais.

Para o adimplemento de obrigações contratuais, o direito anglo-americano utiliza-se da *specific performance*, que “é uma ordem judicial dirigida ao réu, para que cumpra com suas obrigações contratuais. Também originária da *equity*, mostra-se como forma de tutela superior àquela promovida pelo *common law*, uma vez que obriga o adimplemento contratual, e não somente garante a compensação em perdas e danos.”¹⁹⁷ Em igual sentido, ensina FRIGNANI: “Do ponto de vista funcional, além disso, a *injunction* aparece como o clássico remédio contra o ilícito extracontratual (*torts*), assim como o instituto da *specific performance* é o remédio típico contra a violação de obrigações assumidas contratualmente (*breach of contract*).”¹⁹⁸

Seção III – Executiva *lato sensu* e mandamental

O provimento dado pela tutela inibitória normalmente é mandamental, mas pode assumir a feição de provimento *lato sensu*

¹⁹⁷ - BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O direito constitucional de ação e o contempt of Court*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995, p. 39.

¹⁹⁸ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 69. Texto original no final deste capítulo, sob nº 6.

executivo. Como afirma ARENHART, “o provimento necessário para a atuação da tutela inibitória deve ser o executivo ou mandamental”.¹⁹⁹

É necessário distinguir, inicialmente, os diferentes escopos dos provimentos condenatório, de execução *stricto sensu*, executivo *lato sensu* e mandamental. Estes dois últimos (executivo *lato sensu* e mandamental) têm em comum a satisfatividade e concretização na mesma relação processual, sem necessidade de novo processo executivo. Realizam, assim, transformação no mundo dos fatos após a sentença, não se limitando a ela. São, portanto, auto-suficientes. Cognição e ordem mandamental ou executiva *lato sensu* são realizadas em uma única relação processual de conhecimento, vale dizer, há uma cumulação de funções no mesmo processo. A entrega da prestação jurisdicional se dá com a efetiva satisfação do credor da obrigação.

A tutela condenatória, ao contrário, limita-se a exortar o devedor ao cumprimento da prestação, necessitando de outra relação processual - processo de execução - para a satisfação do credor. “Também ao condenar, o órgão judicial, além de declarar, põe-se exclusivamente no plano do verbo, do dizer, pois condenar implica juízo de reprovação, com eficácia destinada a se esgotar internamente no processo onde a sentença é proferida, nada significando em si mesmo em termos de realização prática. Esta terá lugar adiante em outro processo, dito de execução, com base em título executivo judicial dessa maneira constituído.”²⁰⁰

¹⁹⁹ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 183.

²⁰⁰ - OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. In: *Atualidades Forense*, Editora Forense, extraído da Internet em 31/08/00, no endereço eletrônico <https://secure.extendnet.com.br/forense/atualida/at342dou02.htm>, p. 7.

Na tutela condenatória, portanto, não há, nas palavras de Pontes de Miranda, modificação na “linha discriminativa entre os patrimônios” do autor e do réu. Tal modificação somente irá ocorrer posteriormente, através de outra relação processual, de execução de sentença (execução *stricto sensu*). A realização prática da sentença condenatória é realizada, portanto, *ex intervallo*, em outra relação processual de execução. Nesta é que são praticados os atos materiais de modificação no mundo fático.

Na tutela de execução em sentido estrito (processo de execução) busca-se algo que está dentro do patrimônio do devedor legitimamente para a satisfação de um direito de crédito (já reconhecido pela tutela condenatória), ou seja, penhoram-se bens de propriedade do devedor que são levados à hasta pública para o pagamento posterior ao credor. Nessa hipótese há modificação na “linha discriminativa entre os dois patrimônios”.

Como ensina TEIXEIRA FILHO, a sentença executiva (proferida no bojo de uma ação executiva *lato sensu*) “não se confunde com a execução forçada (*actio iudicati*), pois esta decorre de uma sentença condenatória, ou seja, de uma demanda anterior; já a ação executiva não se prende a nenhuma outra, sendo, portanto, originária e auto-suficiente.”²⁰¹

Na tutela executiva *lato sensu* busca-se algo que está indevidamente no patrimônio do devedor e que pertence ao credor, não havendo modificação na “linha discriminativa entre os dois patrimônios” após a sentença, pois ela – a própria sentença - já reconheceu que o possuidor detém a coisa ilegítimamente. Não há, na tutela executiva *lato sensu*,

²⁰¹ -TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A sentença no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 236.

penhora de bens seguida de hasta pública, pois os bens perseguidos são, na realidade, do credor e estão indevidamente nas mãos do devedor. A sentença executiva *lato sensu* já opera, por si só, a “modificação na linha discriminativa entre os dois patrimônios”, realizando-se a atividade executiva posterior por determinação do juiz em substituição à parte. Na lição precisa de PONTES DE MIRANDA: “A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*)”.²⁰²

Para ilustrar, no âmbito do processo do trabalho, imaginemos a hipótese do empregado que retém indevidamente as ferramentas fornecidas pelo empregador no curso do contrato de trabalho e se recusa a devolvê-las. Nessas condições o empregador poderá utilizar-se da ação inibitória executiva *lato sensu* para reaver as ferramentas que lhe pertencem. Aqui não há atividade do injusto possuidor, nem ordem para que devolva os bens mencionados (tutela mandamental), pois a tutela será dada através do emprego dos meios executivos estatais disciplinados pelo juiz. Através de mandado do juiz, o oficial de justiça cumprirá a diligência determinada, se necessário com o auxílio de força policial, apreendendo as ferramentas onde estiverem e devolvendo-as ao empregador.

MARINONI cita exemplo no processo civil que ilustra a possibilidade do emprego de tutela inibitória *lato sensu* executiva:

“Em casos excepcionais, principalmente nas hipóteses em que se teme a repetição de ato contrário ao direito ou de violação de obrigação contratual, é possível se pensar

²⁰² - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, São Paulo: RT, 1970, p. 122.

em evitar a repetição do ato mediante o emprego de uma medida executiva, isto é, de uma medida que possa evitar a reiteração do ato independentemente da vontade do demandado. Assim, por exemplo, se há temor de que uma determinada rede de televisão volte a transmitir um jogo de futebol que não pode por ela ser levado ao ar, é possível se requerer que o juiz determine a proibição da entrada dos funcionários e dos equipamentos de televisão da rede no estádio, requisitando, para evitar a entrada indevida dos funcionários, o auxílio de força policial. Desta forma, interdita-se a entrada do estádio para os funcionários da empresa, evitando-se a repetição da violação, independentemente da vontade do obrigado. A técnica utilizada, nesta hipótese, é a executiva, já que a violação é evitada mediante o emprego de uma medida que não atua sobre a vontade da parte, e que, portanto, não a conduz a, voluntariamente, não violar a norma ou a obrigação.”²⁰³

Na tutela executiva *lato sensu* a medida não atua sobre a vontade da parte, nem por esta é efetivada, pois os atos necessários para satisfação do credor são realizados por agentes do Poder Judiciário ou por terceiros, por determinação do juiz. Como leciona MARINONI, “designamos a tutela destinada a evitar o ilícito ou a sua repetição, mas que prescinde da vontade do demandado, de preventiva executiva (...)”.²⁰⁴ Distingue-se, portanto, da tutela mandamental que ordena que o devedor pratique

²⁰³ - MARINONI, Luiz Guilherme. As tutelas dos artigos 461, CPC e 84, CDC. In: *Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 158.

²⁰⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 123.

determinado ato ou se abstenha de alguma atividade, atuando, portanto, sobre a sua vontade. Desse modo, na tutela mandamental o juiz não atua em substituição a parte e sim em decorrência da soberania estatal.

Normalmente a tutela inibitória é mandamental, ordenando o juiz a que o devedor pratique ato ou se abstenha de atividade, conforme a natureza da obrigação. MARINONI tece importantes escólios sobre o assunto, valendo transcrever: “Na sentença mandamental há ordem, ou seja, *imperium*, e existe também coerção da vontade do réu; tais elementos, como foi amplamente demonstrado, não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como uma sentença correlacionada com a execução forçada. (...) Na sentença mandamental o juiz tutela integralmente o direito do autor, enquanto a tutela condenatória constitui uma ‘tutela pela metade’, já que correlacionada com a ação de execução.”²⁰⁵

Concluimos o assunto com a opinião de ARENHART, o qual disse: “Define-se, portanto, como mandamental ou executiva *lato sensu* a sentença designada pelo art. 461 do Código de Processo Civil, já que tais são os únicos meios de se obter, de forma específica, as proteções afirmadas por aquele dispositivo legal. Evidente, de outro lado, a natureza mandamental (ou executiva *lato sensu*) deste provimento, porque inerente e essencial à figura em exame a *ordem* do juiz – no pleno exercício do poder de *imperium*. Por ser a ordem (no caso, a ordem de abstenção) a própria ação de direito material pretendida pela parte, evidente que o provimento não pode ser qualificado nem como declaratório, nem como condenatório. Mais importante: agregada a esta ordem vem a coerção imposta ao seu descumprimento. Com a conjugação destes elementos, tem-se caracterizada

²⁰⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 351.

a estrutura da tutela mandamental. No mais das vezes, a sentença veiculada na ação inibitória tenderá a ter eficácia preponderantemente mandamental.”²⁰⁶

Seção IV – Provisória e final

Pode-se, até por questões didáticas, dividir a tutela inibitória em provisória e final. A diferença é que a tutela inibitória provisória corresponde a uma liminar ou provimento veiculado através de decisão interlocutória, proferida no curso de um processo, como definido no § 2º, do art. 162, do CPC; e a tutela inibitória final equivale a uma sentença, definida pelo § 1º, do art. 162, do CPC.

A doutrina italiana diz que a tutela inibitória provisória equivale a uma decisão cautelar, pois não existe, por ora, na Itália, a tutela antecipatória genérica que temos no Brasil. É preciso dizer, no entanto, que a tutela inibitória provisória não tem natureza cautelar, nem na Itália, nem no Brasil, possuindo natureza de antecipação da tutela, de caráter satisfativo. “A inibitória provisória concedida não tem natureza cautelar, mas sim antecipatória.”²⁰⁷

Desse modo, a tutela inibitória provisória ou definitiva pertence ao processo satisfativo de cognição exauriente, não tendo natureza cautelar.

²⁰⁶ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 184.

²⁰⁷ - ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 122.

A distinção entre as tutelas provisória e final é de natureza processual e não dos efeitos que opera no mundo dos fatos. Nesse sentido, ensina FRIGNANI, com a clareza que lhe é peculiar, que:

“A distinção é baseada principalmente em um critério de natureza processual. Sob este aspecto, a inibitória final se configura como uma ordem de fazer ou de não fazer que o juiz endereça à parte depois que interveio uma decisão sobre o mérito da controvérsia, ou seja, depois de ter sido acertada a ilicitude do comportamento do demandado, enquanto a inibitória provisória sobre o mérito, decisão que terá normalmente a natureza de uma sentença de averiguação. A inibitória provisória é subsidiária da inibitória final, no sentido de que procura antecipar-lhe os efeitos e de qualquer modo tende a congelar uma situação a fim de evitar que as conseqüências do ilícito continuado ou repetido se agravem até tornar-se irreparável. Por esta relação de subsidiariedade e de subordinação, a decisão sobre o mérito marca também o momento terminal da eficácia da inibitória provisória ou cautelar, de modo que se apresentam duas possibilidades: a) a inibitória provisória é transformada ou absorvida na inibitória final, enquanto o juízo de mérito verifica o ilícito e portanto aprova sua inibição desde o momento do provimento cautelar; b) na sentença de averiguação não se verificam os extremos de ilicitude (e por isso vem a faltar um dos pressupostos essenciais para a concessão da inibitória

final) e em consequência também a inibitória provisória é revogada, cessando assim de ter eficácia."²⁰⁸

Com a necessária correção de cautelar para antecipatória, como aludimos no início, ensina DANOVI que *"a tutela inibitória pode garantir dois diferentes tipos de exigência, segundo a proteção requisitada deva apresentar caráter definitivo ou então responder a imediatas necessidades de salvaguarda temporária da situação substancial violada. Com base nesta repartição os fatos jurídicos típicos de inibitória podem ser relacionados a categorias de provimentos diferentes, para os quais se utilizam os termos de inibitória 'final' e de inibitória 'provisória' ou 'cautelar'.*"²⁰⁹

A tutela inibitória provisória deverá ser concedida pelo juiz, através de decisão interlocutória, sempre que houver, no mínimo, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, na forma prevista no art. 273, do CPC, aplicável subsidiariamente, como autoriza o art. 769, da CLT.

No mesmo sentido, ensina FRIGNANI: *"Em resumo, a concessão da inibitória provisória será justificada quando o juiz verificar a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora."*²¹⁰ Em outro estudo prossegue Frignani dizendo que *"todos os ordenamentos conhecem a inibitória final ou definitiva (final) e a provisória (interlocutory): a primeira intervém depois de uma decisão sobre o mérito; a segunda intervém antes*

²⁰⁸ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXI, 1971, p. 562-563. Texto original no final deste capítulo, sob nº 7.

²⁰⁹ - DANOVI, Filippo. L'azione Inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre–dicembre, 1996, p. 1050. Texto original no final deste capítulo, sob nº 8.

²¹⁰ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXI, Varese: Giuffrè, 1971, p. 562. Texto original no final deste capítulo, sob nº 9.

*de tal momento, desde que seja provada a subsistência do fumus boni iuris e do periculum in mora. A eficácia da inibitória provisória, naturalmente, é de duração limitada, pois o provimento que a concede no máximo produzirá seus efeitos até a sentença sobre o mérito, mas poderá ser eventualmente revogada até mesmo antes desse provimento”.*²¹¹

Da lição de DANOVI se pode perceber que, ao contrário de cautelar como ele próprio assevera, tem a tutela inibitória provisória natureza antecipatória e satisfativa, se não vejamos: *“Diferentemente da inibitória final, a inibitória provisória se apresenta como provimento interino provisório, dotado de uma função de tipo cautelar e destinado portanto a remediar o perigo de não-satisfação do direito no tempo necessário ao desenvolvimento da tutela jurisdicional ordinária. Por tais razões a inibitória provisória deveria normalmente pôr-se em relação de subsidiariedade e instrumentalidade em relação à final, antecipando seus efeitos e mantendo inalterado o status quo, para evitar que se verifiquem efeitos graves ou irreparáveis, até a decisão sobre o mérito.”*²¹²

A tutela inibitória final, ao contrário, põe fim ao processo, através de sentença apta a gerar o trânsito em julgado, cumprindo os seus efeitos, mesmo após a sentença, seja o seu conteúdo processual mandamental ou executivo *lato sensu*. *“A inibitória final consiste na verdade em um sentença de mérito, que se baseia em um juízo ordinário de cognição; define, portanto, a controvérsia surgida, e é idônea a adquirir*

²¹¹ - FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori dal coro” di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LII (seconda serie), nº. 04, ottobre-dicembre 1997, p. 1001. Texto original no final deste capítulo, sob nº 10.

²¹² - DANOVI, Filippo. L'azione Inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, ottobre–dicembre, 1996, p. 1050-1051. Grifou-se. Texto original no final deste capítulo, sob nº 11.

*autoridade de coisa julgada sobre as respectivas razões das partes.”*²¹³ “A inibitória final pode ser definida como a ordem do juiz que, intervindo processualmente depois de verificados os direitos e deveres das partes, tem como conteúdo a obrigação de pôr fim imediatamente a uma atividade ilícita ou de fazer com que esta nunca aconteça.”²¹⁴

No tocante à possibilidade de a tutela inibitória final produzir a coisa julgada material, oportuna é a lição de ARENHART: “Assim, sendo viável que nela o juiz profira julgamento com base em certeza, não há como fugir da conclusão de que também estas ações são hábeis a operar coisa julgada material.”²¹⁵ e de VICENTINI: “A inibitória final consiste, na verdade, em uma sentença de mérito que encerra um processo ordinário de cognição, sendo esta a decisão que realmente avalia a controvérsia levada ao Poder Judiciário e que é capaz de adquirir autoridade de coisa julgada.”²¹⁶

No direito anglo-americano também encontramos as espécies provisória e final, como explica FRIGNANI:

“Em relação ao momento processual no qual é concedida costuma-se distinguir entre final e preliminary injunction.

A final é concedida depois da intervenção de uma decisão judicial sobre o mérito (after a full trial on the merits), e torna-se, aliás, parte integrante desta, a menos que se

²¹³ - DANOVI, Filippo. Idem, p. 1050. Texto original no final deste capítulo, sob nº 12.

²¹⁴ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXI, 1971, p. 560. Texto original no final deste capítulo, sob nº 13.

²¹⁵ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 220.

²¹⁶ - VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-sexies do código civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº 10, out./dez. 1998, p. 763.

trate de um declamatory judgement. Em outros termos, ela tem por pressuposto a averiguação por parte do juiz da violação do, ou da ameaça ao direito do autor.

A preliminary injunction, por sua vez, tem todas as características próprias de um provimento de urgência ou cautelar. (...) O seu escopo é o de manter o status quo e de prevenir ulteriores violações cujos efeitos poderiam vir a ser irreparáveis, na mora do processo.

Se, ao contrário, toma-se como critério discreitivo a duração da eficácia do provimento, as preliminary injunctions são também chamadas interlocutory ou temporary ou ad interim, para indicar que produzem seus efeitos desde o momento em que são concedidas até a definição da controvérsia do mérito. As final injunctions, por sua vez, tomam o nome de perpetual ou permanent, enquanto em teoria deveriam ter eficácia ilimitada no tempo.”²¹⁷

Afirma, ainda, FRIGNANI que “o pressuposto mais importante para que se possa obter uma final injunction é constituído pela inadequação dos damages”.²¹⁸

²¹⁷ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 62-63. Texto original no final deste capítulo, sob nº 14.

²¹⁸ - FRIGNANI, Aldo. *Idem*, p. 145. Texto original no final deste capítulo, sob nº 15.

Seção V – Fungibilidade da tutela inibitória e cláusula *rebus sic stantibus*

Um dos aspectos mais importantes no estudo da tutela inibitória é a sua fungibilidade e, portanto, adequação às necessidades do Direito material para a efetividade dos direitos.

O artigo 50, do Código Civil pátrio, dá a noção de direito material para a fungibilidade. São fungíveis, diz o Código, os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Fungibilidade no campo processual significa a possibilidade de substituição de uma medida por outra. Tratando especificamente das medidas cautelares, diz OVÍDIO BAPTISTA que “o juiz poderá igualmente, segundo o princípio conhecido como o de fungibilidade das medidas cautelares, conceder alguma medida liminar (ou mesmo em sentença final) diversa daquela expressamente postulada pelo autor, na petição inicial”.²¹⁹ Em matéria recursal, ensina BEBBER que “o princípio da fungibilidade dos recursos autoriza, diante de certos requisitos, o recebimento do recurso erroneamente interposto como se fosse o correto.”²²⁰

Tal característica é encontrada também nas *injunctions* anglo-americanas, como esclarece FRIGNANI, “a *injunction* se apresenta em uma

²¹⁹ - SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. Vol. 3, 2ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1998, p. 128.

²²⁰ - BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho: teoria geral dos recursos*. São Paulo: LTr, 1999.

variedade de formas e uma elasticidade de aplicações, que lhe permitem adaptar-se agilmente às circunstâncias e situações mais variadas”.²²¹

Deve-se reconhecer à tutela inibitória o princípio da fungibilidade para adequação da medida às várias situações de direito material. Trata-se da possibilidade de o juiz adequá-la às necessidades da causa, tanto em relação ao direito material quanto ao direito processual, neste último aspecto aplicando-se o princípio da “adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa ou princípio da elasticidade”. “Trata-se de 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.”²²² Nada impede, por exemplo, que o juiz substitua um pedido de cessação de utilização de máquina produtora de excessivos níveis de ruídos para o trabalhador pelo fornecimento de adequados protetores auriculares.

Como ensina ARENHART, “a tutela inibitória é, por essência, permeável à situação jurídica material, devendo, portanto, amoldar-se a ela da melhor forma possível. Assim ocorre com o provimento final e, com maior razão, em face da tutela provisória.”²²³ *“Do que dissemos e do exame da jurisprudência deriva uma ulterior característica da inibitória, isto é, a sua flexibilidade e adaptabilidade às exigências do caso concreto. Tal*

²²¹ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 210. Texto original no final deste capítulo, sob nº 16.

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 51-52.

²²³ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 128.

característica se relaciona pois diretamente à ampla discricionarietà do juiz ao emitir os provimentos inibitórios.”²²⁴

A tutela inibitória não deve, portanto, subordinar-se estritamente ao princípio da congruência, em que o juiz não pode, ao decidir, afastar-se do pedido (arts. 128 e 460, do CPC). Os arts. 461, do CPC, e 84, do CDC, autorizam a fungibilidade da tutela inibitória individual e coletiva. “A doutrina brasileira tem admitido que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC constituem exceções à regra geral de que a sentença não pode fugir do pedido. (...) se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC admitem que o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, convertendo uma obrigação em outra, o juiz está autorizado, desde que respeitados os limites da obrigação originária, a impor o fazer ou não-fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada para julgamento.”²²⁵

Em outra obra de grande valor ensina MARINONI que o “juiz está autorizado a proferir sentença mandamental no lugar de sentença executiva e vice-versa, detém ele o poder de deixar de conceder a tutela inibitória para conceder a tutela preventiva executiva ou o contrário”.²²⁶

É evidente que a fungibilidade da tutela inibitória não é ilimitada. Como ensina MARINONI, “os limites da atuação do juiz, na conversão de uma obrigação em outra, são ditados pela própria obrigação originária; ou

²²⁴ - FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXI, 1971, p. 573. Texto original no final deste capítulo, sob nº 17.

²²⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 102-121.

²²⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 130-131.

seja, não cabe ao juiz conceder uma tutela que implique um resultado que não esteja na própria obrigação originária.”²²⁷

A tutela inibitória, em razão de sua plasticidade, deve subordinar-se também à cláusula *rebus sic stantibus*. Referida cláusula representa uma atenuação de equidade ao princípio da força obrigatória dos contratos ou da *pacta sunt servanda*.

A propósito do assunto, ensina DINIZ que “a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula rebus sic stantibus, que corresponde à formula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação. A parte lesada no contrato por esses acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que alteram profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá desligar-se de sua obrigação, pedindo a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever, ingressando em juízo no curso da produção dos efeitos do contrato, pois se este foi executado não haverá intervenção judicial.”²²⁸

No Direito do Trabalho as obrigações para ambas as partes são continuativas – de trato sucessivo – contendo implícitas a cláusula *rebus sic stantibus*, embora vigente o princípio que veda alterações *in pejus* do

²²⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 124.

²²⁸ - DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 128. Grifou-se.

contrato de trabalho para o empregado (art. 468, da CLT), atenuado mediante negociação coletiva (art. 7º, inc. VI, da CF/88) e decorrente de força maior (art. 503, da CLT).

O fundamento normativo para que a tutela inibitória admita a cláusula *rebus sic stantibus* é, além da sua própria natureza, o art. 471, inc. I, do CPC, que dispõe: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

LIBERTINI defende que a tutela inibitória seja subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, dizendo: “*Como todos os provimentos que regulam um conflito de interesses de caráter permanente, também a sentença inibitória deve ser considerada subordinada à cláusula rebus sic stantibus. Tanto o autor quanto o demandado poderão, portanto, solicitar a modificação das condições, diante de fatos sobrevindos que modifiquem em medida considerável o equilíbrio dos interesses em jogo*”.²²⁹

ARENHART, citando Pontes de Miranda, diz que a “sentença reflete um certo estado de fato e de direito (Comentários ao Código de Processo Civil, cit., vol. V, p. 64), e é sobre esta realidade que incidirá a imutabilidade da coisa julgada”.²³⁰ Logo, havendo modificação sobre o estado de fato existente quando da prolação da sentença inibitória, poderá o juiz adequá-la à nova situação de fato existente, desde, é claro, que não seja para salvaguarda de situação diferente, não examinada pela sentença.

