



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Tutela inibitória e o aspecto processual

Ana Paula Abreu Marchesano de Araujo

Rio de Janeiro
2011

ANA PAULA ABREU MARCHESANO DE ARAUJO

Tutela inibitória e o aspecto processual

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^ª Katia Silva
Prof^ª Mônica Areal
Prof^ª Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

TUTELA INIBITÓRIA E O ASPECTO PROCESSUAL

Ana Paula Abreu

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade.

Advogada

Resumo: São abordados a tutela inibitória e o aspecto processual. A tutela inibitória é constitucional, e também retratada pelos Códigos de Processo Civil e de Defesa do Consumidor. É um instituto destinado a impedir, de maneira imediata e definitiva a violação de um direito. A classificação quinária de Pontes de Miranda que divide as sentenças em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva é demandada não apenas pelas necessidades do direito material, como também diante das novas diretrizes processuais, como, por exemplo, o artigo 461, do CDC. A ação inibitória na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é viabilizada pela interação da Lei da Ação Civil Pública; juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, segundo artigo 84; igualmente o artigo 461 do Código de Processo Civil. A sentença inibitória tem eficácia subjetiva e territorial voltando-se ao direito por ela reconhecido e protegido.

Palavras-chave: Tutela. Ação. Trinária. Quinária.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos conceituais. 2. Modalidades de tutela inibitória. 3. Classificação trinária das sentenças. 4. Classificação quinária – diante da eficácia das sentenças. 5. Aspectos conceituais da ação inibitória. 6. Âmbito de aplicação da ação inibitória. 7. O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – CDC como fundamento da ação inibitória coletiva. 8. Eficácia da decisão inibitória coletiva: subjetiva e territorial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva contribuir para a conscientização dos operadores do direito para a necessidade do processo assumir cada vez mais uma postura mais humana, mais preocupada com os problemas sociais, econômicos e psicológicos que giram em torno de suas conceituações e construções técnicas.

A tutela inibitória retratada pelos artigos 461 do Código de Processo Civil - CPC, e 84 do Código de Defesa do Consumidor - CDC é um instituto destinado a impedir, de maneira

imediate e definitiva a violação de um direito. É providência judicial que proíbe a prática de ato contrário aos deveres fixados pelo ordenamento jurídico ou ainda vedando a sua continuação ou repetição. Ela tem como propósito evitar que o ilícito aconteça, prossiga ou se repita.

Destarte, a função precípua deste instituto é a de proporcionar uma prestação jurisdicional adequada, mais célere e eficaz a uma obrigação específica. A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro, sendo dirigida para impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito independentemente de eventual dano por este causado. Trata-se de uma tutela específica de natureza preventiva, cuja finalidade é assegurar a integridade do direito, assumindo relevância não somente porque alguns direitos não podem ser adequadamente protegidos mediante técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir.

A tutela inibitória deve ser solicitada por meio de ação inibitória que constitui ação de cognição exauriente. Nada impede, no entanto, que essa tutela seja concedida antecipadamente, como tutela antecipatória. A ação inibitória é preventiva e tem natureza jurídica de ação mandamental com caráter inibitório e, portanto, de conhecimento. Ela tem eficácia executivo-mandamental, porque enseja à antecipação da tutela, segundo o artigo 461, § 3º do CPC, isto é, não autoriza a emissão de mandado para a execução específica e provisória da tutela de mérito ou de seus efeitos.

Por outro lado é fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível com o menor sacrifício para o vencido. Nessa linha de raciocínio, o instituto da tutela inibitória se mostra eficaz e, nesse sentido, é importante que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos.

1 - ASPECTOS CONCEITUAIS

A tutela inibitória institui o impedimento, de maneira direta e principal, a violação do próprio direito material da parte. Providencia judicialmente a vedação, de modo definitivo, a prática de ato contrário aos deveres fixados pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição. “A tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto a 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”.¹

A tutela inibitória é uma das mais relevantes formas de tutela jurisdicional dos direitos. Ela tem como propósito manter a integridade do direito, para que não haja uma degradação em indenização em pecúnia. A tutela é mais eficaz, pois seu uso de dar antes mesmo de qualquer lesão a direito, sendo sua função precípua a de conservar a integridade de certo direito.²

A tutela inibitória dá a idéia de um tipo de tutela necessária a certas pretensões para as quais não são adequadas as formas tradicionais de prestação de justiça. Existem certos direitos que precisam de uma forma especial de intervenção do estado-juiz. Dessa forma, por exemplo:

Se presumimos com dados objetivos a possibilidade da prática de ‘concorrência desleal’, faz-se mister uma espécie de defesa judicial desta expectativa que não se enquadra na moldura das tutelas de declaração, constituição ou condenação, porquanto o que pretendemos é evitar que a lesão ao direito se opere.³

O autor ressalta que o assunto é uma adequação da tutela às necessidades práticas do autor que desenvolve a ação. A expressão tutela jurisdicional de direitos revela a premente

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* – individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 10.

² RIBEIRO, Kepler Gomes. *A técnica da tutela inibitória e a efetividade da prestação jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer*. Disponível em: <http://www.tutela_inibitoria.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2010.

³ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.], p. 72.

intimidade entre o processo e o direito que lhe serve de objeto, confirmando o preceito de que “a todo direito corresponde uma ação específica que o assegura” numa explicitação infraconstitucional da diretriz maior de que “nenhuma lesão ou ameaça a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário”. A segurança constitucional do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal acha seu correspondente na legislação ordinária, no artigo 75 do Código Civil, que realiza a promessa legal da tutela adequada.⁴

A tutela ressarcitória dá ao autor, com exceção os casos de reparação do dano de maneira específica, um direito de crédito o que equivale ao valor do dano sofrido, substituindo o direito inicial por uma quantia em dinheiro, enquanto que a tutela inibitória tem como propósito assegurar a integridade do direito em si. Não se pode confundir a tutela inibitória com a tutela ressarcitória, pois a tutela inibitória não é uma tutela contra o dano, não exige, assim, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória. Quando se trata de direitos difusos e coletivos, a situação ilícita mostra-se, em geral, uma atividade de natureza continuativa ou como pluralidade de atos suscetíveis de repetição, como, por exemplo, a poluição ambiental ou na utilização sucessiva de cláusulas abusivas em contratos realizados entre fornecedores e consumidores.

Dessa forma, verifica-se que a tutela inibitória é um instrumento que mediante uma ordem obriga um não-fazer ou um fazer sob pena de multa, de modo a evitar a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A tutela inibitória tem caráter preventivo, de maneira que a tutela específica consiste em conservar na íntegra um direito alvo de provável lesão, e pelo fato de se ter este caráter preventivo, faz com que sempre se tenha de maneira efetiva tal tutela, já que