²²⁹ - LIBERTINI, Mario. La tutela civile inibitoria. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989, p. 352. Texto original no final deste capítulo, sob nº 18.

²³⁰ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 229.

Pode haver, igualmente, modificação nas condições estabelecidas na sentença inibitória, ainda que não ocorram os pressupostos da cláusula *rebus sic stantibus*, como expressamente autoriza o parágrafo único, do art. 644, do CPC, em relação à multa. É claro que não poderá haver modificação do mérito do julgado, mas apenas em relação ao cumprimento do já decidido, das medidas necessárias para obtenção do determinado em sentença em relação à obrigação originária.

“Conclui-se, portanto, que a sentença gera efeitos futuros imodificáveis – e, em princípio, eternos – seja em termos de ação reparatória, seja em termos de ação inibitória. A ordem emanada de uma ação como esta vigorará *ad eternum*, ao menos enquanto perdurarem existentes os motivos que ensejaram tal decisão judicial, da mesma forma que vigerá a imutabilidade da declaração da ocorrência do ilícito (art. 471, I, do Código de Processo Civil).”²³¹

²³¹ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 229.

ANEXO DO CAPÍTULO VIII

1) *“nel diritto anglo-americano si rinviene l’esistenza di quello che potremmo chiamare un comun denominatore alle fattispecie di cui sopra, costituito dall’injunction, la quale rappresenta uno strumento di applicazione generale ratione materiae, per una efficace tutela preventiva in relazione ai più svariati tipi di illecito.”*

2) *“Nel nostro caso l’ordine può identificarsi sia con un non fare che con un fare. In altre parole, si prospetta anche in diritto italiano il dualismo, esistente in modo chiaro nell’ambito di altri ordinamenti giuridici, tra inibitoria negativa e inibitoria positiva.”*

3) *“(…) la inibitoria, nel vigente ordinamento, è diretta a tutelare nel futuro situazioni sostanziali determinate, con un provvedimento che impone la cessazione di una condotta illecita di carattere omissivo o commissivo.”*

4) *“Quanto al contenuto, l’inibitoria può essere negativa, risolvendosi allora in un ordine di cessazione del comportamento illecito, oppure positiva, quando contiene un ordine di facere, la cui estensione è inversamente proporzionale all’estensione dell’esecuzione forzata in forma specifica.”*

5) *“(…) il contenuto dell’ordine del giudice può essere duplice: negativo, quando si comanda di non fare un determinato atto (prohibitive injunction), positivo, quando si comanda di fare un determinato atto (mandatory injunction). (...) Così, prendendo in considerazione, come criterio distintivo, il contenuto dell’ordine del giudice, si parla di prohibitory injunction quando esso ha per contenuto la proibizione di commettere o di continuare a*

commettere un atto, o tenere un determinato comportamento. Si parla di mandatory injunction quando l'ordine del giudice ha per contenuto un fare specifico. (...) "In rapporto al contenuto dal comando del giudice, l'injunction può essere prohibitory e mandatory. La prima, che rappresenta la forma più antica e più corrente, consiste in un ordine di non compiere un atto o una pluralità di atti, determinati (come, ad esempio, l'ordine di non passare se non esiste una servitù di passaggio, o indeterminati (come, ad esempio, l'ordine di non compiere atti di unfair competition contro un concorrente). La mandatory injunction, invece, è un ordine di compiere un atto positivo e concreto."

6) *"Dal punto di vista funzionale poi, l'injunction appare come il classico rimedio contro l'illecito extracontrattuale (torts), così come l'istituto della specific performance è il rimedio tipico contro la violazione di obbligazioni assunte contrattualmente (breach of contract)."*

7) *"La distinzione è principalmente basata su di un criterio di natura processuale. Sotto questo aspetto, l'inibitoria finale si configura come un ordine di fare o di non fare che il giudice indirizza alla parte dopo che è intervenuta una decisione sul merito della controversia, e cioè dopo che sia accertata l'illiceità del comportamento del convenuto, mentre l'inibitoria provvisoria sul merito, decisione che avrà normalmente la natura di una sentenza di accertamento. L'inibitoria provvisoria è sussidiaria della inibitoria finale, nel senso che essa cerca di anticiparne gli effetti e comunque tende a congelare una situazione al fine di evitare che le conseguenze dell'illecito continuato o ripetuto si aggravino fino a diventare irreparabile. Per questo rapporto di sussidiarietà e di subordinazione, la decisione sul merito segna anche il momento terminale dell'efficacia dell'inibitoria provvisoria o cautelare, sicché si presentano due possibilità: a) l'inibitoria provvisoria viene trasformata o assorbita nell'inibitoria finale, in quanto il giudice di merito*

accerta l'illecito e quindi ne approva l'inibizione fin dal momento del provvedimento cautelare; b) nella sentenza di accertamento non si riscontrano gli estremi di illiceità (e perciò viene a mancare uno dei presupposti essenziali per la concessione dell'inibitoria finale) e di conseguenza anche l'inibitoria provvisoria viene revocata, cessando così di avere efficacia."

8) "la tutela inibitoria può garantire due differenti tipi di esigenze, a seconda che la protezione richiesta debba presentare carattere di definitività, ovvero rispondere a immediate necessità di temporanea salvaguardia della situazione sostanziale violata. In base a questa ripartizione le fattispecie di inibitoria possono essere ricondotte a categorie di provvedimenti diversi, per le quali si utilizzano i termini di inibitoria 'finale' e di inibitoria 'provvisoria' o 'cautelare'."

9) "in sostanza, la concessione dell'inibitoria provvisoria sarà giustificata quando il giudice accerti la presenza del fumus boni iuris e del periculum in mora."

10) "tutti gli ordinamenti conoscono l'inibitoria finale o definitiva (final) e quella provvisoria (interlocutory): la prima interviene dopo una decisione sul merito, la seconda interviene prima di tale momento, purché sia provata la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora. L'efficacia dell'inibitoria provvisoria, naturalmente, è di durata limitata, in quanto il provvedimento che la concede al massimo produrrà i suoi effetti sino alla sentenza sul merito, ma potrà essere eventualmente revocato anche prima della stessa."

11) "Diversamente dall'inibitoria finale l'inibitoria provvisoria si presenta invece come provvedimento interinale provvisorio, dotato di una funzione di

tipo cautelare e destinato pertanto ad ovviare al pericolo di insoddisfazione del diritto nel tempo occorrente allo svolgimento della tutela giurisdizionale ordinaria. Per tali ragioni l'inibitoria provvisoria dovrebbe normalmente porsi in una relazione di sussidiarietà e strumentalità rispetto a quella finale, anticipandone gli effetti e mantenendo inalterato lo status quo, per evitare il verificarsi di effetti gravi o irreparabili, fino alla decisione sul merito."

12) *"L'inibitoria finale consiste infatti in una sentenza di merito, che mette capo ad un giudizio ordinario di cognizione; essa pertanto definisce la controversia insorta, ed è idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata sulle rispettive ragioni delle parti."*

13) *"L'inibitoria finale si può definire quel comando del giudice che, intervenendo processualmente dopo l'accertamento dei diritti e dei doveri delle parti, ha come contenuto l'obbligo di porre immediatamente fine ad un'attività illecita o di non porla mai in essere."*

14) *"in relazione al momento processuale nel quale viene concessa si è poi soliti distinguere fra final e preliminary injunction."*

La final è concessa dopo che è intervenuta una decisione giudiziale sul merito (after a full trial on the merits), e diventa anzi parte integrante di questa, a meno che non si tratti di un declamatory judgment. In altri termini, essa ha per presupposto l'accertamento da parte del giudice della violazione dell, o della minaccia al, diritto dell'attore.

La preliminary injunction, invece, ha tutte le caratteristiche proprie di un provvedimento d'urgenza o cautelare. (...) Il suo scopo è quello di mantenere

lo status quo e di prevenire ulteriori violazioni i cui effetti potrebbero risultare irreparabili, nelle more del procedimento.

Se si assume invece come criterio discreitivo la durata della efficacia del provvedimento, le preliminary injunctions sono chiamate anche interlocutory o temporary o ad interim, per indicare che esse producono i loro effetti dal momento in cui sono concesse fino alla definizione della controversia nel merito. Le final injunctions assumono invece il nome di perpetual o permanent, in quanto in teoria esse dovrebbero avere efficacia illimitata nel tempo.”

15) *“il presupposto più importante, perchè si possa ottenere una final injunction è costituito dall’inadeguatezza dei damages.”*

16) *“l’injunction si presenta in una varietà di forme ed una elasticità di applicazioni, che le permettono di adattarsi agevolmente alle circostanze e situazioni più svariate.”*

17) *“Da quanto abbiamo detto e dall’esame della giurisprudenza discende un’ulteriore caratteristica dell’inibitoria, e cioè la sua flessibilità ed adattabilità alle esigenze del caso concreto. Tale caratteristica si ricollega poi direttamente all’ampia discrezionalità del giudice nell’emettere i provvedimenti inibitori.”*

18) *“Come tutti i provvedimenti che regolano un conflitto di interessi a carattere permanente, anche la sentenza inibitoria deve ritenersi subordinata alla clausola rebus sic stantibus. Sia l’attore che il convenuto potranno dunque chiedere la modifica delle condizioni, di fronte a fatti sopravvenuti che modifichino in misura apprezzabile l’equilibrio degli interessi in gioco.”*

CAPÍTULO IX – TIPICIDADE E ATIPICIDADE

Seção I – Distinção

Tutela inibitória típica é aquela expressamente prevista em lei, para hipótese específica. Atípica é a tutela inibitória não prevista especificamente em dispositivo legal, para um caso determinado, mas decorrência de um princípio geral de prevenção do ordenamento jurídico ou previsão normativa genérica de aplicação ampla, sem estabelecer casuisticamente as hipóteses de aplicação. Diz-se, igualmente, que o sistema é atípico quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz, lastreado em princípio ou norma geral de aplicação ampla. Nosso sistema é misto, pois há previsão de hipóteses típicas convivendo com um princípio geral de prevenção, de atipicidade, cujas medidas podem ser determinadas pelo juiz.

No âmbito do processo civil podemos mencionar, exemplificativamente, como tutela inibitória típica, as seguintes hipóteses: a) interdito proibitório (art. 932, do CPC); b) nunciação de obra nova (art. 934, do CPC); c) ação de abstenção do uso nocivo da propriedade (art. 554, do CCB); d) mandado de segurança preventivo (art. 1º, da Lei 1.533/51); e) proteção de direitos autorais sobre programas de computador (art. 14, § 1º, da Lei 9.609/98). Bem se vê, a propósito, que a lei se mostra célere e eficaz para o proprietário, para quem tem, diferentemente dos que não são proprietários, a revelar a sua verdadeira ideologia.

A utilidade de tais instrumentos é revelada pelo eminente BARBOSA MOREIRA, valendo mencionar:

“O receituário do direito brasileiro, nessa matéria, conhece remédios específicos, dignos de crédito pelos bons serviços que muitas vezes têm prestado, quando postos à prova. Mesmo a deixar de lado o *habeas corpus* preventivo, para não extravasar do campo civil, aí estão o mandado de segurança, também preventivamente utilizável em favor de quem tenha o ‘justo receio’ de sofrer lesão de ‘direito líquido e certo’, e ‘por parte de autoridade’ que se prepare para agir ‘ilegalmente ou com abuso de poder’ (Lei 1.533, de 31-12-1951, art. 1º); e a ação popular, na medida em que se pode exercitar antes de consumado o dano ao bem ‘de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico’ (Lei 4.717, de 29-06-1965, art. 1º, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 6.513, de 20-12-1977, art. 33), isto é, antes que se converta em fato administrativo o ato administrativo impugnado, e sobretudo na medida em que enseja a prevenção da ofensa pela suspensão liminar dos efeitos desse ato (Lei nº 4.717, art. 5º, § 4º, acrescentado pela Lei 6.513, art. 34.).

Esses instrumentos, porém, atuam essencialmente no terreno publicístico. Para os litígios entre particulares, sejam indivíduos ou coletividades, não se encontram à disposição dos interessados remédios de tão pronto aviamento e de tão amplo alcance. Basta correr os olhos pelo Livro IV, Título I, do estatuto processual de

1973, para verificar que, dentre os vários 'procedimentos especiais de jurisdição contenciosa' aí disciplinados, apenas dois ordenam à prestação de tutela caracteristicamente preventiva: o interdito proibitório, pelo qual 'o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito' (Código de processo Civil, art. 932), e a nunciação de obra nova, que compete: 'ao proprietário ou ao possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado'; 'ao condômino, para impedir que o coproprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; finalmente, 'ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura' (art. 934, ns. I, II e III), tudo sob 'cominação de pena para o caso de inobservância do preceito' (art. 936, nº II)".²³²

A doutrina discute se a tutela inibitória somente é aplicável nos casos expressamente previstos em Lei ou se há um princípio geral de prevenção no ordenamento jurídico.

Em nosso pensar o sistema processual já não é mais composto apenas de ações típicas. O valor da atipicidade da ação foi firmado em

²³² - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 26.

meados do século XIX, estando superado o sistema de ações típicas pelo direito processual contemporâneo. A razão é jurídica e lógica, pois não é possível ao legislador prever todas as hipóteses de periclitância a direitos, devendo deduzir fórmulas amplas e genéricas para que os operadores do Direito possam enquadrar as situações da vida real ao remédio processual previsto. Como ensina ARENHART, “A tutela inibitória não pode, pela própria essência das coisas, ficar limitada a certas categorias de direito específicas, deve, ao contrário, ser oferecida pelo ordenamento jurídico, para qualquer situação de pretensão legítima à prevenção que possa o jurisdicionado imaginar”.²³³

Em igual sentido leciona LIBERTINI, “*Não se pode dizer, portanto, que o ordenamento imponha a limitação da inibitória a um número fechado de casos e modos definidos pela lei.*”²³⁴ e RAPISARDA: “*(...) a mais recente doutrina civilista mostra-se favorável ao emprego, até mesmo generalizado, de técnicas de tutela preventiva.*”²³⁵

Prossegue RAPISARDA dizendo que “*a admissibilidade da ação inibitória como remédio geral, ou seja, desvinculado das hipóteses típicas previstas pelo ordenamento vigente, já é freqüentemente reconhecida pela doutrina. É, além disso, fundamental a propósito, a atitude recentemente assumida pelo legislador, que introduziu, com o art. 28 do Estatuto dos trabalhadores e o art. 15 da lei sobre a paridade sexual em matéria de*

²³³ - ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória e o “amparo de protección colectivo” no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Argentina. In: *Genesis: Revista de direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, out./dez. 1999, p. 774.

²³⁴ - LIBERTINI, Mario. *La tutela civile inibitoria. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989, p. 328. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

²³⁵ - RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, anno XXXV (seconda serie), nº 01, gennaio-marzo 1980, Padova: Cedam, p. 93. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

*trabalho, duas ultteriores hipóteses de provimento final inibitório, mostrando desse modo a funcionalidade de tal instrumento de tutela em relação a situações substanciais de relevância superindividual, e submetidas a comportamentos ilícitos estruturalmente continuativos ou iterativos (...).*²³⁶

A nosso ver a tutela inibitória atípica e genérica é consagrada no texto constitucional, mormente pela disposição inserta no inc. XXXV, do art. 5º que, ao prever o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrou a proteção contra ameaça de lesão a direito. Como aduz MARINONI, “a tutela preventiva é imanente ao Estado de Direito e está garantida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, razão pela qual é completamente desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da ação inibitória”.²³⁷

Seção II – Hipóteses típicas (alguns exemplos)

Sem a pretensão de sermos exaustivos em tal matéria, vejamos alguns exemplos existentes de tutela inibitória típica no processo do trabalho.

A) Impedimento de dispensa ilegal (dirigente sindical, cipeiro, gestantes)

O dirigente sindical tem posição proeminente em nossa Constituição Federal, pois “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado

²³⁶ - RAPISARDA, Cristina. Idem, p. 94. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

²³⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo, RT, 1998, p. 47.

a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei” (art. 8º, inc. VIII). O cipeiro ou membro de comissão interna de prevenção de acidentes do trabalho e a gestante também desfrutam de proteção constitucional – art. 10, inc. II, do ADCT: “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

A garantia de emprego concedida pelo ordenamento constitucional ao dirigente sindical, ao cipeiro e à gestante visam à proteção imediata dos interesses da categoria, no primeiro caso; da higidez física e psíquica dos trabalhadores situados na empresa, no segundo; e a vida saudável e feliz do recém-nascido, no terceiro caso, e mediatamente os interesses respectivamente do dirigente sindical, do cipeiro e da gestante.

Leciona CASTELO que “o direito constitucional (alínea b do inciso II do art. 10 do ADCT c/c inciso XVIII do art. 7º e o art. 6º da CF) que está sendo diretamente protegido não é o direito individual patrimonial da empregada gestante, mas, direito não patrimonial individual e difuso: a) direito da personalidade da empregada pertinente à função procriadora da mulher trabalhadora; b) direito difuso não patrimonial da sociedade relacionado com a garantia das futuras gerações.”²³⁸ E prossegue o ilustre autor: “O prejuízo patrimonial individual da empregada gestante ilegalmente despedida poderá vir a ser satisfeito ao final do processo de cognição plena

²³⁸ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1026.

e exauriente mediante a técnica da tutela ressarcitória, com o pagamento dos salários e demais vantagens contratuais, legais e normativas relativas ao período de garantia de emprego. Porém o prejuízo não patrimonial individual e difuso que, na hipótese, é o relevante, não poderá ser reparado pela tutela ressarcitória.”²³⁹

A disposição contida no inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88, ao lado das regras de direito material já aduzidas, já seria suficiente para o aviamento da ação inibitória. Temos, no entanto, regra própria para tais situações, contida no inciso X, do art. 659, da CLT, que menciona ser de competência dos juízes das Varas do Trabalho, “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”. Essa disposição contém duplice conteúdo: a) tutela reintegratória para a hipótese de reintegração de empregado com dispensa já consumada; b) tutela inibitória para o caso de afastamento, suspensão ou ameaça de dispensa. Trata-se de norma de aplicação ampla, abrangendo não somente os casos de dirigente sindical, mas, por analogia, o cipeiro e a gestante.²⁴⁰ Em relação ao cipeiro, diz CASTELO que: “A atividade do cipeiro na CIPA, durante o período que seria de vigência de seu mandato, não tem como ser protegido senão com a técnica da tutela preventiva específica”.²⁴¹

²³⁹ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1026.

²⁴⁰ - A analogia é expressamente admitida pelo art. 8º, da CLT.

²⁴¹ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – A difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1025.

B) Obstaculização de suspensão abusiva

Em relação à obstaculização de suspensão abusiva, pode o empregado pleiteá-la através de liminar inibitória, como prevê o inciso X, do artigo 659, da CLT. Tal dispositivo celetário não pode ser aplicado apenas ao dirigente sindical, mas a todos os que, amparados pelo direito material, sofram ameaça a direito subjetivo. Não cabe aqui qualquer discriminação, em razão do princípio da isonomia, também consagrado constitucionalmente (art. 5º, da CF/88).

O prazo máximo de suspensão é de 30 (trinta) dias, considerando-se abusiva a que ultrapassar tal lapso temporal, podendo o empregado considerar, nesse caso, rescindido injustamente o contrato de trabalho, tal qual é previsto pelo art. 474, da CLT, ou, se quiser, pleitear a suspensão de tal penalidade. É igualmente abusiva qualquer suspensão desmotivada que não tenha caráter sócio-educativo para o empregado, podendo sempre ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, inclusive para obtenção de liminar inibitória.

C) Sustação de transferência ilegítima

As condições pactuadas no contrato de trabalho somente podem ser modificadas por mútuo consentimento e desde que não resultem em prejuízos ao empregado, nos termos do art. 468, da CLT. Tal regra, como dissemos anteriormente, sofre atenuações através da negociação coletiva (art. 7º, inc. VI, da CF/88) ou na hipótese de força maior (art. 503, da CLT).

A modificação territorial da prestação de serviços insere-se dentro das possíveis alterações contratuais, sofrendo limitações em benefício do empregado. Com efeito, dispõe o *caput*, do art. 469, da CLT, que é vedada a transferência sem anuência do empregado. Transferência tem significado técnico em Direito do Trabalho, correspondendo a mudança de município. É possível, no entanto, a transferência de empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição implícita ou explícita a transferência, desde que esta decorra de real necessidade de serviço. Desse modo, sem a necessidade de serviço não se pode transferir empregado, ainda que exerça cargo de confiança ou tenha cláusula implícita ou explícita de transferência em seu contrato de trabalho.

O § 2º, do art. 469, da CLT, prevê, ainda, a possibilidade de transferência do empregado quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado. Em qualquer dessas hipóteses, na transferência lícita ou ilícita, é obrigatório o pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) incidente sobre o salário que o empregado recebia na cidade de origem.

Dada a relevância da localidade da prestação de serviços para o empregado (aquisição de casa própria, conhecimento do trânsito, formação de amizades, integração à comunidade, educação escolar dos filhos, etc.), além das notórias despesas que as transferências ocasionam, o art. 659, inc. IX, da CLT, menciona que compete ao juiz, “conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469, desta Consolidação”. Trata-se, como é óbvio, de típica tutela inibitória que visa evitar a prática ou continuação de uma conduta antijurídica ou ilícita. “Se a

medida liminar é cabível exclusivamente nas “reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência” de empregado, como reza o texto em exame, conclui-se que não se trata de processo cautelar, e sim de medida pleiteada liminarmente em processo principal.”²⁴²

Seção II – Hipóteses atípicas (alguns exemplos)

“O direito moderno não é mais um sistema de ações típicas, mas, um sistema integrado por direitos que ficam cobertos integralmente pela garantia da ação.”²⁴³ Como se vê, o importante em matéria de lei processual, é a previsão ampla de tutela inibitória, sem especificação da casuística. De qualquer modo, são importantes as disposições típicas aludidas anteriormente até que se forme uma consciência geral da existência de um princípio geral de prevenção em nosso ordenamento jurídico.

A) Sustação de ordens ilegais (alteração ilegal do contrato de trabalho – *jus variandi* e *jus resistentiae*)

Um dos requisitos apontados pela doutrina tradicional para a existência de relação de emprego (elemento objetivo ou material) ou de contrato de trabalho (elemento subjetivo ou formal) é a subordinação jurídica, expressa na frase “sob a dependência deste”, contida no art. 3º, da CLT. Quando não existir a subordinação jurídica, não há relação de emprego, mas trabalho autônomo, por conta própria.

²⁴² - GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 7ª ed. rev., ampl. e adapt. à Constituição Federal de 1988. São Paulo, LTr, 1.993, p. 382.

²⁴³ - CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1996, p. 228.

Em razão de o empregador assumir os riscos da atividade econômica, empregando esforços e imobilizando capitais, tem o poder de dirigir a prestação de serviços, segundo o contido no art. 2º, da CLT. É reconhecido ao empregador o poder diretivo, de comando da atividade desenvolvida no estabelecimento.

Corolário do poder diretivo reconhece-se o *ius variandi* do empregador, ou seja, o direito de modificar as condições não-essenciais do contrato de trabalho, adaptando-as às necessidades variáveis do dia-a-dia ou, nas palavras de VIANA, “trata-se de instrumento de modulação da prestação de serviços”.²⁴⁴ VIANA ensina a respeito que “se pode ditar a rotina diária do trabalho, o empregador também pode, naturalmente, mudar o tom e o teor de cada comando. É o *ius variandi*, de certo modo, o poder diretivo em movimento”.²⁴⁵

Para evitar que o empregador utilize-se abusivamente do *ius variandi*, também se reconhece ao empregado o direito de resistir às ordens ilegais ou incompatíveis com a sua condição pessoal, moral, psicossomática, física ou em relação a condições essenciais do contrato de trabalho. Vale mencionar, sobre o assunto, o escólio do juslaboralista DÉLIO MARANHÃO:

“Por isso que ligado ao cumprimento de uma obrigação contratual, o dever de obediência do empregado vai até onde vai o contrato. Seria atentatória da liberdade humana a obediência fora dos limites traçados pela destinação econômica da prestação de trabalho. A personalidade do

²⁴⁴ - VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 217.

²⁴⁵ - VIANA, Márcio Túlio. *Idem*, p. 214.

empregado não se anula com o contrato de trabalho, razão pela qual lhe é reconhecido certo *jus resistentiae* no que respeita às determinações do empregador. Assim, pode ele, legitimamente, recusar-se ao cumprimento de uma ordem, por exemplo, que o coloque em grave risco, que fuja à natureza do trabalho contratado, que o humilhe ou diminua moralmente, que seja ilícita, ilegal ou de execução extraordinariamente difícil.”²⁴⁶

O empregado pode desobecer à ordem ilegítima do empregador ou, se preferir, sustá-la através de liminar inibitória, baseado no princípio geral de prevenção (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, c/c arts. 273 e 461, do CPC). Desse modo, “a tutela jurisdicional do direito de resistência somente é adequadamente realizada pela tutela preventiva ou inibitória contra a ordem de que o empregado preste serviço ao qual não se obrigou e que seja incompatível com sua qualificação profissional, condição pessoal e dignidade moral.”²⁴⁷

B) Proteção ao meio ambiente do trabalho

O trabalhador tem direito a ter um meio ambiente do trabalho saudável, bem iluminado, em condições de higiene sanitária, isento de agentes que possam afetar a sua higidez física e mental. O art. 170, da CLT, prevê, por exemplo, que as edificações deverão obedecer aos requisitos técnicos que garantam perfeita segurança aos que nela trabalham. O art.

²⁴⁶ - SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11ª ed., São Paulo: LTr, 1991, p. 238

²⁴⁷ - CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. Vol. II, São Paulo: LTr, 1999.

173, da CLT, dispõe que as aberturas nos pisos e paredes serão protegidas de forma que impeçam a queda de pessoas ou coisas. O art. 175, da CLT, menciona que deve o local de trabalho ser adequadamente iluminado. Esses e outros dispositivos consolidados visam proteger o trabalhador, dentro das normas técnicas hoje disponíveis. Não pode uma empresa, por exemplo, se furtar a conceder um equipamento de proteção individual ou coletivo aos trabalhadores.

Por outro lado, o meio ambiente de trabalho deve guardar as regras mínimas da moral, a fim de não afetar o decoro dos empregados, preservando-os da interferência em sua intimidade. “Neste amplo espectro incluem-se, pois, a tutela antecipada contra procedimentos empresariais que violem o direito da personalidade e a dignidade moral do empregado em todas as suas dimensões, v. g., revista ilegal e abusiva, o sistema de segurança audiovisual inadequado e invasivo da intimidade do empregado, a ofensa à honra, a violação da imagem, a discriminação por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, doença profissional, AIDS, etc.”²⁴⁸

A tutela inibitória positiva pode obrigar o empregador a cumprir as regras de segurança e medicina do trabalho; a inibitória negativa pode ser utilizada para coibir os atos abusivos, relacionados à moral dos trabalhadores e outras invasões íntimas, como as mencionadas no parágrafo anterior.

²⁴⁸ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho – a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 1028.

C) Proteção contra atos anti-sindicais

Não temos a pretensão de discorrer sobre direito coletivo do trabalho e seu correspondente processo, pois trata-se de assunto bastante amplo que merece um estudo à parte. Citamos aqui, apenas para ilustrar, uma das possibilidades de utilização da tutela inibitória atípica, ou seja, para proteção contra atos anti-sindicais.

Nossa Constituição Federal prevê a liberdade sindical (art. 8º) e qualquer ato contrário a ela pode ser evitado pela tutela inibitória. Os atos anti-sindicais podem ser inúmeros, podendo ser lembrados a dispensa do dirigente sindical, não-contratação de empregados sindicalizados, dispensa proposital de empregados associados, interferência e coação durante as eleições sindicais, proibição da participação em assembléias, transferência ilegal de dirigente sindical, não-recolhimento das contribuições estatuídas para o sindicato, etc. Como ensina URIARTE, “a proteção da atividade sindical refere-se – ou, pelo menos, deveria referir-se – a todo ato que tenda a prejudicar um trabalhador ou uma organização de trabalhadores no desempenho da atividade sindical ou por causa dela”²⁴⁹.

A tutela inibitória é de grande valia para evitar a prática, continuação ou repetição de atos anti-sindicais, valendo mencionar o pensamento de Uriarte sobre o assunto: “Os mecanismos preventivos são de grande importância já que tendem a evitar a concreção de qualquer agressão à atividade sindical. (...) Ao revés, a reparação patrimonial é insuficiente quando o que está em jogo é – como neste caso – o exercício concreto de

²⁴⁹ - URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra atos anti-sindicais*. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989, p. 58.

uma liberdade fundamental, embora possa ser útil como complemento de anulação do ato anti-sindical”²⁵⁰.

D) Proteção às necessidades comunitárias

Novamente advertimos que não pretendemos escrever sobre direito coletivo do trabalho (merecendo esse um estudo específico), mas apenas ilustrar as possibilidades de atuação da tutela inibitória atípica. O art. 9º, da CF/88, garante o direito de greve, dispondo, no entanto, que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. A Lei 7.783/89 dispõe que é vedado às empresas adotar medidas para constranger os empregados a comparecer no trabalho ou de impedir a divulgação do movimento de greve. Para assegurar tal disposição normativa pode ser utilizada a tutela inibitória.

A lei de greve brasileira também atendendo ao comando constitucional, dispõe no art. 11 que: “Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

Para o atendimento do que denominamos “necessidades comunitárias”, é possível a utilização da tutela inibitória, obrigando a que

²⁵⁰ - URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra atos anti-sindicais*. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989, p. 60 e 61. Grifou-se.

trabalhadores e empregadores garantam aquele atendimento mínimo, a fim de preservar a população de riscos à saúde ou de segurança.

De qualquer modo, o importante é deixar assentado que “não há a menor dúvida de a tutela preventiva, na atualidade, não se restringir tão-somente a certas hipóteses do Direito Público ou do Direito Privado, mas tem o seu lugar com generalidade dentro de todo o Direito”.²⁵¹

²⁵¹ - SILVA, Clóvis do Couto e. Tutela preventiva. *Digesto de processo*. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 296.

ANEXO DO CAPÍTULO IX

1) *“Non si può dire dunque che l’ordinamento imponga di limitare l’inibitoria ad un numero chiuso di casi e modi definiti dalla legge.”*

2) *“(...) la più recente dottrina civilistica si mostra favorevole all’impiego, anche generalizzato, di tecniche di tutela preventiva.”*

3) *“l’ammissibilità dell’azione inibitoria quale rimedio generale, sviconlato, cioè, dalle ipotesi tipiche previste dall’ordinamento vigente, è ormai frequentemente riconosciuta dalla dottrina. È inoltre fondamentale, in proposito, l’atteggiamento recentemente assunto dal legislatore, che ha introdotto, con l’art. 28 dello Statuto dei lavoratori e l’art. 15 della legge sulla parità sessuale in materia di lavoro, due ulteriori ipotesi di provvedimento finale inibitorio, mostrando in tal modo, la funzionalità di un simile strumento di tutela rispetto a situazioni sostanziali a rilevanza superindividuale, e sottoposte a comportamenti illeciti strutturalmente continuativi o iterativi (...)”.*

CAPÍTULO X – ANTECIPAÇÃO

Tema realmente vital para a tutela inibitória é a possibilidade de antecipação dos seus efeitos, pois normalmente são de caráter urgente as hipóteses de prevenção do antijurídico, do ilícito e do dano. A necessidade da tutela antecipatória para a efetividade da tutela inibitória pode ser compreendida pela seguinte afirmação de FUX: “Há obrigações de fazer e de não fazer cujo descumprimento torna um eventual provimento judicial tardio inoperante, revelando-se de extrema importância prática a tutela antecipada também nesse campo”.²⁵² “A tutela inibitória, para ser efetiva, necessita da tutela antecipatória. A tutela antecipatória na hipótese de tutela inibitória, constitui uma tutela inibitória fundada em cognição sumária, mas que pode, obviamente, ser atuada desde logo.”²⁵³

É necessário esclarecer que a tutela antecipatória não é um tipo específico de ação, mas técnica processual de antecipação dos efeitos da sentença favorável. Como ensina o saudoso CARRION: “Tutela Jurisdicional Antecipada (geral). Não é uma quarta espécie de ação, a ser acrescida às anteriores (de cognição, condenação e cautelares). Trata-se da faculdade concedida ao juiz de antecipar a tutela, o provimento pleiteado, que é objeto de uma determinada ação, garantindo a pretensão provisoriamente.”²⁵⁴

A aplicação ao processo do trabalho é manifesta por autorização do art. 769, da CLT, fato já reconhecido pelo Tribunal Superior

²⁵² - FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 361.

²⁵³ - MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, vol. 02, Curitiba: Genesis, ano I, maio-ago. 1996, p. 362.

²⁵⁴ - CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed., atual., ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 678.

do Trabalho: “O inovador instituto processual civil, a antecipação de tutela, previsto no artigo 273 do CPC, veio a imprimir uma maior celeridade no processo do trabalho. Tem ampla aplicação no processo do trabalho, vez que atende a um dos princípios norteadores desta Justiça Especializada. E sendo aplicado com a observância das formalidades legais requeridas, não há falar em violência a direito líquido e certo da parte adversa”. (TST, RO-MS 317.028/96.5, Ac. SDI-2, Rel. Min. Ângelo Mario de Carvalho e Silva).

Dada a sua relevância, façamos, inicialmente, um esboço histórico da tutela antecipatória. A tutela antecipatória, introduzida em nosso Código de Processo Civil, pela Lei 8.952/94, não se traduz em algo inédito no Direito Processual.²⁵⁵ “Desde Roma, já se conhecem medidas tendentes a tutelar, de imediato e em caráter provisório, o direito lesado. Basta lembrar, nesse direito antigo, aqueles atos interditais que eram concedidos pelo pretor, no exercício do seu *imperium*, com base na simples pressuposição de que fossem verazes os fatos narrados pelo autor.”²⁵⁶

As liminares nos interditos têm caráter de antecipação, já existentes no direito romano, como ensina SIDOU, “os interditos possessórios, nas formas *retinendae* e *recuperandae*, são idênticos aos interditos do mesmo nome da processualística moderna, respectivamente, ações de manutenção e de reintegração de posse (...)”.²⁵⁷

²⁵⁵ - “Não há nada novo debaixo do sol, e ninguém pode dizer: Eis aqui está uma coisa nova, porque ela já existiu nos séculos que passaram antes de nós.” Livro do Eclesiastes, 1, 10.

²⁵⁶ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 58.

²⁵⁷ - SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 68.

Nossas Ordenações previam as liminares nas ações possessórias, hoje reguladas pelos arts. 923 e seguintes do CPC. “A tutela antecipada se assemelha, estruturalmente, aos *interdicta* possessórios existentes no direito brasileiro há muito tempo, previstos atualmente no CPC 923 e ss., pois os interditos adiantam os efeitos executivos do provimento jurisdicional de mérito”.²⁵⁸

A novidade está na inserção da tutela antecipatória em nosso Código de Processo Civil, de forma genérica, sem especificar casuisticamente as hipóteses concretas para aplicação. Antes da Lei, a doutrina percorreu pioneiramente a trilha da tutela antecipatória, destacando-se o processualista Ovídio Baptista Araújo da Silva que, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, propôs a introdução da medida liminar antecipatória vazada nos seguintes termos:

"art. 285. (...) "

Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.”²⁵⁹

Importante destaque deve ser dado também à comissão nomeada em 1985 pelo Ministro da Justiça Fernando Lyra, composta pelos juristas Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo

²⁵⁸ - NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 1996, p. 65.

²⁵⁹ - 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil. *Livro de Teses e Proposições*. Porto Alegre, 1983, Proposição nº 03, Comissão nº 03.

Watanabe, Joaquim Correa de Carvalho Junior e Sergio Bermudes, que tinha a atribuição de apresentar uma proposta de reforma do Código de Processo Civil. No tocante à tutela antecipatória, a comissão apresentou a seguinte sugestão:

“TÍTULO IV
DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

CAPÍTULO I
DA ANTECIPAÇÃO EM GERAL

Art. 889-E. O juiz, no processo de cognição de procedimento comum ou especial, poderá, a pedido do autor, antecipar a tutela por ele pretendida, desde que:

I - ocorrendo revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente;

II - a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida.

Parágrafo único. A antecipação da tutela atenderá ao disposto neste Código sobre execução provisória.

Art. 889-F. O pedido de antecipação de tutela será autuado em apenso, decidindo-o o juiz no prazo de cinco (05) dias, com posterior ciência aos interessados de sua decisão.

Parágrafo único. Se deferida, atenderá ao disposto para a execução provisória.

Art. 889-G. Quando a medida cautelar pleiteada equivale a antecipação da tutela (art. 804, parágrafo único), proceder-se-á como ali determinado.”

A antecipação da tutela também era prevista para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, no art. 889-A, estatuinto o § 3º, que:

“Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

Por fim, o legislador da reforma de 1994, aprovou a tutela antecipatória, com o seguinte teor:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III, do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

No que se refere às obrigações de fazer e não fazer, dispôs o legislador de 1994 que:

“Art. 461...

§ 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, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a 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 a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Temos, assim, o quadro, visto em resumo, da evolução da tutela antecipatória atípica, até a sua introdução no Código de Processo Civil Brasileiro.

Seção I - Pressupostos

Os pressupostos ou requisitos para a concessão da tutela antecipatória foram elencados no art. 273, do CPC e, em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, no § 3º, do art. 461, do CPC.

É preciso antes de mais nada que haja iniciativa da parte para a sua concessão - *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. Deve ser conjugado o *caput* do art. 273, com o art. 2º, ambos do CPC, mormente porque dispôs o legislador expressamente – “O juiz poderá, a requerimento da parte...”. É a aplicação dos princípios da inércia e do dispositivo (arts. 128, 286 e 460, do CPC). “Nos processos de jurisdição contenciosa, prevalece nos países ocidentais não socialistas a regra de que eles só podem ter início por provocação de uma parte interessada (autor), segundo os velhos brocardos *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*.”²⁶⁰

“O princípio geral, portanto, imperante no processo civil, e, também, no do trabalho, é o da inércia da jurisdição (ou da demanda, como preferem alguns), motivo por que a ele se submete, igualmente, a

²⁶⁰ - BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 14.

antecipação da tutela de mérito. Neste caso, a propósito, o veto à atuação judicial *ex officio* tanto mais se justifica pela particularidade de a antecipação ser feita, muitas vezes, sem que o réu haja apresentado a sua resposta, ou, se o fez, sem que a instrução tenha sido encerrada.”²⁶¹

Feito o requerimento da parte, poderá o juiz, diz o Código, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. A nosso ver, estando presentes todos os requisitos para a concessão da antecipação da tutela, o juiz deve concedê-la, não se tratando de mera faculdade, como a literalidade do texto sugere.

Além do requerimento da parte, exige o Código a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, ou seja, prova da probabilidade dos fatos alegados e não da mera possibilidade. A mera aparência não é suficiente para autorizar a concessão da tutela antecipatória. A prova inequívoca significa que a verossimilhança exigida é superior ao *fumus boni iuris* da tutela cautelar, pois aqui trata-se de satisfação de direitos e não apenas de garantir a viabilização futura deles.

Desse modo, pensamos que a tutela antecipatória, por ser satisfativa do direito da parte, pressupõe uma carga probatória dos fatos alegados superior àquela exigida para a tutela cautelar. “Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.”²⁶²

²⁶¹ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 60.

²⁶² - NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1997, p. 548.

Não se pode, por outro lado, exigir a certeza ou prova robusta dos fatos alegados, hipótese mais plausível para o julgamento antecipado da lide, pois *“há situações em que, mediante prévia comprovação da verossimilhança do direito e do perigo da demora, pode-se autorizar ao juiz que outorgue parte do reclamado para satisfazer uma necessidade urgente; por exemplo, se em um processo de indenização por dano e prejuízos derivados de um ato ilícito, o autor requer o adiantamento de uma soma provisória para fazer frente a uma intervenção cirúrgica, indispensável para reparar parte do dano causado, o direito é verossímil e há perigo de vida do demandante, o juiz deve acolher a petição e condenar o demandado de forma provisória”*.²⁶³ Ademais, *“todas as provas, afinal de contas, são provas de verossimilhança”*.²⁶⁴

Como ensina MARINONI, “a denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.”²⁶⁵

Os incisos do art. 273, do CPC, exigem alternativamente que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Basta que estejam presentes os requisitos do *caput* e de um dos incisos I ou II, do art. 273, do CPC, para a concessão da tutela antecipatória. “Destarte, conclui-se com insofismável segurança pela

²⁶³ - ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 2. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

²⁶⁴ - CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1955, p. 164. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

²⁶⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 2.

possibilidade de antecipação de tutela, interna à ação inibitória. Para tanto, deve o autor demonstrar, tão-somente, a coexistência dos dois requisitos para a concessão da tutela imediata provisória: a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final.”²⁶⁶

Ensina MARINONI que “o requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de *fumus boni iuris*, a probabilidade da ilicitude. Entretanto, além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o § 3º do art. 461 chama de ‘justificado receio de ineficácia final’. Há ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ quando há ‘justificado receio’ de que o ilícito (que pode ou não estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado. 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.”²⁶⁷

O § 1º, do art. 273, do CPC, exige do juiz a fundamentação, apenas como forma de reforço, pois tal exigência já consta de forma expressa no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Prevê o § 2º, do art. 273, do CPC, um requisito negativo para a concessão da tutela antecipatória, que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Tal dispositivo é criticável, pois é melhor correr-se o risco de tutelar um direito provável, ainda que de forma irreversível, do que deixar ocorrer o antijurídico, ilícito ou o dano provocado por alguém com um direito improvável. Quase sempre haverá efeitos fáticos irreversíveis e, como

²⁶⁶ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 118-119.

²⁶⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 151-152.

ensina TOMMASEO, não havendo outro modo de tutelar o direito provável, deve-se permitir que o juiz produza um prejuízo irreparável ao direito que lhe pareça improvável – “*sacrificar o improvável ao provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência.*”²⁶⁸ No mesmo sentido ensina MARINONI “não há razão para não admitirmos a possibilidade de uma tutela antecipatória que possa produzir efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos”.²⁶⁹

Justas críticas se endereçam ao legislador, valendo mencionar a de OVÍDIO BAPTISTA, quando diz que “o § 2º, do art. 273, exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando ‘houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. (...) Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil (...)”.²⁷⁰

“Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu, é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, que o direito do autor é provável. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar um dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de

²⁶⁸ - TOMMASEO, Ferruccio. Intervento. Les mesures provisoires en procédure civile. *Atti del colloquio internazionale*, Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di Giuseppe Tarzia. Milano: Giuffrè, 1984, p. 307. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

²⁶⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª ed, rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

²⁷⁰ - SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil (processo de conhecimento)*. 3ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 210.

que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável.”²⁷¹

O legislador prometeu no *caput*, do art. 273, do CPC, e retirou no § 2º, limitando desarrazoadamente a tutela antecipatória. “Neste particular revela-se a distância do legislador para com a vida fenomênica, que ditou a necessidade da tutela antecipada pelo uso promíscuo da providência cautelar. É que não atentou para o fato de que, na grande maioria dos casos da prática judiciária, as situações de urgência que reclamam a antecipação da tutela geram, inexoravelmente, situações irreversíveis, porque encerram casos em que a satisfação deve ser imediata, como, v. g., aquela em que é autorizada uma viagem, ou uma cirurgia, ou uma inscrição imediata em concurso, etc.”²⁷²

De qualquer modo, já há proposta para a correção do equívoco, no anteprojeto de lei nº 13, complementar às leis de reforma do Código de Processo Civil, dispondo no § 2º, do art. 273, do CPC, que: “A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício ao réu.”

O § 3º, do art. 273, do CPC, também é infeliz ao dispor que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III, do art. 588, ou seja, as regras da execução provisória. Nesse passo, o intérprete deve entender que somente “no que couber” deve aplicar os ditames da execução provisória, evitando tanto quanto possível a

²⁷¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 157.

²⁷² - FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 339.

incidência dessas regras, pois normalmente são incompatíveis com situações de periclitância de direitos. As críticas são procedentes ao dispositivo, pois “mais uma vez, aqui, o legislador esbarrou na sua covardia, tornando inócua a inovação. Inúmeros são os casos em que a medida antecipada ou é deferível naquele momento ou não mais revelará qualquer utilidade para a parte.”²⁷³

O legislador terá que alterar a norma, porém o intérprete, desde logo, deve dar a interpretação mais ajustada à realidade, sanando as imperfeições e injustiças da lei, como diz REALE, “o reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legizam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.”²⁷⁴

Em resumo, “o texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) requerimento da parte;
- b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;

²⁷³ - FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 358.

²⁷⁴ - REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 611.

d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e

f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.”²⁷⁵

Seção II – Procedimento

A tutela antecipatória depende de requerimento da parte, como explicamos anteriormente. Assim, passa a ser considerada a partir da formulação ou da provocação da parte que pode ocorrer já como um dos requerimentos da petição inicial ou posteriormente, em qualquer fase cognitiva do processo, pois os seus pressupostos às vezes somente ocorrem ou são revelados após a contestação do réu ou podem suceder-se até após a sentença, desde que sujeita, ainda, à interposição de recurso. Pode ser, igualmente, requerida estando o processo nos tribunais, ainda que não tenha sido deduzida anteriormente, basta que estejam presentes os seus pressupostos.

A tutela antecipatória pode ser concedida pelo juiz a qualquer tempo, desde que não tenha havido trânsito em julgado da sentença, pois

²⁷⁵ - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 12. Registrem-se as nossas restrições quanto à alínea “f”.

com a ocorrência desse, deve-se conceder a própria tutela solicitada, de modo definitivo, não havendo espaço para antecipar o que já está consagrado. Pode-se, apenas, executar urgentemente, conforme as circunstâncias, mas não antecipar o que já foi dado.

Assim, ajuizada a reclamatória, pode o juiz deferi-la liminarmente, antes mesmo da ouvida da parte contrária, ou seja, *inaudita altera parte*. “Tratando-se de tutela inibitória antecipada, não pode haver dúvida sobre a possibilidade de sua concessão antes de ser ouvido o réu. Ora, se a tutela inibitória exerce uma função eminentemente preventiva, não há como se negar a possibilidade de seu deferimento quando não se pode esperar o tempo necessário para ouvir o demandado. (...) Além disso, a boa doutrina, ao analisar a questão da tutela *inaudita altera parte* em face do princípio constitucional do contraditório, tem entendido que o contraditório pode ser diferido quando não há outra forma de se tutelar de forma efetiva o direito do autor.”²⁷⁶

Nada impede, no entanto, o deferimento da tutela antecipatória após a citação ou contestação do réu. Em toda a fase cognitiva (ainda que recursal) é cabível a antecipação da tutela. Normalmente o pedido de antecipação da tutela é feito na petição inicial, mas nada impede que seja deduzido posteriormente, conforme as circunstâncias de cada caso concreto. Como ensina com maestria MALLETT, “não formulado no início do processo, poderá o pedido ser apresentado no curso da demanda, a partir do momento em que configurados seus pressupostos. Se não havia perigo de dano ao tempo da propositura da ação, surgindo a ameaça durante a tramitação do processo, poderá a parte, em petição própria, requerer a antecipação.

²⁷⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 153.

Também assim se a prova exigível para o deferimento da medida só aparece com a instrução”.²⁷⁷

O réu também poderá pleitear a antecipação de tutela na contestação ou posteriormente a ela até o trânsito em julgado, não somente na hipótese de reconvenção ou de ação dúplice, mas em qualquer ação, desde que a tutela solicitada diga respeito à própria pretensão do autor ou a *res in iudicium deducta*. “Em conclusão, também a tutela pedida pelo réu na contestação admite antecipação, satisfeitos os seus pressupostos”.²⁷⁸

Deduzido o pedido de antecipação, antes da sentença de 1º grau, caberá ao Colegiado de Juízes (onde existirem juízes classistas, pois logo a jurisdição será exercida, em 1º grau, apenas pelo juiz do trabalho, titular ou substituto)²⁷⁹ examinar se a defere ou não em decisão fundamentada.

Após o proferimento da sentença pelo juízo de 1º grau, e antes de eventual admissão de recurso, a competência para a concessão da antecipação de tutela deve ficar com este, como defende com excelentes argumentos MALLET.²⁸⁰ Ensina o ilustrado professor que uma vez interposto e admitido o recurso a competência para apreciar eventual pedido de antecipação de tutela é do juízo *ad quem*, do relator em casos de urgência, *ad referendum* do colegiado de juízes que detém a competência em 2º grau. A competência, então, é do colegiado, competindo ao relator apreciar o

²⁷⁷ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 71.

²⁷⁸ - MALLET, Estêvão. *Idem*, p. 74.

²⁷⁹ - A Emenda Constitucional nº 24, de 09/12/99, extinguiu os cargos de juízes classistas da Justiça do Trabalho, assegurando apenas o exercício do mandato dos atuais ocupantes.

²⁸⁰ - Sobre o assunto ver a excelente obra “*Antecipação da tutela no processo do trabalho*”, editada pela LTr, especialmente a página 77, que trata do assunto por nós referido.

pedido nos casos de periclitância a direito, com o referendo posterior do colegiado ou, não existindo urgência, ou havendo a possibilidade do colegiado reunir-se com brevidade, pelo próprio colegiado ou turma de juízes.²⁸¹

Seção III - Decisão

O artigo 162, do CPC, conceitua cada ato praticado pelo juiz no processo, esclarecendo que sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo; decisão interlocutória o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente; e despacho os demais atos praticados no processo sem conteúdo decisório.

É de natureza decisória o pronunciamento do juiz a respeito de requerimento de antecipação de tutela, como aliás está expresso no § 1º, do art. 273, do CPC. Como não põe fim ao processo, não se classifica como sentença, mas possuindo conteúdo decisório, tem natureza jurídica de decisão interlocutória. “O pronunciamento que antecipa a tutela, constitui, sem sombra de dúvida, decisão, no sentido do art. 162, do CPC. De sentença não se trata, porque o processo não termina com a antecipação da tutela, segundo dispõe, de modo expresso, aliás, o § 5º, do art. 273. (...) Tampouco é despacho de mero expediente a tutela antecipada, porque o pronunciamento envolve necessariamente apreciação de questão incidente, e não simples impulsão do processo.”²⁸²

²⁸¹ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 79.

²⁸² - MALLET, Estêvão. *Idem*, p. 81.

O *caput* do artigo 273, do CPC, diz que estando presentes os requisitos legais, o juiz “poderá” antecipar os efeitos da tutela. Como dissemos anteriormente não se trata de mera faculdade do juiz, como o verbo sugere, tendo caráter cogente uma vez atendidos os pressupostos legais. Como salienta MALLETT, “de todo modo, o exposto permite concluir não ser lícito falar em discricionariedade relativamente à antecipação da tutela. Há, com certeza, emprego de conceitos abertos e indeterminados no tocante aos pressupostos da medida, dando, portanto, margem à atuação mais ampla do juiz. Não se lhe atribui, todavia, poder discricionário, uma vez que, presentes os pressupostos legais, o deferimento da providência é de rigor”.²⁸³

Tratando-se de decisão e não meramente de despacho de expediente, deve o juiz fundamentá-la, como está expresso no § 1º, do art. 273, do CPC, em lembrança ao já contido no art. 93, inc. IX, da CF/88.

A tutela antecipatória concedida pode ser modificada, ou seja, adequada às circunstâncias de cada caso concreto, ou revogada, conforme a previsão expressa do § 4º, do art. 273, e § 3º, do art. 461, ambos do CPC. “(...) Se o juiz verifica, em virtude de prova trazida aos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido concedida, não há falar em preclusão, já que é da própria essência da tutela urgente de cognição sumária a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade.”²⁸⁴ Sendo o processo, como ensina PACHECO, “uma conjugação de fatos com as previsões contidas nos dispositivos legais vigentes, a alteração, mesmo que parcial, da verdade dos

²⁸³ - MALLETT, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 90.

²⁸⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 161.

fatos ocorridos pode levar o Poder Judiciário a erro, com a funesta consequência de causar injustiça e prejuízos à parte contrária, como também de ficar desacreditado perante os jurisdicionados”.²⁸⁵ Assim, deve o juiz ter a possibilidade de modificar ou revogar a concessão da tutela antecipatória, conformando suas decisões à verdade real afluída no processo, evitando, assim, prejuízos indevidos às partes.

“Tanto a revogação como a modificação prescindem de requerimento, não exigido pela lei”²⁸⁶, sendo desnecessária a ouvida das partes pelo juiz para tomar tal providência. Se a sentença indeferir o pedido feito pelo autor, a liminar concedida anteriormente fica sem efeito, ainda que contra a primeira o autor interponha recurso. É questão lógica, pois se o juiz, na sentença, quando o processo já está instruído, observa que o direito não socorre o autor, a liminar que é ato sumário e provisório deixa de operar efeitos. Aplica-se aqui, analogicamente, o entendimento da Súmula 405, do E. STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Contra a decisão que antecipa ou indefere o pedido de antecipação da tutela não cabe recurso, pois as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato no processo do trabalho, a teor do § 1º, do art. 893, da CLT. Descabe, igualmente, a correição parcial contra atos decisórios do juiz relativamente à antecipação de tutela. “A interferência da Corregedoria deve, em qualquer hipótese, resguardar a independência do magistrado, prerrogativa inafastável ao exercício da função judicante, um dos valores

²⁸⁵ - PACHECO, Mauro César Soares. *A litigância de má-fé na Justiça do Trabalho*. Dissertação apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito, no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Londrina, PR, 1995.

²⁸⁶ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 128.

inarredáveis do Estado Democrático de Direito. Sob essa ótica, a independência judicial constitui garantia político-jurídica do magistrado e do cidadão e relaciona-se com o juízo propriamente dito (independência extrínseca e intrínseca ou com a instituição (autonomia coletiva).”²⁸⁷

O remédio, então, contra a decisão que antecipa ou indefere o pedido de antecipação da tutela, não é o recurso, mas o aviamento do mandado de segurança (que é uma ação), embora de aplicação mais restrita, pois caberá ao impetrante demonstrar o seu direito líquido e certo. Nesse sentido já se posicionou o E. TST: “No processo civil, a antecipação da tutela não está sujeita à apelação, sendo atacável por agravo de instrumento. No Processo do Trabalho, não há recurso ordinário contra tal antecipação, já que o agravo de instrumento tem finalidade específica. Assim, o despacho [sic]²⁸⁸ que antecipou a tutela era mesmo atacável por Mandado de Segurança, no qual o Impetrante deveria provar o dano irreparável que sofreu. E, no caso, não houve essa demonstração”. (RO-MS 329121/96.1, Ac. SBDI-2, Rel. Min. José Luciano Castilho Pereira).

A antecipação da tutela, desde que preenchidos os seus pressupostos, pode ser concedida a favor ou contra pessoa jurídica de direito público, já que a lei não proíbe tal concessão. “A viabilidade da antecipação da tutela em favor de pessoa de direito público não encontra óbice algum na lei. Nada há no ordenamento jurídico que, expressa ou implicitamente, afaste a aplicação do art. 273, do CPC, nas causas ajuizadas por entidades de direito público.”²⁸⁹

²⁸⁷ - GOUVÊA, Lígia Maria Teixeira. A experiência corregedora e a problemática da delimitação da correção parcial. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 79, jul. 1999, p. 37.

²⁸⁸ - O correto, *data venia*, é aludir-se a decisão.

²⁸⁹ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 127.

Não é óbice a tal concessão o disposto no art. 100, da CF/88, que determina que o pagamento das dívidas públicas decorrentes de sentenças judiciais se fará através de precatório. Tal disposição não pode ser aplicada a qualquer situação da vida real, pois há casos de urgência em que as pessoas jurídicas de direito público devem satisfazer a pretensão reclamada imediatamente, sob pena de perecimento do direito e inefetividade do processo. Ademais, como ensina MALLET, o artigo 100, da CF/88, é de hierarquia procedimental inferior ao art. 5º, XXXV, da CF/88, devendo admitir-se a antecipação de tutela contra o poder público no caso de periclitância urgente a direitos, na forma dos arts. 273, I, e 461, § 3º, ambos do CPC.²⁹⁰ O E. STJ já teve oportunidade de manifestar-se sobre o assunto, aduzindo que “o instituto da antecipação da tutela (art. 273, CPC) deve ser homenageado pelo juiz quando presentes os pressupostos essenciais exigidos para a sua concessão... mesmo que a parte requerida seja a Fazenda Pública.” (1ª T., REsp nº 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, DJU nº 93, de 19/05/97, p. 20.593).

²⁹⁰ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 131.

ANEXO DO CAPÍTULO X

1) *“hay situaciones en que, previa comprobación de la verosimilitud del derecho Y del peligro en la demora, se puede autorizar al juez a que otorgue parte de lo reclamado para satisfacer una necesidad urgente; por ejemplo, si en un juicio de indemnización por los daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito, el actor requiere el adelanto de una suma provisoria para hacer frente a una intervención quirúrgica, indispensable para reparar parte del daño causado, el derecho es verosímil y peligra la vida del demandante, el juez debe hacer lugar a la petición y condenar al demandado en forma provisional.”*

2) *“tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza.”*

3) *“sacrificare l'improbabile al probabile, in questo consiste l'etica della giurisdizione d'urgenza.”*

CAPÍTULO XI – A LIMINAR

Trataremos, neste capítulo, de tema de grande importância para a efetividade da tutela inibitória, ou seja, da possibilidade de concessão de liminar para a intangibilidade do ordenamento jurídico. É essencial para a efetividade da tutela inibitória a possibilidade de o juiz emitir liminares para a pronta proteção dos direitos ameaçados. Propomos, assim, o estudo dos aspectos fundamentais das medidas liminares, sua concessão, eficácia, modificação e revogação, sempre tendo presente a finalidade da tutela inibitória de evitar a prática, a continuação ou a repetição de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa.

Seção I – Aspectos fundamentais

Qualquer sistema processual, seja qual for a sua época histórica, que esteja preocupado com a efetividade dos direitos, deve adotar medidas liminares para afastar, de um lado o perigo de ineficácia jurisdicional (proteção cautelar), e de outro o perigo de fenecimento do próprio direito material vindicado (proteção substancial ou satisfativa).

Como revela TEIXEIRA FILHO, “a história do direito demonstra que os diversos sistemas legais – atendidas as suas particularidades – sempre adotaram mecanismos tendentes a propiciar uma tutela liminar dos direitos subjetivos individuais. Os mandados emitidos pelos pretores romanos podem ser apontados como corolário dessa afirmação; segundo a finalidade, os interditos pretorianos compreendiam duas espécies: a) proibitórios, que continham um veto, uma proibição a determinada conduta;

b) os exibitórios (ou restituitórios), que irradiavam um comando no sentido de exibição ou restituição de alguma coisa”²⁹¹.

Medida liminar, como já foi dito, pode ter natureza acautelatória da própria jurisdição (conservativa ou assegurativa), quando o provimento é dado em processo cautelar ou possuir natureza substancial ou satisfativa, como é o caso da antecipação total ou parcial dos efeitos da sentença de mérito. Destarte, a liminar “é medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático. Pode ou não ter caráter cautelar e tem previsão legal para ser concedida em vários tipos de ação (MS, ACP, ação cautelar, ação possessória etc.), ao contrário da medida cautelar, que só pode ser concedida em ação cautelar”.²⁹²

A doutrina tradicional equaciona a liminar como provimento inicial do juiz, de imediato, antes mesmo de instaurado o contraditório, como ensina GIGLIO: “medida liminar significa provimento inicial, concedido no liminar do ingresso em juízo, e se inspira, obviamente, no procedimento dos mandados de segurança.”²⁹³

“A medida liminar – como a define o douto TUCCI – é resultante de pronúnciação urgente, efetuada pelo órgão jurisdicional, imediatamente em seguida ao ajuizamento de uma ação de natureza especialíssima, com a finalidade de conferir, por antecipação, a necessária eficácia da tutela jurídica que o Estado realiza por meio do processo. (...) A

²⁹¹ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As ações cautelares no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988, p. 224.

²⁹² - NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 2ª ed., rev., e ampl., São Paulo: RT, 1996, p. 1132.

²⁹³ - GIGLIO, Wagner D. Liminar para reintegrar dirigente sindical. In: *Revista LTr*, vol. 60, nº 07, julho 1996, p. 884.

característica primacial e inafastável da medida liminar, o deferimento imediato, sem audiência prévia da parte contra quem é expedida, tem por finalidade evitar que a lesão de direito se consume, delongue ou agrave.”²⁹⁴

A liminar é assim qualificada em razão do momento em que é proferida, ou seja, o importante é o critério cronológico-processual. Se *in limine litis* é liminar; se depois dessa fase, é medida ou provimento concedido pelo juiz, mas já não podendo ser qualificado de liminar. Desse modo, quando a determinação judicial é feita em fase posterior, após instaurado o contraditório e muitas vezes após a própria prolação da sentença de 1º grau, não estaremos diante de medida liminar, em sentido puro, mas de provimento urgente, antecipatório, porém não-liminar.

Assim, “por todas as razões, medida liminar se traduz em sinérgico provimento jurisdicional de caráter emergencial, ou, em outras palavras, solução acauteladora de um possível direito agravado no instante do ajuizamento da respectiva ação, ou ameaçado com esse agravo, o que, em ambos os casos, poderá impor prejuízo irreparável se não for assegurado de imediato, tornando inócua a concessão de segurança desejada, a efetiva repressão a danos ao meio ambiente, lesões ao patrimônio público ou a qualquer outro tipo de tutela vindicada, demonstrando-se, por efeito, tardio qualquer provimento judicial meritório (e definitivo), tendente ao reconhecimento de direito já impossível de ser exercido, quer parcialmente, quer em sua plenitude.”²⁹⁵

²⁹⁴ - SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 362.

²⁹⁵ - FRIEDE, Reis. Conceito de medida liminar. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 5, nº 1, abr./jun. 1998, p. 44.

Sobre a finalidade da medida liminar, prossegue REIS FRIEDE dizendo que “é conveniente ressaltar que a natureza jurídica finalística da medida liminar, independe de seu aspecto material, se encontra adstrita a sua condição precípua de anteceder o provimento jurisdicional cognitivo. Esta é a tradução consentânea do vocábulo e o próprio objetivo do instituto que apenas possui o condão antecipatório, adicionado a sua característica antecedente, quando, excepcionalmente, revestir de natureza satisfativa, como na hipótese vertente prevista no art. 461, parágrafo 3º, do CPC e no art. 84, parágrafo 3º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (tutela específica).”²⁹⁶

As liminares proferidas em ações inibitórias, por anteciparem os efeitos de mérito da futura sentença de procedência, não são cautelares, mas satisfativas. São providas pelo juiz através de decisões interlocutórias, como observa GIGLIO: “A medida liminar resolve uma questão levantada no processo, mas não lhe põe fim, caracterizando assim decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º), que, como tal, não enseja recurso imediato.”²⁹⁷

As medidas liminares não podem ser restringidas pela legislação infraconstitucional, pois nossa Constituição Federal garante o princípio da inafastabilidade, inclusive em relação à ameaça a direito, no art. 5º, inc. XXXV. Qualquer ato normativo infraconstitucional que impeça ou embarace a concessão de liminares, de qualquer natureza, padecerá de indubitosa inconstitucionalidade.

Assim pronunciam-se NERY JÚNIOR e ROSA NERY: “As normas da lei ordinária destinadas a limitar a concessão de liminares pelo

²⁹⁶ - FRIEDE, Reis. Natureza jurídica da medida liminar. In: *Revista do TRT 1ª Região*, Rio de Janeiro, nº 19, maio/ago. 1998, p. 26.

²⁹⁷ - GIGLIO, Wagner D. Liminar para reintegrar dirigente sindical. In: *Revista LTr*, vol. 60, nº 07, julho 1996, p. 884.

juiz são ineficazes, pois o magistrado pode usar de seu poder cautelar geral para concedê-las, mesmo na ausência de permissão legal (V. Coment. 23 CF 5º XXXV e LMS 18).²⁹⁸ e MACHADO: “A medida liminar é um direito constitucional; além de ser um direito constitucional porque a Constituição garante a apreciação judicial em face de simples ameaças, a medida liminar muitas vezes é condição *sine qua non* para utilidade da sentença de mérito. Então, quando é cabível uma medida liminar? Toda vez que estiver em perigo a efetividade, a eficácia da sentença, a utilidade da sentença; toda vez que estiver em perigo essa utilidade, ou o juiz dá a liminar ou denegou a segurança, não há como fugir disso.”²⁹⁹

Ensina CARREIRA ALVIM que: “Dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, esse preceito de superdireito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave ou de difícil reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em seus próprios pressupostos; sem o que, o acesso à Justiça não seria completo. (...) Em princípio, pode parecer que não, mas desde que a medida liminar se revele necessária à preservação do direito em litígio, haverá ofensa a um elemento co-natural à tutela jurisdicional, se a sua concessão for proibida. Eliminar de vez um componente essencial da garantia jurisdicional, como a medida liminar, ou impor restrições ao seu exercício da ação, de forma que, sem ela, a tutela se revele inadequada à defesa do direito, é uma afronta

²⁹⁸ - NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 1996, p. 143.

²⁹⁹ - MACHADO, Hugo de Brito. Instrumentos de garantia dos direitos dos administrados: mandado de segurança, ação popular e ação civil pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, nº 1, janeiro 1997, p. 31.

igualmente ao acesso à Justiça e ao devido processo legal, de fundo constitucional. (...) Por fim, não devem juízes e tribunais se acanharem diante de restrições inconstitucionalmente impostas à concessão de medidas liminares (processuais ou substanciais), sempre que se revelarem a única forma eficaz de evitar uma lesão a direito subjetivo, sendo, como são, tais modalidades de tutela, elementos co-naturais, do sistema de proteção jurídica, a cargo do Estado, e que não podem ser neutralizados pela lei ordinária em benefício do Poder Público.”³⁰⁰

Seção II – Eficácia

Tratando-se de liminar emitida em processo cautelar sua eficácia perdura durante toda a pendência do processo principal e, quando preparatórias, durante os trinta dias subseqüentes à sua efetivação, salvo aquelas em que não se exige a pronta propositura da ação principal, como as antecipações de prova, protestos, exibição de documentos, etc. De qualquer modo, quando a medida cautelar é antecedente ao processo principal, e impõe restrição a direito de alguém, a aludida ação principal normalmente deve ser proposta no prazo máximo de trinta dias após a efetivação da liminar, sob pena de ineficácia (arts. 806 a 808, do CPC). Proposta a ação principal, no trintídio, os efeitos da liminar continuam subsistindo até que outra decisão a modifique, revogue ou confirme.

As liminares concedidas em ações inibitórias não são cautelares, sendo inaplicáveis as regras anteriormente aludidas, pois não dependem da propositura de outro processo, dito principal, de mérito, pois a

³⁰⁰ - ALVIM, J. E. Carreira. Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica. In: *RT/Fasc. Civ.*, vol. 734, dezembro 1996, p. 67 e 69.

relação processual inibitória é una, de caráter substancial, com cognição exauriente, apta à formação da coisa julgada material. Na relação processual inibitória são realizados, quando preenchidos os pressupostos necessários (arts. 273 e 461, do CPC), os atos de antecipação do resultado de mérito pretendido. Assim, a eficácia da medida liminar inibitória perdura até o trânsito em julgado da sentença e, quando confirmada pelo julgamento de fundo, perduram seus efeitos em princípio até o efetivo cumprimento do preceituado pelo juiz.

A sentença poderá confirmar ou não a liminar anteriormente concedida. Confirmando, os seus efeitos permanecem agora por força de sentença e da própria liminar deferida por meio de decisão interlocutória. A sentença aqui não absorve totalmente a decisão interlocutória, pois do contrário o recurso dotado com efeito suspensivo, principalmente no processo civil, tiraria a força da sentença prolatada, razão pela qual a decisão interlocutória continua a produzir seus efeitos até o trânsito em julgado.

Se a sentença, ao contrário, rejeitar a pretensão inibitória da parte, a eventual liminar concedida perderá a sua eficácia seja por declaração expressa do juiz (que é o ideal), seja pela incompatibilidade lógica entre a decisão sumária e a final, prevalecendo esta última. A sentença é proferida com base no juízo de certeza, após a produção das provas, prevalecendo sobre a decisão interlocutória anterior baseada em verossimilhança, ainda que sobre a primeira haja a interposição de recurso com efeito suspensivo. Entendemos, outrossim, que o juiz não pode indeferir a pretensão deduzida por sentença e ao mesmo tempo conservar a eficácia da medida liminar em sentido contrário, pois na hipótese, a nosso sentir, haveria *error in procedendo* e atentado contra a lógica.

Seção III – Modificação e revogação

Tanto em relação às medidas liminares cautelares, quanto às substanciais, a possibilidade de modificação e revogação do provimento é a regra. Dispõe o art. 807, do CPC, relativamente ao processo cautelar que: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.” No tocante às medidas liminares substanciais ou satisfativas, dispõe o § 4º, do art. 273, do CPC, que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo e, em relação às obrigações de fazer e de não fazer, prevê a parte final do § 3º, do art. 461, do CPC, que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Há ampla margem para a concessão, revogação ou alteração das medidas liminares inibitórias, conforme se apresentar a situação de direito material submetida à cognição do juiz. E deve ser dessa forma, pois as situações conflituosas adquirem contornos tão amplos e diversificados que o legislador deve optar pela concessão de remédios genéricos, aplicáveis pelo juiz a cada caso concreto.

Dessa forma, não há preclusão para o juiz em primeiro negar o pedido liminar e posteriormente concedê-lo; ou revogar o provimento anteriormente concedido ou, finalmente, modificá-lo, conforme as circunstâncias. Essas decisões devem ser fundamentadas, podendo ser reexaminadas pelos tribunais, através do agravo de instrumento, no processo civil, e do mandado de segurança, no processo do trabalho, havendo direito líquido e certo eventualmente violado pelo juiz.

A modificação e revogação das liminares não dependem de requerimento expresso da parte, podendo o juiz tomar as providências adequadas que o caso exige *ex officio*, com ou sem modificação na situação fática. Na sentença o juiz deverá decidir “sobre a manutenção ou revogação da medida liminar”³⁰¹, sempre com a devida fundamentação. Isso porque “não se confunde, por efeito conseqüente, neste quadro, o objeto da medida liminar com o objeto da ação própria em que a mesma se encontra contida, por força de reconhecida imposição legislativa.”³⁰²

³⁰¹ - GIGLIO, Wagner D. Liminar para reintegrar dirigente sindical. In: *Revista LTr*, vol. 60, nº 07, julho 1996, p. 885.

³⁰² - FRIEDE, Reis. Conceito de medida liminar. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 5, nº 1, abr./jun. 1998, p. 48.

CAPÍTULO XII – MEIOS DE COERÇÃO E DE EFETIVIDADE

A tutela inibitória não tem nenhuma eficácia prática se não contar com expeditos e hábeis instrumentos de coerção para obrigar o devedor a adimplir a sua obrigação. Mera declaração judicial mais ou menos solene não resolve o problema. É necessária a utilização de medidas que impeçam a prática, a continuação ou a repetição de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa. Do contrário, sem eficazes meios de coerção, a tutela inibitória não tem qualquer serventia, a não ser como mais um meio retórico de tutela existente no direito processual. É tudo o que não queremos.

À tutela inibitória aplica-se o princípio da prioridade jurídica da tutela específica, não podendo convolar-se simplesmente em perdas e danos, transferindo o seu objetivo para uma tutela do ressarcimento. De outra parte, deve ser observado o postulado da maior coincidência possível entre o direito objetivo e as medidas de sua salvaguarda. Tal preocupação também é encontrada no direito anglo-americano, com a *specific performance*, como ensina TARUFFO: “A *injunction* tem, na verdade, o efeito típico de impor a *specific performance* da obrigação de fazer ou de não fazer e, assim, de bloquear a eventualidade substitutiva do ressarcimento do dano, que deriva do não-cumprimento da obrigação.”³⁰³

Desse modo, a tutela inibitória específica e direta constitui a via normal e ideal. Vejamos alguns exemplos do princípio da prioridade jurídica da tutela específica: o sujeito passivo deve ser compelido, por exemplo, a entregar a coisa, em caso de obrigação de dar, até mesmo *manu militari*. As obrigações infungíveis ou *intuitu personae* não admitem execução *manu*

³⁰³ - TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, nº 59, jul./set. 1990, p. 76.

militari, devendo ser utilizados, nesses casos, os meios de coerção psicológica (patrimoniais ou pessoais), para vencer a resistência do devedor e levá-lo ao adimplemento. As obrigações fungíveis podem ser executadas até por medidas sub-rogatórias, objetivando-se o cumprimento das normas contratuais e extracontratuais.

A preocupação com a obediência às ordens inibitórias é tema recorrente na doutrina, lembrando os processualistas que a execução ordinária (*stricto sensu*) é inidônea para a preservação dos direitos: “A possibilidade de garantir a obediência da inibitória mostra-se particularmente difícil, porque o sistema executivo ordinário é de todo inidôneo para executar as obrigações (de fazer e de não fazer) que sejam materialmente ou juridicamente infungíveis, como normalmente acontece no caso das ordens inibitórias.”³⁰⁴ “A garantia da obediência da decisão proferida na inibitória resulta em uma particular dificuldade, pois o sistema executivo ordinário não é absolutamente funcional em relação às obrigações que sejam material ou juridicamente infungíveis, como normalmente são nos casos da ordem inibitória.”³⁰⁵

Para a efetividade da tutela inibitória é necessário enquadrar o direito à adequada tutela jurisdicional – o direito de ação – como direito fundamental, consoante, aliás, está previsto em nossa Constituição (art. 5º, inc. XXXV). “Há muito mais que uma mera opção terminológica em referir-se à efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos

³⁰⁴ - DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, p. 1046-1083, ottobre–dicembre, 1996, p. 1076-1077. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

³⁰⁵ - VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-sexies do Código Civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº 10, out./dez. 1998, p. 763.

principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionadas com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídicos especiais, próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está, precisamente, no diverso *status*, ou melhor, na maior força jurídica que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental, pois a defesa delas passa a vincular, imediatamente, o juiz, impondo-lhe o respeito e a concretização dessas garantias, independentemente e mesmo contra a lei.”³⁰⁶

Em doutrina mencionam-se duas possibilidades de cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente: a) execução direta – realizada por agentes do Poder Judiciário, com ou sem auxílio de força policial, ou por terceiros, por determinação do juiz; e b) execução indireta, praticada pelo próprio devedor, através de medidas coercitivas, de pressão psicológica sobre a sua vontade. “Verifica-se, portanto, que a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre como cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas.”³⁰⁷

Explica MARINONI que “na verdade, há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.”³⁰⁸

³⁰⁶ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 248.

³⁰⁷ - GUERRA, Marcelo Lima. *Idem*, p. 28.

³⁰⁸ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 77.

As *injunctions* anglo-americanas, à semelhança da nossa tutela inibitória, são também consideradas medidas de execução indireta, tendentes a levar o devedor ao cumprimento de suas obrigações. “Do ponto de vista teleológico, o instituto do *contempt of Court* não tem um fim em si mesmo, mas constitui um meio de coerção indireta à obediência da ordem do juiz, contido em uma *injunction*.”³⁰⁹

Para a observância da tutela inibitória, “é preciso dispor de forma de tutela que contenha *imperium*, em que se possibilite ao juiz que ordene a abstenção da prática do ato temido pelo autor. Também não se pode esquecer da necessidade de exercer a pressão psicológica indispensável para que o requerido não possa esquivar-se à prática da conduta desejada.”³¹⁰

Veremos nas seções seguintes as hipóteses coercitivas e de efetividade mais utilizadas ou principais, sem o intuito de sermos exaustivos, em matéria que tende ao infinito, de meios e medidas para a obtenção da observância da tutela inibitória concedida pelo juiz, que deve sempre escolher o instrumento executivo mais adequado para cada situação concreta.

Seção I – Multa inibitória

Uma das medidas mais eficientes para quebrar a resistência injustificada do devedor é a cominação de multa, expressamente prevista em

³⁰⁹ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 238. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

³¹⁰ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 107.

nossa legislação, inclusive na CLT (art. 137, § 2º). A multa funciona especialmente para obrigações infungíveis, que devem ser prestadas pelo próprio devedor. Do contrário, pode-se utilizar das medidas sub-rogatórias ou medida de execução *lato sensu*. Nada impede, no entanto, a utilização da multa para induzir o devedor a cumprir obrigações fungíveis, como defende MARINONI.³¹¹

As multas judiciais para obtenção do cumprimento de obrigações, principalmente de fazer e não fazer infungíveis, têm o seu nascedouro nas *astreintes* francesas, bem sucedidas naquele país, embora num primeiro momento também em França não se pudesse constranger o devedor ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, em razão da preservação da liberdade pessoal do sujeito, estampada no princípio do *nemo ad factum cogi potest*. Como ensina GUERRA,

“na França, o movimento político de libertação da pessoa humana das relações servis e de rompimento com o sistema feudal, que culminou na Revolução Francesa, teve como uma das conseqüências mais importantes, no plano jurídico, o banimento de medidas de coação sobre a pessoa do devedor. Tal conquista veio a se consolidar, definitivamente, com a consagração legislativa do princípio *nemo ad factum cogi potest* no art. 1.142 do *Code Napoléon*, segundo o qual: ‘Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor’.”³¹²

³¹¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 74-75.

³¹² - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 108-109.

As *astreintes* francesas tiveram origem na criação pretoriana e não fruto do pensamento do legislador ou da doutrina que, no início, até combateu a iniciativa dos juízes. “O *instituto da astreinte tem origens relativamente antigas; de fato, considera-se comumente que sua primeira aplicação foi em um caso do Tribunal Civil de Cray em 25 de março de 1811. A consagração definitiva por obra da Corte de Cassação aconteceu depois em 28 de dezembro de 1825. Desde então os juízes franceses têm feito dela um uso sempre mais amplo e geral.*”³¹³ Atualmente, no entanto, a *astreinte* é regulada por lei na França. Com efeito, dispõe o art. 33 da Lei Francesa 91-659 de 1991: “Todo juiz pode, mesmo de ofício, impor uma *astreinte* para garantir a execução de sua decisão.”

Para a perfeita compreensão do instituto, emprestamos o conceito de FRIGNANI para defini-la “(...) *como uma condenação pecuniária pronunciada pelo juiz para constranger o devedor a cumprir sua obrigação. Ela é fixada em razão de um tanto por dia - ou por outra unidade de tempo - de atraso na execução de uma prestação, resultante de uma sentença de condenação; mas pode também consistir em uma soma fixa devida pelo devedor para cada violação sucessiva. De tal modo o devedor que persistir na recusa de obedecer fica sujeito à uma condenação pecuniária que pode, pelo menos em princípio, aumentar indefinidamente.*”³¹⁴

As *astreintes* ou multas cominatórias fixadas pelo juiz têm natureza processual e possuem como características: a) a acessoriedade, pois são ditadas para o cumprimento da obrigação principal e, portanto, seguem a sorte desta; b) o caráter de meio coercitivo, objetivando levar o devedor a cumprir a sua obrigação; c) a aplicação *ex officio*, independente,

³¹³ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 564. Texto original no final deste capítulo, sob nº 3.

³¹⁴ - FRIGNANI, Aldo. *Idem*, p. 562. Texto original no final deste capítulo, sob nº 4.

portanto, de requerimento da parte, como está absolutamente claro no § 4º, do art. 461, do CPC. “Assim, enquanto a liminar só pode ser concedida se houver requerimento do interessado, a multa pode ser aplicada por iniciativa do próprio juiz: é o que consta, com absoluta nitidez, do § 4º, do art. 461, do CPC.”³¹⁵

A multa judicial ou *astreinte*, como se vê, não é um instituto de direito material, mas ato de autoridade do juiz, de natureza processual. Podem, é claro, ser fixadas também contra a Fazenda Pública, como já decidiu o E. STJ: “As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (Fazenda Estadual), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes desta Corte.” (REsp 201378/SP, Ac. 5215-3/99, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 01/06/99, p. 212).

É preciso deixar claro que “(...) a imposição dessas multas não configura medida de execução forçada, entendida esta como constrição sobre o patrimônio do obrigado. Trata-se, isto sim, da chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação.”³¹⁶

A aplicação ao processo do trabalho é notória, como se pode depreender do seguinte aresto: “Obrigação de Fazer. Pena pecuniária. Perfeitamente compatível com o processo do trabalho a aplicação de multa pecuniária pelo descumprimento de obrigação de fazer, quer porque há

³¹⁵ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos: nº 02, antecipação da tutela e liminares*. São Paulo: LTr, 1996, p. 42.

³¹⁶ - GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 256.

previsão na CLT na utilização de uma *astreinte* (art. 137), quer porque a realidade mostra que a medida deve ser incentivada como obstáculo ao abuso patrimonial. A obrigação, no caso, é positiva e infungível, pois compete exclusivamente a empresa a anotação e a regularização da CTPS. (...)” (TST, ERR nº 6778/85, Ac. TP nº 2370/89, Min. Norberto Silveira de Souza, DJU de 23/03/90, p. 2122).

A finalidade da multa é a obtenção do cumprimento das obrigações e, em se tratando de tutela inibitória, evitar a prática, a continuação e a repetição de uma conduta que viole o ordenamento jurídico. Trata-se de medida para incentivar o cumprimento das obrigações, vencendo-se a resistência do réu recalcitrante, sob a ameaça de sanção pecuniária. Em última análise a multa tem por escopo garantir a efetividade da tutela jurisdicional. “Se todos têm direito à efetividade da tutela preventiva – efetividade que poderia ser comprometida se a execução tivesse que ser feita necessariamente através da execução por sub-rogação - e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como não se admitir que a tutela inibitória que implica em um fazer fungível possa ser executada através de multa.”³¹⁷

A multa, portanto, na tutela inibitória, “objetiva pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, visando à prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, de sua repetição ou de sua continuação.”³¹⁸

“Por isso, os ordenamentos processuais cunharam um sistema de sanções pecuniárias, representativas das medidas coercitivas, concebidas para induzir o devedor a cumprir espontaneamente as

³¹⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 110.

³¹⁸ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 174.

obrigações que lhe incumbem, principalmente as de natureza infungível.”³¹⁹

“A efetividade da tutela preventiva, como é óbvio, está na dependência da possibilidade de se impedir o ilícito (ou sua continuação ou repetição). Torna-se imprescindível, assim, a possibilidade do uso da multa, como meio de coerção capaz de convencer o réu a não fazer ou a fazer, conforme se tema a ação ou a omissão.”³²⁰

“E parece igualmente fácil compreender que, para garantir-lhe o máximo de eficiência, se torna necessário revesti-la de formas procedimentais particularmente simples e expeditas, já que o interesse na atuação do mecanismo judicial emerge, em regra, da urgência do remédio, vale dizer, da iminência da ofensa, e bem assim armá-la de efetivo poder de coerção, através de medidas tendentes a influir no ânimo do provável infrator, com força bastante para induzi-lo à abstenção.”³²¹

A fixação da multa não é aleatória, devendo o juiz seguir alguns critérios apontados pela doutrina, normalmente quatro, ou seja, 1º) capacidade econômica do demandado; 2º) capacidade de resistência do demandado; 3º) comportamento mais ou menos culposos; 4º) repercussão individual e social da conduta indesejada.

Desse modo, em primeiro lugar a *astreinte* deve ser fixada de acordo com a capacidade econômica de quem deve suportá-la, pois para alguns módica quantia pode representar a insolvência, enquanto que para outros nada representa. Tratando-se, portanto, de grande complexo

³¹⁹ - GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255.

³²⁰ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 69.

³²¹ - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25-26.

empresarial, a multa para ter efeito psicológico, deve ser elevada. Ao contrário, tratando-se de microempresário, pequeno valor poderá ser suficiente para obtenção do cumprimento da obrigação. “Na fixação do valor da multa, é importante considerar a capacidade econômica do demandado.”³²²

A multa, por outro lado, levando-se em conta a capacidade econômica do réu, pode até ultrapassar o valor da obrigação principal, pois não se confunde com a cláusula penal, nem se submete ao art. 920, do Código Civil. É oportuno lembrar que “apenas a multa que possa exceder ao valor da prestação pode agir sobre a vontade do obrigado para convencê-lo a adimplir.”³²³

Nem compete às partes arbitrar o valor da *astreinte*, pois tal tarefa é do juiz. “Vale aqui ressaltar que não podem as partes estipular contratualmente um limite ao valor de uma possível multa judicial, pois esta é um instrumento de efetivação, de preservação da autoridade jurisdicional e, como tal, não está na órbita de disposição das partes.”³²⁴

Na fixação da multa deve-se levar em conta a capacidade de resistência do demandado, tema correlato com a capacidade econômica, porém a diferença é que o juiz também pode fixá-la de maneira progressiva, aumentando-se o valor conforme o tempo de resistência do réu. “Ainda que as normas dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC guardem silêncio quanto à possibilidade da fixação de uma multa progressiva, nada impede que o juiz a

³²² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 175.

³²³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 299.

³²⁴ - VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-sexies do Código Civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº 10, out./dez. 1998, p. 764.

fixe com este caráter, à semelhança do que ocorre no direito argentino, onde, segundo o que dispõe o próprio art. 37 do Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación, o juiz pode 'impor sanções pecuniárias, compulsivas e progressivas'³²⁵.³²⁶

O juiz terá que analisar o impacto que a multa poderá ocasionar sobre o demandado, mormente a sua capacidade de resistir a ela ou de absorver o seu impacto, através de mecanismos como a transferência para os preços das mercadorias ou para terceiros. De qualquer modo, "se a intenção é impor o receio ao devedor, é certo que a ameaça de que a imposição da multa aumente com o decurso do tempo de inadimplemento é muito mais eficaz que a estipulação fixa do montante da *astreinte*."³²⁷

A multa pode ser fixada por dia de atraso no cumprimento da obrigação ou em valor fixo no caso de descumprimento de um preceito, de acordo com a capacidade de resistência do réu. A obrigação de não fazer é infungível, ligada, portanto, diretamente à pessoa do obrigado. Para a obtenção do cumprimento de obrigações de não fazer ou negativas a multa fixa revela-se adequada, desde que arbitrada com critério. "De modo que a alusão à 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."³²⁸

³²⁵ - Texto original no final deste capítulo, sob nº 5.

³²⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 176.

³²⁷ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 197.

³²⁸ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 178.

Na fixação da *astreinte* deve o juiz examinar, também, o comportamento mais ou menos censurável do devedor e a repercussão da sua conduta para a sociedade. A valoração é sempre necessária, de acordo com os direitos de maior ou menor relevo, como por exemplo, respectivamente, a vida frente à liberdade; a saúde frente ao dinheiro; o interesse social frente ao individual e assim por diante. Quanto maior for o bem jurídico protegido (qualitativamente), mais severos devem ser os meios de repressão à sua violação.

O valor fixado da multa, seja em decisão interlocutória (inibitória provisória) seja em sentença (inibitória definitiva), não opera preclusão, nem transita em julgado, podendo ser modificado se excessivo ou insuficiente, na forma prevista no parágrafo único, do art. 644, do CPC. “Não fica abrangida, a decisão que fixa a *astreinte* (seja em sentença, seja em liminar), ao menos na parte em comento, pela autoridade de coisa julgada. Nem se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de que somente poderia ser modificado o valor da multa em caso de alteração do estado de fato.”³²⁹

“O novo art. 644, ao permitir que o juiz reduza ou aumente o valor da multa fixada na sentença já transitada em julgado, demonstrou claramente que a parte da sentença que fixa o valor da multa não fica imunizada pela coisa julgada material. A intenção do art. 644 é permitir que o juiz altere para mais ou para menos o valor da multa, segundo as necessidades de cada caso concreto.”³³⁰

³²⁹ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 198.

³³⁰ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 184.

A doutrina italiana também perfilha de tal entendimento: “A *astreinte* constitui uma condenação provisória e o juiz tem o poder de modificá-la, segundo as circunstâncias, durante o período de persistência na recusa do devedor, de cumprir a obrigação.”³³¹

A multa, embora acessória em relação à obrigação principal, na medida em que cumprida esta, no prazo estabelecido, extingue-se aquela, é, no entanto, devida independentemente do resultado de mérito do processo, pois trata-se de instrumento processual destinado ao cumprimento das ordens judiciais. Não pode, assim, subordinar-se ao acolhimento da pretensão da parte, pois perderia força, na medida em que o devedor normalmente tem a expectativa, próxima ou remota, mas sempre tem, de eventualmente sair-se vencedor da ação.

Logo, é preciso desvincular a multa do resultado de mérito, cabendo à parte obedecer à ordem judicial, podendo questioná-la, até revogá-la através de outras medidas processuais, se for o caso, mas não descumpri-la. “Ainda, importa lembrar que a multa, fixada provisoriamente, em decisão liminar, é exigível ainda que em caso de improcedência final da ação (seja por sentença, ou por decisão de tribunal posterior).”³³²

Cabe referir, no entanto, posição diversa de MARINONI, segundo o qual: “Se nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente 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

³³¹ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 563. Texto original no final deste capítulo, sob nº 6.

³³² - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 200.

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.”³³³

A posição doutrinária de MARINONI é digna de menção e análise. Não obstante, em razão da necessidade de se observarem de maneira mais efetiva as ordens dos juízes brasileiros, optamos pela posição de que a multa é sempre devida, exceto se outra decisão revogá-la, pois não pode a ordem do juiz ser obedecida somente quando o resultado de mérito favorecer o autor. Em princípio, presume-se que toda ordem judicial é legítima, de acordo com a Lei, como aliás é a presunção dos atos administrativos em geral e, se houver algum vício, deve a parte prejudicada utilizar-se dos meios processuais adequados (que são abundantes em nossa legislação) para reverter tal decisão. É essa, também, a opinião de TEIXEIRA FILHO:

“Vejam, agora, se a multa prevista no § 3º, do art. 461, do CPC, será devida se a sentença declarar a inexistência do direito (estabilidade no emprego) alegado pelo autor. Pensamos que sim. A multa em questão não está vinculada à existência do direito material, mas ao fato concreto de a determinação judicial não haver sido cumprida. Essa penalidade pecuniária figura, por isso, como um instrumento coercitivo, destinado ao acatamento de um ato jurisdicional específico. Se imaginássemos que a multa estaria ligada ao direito material, por certo ela somente poderia ser exigida se a sentença declarasse a

³³³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 181-182.

existência desse direito – o que, na prática, constituiria poderoso estímulo para que o réu não cumprisse o despacho-decisório que ordenou a reintegração liminar do trabalhador.”³³⁴

Cada ordenamento jurídico adota um beneficiário para a multa. No caso da França a multa reverte em benefício do credor. Na Alemanha o valor da multa reverte para o Estado. “O direito português, a partir dessa mesma preocupação, chegou a uma solução intermediária, determinando que a soma relativa à “sanção pecuniária compulsória” reverta, em partes iguais, para o autor e para o Estado. Com efeito, segundo o art. 829-A, n-3, do Código Civil Português, “o montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado.”³³⁵

Para MARINONI, “a multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um plus indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional. (...) A melhor solução, a nosso ver, é a do direito alemão, onde a soma reverte apenas ao Estado, pois não há qualquer razão para se pensar em um sistema híbrido, como é o direito português. O legislador brasileiro, contudo, ainda poderá deixar claro que a multa não reverte em benefício do autor, mas sim em proveito do Estado.”³³⁶

³³⁴ - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos: nº. 2, antecipação da tutela e liminares*. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.

³³⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 180.

³³⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 179-180.

Pensamos diversamente do grande mestre paranaense. O devedor recalcitrante muitas vezes prefere pagar a multa para o Estado, se fosse o caso, a cumprir a obrigação para com o credor. Quando o devedor imagina que o credor poderá ser beneficiado, com quem normalmente já não tem boas relações, prefere cumprir logo a obrigação a fim de não agraciá-lo com mais o valor da multa.

A multa tem influência psicológica sobre o devedor que não irá querer beneficiar o credor com a multa, preferindo, assim, o cumprimento da obrigação. Demais disso, a multa em favor do Estado poderia dificultar uma futura composição entre as partes. É que o valor da multa pode ser transacionado entre devedor e credor, favorecendo eventual conciliação, fato que não seria possível se o valor revertsse ao Estado. De qualquer modo, o art. 601, do CPC, embora com finalidade diversa, indica que é o credor o beneficiário da multa. Nesse sentido, ensina GUERRA que: “Entre a solução adotada no direito alemão (o Estado é o beneficiário da multa), e a solução do direito francês (o credor da execução é o beneficiário), esta é a que se revela o mais coerente com o sistema brasileiro e a única para a qual se pode encontrar um fundamento jurídico, a saber, a aplicação analógica do art. 601 do CPC.”³³⁷

Importa analisar, também, o momento em que a multa é exigível. A legislação não indica com clareza tal momento. Nesse caso, “é o juiz que fixa o *dies a quo*, a partir do qual a multa é exigível.”³³⁸ “A multa é exigível a partir da data fixada pelo juiz, que deve coincidir, como já se viu,

³³⁷ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 255.

³³⁸ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 199.

com o esgotamento do prazo por ele determinado para que o devedor cumpra a obrigação.”³³⁹

O juiz ao deferir a liminar ou a providência inibitória deverá prescrever prazo razoável para o cumprimento do preceito e a partir do *dies ad quem* ou termo final para a obediência ao provimento, incidirá a multa ou *astreinte*, cuja cobrança se fará após o trânsito em julgado da sentença. “Segundo a jurisprudência do STF, as *astreintes* não têm o caráter de indenização por inadimplemento, mas sim o de meio coativo de cumprimento de sentença e por isso só vigoram a partir do seu trânsito em julgado (RTJ 89/556. 103/774).”³⁴⁰

Leciona GUERRA que “a execução definitiva da *astreinte* é possível a partir do momento em que é atingido o seu termo final, na hipótese em que o juiz tenha fixado previamente sua duração, ou quando a situação que deu origem à decretação da *astreinte* tenha se consolidado. Entende-se que tal situação se consolida quando o devedor cumpre a condenação em razão da qual foi decretada a *astreinte* ou quando se verificar que esse cumprimento já não é mais possível.”³⁴¹

Segundo MARINONI, no processo civil, “fixada a multa na sentença, três são as hipóteses que podem ocorrer: i) a sentença não é impugnada através de recurso, quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos após escoado o prazo recursal; ii) a sentença é impugnada através de recurso de apelação recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo,

³³⁹ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 210.

³⁴⁰ - COSTA, Dilvanir José da. A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado. In: *Atualidades Forense*, extraído da Internet em 05/07/2000, no endereço eletrônico <https://ecommerce.rio.com.br//Forense/atualida/execucao.htm>, p. 7.

³⁴¹ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 131.

e a sentença e a multa permanecem sem produzir qualquer efeito; iii) a sentença é impugnada através de recurso recebido apenas no efeito devolutivo – o que, é importante lembrar, é a regra na ação civil pública, em vista do que dispõe o art. 14 da Lei 7.347/85 - , quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos imediatamente.”³⁴²

De qualquer modo, cominada a *astreinte* por liminar, antes da sentença, passa a operar efeitos a partir da data final para o adimplemento da obrigação e não a contar da sentença posterior ou do trânsito em julgado. Não se deve confundir a data em que a multa passa a ser devida (de acordo com o que o juiz fixou), com a execução ou cobrança da multa que é diferida para após o trânsito em julgado, posição aliás defendida por MARINONI³⁴³, com base no art. 12, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública: “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

A multa ou *astreinte* não se confunde com a cláusula penal, nem com o ressarcimento de danos. O ressarcimento de danos decorre normalmente da responsabilidade civil, sendo devido em razão de prejuízos causados por alguém, tendo correspondência de valor entre a indenização e a perda patrimonial da vítima.

A *astreinte* é uma cominação fixada pelo juiz, normalmente diária, independente da existência de dano, com natureza processual, cuja finalidade é de levar o devedor a cumprir determinada decisão judicial. O

³⁴² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 181.

³⁴³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 182-183.

montante da *astreinte*, é oportuno dizer, não é compensável com o valor decorrente das perdas e danos devido ao lesado.

A cláusula penal é um negócio jurídico acessório de outro negócio dito principal, de direito material, que tem por finalidade reforçar o cumprimento da prestação e prefixar antecipadamente a importância das perdas e danos, limitando-se ao valor da obrigação principal, nos termos do art. 920, do Código Civil.³⁴⁴

Assim, “a cláusula penal não se confunde com as *astreintes* e está sujeita à limitação prevista no artigo 920 do Código Civil.” (STJ, REsp 191959/SC, Ac.76286-8, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 19/06/2000, p. 142).

De igual modo manifesta-se a jurisprudência: “Não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as *astreintes*, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento.” (STJ, REsp 169057/RS, Ac. 22257-0/98, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, de 16/08/99, p. 74).

A multa ou *astreinte*, portanto, “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, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o

³⁴⁴ - “A cláusula penal constitui liquidação convencional e antecipada das perdas e danos resultantes do inadimplemento da avença.” (RT 304/250).

valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461.”³⁴⁵

“Essas multas não são de natureza reparatória, de modo que sua imposição não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, ou ainda à postulação das perdas e danos. A multa, em suma, tem natureza puramente coercitiva. Daí porque a imposição dessas multas não configura medida de execução forçada, entendida esta como constrição sobre o patrimônio do obrigado. Trata-se, isto sim, da chamada *execução indireta*, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação.”³⁴⁶

Normalmente o uso das *astreintes* está direcionado ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer de natureza infungível, hipótese em que o próprio devedor deve realizar a prestação. Não obstante, o campo de atuação das *astreintes* deve ser mais elástico para abranger obrigações de fazer e não fazer fungíveis e de entrega de coisa. Em relação à entrega de coisa, prevê o art. 461-A, do Anteprojeto de Lei nº 13, visando complementar as leis de reforma do Código de Processo Civil, que: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (...) § 3º. Aplicam-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º a 6º do artigo anterior.”

³⁴⁵ - WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

³⁴⁶ - GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255-256.

Desse modo, verifica-se, *de lege ferenda*, a possibilidade expressa de aplicação da multa também para as obrigações de entrega de coisa. Cremos, no entanto, que é possível - em atendimento aos princípios da efetividade e da prioridade da tutela específica da obrigação - a aplicação da multa desde logo, antes mesmo da aprovação da mencionada proposta legislativa. Acerca do assunto, é interessante mencionar a opinião doutrinária vanguardista de TARUFFO:

“Isto implica que se supere a originária ligação entre as *astreintes* e as obrigações de fazer ou de não fazer infungíveis, e a extensão do instituto a qualquer tipo de obrigação. A *astreinte* é aplicada também quando se trata de cumprimento de prestações pessoais, por exemplo, prestações de trabalho, e, superado o princípio segundo o qual a *astreinte* seria uma medida coercitiva subsidiária, tem-se admitido seu uso também quando se trata de obrigações de fazer ou de não fazer que, sendo fungíveis seriam, em tese, suscetíveis de execução específica, por conta de um terceiro. Seu uso abrange também as condenações a entregar ou a liberar, que também são executáveis sob forma específica e também nas hipóteses de obrigações de dar em geral, e, mais especificamente, as hipóteses de condenação ao pagamento de uma soma em dinheiro. Esse instituto não é mais, portanto, uma técnica de execução indireta, conexa a certos tipos determinados de situações substanciais, ou a situações com relação às quais não sejam utilizáveis outras formas de execução. É, hoje, isto sim, um instituto geral, aplicável a todos os casos e também concorrentemente a outras

formas de execução e de preferência com relação a outros instrumentos de atuação dos pronunciamentos do Juiz.”³⁴⁷

Seção II – Medidas sub-rogatórias

Para as obrigações de natureza infungíveis normalmente o juiz utilizará as medidas de execução indireta, como as *astreintes* e até mesmo a prisão civil na hipótese de inobservância aos provimentos de natureza mandamental, como veremos na próxima seção. Para obrigações fungíveis, ainda que se possa utilizar as medidas aludidas (*astreintes* ou prisão), há outras que podem ser adotadas pelo juiz para a satisfação do credor e intangibilidade do ordenamento jurídico.³⁴⁸ Afinal, “se a multa não atingiu seu objetivo, é possível ao juiz, tratando-se de tutela inibitória antecipada ou final, determinar uma medida que seja idônea para prevenir o ilícito.”³⁴⁹

As obrigações fungíveis podem ser realizadas por terceiro ou convertidas em perdas e danos, não sendo esta última a solução preconizada pela tutela inibitória. Nos meios sub-rogatórios há substituição de uma atividade do devedor pela de outro, determinada pelo órgão jurisdicional. “Haverá que ver-se, caso a caso, se a prestação correspondente à obrigação de fazer ou não fazer é de fato naturalmente infungível. Somente nessa hipótese não poderá pensar-se em meios sub-rogatórios que levem ao resultado prático equivalente ao adimplemento, e a única saída será a das *astreintes*: é o caso, por exemplo, de um pintor

³⁴⁷ - TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, nº 59, jul./set. 1990, p. 76.

³⁴⁸ - O § 5º, do art. 461, do CPC, menciona que o juiz poderá determinar as “medidas necessárias” para obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

³⁴⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 187.

famoso que se recusa a cumprir a prestação (infungível por natureza) correspondente à obrigação de pintar o quadro.”³⁵⁰

A medidas sub-rogatórias são adotadas também por outros ordenamentos jurídicos, como o Alemão, por exemplo. Valemo-nos da doutrina de GUERRA a propósito do assunto: “Constata-se que, no direito positivo alemão, a execução forçada das obrigações de fazer dá lugar a três procedimentos executivos distintos, a saber:

- a) a execução das obrigações de fazer fungíveis, prevista e disciplinada no § 887 da ZPO;
- b) a execução das obrigações de fazer infungíveis, regulada pelo art. 888 da ZPO;
- c) a execução da obrigação de emitir declaração de vontade, disciplinada, excepcionalmente, no § 894 da ZPO.

O procedimento adotado para a execução forçada das obrigações de fazer fungíveis vale-se de meio executivo sub-rogatório, ou seja, o juiz emprega aí, para satisfazer o direito do credor, providências com as quais substitui-se ao devedor, realizando, sem a sua colaboração, a prestação devida. (...) Por outro lado, no procedimento executivo destinado ao cumprimento forçado de obrigações de fazer infungíveis, o legislador germânico empregou meios executivos coercitivos, ou de coação indireta, com os quais o juiz emprega providências que consistem na imposição ao devedor de sanções agravadas e agraváveis, na proporção em que ele

³⁵⁰ - GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255.

persistir no inadimplemento, destinadas a exercer uma pressão psicológica sobre a vontade desse devedor, induzindo-o a realizar, por si próprio, a prestação devida.”³⁵¹

O direito brasileiro prevê no § 5º, do art. 461, do CPC, a utilização das medidas necessárias para a obtenção da tutela específica – adoção expressa do princípio da prioridade da tutela específica – e, sucessivamente, a obtenção de resultado prático equivalente (postulado da maior coincidência possível), fonte jurídica, portanto, da adoção de medidas sub-rogatórias.

“Hoje, na verdade, no caso de execução das obrigações de fazer e não fazer, é exato falar-se em princípio da concentração dos poderes de execução do juiz. A tutela das obrigações de fazer e de não fazer é marcada por este princípio, pois o juiz na fase executiva, tem a possibilidade de determinar as medidas necessárias para que seja obtida a tutela específica da obrigação ou um resultado prático equivalente.”³⁵²

Podem ser lembradas no direito processual civil brasileiro, como medidas sub-rogatórias, entre outras, a prestação de fato por terceiro (art. 634, do CPC) e a obrigação de emitir declaração de vontade substituída pela sentença (art. 641, do CPC). No processo do trabalho é aplicável, no que for omissa a CLT e havendo compatibilidade com os princípios desse, as normas que regem os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), notadamente o disposto no inc. VI, do art. 52, que dispõe: “na obrigação de fazer, o juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária”. É

³⁵¹ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 137.

³⁵² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 187.

medida sub-rogatória, cumulada, igualmente, com a *astreinte*. Outra hipótese muito comum no processo do trabalho é a anotação da CTPS do empregado feita pela Secretaria da Vara do Trabalho, em substituição ao empregador omissor (CLT, art. 39, § 1º).

GUERRA aponta outra medida que pode ser usada em casos excepcionais, valendo mencionar: “Parece aplicável, no direito brasileiro, o uso de medida enérgica bastante utilizada no direito inglês, a saber: o seqüestro coercitivo de todo o patrimônio do devedor. Trata-se não de um seqüestro com finalidade cautelar, mas sim de um ato de constrição do patrimônio do devedor destinado a, criando-lhe um embaraço, induzi-lo a cumprir a obrigação.”³⁵³

Seção III – A prisão como medida coercitiva

A prisão como medida coercitiva para a efetividade da tutela inibitória não pode ser negligenciada, embora haja muita polêmica sobre a matéria. Não se pode discorrer sobre tal meio coercitivo sem a análise do modelo anglo-americano, paradigmático sobre o assunto. Esclarece BESSA a respeito, que “o descumprimento de *injunctions*, de *specific performance*, bem como o das demais formas de tutela oferecida pela *equity* implica em *contempt of Court*.”³⁵⁴

³⁵³ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 242.

³⁵⁴ - BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O direito constitucional de ação e o contempt of Court*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995, p. 40.

Desse modo, para a obtenção, no caso bastante efetivo, do cumprimento de ordens judiciais, o direito anglo-americano conta com um instrumento poderoso de coerção - a prisão - que pode ser por *contempt of Court* civil ou *contempt of Court* penal. Esclarece, sobre a matéria, FRIGNANI que “a sanção contra a não-execução de uma *injunction*, ou, em outros termos, o meio à disposição para obter a execução coata da mesma, é dada pelo *contempt of Court*. (...) O *contempt of Court* constitui o instrumento mais eficaz para a realização concreta das pretensões de uma pessoa cujos direitos foram lesados e cujo respeito seja confiado a uma obrigação infungível do demandado. Por essa sua importância o instituto foi estudado amplamente e sob todos os aspectos. Na sua essência, o caso do *contempt of Court* é constituído por um ato de desprezo à Corte ou de desobediência a uma ordem do juiz”.³⁵⁵

A distinção do civil *contempt of Court* do penal é feita com maestria por GUERRA: “(...) se através do *contempt of court* se objetiva induzir (coagir) a parte a cumprir uma ordem judicial, diz-se que se trata de civil *contempt*. Se, por outro lado, se trata apenas de punir uma conduta desrespeitosa, tem-se um criminal *contempt*. Daí dizer-se que o criminal *contempt* volta-se ao passado e o civil *contempt* dirige-se ao futuro.”³⁵⁶

De modo análogo, esclarece FRIGNANI que no civil *contempt of Court*, “o destinatário da *injunction* simplesmente não leva em consideração a ordem do juiz, desobedece, não a executa. (...) Ao contrário, constitui criminal *contempt* qualquer tipo de conduta que ofenda diretamente a dignidade ou a autoridade do tribunal ou dos juízes”.³⁵⁷

³⁵⁵ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffré, 1974, p. 211 e 213. Texto original no final deste capítulo, sob nº 7.

³⁵⁶ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 95.

³⁵⁷ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffré, 1974, p. 222. Texto original no final deste capítulo, sob nº 8.

“No direito anglo-americano atual, o *contempt power* já se acha previsto em lei (*statutes*). Mas não se considera que esse seja o fundamento jurídico do poder de punir o *contempt of Court*, ou seja, o *contempt power*. Tal fundamento jurídico é considerado como sendo a própria instituição do Poder Judiciário. Afirma-se nesse sentido que o *contempt power* é um poder inerente à própria existência do Poder Judiciário.’ (...) Entende-se por poderes inerentes aqueles poderes implícitos *no* ou derivados *do* ‘poder judicial’ atribuído aos órgãos jurisdicionais pelo ordenamento jurídico, mais precisamente pela Constituição.”³⁵⁸ Diz-se, ainda, que no “direito anglo-americano o entendimento é de que o poder de castigar o desprezo ou desrespeito é acessório à autoridade dos magistrados, tendo sido sempre uma faculdade inerente aos tribunais”.³⁵⁹

O procedimento relativo ao civil *contempt* que é o mais interessante na matéria - pois não se visa com a tutela inibitória a punição criminal do devedor, mas o cumprimento da obrigação - é relativamente simples. Ensina GUERRA que o civil *contempt*, “é iniciado a requerimento da parte, por uma petição na qual se faz a acusação do *contempt*, sendo o alegado *contemnor* citado para, dentro de prazo determinado, apresentar razões (*show cause*) pelas quais ele não deve ser considerado em *contempt*. Em seguida, o juiz decide, apreciando as provas que tenham sido produzidas, considerando a parte em *contempt* (se for o caso) e impondo uma sanção condicionada, a incidir no caso da parte resistir em não cumprir

³⁵⁸ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 90-91.

³⁵⁹ - BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O direito constitucional de ação e o contempt of Court*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995, p. 49.

a ordem desobedecida. Finalmente, a sanção imposta é concretamente aplicada se o *contemnor* não cumprir a ordem judicial.”³⁶⁰

A medida sancionatória do civil *contempt* cessa com o cumprimento da obrigação pelo demandado, por isso, diz-se que ele “possui as chaves da cela”, dependendo a liberdade da sua própria vontade.

“Como já se viu, tanto o *contempt* civil como o penal podem ser punidos com prisão. A diferença fundamental, contudo, é que no caso do criminal *contempt* a prisão tem caráter estritamente punitivo e por isso deve ser decretada por um período determinado de tempo. Já quando se tratar de civil *contempt*, em razão de seu caráter coercitivo, a prisão é decretada por tempo indeterminado, isto é, até que o *contemnor* se decida a cumprir a ordem judicial desobedecida. Além disso, numa hipótese de civil *contempt* a prisão pode ser decretada condicionalmente, dando oportunidade da parte contumaz evitá-la cumprindo a ordem judicial.”³⁶¹

De igual modo, “esclarece Pekelis, ao analisar a diferença entre a prisão do devedor como medida coercitiva no *Common Law* e a prisão como sanção penal. Segundo ele, tal medida coercitiva, ‘ao contrário das sanções penais, é imposta não tanto *quia peccatum est*, não como uma consequência de um certo ato, mas *at agitur*, isto é, com vistas a provocar um ato’”.³⁶²

³⁶⁰ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 105.

³⁶¹ - GUERRA, Marcelo Lima. *Idem*, p. 100.

³⁶² - PEKELIS, Alexander. *Legal techniques and political ideologies: a comparative study*. Michigan Law Review, vol. 41, 1943, p. 673. Apud, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 37.

São requisitos do *civil contempt*: “a) que a ordem judicial determine com clareza a ação ou omissão imposta à parte; b) que a parte seja adequadamente informada sobre a existência e o teor da ordem judicial. Por outro lado, deve também ser considerado como requisito do *civil contempt* a possibilidade prática de a ordem ser cumprida. É que, em razão do caráter coercitivo dessa modalidade de *contempt*, ela não pode se verificar quando não seja praticamente possível o atendimento à ordem violada.”³⁶³

Discorrendo sobre o assunto, ensina OVÍDIO BAPTISTA que: “No sistema da *common law* igualmente não há prisão por dívida, mas o devedor contra quem o tribunal haja imposto o cumprimento de uma obrigação, poderá eventualmente ser preso, não por haver se tornado inadimplente, mas por haver desobedecido a ordem do tribunal.”³⁶⁴

O direito germânico também admite a prisão do réu pela desobediência às ordens judiciais. No caso, “para execução indireta das obrigações infungíveis, a ZPO prevê e autoriza, no inc. I do seu § 888, a utilização, pelo órgão jurisdicional, de duas diferentes medidas coercitivas – denominadas, na linguagem corrente da doutrina alemã, de *zwangsstrafen* ou ainda *zwangsmittel* – a saber, a pena pecuniária (*zwangsgeld*) e a prisão do devedor (*zwangshoft*). A primeira delas consiste em uma multa diária por dia de descumprimento à obrigação de fazer ou por violação à obrigação de abster-se (...) A segunda das medidas coercitivas permitidas pelo legislador alemão, para a execução forçada indireta de obrigações de fazer infungíveis,

³⁶³ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 103-104.

³⁶⁴ - SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. Vol. 2, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: Rt, 1998, p. 342.

é a *zwangshoft*, consistente na prisão do devedor, até que se decida a cumprir a prestação devida (ou a abster-se daquela proibida).³⁶⁵

No direito germânico, no entanto, “as duas medidas não podem ser aplicadas cumulativamente, embora uma possa ser substituída pela outra, também a critério do juiz. É o que explicam Rosemberg, Gaul e Schilken: ‘Caso seja cominada a multa – como acontece via de regra – a detenção será cominada em substituição, caso a multa não possa ser cobrada.’ Advirta-se, ainda, que a multa é, realmente, a medida coercitiva que deve ser aplicada em primeiro lugar.”³⁶⁶

Tal matéria é também amplamente debatida na Itália, mas, atualmente, autores de nomeada já admitem a prisão como meio coercitivo, valendo mencionar:

- a) FRIGNANI: *“Além da forma de coação indireta das obrigações de fazer e de não fazer, constituída por uma sanção de caráter civil, existe ainda uma outra, constituída por uma sanção de natureza penal. De fato, o não obedecer à ordem do juiz, que imponha o cumprimento de uma obrigação de fazer e de não fazer, constitui, na presença de certos pressupostos, um fato jurídico típico criminoso. A norma de que se trata é o art. 388 c.p., o qual introduz uma incriminação nova, que não figurava na legislação italiana precedente. O fato jurídico típico criminoso em exame vem finalmente suprir a exigência, muitas vezes apontada pela nossa doutrina, de uma*

³⁶⁵ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 143.

³⁶⁶ - GUERRA, Marcelo Lima. *Idem*, p. 147.

*sanção penal como meio de coerção indireta das obrigações de fazer e de não fazer, pelas quais não seja possível recorrer a forma alguma de execução forçada de forma específica.*³⁶⁷;

b) PIETROBON: *“Discutidas desde sempre são as sanções pela inobservância da inibitória, ou seja, as sanções que atingem a pessoa que não observa a ordem do juiz. Na maioria das vezes conclui-se com a constatação de que a inobservância da ordem do juiz não pode obter uma sanção direta, uma sanção que produza o resultado desejado com a inibitória. (...) No ordenamento inglês, como já se citou, a pessoa que não obedece à ordem do juiz incorre no crime de contempt of Court; e assim também no ordenamento alemão e no ordenamento austríaco específicas normas prevêm sanções, pecuniárias e também pessoais. Tratam-se de normas específicas enquanto prevêm o inadimplemento de obrigações de fazer infungíveis e o inadimplemento de obrigações de não fazer.*³⁶⁸ e

c) MATTEI: *“(...) a sanção penal constitui a última ratio à qual se recorre quando, por diversas razões, não seja possível obter obediência simplesmente mediante sanções civis.*³⁶⁹

³⁶⁷ - FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 592. Texto original no final deste capítulo, sob nº 9.

³⁶⁸ - PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 151-152. Texto original no final deste capítulo, sob nº 10.

³⁶⁹ - MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 269. Texto original no final deste capítulo, sob nº 11.

No Brasil também há enorme controvérsia a respeito da possibilidade de prisão civil do devedor em razão de desobediência à ordem judicial. Tratando-se, a nosso ver, de ordem mandamental do juiz, comete o devedor inadimplente o crime de desobediência.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que: “As decisões de mandado de segurança cumprem-se de imediato, tão-só com a notificação do juiz prolator da sentença. O ofício, a que se refere o art. 11, da Lei nº 1.533, equivale a mandado judicial e vale como ordem legal para o imediato cumprimento do que nele se determina. O seu não-atendimento pode caracterizar o crime de desobediência, por ele respondendo o renitente.” (Agr. Instr. 63846600, Ac. 15287, julg. 28/10/98, Rel. Juiz Munir Karam). Vale mencionar, igualmente, dois arestos do Tribunal de Alçada de São Paulo sobre o assunto: “Configura o delito de desobediência o desatendimento à determinação judicial, que proíbe o emprego de menores em atividade considerada inadequada e mesmo perigosa, moralmente, aos mesmos.” (TACRIM-SP – AC – Rel. Juiz João Guzzo – RT 412/280). “O não-atendimento à ordem judicial concessiva de segurança, liminar ou definitiva, caracteriza o crime de desobediência respondendo pelo mesmo o impetrado renitente.” (TACRIM-SP – AC – Rel. Juiz Azevedo Franceschini – RT 448/394).

Tal modalidade de coerção, como depende de prévio processo criminal, normalmente demorado, não é eficiente para a efetividade da tutela inibitória, muito embora seja útil para garantir o respeito às ordens judiciais e à própria legislação.

O ideal, a nosso ver, é a adoção no direito brasileiro de figura semelhante ao civil *contempt of Court* do direito anglo-americano. Desse

modo, não se penaliza criminalmente o devedor que resiste à ordem do juiz, mas utiliza-se, isto sim, de medida coercitiva da prisão para levá-lo ao adimplemento. Tal providência somente seria aplicada em último caso e desde que o descumprimento do devedor fosse injustificado, ou seja, por mero ato de emulação.

A discussão é se pode o Brasil, sendo signatário do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado através do Decreto Legislativo 27/92, utilizar-se de tal medida. Com efeito, diz o art. 7º, § 7º, desta Convenção, que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplência de obrigação alimentar.”

Nossa Constituição Federal tem regra semelhante, dispondo o inciso LXVII, do art. 5º, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel”.

Tais normas, em nosso entendimento, não vedam a utilização da prisão civil decorrente de desobediência à ordem judicial, como meio coercitivo. Não se trata de prisão civil por dívida, mas em razão da inobservância injustificada de comando judicial, podendo ser revogada a qualquer tempo, desde que o devedor cumpra a sua obrigação.

Ensina ARENHART, a respeito, que “a prisão para cumprimento de ordem judicial, não tem este caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium* estatal e tem por fim resguardar a dignidade da Justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no

que pertine à garantia de um provimento jurisdicional útil.”³⁷⁰ Afinal, “não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma para a obtenção de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.”³⁷¹

Examinado especificamente o tema, leciona VARGAS que “a Constituição proíbe a pena de prisão em razão de dívida, mas não a proíbe *data venia* por resistência ilícita, de desrespeito, de afronta à ordem judicial. Se for evidente que o litigante está de má-fé, com a intenção apenas de dificultar ou impossibilitar a efetivação da prestação de serviço judiciário, e não se tratando de obrigação de pagar determinado *quantum*, não há vedação constitucional. (...) Se o juiz recebe o poder/dever de entregar a tutela jurisdicional deve receber também os meios necessários para tanto. *Data venia* a culpa da não efetividade da Justiça Cível não é do legislador, mas da construção jurisprudencial excessivamente tolerante com a chicana, má-fé, artimanhas processuais de toda ordem. Deixa-se tudo para resolver em perdas e danos e nada se modifica.”³⁷²

A prisão civil para observância das determinações judiciais encontra apoio na idéia em voga no direito anglo-americano dos poderes inerentes à instituição do Poder Judiciário, perfeitamente aplicável também no Brasil, devendo entender-se que o uso de tal medida coercitiva ao *contempt of Court* é inerente também à nossa Justiça.

³⁷⁰ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 212.

³⁷¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87.

³⁷² - VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível. In: *Genesis: Revista de Direito Processual*, Curitiba: Genesis, set./dez. 1996, p. 797-798.

No Brasil há ainda, em reforço a tal idéia, o disposto no § 5º, do art. 461, do CPC, que autoriza o juiz a adotar as medidas necessárias para obtenção da tutela específica da obrigação. Afirmar GUERRA, a propósito, que “é razoável entender-se que o § 5º do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão de devedor de obrigação não-pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele a mais adequada ao caso concreto.”³⁷³

Sobre o tema, é interessante a análise de CÂMARA: “Surgenos, todavia, a seguinte questão, que não foi - ao que nos consta - abordada pelos autores que analisaram a reforma do Código de Processo Civil: pode o juiz, com o fim de assegurar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, ou o resultado prático equivalente, determinar a prisão do devedor que se recusa a cumprir a prestação? Pensamos que sim. Tal prisão é possível e deve ser determinada quando imprescindível para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Note-se que a vedação constitucional é de prisão por dívidas – salvo nas hipóteses notoriamente conhecidas do depositário infiel e do devedor inescusável de prestação alimentícia – e não de prisão por descumprimento de ordem judicial. Tal restrição de liberdade, todavia, por ser excepcional, deverá ser determinada apenas em casos extremos.”³⁷⁴

A doutrina brasileira, mais contemporânea, vem enxergando a necessidade de adotar-se o mecanismo da prisão civil do devedor recalcitrante que injustificadamente resiste às ordens judiciais. Nesse sentido, ensina PIMENTA que:

³⁷³ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 257.

³⁷⁴ - CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 75. Apud, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 243.

“a aplicação simultânea e cumulativa da multa pecuniária diária em favor do demandante no caso de descumprimento da sentença não é incompatível com a cominação da prisão dos destinatários do comando judicial, como decorre do próprio teor do artigo 461 do CPC, que prevê aquela coação patrimonial em seu § 4º e, no parágrafo seguinte, autoriza também a utilização pelo juiz de todas as outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica e antecipada concedida (inclusive medidas de coerção da liberdade individual dos destinatários da ordem judicial, como anteriormente exposto). (...) Se a natureza do provimento antecipatório decorrente da aplicação do artigo 461 do CPC é mandamental, não se pode a priori negar a possibilidade de o próprio juiz que o emitiu determinar a imediata prisão do destinatário que descumpriu a ordem, caso considere que as demais medidas sancionatórias e sub-rogatórias por ele cominadas não serão suficientes para assegurar a tutela específica do direito do autor. Tal medida, se indispensável para levar o destinatário do comando sentencial a seu pronto e completo acatamento não é ilegal – ao contrário, está ela expressamente autorizada pelo § 5º do artigo 461 do CPC acima transcrito, que permite ao julgador determinar todas e quaisquer medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, mencionado expressamente a título exemplificativo a ‘requisição de força policial’. E, portanto, não ofende o princípio constitucional do devido processo legal, sendo, na verdade, um necessário desdobramento dele do ponto de

vista dos autores, que fazem jus a uma tutela específica, plena e eficaz de seus direitos ameaçados.”³⁷⁵

A prisão civil, no caso, deve ser o último recurso a ser utilizado pelo juiz e normalmente para obrigações de natureza infungível, pois as demais comportam execução direta, através de meios sub-rogatórios. Assim, “é e deve ser, a prisão civil o último recurso a ser usado para quebrar a renitência do réu recalcitrante.”³⁷⁶ Ademais, somente é passível de ser utilizada quando o devedor possa ainda cumprir a sua obrigação, aplicando-se a parêmia *ad impossibilia nemo tenetur*.³⁷⁷ “Observe-se, também, que esse aspecto das medidas coercitivas assinala um limite fundamental à sua aplicação. É que, não tendo nenhuma finalidade punitiva, tais medidas só podem ser aplicadas enquanto ainda é possível a realização da prestação devida pelo obrigado.”³⁷⁸

Desse modo, defendemos que ao invés de criminalizar-se o descumprimento a determinadas obrigações de direito material ou de sancionar-se por crime de desobediência eventual inobservância de ordem determinada pelo juiz ao devedor, é mais oportuno um regime semelhante ao tratamento dado ao devedor de alimentos ou ao depositário infiel em que, uma vez cumprida a obrigação, cessa o meio prisional coercitivo. Deve ser entendido que é inerente à instituição do Poder Judiciário a adoção de tal medida coercitiva, além da autorização do § 4º, do art. 461, do CPC, para adoção das “medidas necessárias”.

³⁷⁵ - PIMENTA, José Roberto Freire. A prisão como meio de efetivação da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, nº 73, janeiro 1999, p. 52-53.

³⁷⁶ - ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 213.

³⁷⁷ - Ninguém é obrigado a fazer o impossível.

³⁷⁸ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 37.

A medida de restrição da liberdade deve ser aplicada somente em último caso, após esgotadas as outras possibilidades e desde que ainda haja possibilidade de cumprimento da prestação pelo devedor. A orientação feita em relação às *injunctions* é perfeitamente aplicável no caso análogo brasileiro. Nesse sentido ensina BESSA que “o (civil) *contempt of Court* é considerado um incidente em um juízo principal assumindo a forma de multa, *sequestration* ou prisão civil. Esta última dar-se-á unicamente em cárcere do condado da jurisdição do tribunal, não devendo ser adotada se for possível assegurar obediência à ordem judicial por outro meio.”³⁷⁹

A fixação prévia da penalidade deve guardar a proporção estabelecida, analogicamente no § 1º, do art. 733, do CPC, ou seja, de um a três meses, não podendo ser estabelecida por prazo indeterminado. Por fim, deve ser precedida de intimação ao devedor, dando-lhe ciência para que cumpra a obrigação ou justifique a impossibilidade de fazê-lo, “sob pena de prisão civil por tal prazo”, concedendo-lhe tempo razoável para tanto.

Seção IV – Cumulação de medidas coercitivas

O princípio da prioridade da tutela específica da obrigação e o postulado da máxima coincidência possível impõem que se aceite a cumulação de medidas coercitivas para obtenção da efetividade processual.

Nada impede, aliás tudo recomenda, que o juiz utilize um ou mais mecanismos de coerção para impedir que ocorra a prática, a

³⁷⁹ - BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O direito constitucional de ação e o contempt of Court*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995, p. 45.

continuação ou a repetição de uma conduta contrária à lei. Desse modo, “é de se considerar oportuna a aplicação simultânea de medida coercitiva e de meio sub-rogatório. Seria o caso, por exemplo, de se determinar que a execução se faça por terceiro e, mesmo assim, até que se inicie concretamente a realização da obrigação, impor multa diária ao devedor por dia de atraso, na esperança de que, antes disso, ele satisfaça por si mesmo o direito do credor.”³⁸⁰ Como afirma GRINOVER, “caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas.”³⁸¹

O juiz poderá, tratando-se de obrigação infungível, cominar a pena de multa, porém se for insuficiente ou incompatível com a obrigação, estabelecer uma pena restritiva de liberdade ou, se for necessário, até cumulá-las. Nada impede, também, a fixação de multa em obrigação de natureza fungível e até a adoção de medidas sub-rogatórias, de execução direta, por agentes do Poder Judiciário ou por terceiros. De qualquer modo, a regra nessa matéria, é a da possibilidade de cumulação das medidas coercitivas, obedecido sempre o princípio da necessidade, que será analisado no próximo capítulo.

³⁸⁰ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 183-184.

³⁸¹ - GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 259-260.

ANEXO DO CAPÍTULO XII

1) *“La possibilità di garantire l’ottemperanza dell’inibitoria risulta particolarmente difficile, poiché il sistema esecutivo ordinario è del tutto inidoneo ad attuare gli obblighi (di fare o non fare) che siano materialmente o giuridicamente infungibili, come normalmente accade nel caso degli ordini inibitori.”*

2) *“Visto in chiave teleologica, l’istituto del contempt of Court non è fine a se stesso, ma costituisce un mezzo di coazione indiretta all’ubbidienza del comando del giudice, contenuto in una injunction.”*

3) *“L’istituto dell’astreinte ha origini relativamente antiche; infatti la sua prima applicazione si fa comunemente risalire ad un caso del Tribunale Civile di Cray del 25 marzo 1811. La consacrazione definitiva ad opera della Corte di Cassazione avvenne poi il 28 dicembre 1825. Da allora i giudici francesi ne hanno fatto un uso sempre più ampio e generale.”*

4) *“(…) come una condanna pecuniaria pronunciata dal giudice per costringere il debitore ad adempiere la sua obbligazione. Essa è fissata in ragione di un tanto per giorno - o per altra unità di tempo – di ritardo nell’esecuzione di una prestazione, risultante da una sentenza di condanna; ma può anche consistere in una somma fissa dovuta dal debitore per ogni violazione successiva. In tal modo il debitore che persista nel rifiuto di obbedire è assoggettato ad una condanna pecuniaria che può, almeno in linea di principio, aumentare indefinitamente.”*

5) *“imponer sanciones pecuniarias, compulsivas Y progresivas”*

6) *“L’astreinte costituisce una condanna provvisoria ed il giudice ha il potere di modificarla, secondo le circostanze, durante il periodo di persistenza nel rifiuto del debitore, di adempiere alla obbligazione.”*

7) *“la sanzione contro l’inesecuzione di una injunction, o, in altri termini, il mezzo a disposizione per ottenere l’esecuzione coatta della stessa, è data dal contempt of Court. (...) Il contempt of Court costituisce lo strumento più efficace per la realizzazione concreta delle pretese di una persona i cui diritti sono stati lesi ed il cui rispetto sia affidato ad una obbligazione infungibile del convenuto. Per questo sua importanza l’istituto è stato studiato ampiamente e sotto tutti gli aspetti. Nella sua essenza, la fattispecie del contempt of Court è costituita da un atto di disprezzo alla Corte o di disobbedienza a un ordine del giudice.”*

8) *“il destinatario dell’injunction semplicemente non tiene conto dell’ordine del giudice, disubbidisce, non lo esegue. (...) Costituisce invece criminal contempt qualsiasi tipo di condotta che offenda direttamente la dignità o l’autorità del tribunale o dei giudici.”*

9) *“Accanto alla forma di coazione indiretta delle obbligazioni di fare e di non fare, costituita da una sanzione di carattere civilistico, ne esiste un’altra, costituita da una sanzione di natura penalistica. Infatti, il non ubbidire al comando del giudice, che imponga l’adempimento di un obbligo di fare e di non fare, costituisce, in presenza di certi presupposti, una fattispecie criminosa. La norma di cui trattasi è l’art. 388 c.p., il quale introduce una incriminazione nuova, che non figurava nella legislazione italiana precedente.*

La fattispecie criminosa in esame viene finalmente a sopperire all'esigenza, più volte puntualizzata dalla nostra dottrina, di una sanzione penale, quale mezzo di coercizione indiretta delle obbligazioni di fare e di non fare, per le quali non sia possibile ricorrere ad alcuna forma di esecuzione forzata in forma specifica."

10) *"Discusse, da sempre, sone le sanzioni per l'inosservanza dell'inibitoria le sanzioni cioè che colpiscono la persona che non osservi l'ordine del giudice. Per lo più si conclude con la constatazione che l'inosservanza dell'ordine del giudice non può ottenere una sanzione diretta, una sanzione che produca il risultato voluto con l'inibitoria. (...) Nell'ordinamento inglese, come si è già ricordato, la persona che non obbedisce all'ordine del giudice incorre nel reato di contempt of Court, e così pure nell'ordinamento tedesco e nell'ordinamento austriaco specifiche norme prevedono sanzioni, pecuniarie o anche personali. Si tratta di norme specifiche in quanto prevedono l'inadempimento di obblighi di fare infungibili e l'inadempimento di obblighi di non fare."*

11) *"(...) la sanzione penale costituisce l'ultima ratio a cui si ricorre quando, per diverse ragioni, non sia possibile ottenere ubbidienza semplicemente mediante sanzioni civili."*

CAPÍTULO XIII – LIMITES DA TUTELA INIBITÓRIA

No Brasil a preocupação dos processualistas deve recair muito mais sobre os meios de coerção da tutela jurisdicional do que com os limites propriamente ditos. Nossa cultura é bastante permissiva com a prática de atos de emulação e de procrastinação processual sempre, é claro, em nome de princípios mal utilizados como o da ampla defesa e do contraditório, verdadeiros dogmas levados ao máximo do exagero pelos nossos tribunais, mormente os superiores. De qualquer modo, não se pode perder de vista os limites de aplicação dos meios de coerção, pois não se deseja ir de um extremo de permissividade a outro de intolerância, mas encontrar aquele meio termo adequado.

Quando se pensa em limites da tutela inibitória deve-se resolver os problemas relativos aos conflitos entre bens jurídicos, pois de um lado restringe-se a liberdade de alguém e, de outro, protege-se o direito de eventual prejudicado. Há, no caso, verdadeiro choque entre valores jurídicos dignos de proteção. “A plasticidade da tutela inibitória, ao permitir a imposição da ordem adequada à prevenção do ilícito, traz algumas dificuldades, principalmente quando se percebe que a imposição de um fazer ou de um não-fazer sob pena de multa pode constituir um peso muitas vezes excessivo para o réu.”³⁸²

No conflito entre bens jurídicos, deve prevalecer o qualitativamente de maior valor. A liberdade de informação, por exemplo, deve ceder ao direito de privacidade do cidadão, salvo se a matéria diga

³⁸² - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 110.

respeito ao interesse público. O interesse individual deve ceder ao social; o interesse privado ao público; a liberdade em face da vida; o dinheiro em face da saúde e assim por diante. “Assim, se de um lado está o direito à preservação da integridade física do trabalhador e de outro está simplesmente um direito patrimonial do empregador, claro que o primeiro deve prevalecer sobre o último.”³⁸³

Nesse conflito, “o ideal é, sem dúvida, que todos os princípios constitucionais prevaleçam plenamente, sem restrição alguma. Mas, como tal não se revela possível, dentro mesmo do complexo das normas da Carta Magna resta lançar mão de princípios exegéticos como o da necessidade e o da proporcionalidade. Pelo princípio da necessidade somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental, quando é real o conflito entre diversos princípios todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. (...) Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica – e não fazer com que um simplesmente anule o outro. É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem a merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano”.³⁸⁴

³⁸³ - MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 101.

³⁸⁴ - THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: *Revista Forense*, vol. 93, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1997, p. 86.

Os limites da tutela inibitória talvez pudessem ser reduzidos a um grande princípio – o da necessidade - do qual sairiam sub-princípios ou, na utilização de metáfora, galhos do tronco comum. Segundo o princípio da necessidade, entre várias opções possíveis para a obtenção do resultado almejado, deve o juiz optar por aquela cujas conseqüências sejam menos gravosas ao devedor, à semelhança, no direito brasileiro, da execução menos onerosa possível ao devedor. Há, no art. 620, do CPC, a consagração do princípio da necessidade, dispondo: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Segundo LARENZ, “o princípio da necessidade, que por sua vez se pode desmembrar no do meio mais idôneo e no da menor restrição possível, representa uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade.”³⁸⁵

Do princípio geral da necessidade extraem-se os subprincípios: a) princípio do meio mais idôneo; b) princípio da menor restrição possível; c) princípio da proporcionalidade. É o que veremos a seguir.

Seção I - Princípio do meio mais idôneo

“É adequado, ou idôneo, o meio que permite a efetividade da tutela 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

³⁸⁵ - LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 585-586.

qualquer outro, ou aquele que trará prejuízos excessivos, ou desrazoáveis, ao demandado.”³⁸⁶

O meio mais idôneo diz respeito à utilização da medida mais adequada que pode variar conforme o caso concreto, o patrimônio do réu, sua personalidade, a natureza da obrigação, etc. Assim, por exemplo, o meio mais idôneo para levar um devedor completamente sem patrimônio ou de patrimônio fabuloso ao cumprimento de obrigação, talvez não seja a multa (que não faria diferença em nenhuma dessas hipóteses), mas quiçá a prisão. Se é possível o cumprimento de determinada obrigação por meios subrogatórios, o meio mais idôneo normalmente não é a prisão, que deve ser utilizada como última medida.

Meio mais idôneo, a nosso ver, é o mais adequado para tutelar determinada situação concreta. Desse modo, “(...) o meio e o fim têm que estar numa relação muito adequada, que o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir além do que requer o fim aprovado.”³⁸⁷

Seção II – Princípio da menor restrição possível

Pelo princípio da menor restrição possível, deve-se utilizar as medidas coercitivas somente na medida do necessário, sem excessos. A limitação do agir humano não deve ir além do necessário para a obtenção do resultado pretendido. Não se pode determinar que o devedor pratique ato que não possa ser realizado ou que o conduza à ruína pessoal ou moral,

³⁸⁶ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 116.

³⁸⁷ - LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 495.

pois a dignidade humana é protegida pela Constituição Federal (art. 1º, inc. III).

A multa não pode ser demasiado elevada, pois o efeito é o contrário do pretendido, mormente porque o devedor passa a imaginar que, de tão absurda, não será aplicada ou que será facilmente revogada por decisão posterior. Destarte, "(...) a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior."³⁸⁸

Ensina MARINONI, que "a tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não-fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito."³⁸⁹

Para a observância do princípio da menor restrição possível pode o juiz utilizar-se de prova técnica, a fim de atender a outro princípio: o do meio mais idôneo. Como leciona MARINONI, "nada impede, no direito brasileiro, especialmente porque os art. 461 do CPC e 84 do CDC permitem a concessão da inibitória antecipada, que o juiz determine, de ofício ou a requerimento da parte, prova pericial destinada a verificar se o meio solicitado pelo autor pode ser substituído por outro menos gravoso ao réu."³⁹⁰

³⁸⁸ - LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 501.

³⁸⁹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 113.

³⁹⁰ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 113.

Reconhecemos, com MARINONI, que “a primeira vista é difícil distinguir ‘menor restrição’ e ‘meio mais idôneo’, já que a imposição do meio mais idôneo implica, em princípio, a menor restrição possível. Lembre-se, porém, e apenas por exemplo, de quando se afirma que a tutela cautelar deve permanecer eficaz pelo tempo necessário ao acautelamento do direito, pretende-se tutelar o direito impondo-se a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. (...) A ‘temporariedade’ da tutela cautelar garante que a esfera jurídica da parte não será afetada além do tempo necessário ao acautelamento do direito, correspondendo, desta forma, ao princípio da menor restrição possível.”³⁹¹

Normalmente o meio mais idôneo é o que implica numa menor restrição possível à esfera jurídica do réu. Pensamos, no entanto, que o meio mais idôneo pode não ser o de menor restrição possível ao réu. A prisão do devedor é, a nosso ver, a de maior restrição ao réu, no entanto, pode ocorrer que seja o meio mais idôneo para tutelar o direito do autor. A convolação da obrigação em perdas e danos pode representar para o réu a adoção da menor restrição possível, mas não é essa a solução alvitada pela tutela inibitória. Nesse caso, é a multa elevada que se revela mais idônea para a obtenção do cumprimento da obrigação *in natura*. Para a efetividade da tutela inibitória o que deve prevalecer é o meio mais idôneo e, se possível, adotando-se medidas que impliquem a menor restrição possível ao réu.

³⁹¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 115-116.

Seção III – Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é mais um subprincípio do gênero princípio da necessidade. O princípio da proporcionalidade trabalha exatamente com o conflito entre bens jurídicos dignos de tutela. Para tutelar um direito deve-se utilizar medidas adequadas e não desproporcionais que possam levar uma das partes à ruína patrimonial e moral. Para se tutelar, por exemplo, a liberdade sindical, não se pode determinar o fechamento de uma fábrica. Para tutelar-se o meio ambiente, por exemplo, não se pode impedir que humildes pescadores apanhem peixes para a própria subsistência, exceto se lhes forem concedidos outros meios de sustento adequados.

O princípio da proporcionalidade diz respeito a que o juiz observe a justa medida, o meio-termo, a moderação nos meios de coerção. Já diziam os romanos, a propósito, que “a virtude está no meio” – *in medio virtus*.

Desse modo, “quanto mais grave for a interferência do provimento na esfera do peticionado, tanto mais rigoroso tem de ser o exame do direito e tanto mais severas hão de ser as exigências a impor a quem cabe tornar críveis as alegações.”³⁹²

Afirma MARINONI que “o autor da inibitória deve requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao réu exatamente para que seja preservada a idéia de ‘justa medida’, que está indissociavelmente ligada à de justiça.”³⁹³ Prossegue o ilustre autor dizendo que “o princípio da

³⁹² - BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 51.

³⁹³ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 115.

necessidade, que se desdobra nos princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo – e que seria, segundo Larenz, uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade - , tem relação com o que Lerche chama de proibição de excesso. Quando se fala em proibição de excesso surge claramente a idéia de 'equilíbrio' e de 'justa medida', que visa evitar que o direito do autor seja tutelado mediante a imposição de conseqüências 'desmedidas' ao réu. (...) A ética da tutela inibitória consiste na efetividade da prevenção sem prejuízos excessivos ao demandado, privilegiando o 'equilíbrio' e a 'justa medida' como critérios que devem iluminar a reação entre a efetividade da tutela preventiva e a necessidade de preservação da esfera jurídica do réu.”³⁹⁴

³⁹⁴ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 115-116.

CAPÍTULO XIV - TUTELA INIBITÓRIA E AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

Seção I – Introdução

Tema novo, com repercussões no processo do trabalho, inclusive para aplicação da tutela inibitória, foi a instituição das comissões de conciliação prévia, pela Lei 9.958, publicada no DOU de 13/01/2000, que se encontra, atualmente, em vigor. Referida lei introduziu os artigos 625-A a 625-H, na Consolidação das Leis do Trabalho, regulando o funcionamento das comissões de conciliação prévia e seus efeitos no processo do trabalho.

Não pretendemos, é óbvio, discorrer sobre as comissões de conciliação, matéria estranha ao escopo de nosso estudo, mas apenas enfrentar os problemas decorrentes da instituição dessas comissões para a efetividade da tutela inibitória.

Trata-se, como deixa claro o art. 625-A, da CLT, de faculdade das empresas e dos sindicatos instituírem tais comissões, porém várias já foram criadas no Brasil. Seus reflexos processuais são importantes porque o art. 625-D, da CLT, dispõe que: “Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.”

Desse modo, pela literalidade do texto, o prévio ingresso nessa comissão de conciliação, existindo, passa a ser considerado como condição

da ação trabalhista, na sua modalidade de interesse de agir.³⁹⁵ “Como foi concebida, a Conciliação Prévia pretende implantar no sistema processual laboral – interessante que não se ousaria jamais propor projeto igual para a área civil – o pedágio de acesso à Justiça; mediante uma passagem administrativa, prévia e obrigatória.”³⁹⁶

Desse modo, revela o legislador sua opção que, nesse caso, não é pelos humildes. Como afirma DALLEGRAVE NETO, “infundida na esteira neoliberal, a Lei nº. 9.958 integra o receituário da ‘reforma’ que tem como escopo diminuir a interferência do Estado (leia-se aqui Poder Judiciário) nas relações capital-trabalho, fomentando a autocomposição dos conflitos trabalhistas”.³⁹⁷

Seção II – Constitucionalidade

Autores de nomeada afirmam que condicionar o exercício da ação ao prévio esgotamento das vias administrativas ou, no caso, perante órgãos privados, ainda que inter-sindicais, afronta o princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88. Vejamos, entre outros:

³⁹⁵ - Há divergência se a passagem pelas comissões configura interesse de agir ou pressuposto processual. A matéria não está pacificada. Perfilhamos da opinião de que se trata de interesse de agir, como condição para o exame do mérito e não questão relativa aos pressupostos processuais. Haveria, no caso, a possibilidade de solução extraprocessual ainda não tentada pelo autor. Logo, somente com o malogro de tal tentativa, é que surgiria o interesse processual, necessidade de tutela jurisdicional.

³⁹⁶ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de Conciliação Prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. In: *Revista LTr*, vol. 63, nº. 08, agosto 1999, p. 447.

³⁹⁷ - DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000, p. 227.

- a) MELHADO: “Em princípio, a interpretação literal da norma constitucional do art. 5º, inciso XXXV, acima transcrita, em cotejo com o novel art. 625-D, da Consolidação, inspira uma conclusão imediata. É inconstitucional a subordinação do processo judicial à conciliação prévia, por representar inibição do exercício do direito de ação e portanto ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado como cláusula pétrea da Carta de 1988.”³⁹⁸
- b) CASTELO: “É de patente inconstitucionalidade impor-se ao empregado que, além de sofrer a resistência direta do empregador inadimplente, seja obrigado a percorrer, ainda no plano material, uma etapa administrativa de conciliação, para só então, num segundo (ou talvez, terceiro, considerando-se o ato homologatório) momento, poder ingressar em juízo.”³⁹⁹

De fato, se o entendimento é o de que a passagem pelas comissões de conciliação é obrigatória, como condição para o ajuizamento da reclamatória trabalhista, há vício de inconstitucionalidade em razão do disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, que instituiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

³⁹⁸ - MELHADO, Reginaldo. Comissões de Conciliação: a lógica do avesso. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 87, março 2000, p. 404.

³⁹⁹ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de Conciliação Prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. In: *Revista LTr*, vol. 63, nº. 08, agosto 1999, p. 448.

A nosso ver, no entanto, deve ser entendido que é facultativo ao cidadão submeter ou não a sua pretensão à comissão de conciliação, adotando-se uma interpretação conforme à Constituição. Ensina GUERRA que “em toda a sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição, no seu duplo sentido de impor que, em primeiro lugar, a lei infraconstitucional seja sempre interpretada tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição, e, em segundo lugar, interpretá-la de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão, o máximo possível, ao que determinam os direitos fundamentais em jogo.”⁴⁰⁰

Esse entendimento é perfilhado, entre outros, pelos seguintes juristas:

- a) CARELLI: “(...) A interpretação a se dar deve-se mesmo a de faculdade na utilização da Comissão de Conciliação Prévia, por atenção ao princípio instituído no inciso XXXV do art. 5º constitucional, que prevê claramente que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’.”⁴⁰¹
- b) DALLEGRAVE NETO: “Com efeito, as Comissões de Conciliação Prévia previstas na CLT devem ser vistas como mera opção do interessado em relação à via da mediação, jamais como condição ao exercício amplo e

⁴⁰⁰ - GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 249.

⁴⁰¹ - CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Comissões de Conciliação Prévia. In: *Suplemento Trabalhista nº 21/2000*, São Paulo: LTr, p. 102.

constitucional de invocação da tutela jurisdicional do Estado.”⁴⁰²

- c) MALLET: “Por tudo isso entende-se que a falta de tentativa de conciliação perante a comissão existente no âmbito da categoria ou na empresa não obsta o desenvolvimento do processo, não acarretando sua extinção sem apreciação do mérito do litígio.”⁴⁰³

Nem se argumente que tal exigência é aceita pacificamente em relação aos dissídios coletivos, pois a situação é diferenciada até pelo próprio texto constitucional. Como argumenta Dallegrave Neto, “situação diversa é a dos Dissídios Coletivos do Trabalho em que a própria Lei Maior em seu art. 114, § 2º, condicionou expressamente a sua interposição à uma negociação coletiva prévia. Neste caso a condição é válida, vez que prevista no próprio bojo da Constituição. O art. 5º, inc. XXXV deve ser interpretado em conjunto com o § 2º do art. 114, ambos da Constituição.”⁴⁰⁴

Seção III – Tutela de Urgência

A tutela inibitória, embora não possa ser sempre caracterizada como uma tutela de urgência, normalmente o é, pois a demora é incompatível com a prevenção da prática, da continuação ou repetição de uma conduta ilícita, antijurídica ou danosa. Na realidade, “(...) a tutela

⁴⁰² - DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000, p. 234.

⁴⁰³ - MALLET, Estêvão. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 64, nº 04, abril 2000, p. 445.

⁴⁰⁴ - DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000, p. 234.

urgente responde a uma função preventiva, voltada exatamente a prevenir a formação de situações a posteriori não elimináveis".⁴⁰⁵

Ensina ARIETA que *"só recentemente foi justamente chamada a atenção sobre a grande relevância sistemática que a noção em exame assume para fins da caracterização da função preventiva, e não somente repressiva, dos provimentos de urgência e indiretamente das formas admitidas pelo nosso ordenamento"*.⁴⁰⁶

A tutela de urgência e a própria tutela inibitória não podem submeter-se à passagem por prévios órgãos administrativos ou particulares de resolução de conflitos, sob pena de total ineficácia na proteção dos direitos materiais por ausência de mecanismos adequados de direito processual. "Determinadas situações de direito material caracterizadas pela urgência não se compadecem com um procedimento não acelerado, com a cognição exauriente ou com um provimento que não seja mandamental ou executivo. Assim, se o legislador ordinário afirmar, por exemplo, que a tutela urgente, a partir de certo momento, somente poderá ser prestada mediante provimento condenatório, o texto constitucional estará sendo desrespeitado."⁴⁰⁷

Desse modo, não há dúvida que qualquer um pode pleitear a tutela inibitória sem a obrigatoriedade de, previamente, passar pelas comissões de conciliação, a não ser que prefira a utilização desse caminho.

⁴⁰⁵ - TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 154. Texto original no final deste capítulo, sob nº 1.

⁴⁰⁶ - ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.* 2ª ed., rev., ampl., Padova: Cedam, 1985, p. 133. Texto original no final deste capítulo, sob nº 2.

⁴⁰⁷ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1996.

Como defende CASTELO, “a Lei 9.958/2000 só tem algum sentido em face da tutela jurisdicional ordinária. (...) Evidentemente que jamais se poderá exigir a conciliação prévia em face das seguintes ações pertinentes às Tutelas Não Ordinárias e Diferenciadas: Ações Decisórias, Mandado de Segurança, Ações de Urgência (Tutela Antecipada ou Tutela Cautelar), Ações Constitutivas Necessárias (Inquérito para Apuração de Falta Grave), Ações Cíveis Públicas, etc.”⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ - CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de Conciliação Prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. In: *Revista LTr*, vol. 63, nº 08, agosto 1999, p. 452.

ANEXO DO CAPÍTULO XIV

1) *“(...) la tutela urgente risponde a una funzione preventiva, volta appunto a prevenire le formazioni di situazioni a posteriori non eliminabili.”*

2) *“solo recentemente è stata giustamente richiamata l’attenzione sulla grande rilevanza sistematica che la nozione in esame assume ai fini della individuazione della funzione preventiva, e non solo repressiva, dei provvedimenti d’urgenza e indirettamente delle forme ammesse dal nostro ordinamento.”*

CONCLUSÃO

Vimos no decorrer do estudo que para o entendimento e aplicação da tutela inibitória é necessário o prévio exame dos atos jurídicos. Direcionada para o futuro, a tutela inibitória tem por finalidade evitar que o ato antijurídico, ou seja, contrário ao direito, o ato ilícito que nada mais é do que o antijurídico culposos e o dano sejam praticados, permaneçam produzindo efeitos ou se repitam.

A tutela inibitória foi por nós conceituada analiticamente, como aquela que visa à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, positiva ou negativa, contratual ou extracontratual.

A idéia é a de dar a maior latitude possível à tutela inibitória, dentro de sua função de prevenção geral ou de proteção ao ordenamento jurídico.

A ação inibitória foi por nós enquadrada como ação de cognição exauriente, apta à formação da coisa julgada material, tendo eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*, prescindindo de uma fase posterior de execução de sentença, pois ela própria realiza seus efeitos, na mesma relação processual de conhecimento.

Sustentamos que a tutela inibitória não se confunde com as tutelas cautelar, antecipatória, ressarcitória e declaratória. Dissemos, no entanto, que pode cumular-se ou combinar-se com outras tutelas, a exemplo da ressarcitória e da antecipatória.

Foram analisadas as causas pelas quais a tutela inibitória não obteve grande desenvolvimento nas últimas centúrias, a partir do ideário da Revolução Francesa de 1789 e das dificuldades atuais decorrentes do neoliberalismo.

A tutela inibitória, como foi demonstrado, tem aplicação aos direitos absolutos, enquadrando-se, entre eles, os trabalhistas; mas também pode ser invocada para a proteção dos direitos relativos, sendo indiferente a patrimonialidade ou não deles.

Fundamenta-se a tutela inibitória na melhoria das condições sociais das pessoas, na economicidade da proteção aos direitos, no princípio da intangibilidade do sistema jurídico e, por fim, na justiça que o Estado deve proporcionar aos cidadãos.

Dissemos que são pressupostos da tutela inibitória o perigo ou ameaça da prática, da continuação ou repetição de conduta antijurídica, ilícita ou danosa, bem assim a irrelevância da culpa e do resultado material dela decorrente (dano).

A tutela inibitória dentro da perspectiva propugnada em nosso estudo, de aplicação ampla, pode subdividir-se nas espécies positiva, para obrigações de fazer e negativa, para obrigações de não fazer; para o cumprimento de obrigações contratuais e extracontratuais; executiva *lato sensu* e mandamental; provisória e final. Dentro dessa perspectiva, entendemos que a tutela inibitória comporta a cláusula *rebus sic stantibus* e adota o princípio da fungibilidade.

Há, no processo civil e do trabalho, hipóteses tipicamente previstas de tutela inibitória, porém o mais importante é a afirmação de um

princípio geral de prevenção no ordenamento jurídico, ou seja, de atipicidade.

Vimos o quanto é fundamental para a efetividade da tutela inibitória a possibilidade de concessão de liminares e de antecipação do resultado de mérito pretendido, uma vez presentes os pressupostos dos arts. 273 e 461, do CPC, e 84, do Código de Defesa do Consumidor, combinados com o disposto no inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

De outro lado, nenhuma eficácia prática teria sem expeditos e hábeis instrumentos de coerção e de efetividade para obrigar o devedor a adimplir a sua obrigação. Entre outros, foram sugeridos a multa, medidas sub-rogatórias, executivas *lato sensu* e, como último meio, a prisão civil do devedor até noventa dias, para obrigações principalmente de natureza infungível, à semelhança da prisão por civil *contempt of Court* anglo-americana.

Não obstante deva o processualista brasileiro preocupar-se muito mais com os meios de coerção da tutela inibitória, diante de nossa cultura de excessiva tolerância, não se pode olvidar, de outro lado, dos limites dessa tutela, dispostos pelo princípio da necessidade e seus sub-princípios: do meio mais idôneo, da menor restrição possível e o da proporcionalidade.

No último capítulo vimos que não é obrigatória a passagem pelas comissões de conciliação para o aviamento da tutela inibitória. Trata-se de dar interpretação conforme à Constituição Federal, entendendo-se que é facultativa do cidadão a utilização de tais comissões para a resolução de controvérsias.

O mais importante é, neste momento, lembrar que a finalidade do direito processual é a pacificação social com justiça, de modo a preservar os direitos subjetivos, ainda que alguns dogmas sejam derrubados ou ao menos atenuados. Como disse BEDAQUE, “a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.”⁴⁰⁹

É, portanto, “questão de política legislativa determinar até onde se pode chegar com a tutela preventiva; é certo, porém, que de frente a certas lesões, deixar que elas se concretizem, nada se podendo fazer para impedi-las, pode refletir um ordenamento jurídico, social e eticamente pouco evoluído.”⁴¹⁰ Deixamos, assim, uma proposta legislativa, para análise daqueles que se interessam pelo estudo da tutela inibitória:

Art. O juiz concederá, em qualquer fase do processo, provimento capaz de impedir a prática, a continuação ou a repetição de conduta antijurídica, ilícita ou danosa, à luz de demonstração da verossimilhança da alegação.

Parágrafo único. Na concessão do provimento o juiz determinará as medidas coercitivas e de efetividade adequadas, isoladas ou cumulativamente, tais como a multa, atividades sub-rogatórias e executivas *lato sensu* e, como último instrumento, a prisão civil, sempre que for

⁴⁰⁹ - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. A influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16. Grifou-se.

⁴¹⁰ - MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito*. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, vol. 02, Curitiba: Genesis, ano I, maio/ago. 1996, p. 348.

possível o cumprimento da medida pelo devedor, sem sacrifício insuportável, observando-se, em cada caso, os princípios do meio mais idôneo, da menor restrição possível e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 7ª ed., atual. e ampl., incluindo as leis modificadoras do CPC de 13/12/94. São Paulo: LTr, 1995.

ALVIM, J. E. Carreira. Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica. In: *RT/Fasc. civ.*, vol. 734, p. 66-70, dezembro 1996.

AMADEO, José Luis. *Responsabilidad del Estado por actos lícitos según la jurisprudencia de La Corte Suprema*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1988.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitoria e o “amparo de protección colectivo” no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Argentina. In: *Geneis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano IV, nº 14, p. 773-780, out./dez. 1999.

_____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.* 2ª ed., rev., ampl., Padova: Cedam, 1985.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, nº 91, 1984.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *Temas de Direito Processual*. 2ª série, São Paulo: Saraiva, p. 21-29, 1988.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privato e Società Moderna*. Napoli: Jovene, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. A revista como função de controle do poder diretivo. In: *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 66, p. 813-825, junho 1998.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3ª ed., rev., atual., ampl., São Paulo: LTr, 1995.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEBBER, Júlio César. *Procedimento sumaríssimo no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Recursos no processo do trabalho: teoria geral dos recursos*. São Paulo: LTr, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito Material sobre o Processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: LGDJ, 1974.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *O direito constitucional de ação e o contempt of Court*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5ª. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORGES, Leonardo Dias. A tutela antecipada no processo do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 60, abril 1996.

CALAMANDREI, Piero. Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. 10, Parte I-II, p.164-192, 1955.

CALMON, Eliana. Tutelas de Urgência. In: *Revista do TRT 5ª Região*, Salvador, Ba, vol. 1, nº. 2, p. 25-37, outubro 1999.

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

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Comissões de Conciliação Prévia. In: *Suplemento Trabalhista nº 21/2000*, São Paulo: LTr, p. 101-103.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed., atual., ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. Vol. I, São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. Vol. II, São Paulo: LTr, 1999.

_____. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho - a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. In: *Revista LTr*, vol. 63, nº. 08, p. 1015-1028, agosto 1999.

_____. Comissão de Conciliação Prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 64, nº 04, p. 446-455, abril 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., rev., atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 5ª ed., São Paulo: Ática, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução espanhola da 3ª ed., tomo I, Madrid: Reus, 1922.

_____. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. I, Milano: Giuffrè, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. A Filosofia do Direito e a prova no processo. In: *Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris*, Curitiba: Bonijuris, Ano IX, nº. 07, p. 2373-2379, 15/04/98.

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. A transmodernidade do Direito e as novas formas de juridicidade. In: *Revista do TRT/9ª Região*, Curitiba, PR, v. 24, nº 01, p. 17-39, jan./jun. 1999.

COSTA, Dilvanir José da. A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado. In: *Atualidades Forense*, extraído da Internet em 05/07/2000, no endereço eletrônico <https://ecommerce.rio.com.br/Forense/atualida/execucao.htm>.

CREDICIO, Georgius P. Sugestões para a reforma do processo do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 60, p. 1089-1094, agosto 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000.

DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LI (seconda serie), nº 04, p. 1046-1083, ottobre-dicembre, 1996.

DE PLÁCIDO E SILVA. “*Vocabulário Jurídico*”, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9ª ed., São Paulo: Hemus, 1998.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Aceleração dos procedimentos. In: *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina, São Paulo: APAMAGIS, p. 337-341, jul./ago. 1998.

_____. Tutela Jurisdicional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1988.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 8, t. 3, nº 288, 1984.

FERRI, Corrado. L'Azione Inibitoria Prevista Dall'Art. 1469-sexies c.c. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, Anno LI (seconda serie), nº 4, p. 936-944, ottobre-dicembre 1996.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Editorial Caminho, 1989.

FRIEDE, Reis. Natureza jurídica da medida liminar. In: *Revista do TRT 1ª Região*, Rio de Janeiro, nº 19, p. 21-26, maio/ago. 1998.

_____. Conceito de medida liminar. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 5, nº 1, p. 40-55, abr./jun. 1998.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, Varese: Giuffrè, p. 559-581, 1971.

_____. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LII (seconda serie), nº. 04, p. 999-1026, Ottobre-Dicembre 1997.

GAMA, Ricardo Rodrigues. O passado da tutela inibitória no Brasil. In: *Revista Jurídica*, Campinas, V. 15, p. 62-68, 1999.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 7ª ed. rev., ampl. e adapt. à Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 1993.

_____. Liminar para reintegrar dirigente sindical. In: *Revista LTr*, vol. 60, nº 07, p. 883-885, jul. 1996.

GOLDSCHMIDT, Roberto. L'Azione Preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XIV, Padova: Cedam, p. 405-416, 1959.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Introdução ao direito civil*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOUVÊA, Lígia Maria Teixeira. A experiência corregedora e a problemática da delimitação da correição parcial. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, ano IV, nº 79, p. 31-41, julho 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: "habeas corpus" e mandado de segurança. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 22, p. 26-37, abr./jun. 1981.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

GROSSEN, Jacques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XIV, Padova: Cedam, p. 417-432, 1959.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

LACERDA, Galeno Vellinho. Processo e cultura. In: *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina, São Paulo: APAMAGIS, p. 57-65, abril 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIBERTINI, Mario. "La tutela civile inibitoria." *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Casa Editrice Jovene, p. 315-356, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 5ª ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La tutela civil inibitoria*. La Ley, 1995-C.

MACHADO, Hugo de Brito. Instrumentos de garantia dos direitos dos administrados: mandado de segurança, ação popular e ação civil pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: BDA, v. 13, nº. 01, p. 29-33, janeiro 1997.

MAFFINI, Rafael da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano IV, nº 14, p. 718-739, out./dez. 1999.

MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Discriminação e processo do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 65, nº 01, p. 148-159, out./dez. 1999.

_____. Ação civil pública. In: *Revista da Amatra II*, São Paulo: Editor Sérgio Alli, ano I, nº 02, p.19-24, abril 2000.

_____. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 64, nº 04, p. 439– 45, abril 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, vol. 2, ano I, p. 347-372, maio/ago. 1996.

_____. *A Antecipação da Tutela*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, julho 1997.

_____. *Tutela Inibitória*. Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998.

_____. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano III, nº. 10, p. 720-727, out./dez. 1998.

_____. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar (teoria geral e poder geral de cautela)*. Curitiba: Juruá, 1996.

MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*. Milano: Giuffrè, 1987.

MELHADO, Reginaldo. Comissões de Conciliação: a lógica do avesso. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 87, p. 403-406, março 2000.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez, 2ª ed., 2ª reimpr., México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, p. 367-385, giugno 1984.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY, Rosa Maria Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 1996.

NICOLAU, Noemi Lidia. *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*. La Ley, 1996-A.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Separata do volume XXIX, do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. In: *Atualidades Forense*, Editora Forense, extraído da Internet em 31/08/00, no endereço eletrônico <https://secure.extendnet.com.br/forense/atualida/at342dou02.htm>.

PACHECO, Mauro César Soares. *A litigância de má-fé na Justiça do Trabalho*. Dissertação apresentada como um dos pré-requisitos para

obtenção do título de Mestre em Direito, no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Londrina – PR, 1995.

PEKELIS, Alexander. *Legal techniques and political ideologies: a comparative study*. Michigan Law Review, vol. 41, 1943.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PIMENTA, José Roberto Freire. A prisão como meio de efetivação da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 73, p. 37-68, janeiro 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *A modernização do CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo I, Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

POZZOLO, Paulo Ricardo. A influência da ideologia no direito processual. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 87, p. 395-402, março 2000.

_____. Veto presidencial impede celeridade no procedimento sumaríssimo. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 86, p. 243-246, fevereiro 2000.

RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno XXXV (seconda serie), nº. 01, p. 92-154, Gennaio/Marzo 1980.

_____. *Profili Della Tutela Civile Inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 1983.

RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. Bari: Laterza, 1992.

ROMITA, Arion Sayão. Direito penal do trabalho. In: *Atualidades Forense*, Editora forense, extraído da Internet em 16/05/00, no endereço eletrônico <https://ecommerce.rio.com.br/forense/atualida/penaltra/htm>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista de Processo*, vol. 37, Ano 10, p. 121-139, jan./mar. 1985.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. Distinções entre a antecipação da tutela e as medidas cautelares. In: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº 57, p. 342-352, setembro 1997.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Digesto de processo. Tutela preventiva*. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, p. 293-302, 1988.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. Vol. 1, 3ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Fabris, 1996.

_____. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. Vol. 2, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1998.

_____. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar (tutela de urgência)*, vol. 3, 2ª ed., rev., atual., São Paulo: RT, 1998.

_____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., rev., São Paulo: RT, 1997.

SOARES, R. Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra, 1969.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11ª ed., São Paulo: LTr, 1991.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, nº 59, p. 72-97, jul./set. 1990.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, nº 79, p. 51-64, jul./set. 1995.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O procedimento sumaríssimo no processo do trabalho: comentários à lei nº 9.957/2000*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *As ações cautelares no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1988.

_____. *A sentença no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos: nº 02, antecipação da tutela e liminares*. São Paulo: LTr, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade do Estado. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 9ª ed., rev., atual., São Paulo: Leud, 1987.

_____. Tutela Antecipada. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 93, nº. 337, p. 82-93, jan./mar. 1997.

TOMMASEO, Ferruccio. Intervento. *Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del colloquio internazionale*, Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di Giuseppe Tarzia. Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. 37ª ed., Padova: Cedam, 1997.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 11ª ed., Milano: Giuffrè, 1996.

URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra os atos anti-sindicais*. Tradução Irlany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano I, nº 3, p. 797-799, set./dez. 1996.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1469 – sexies do Código Civil italiano. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, Ano III, nº 10, p. 747-768, out./dez. 1998.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed., rev., ampl., São Paulo: RT, 2000.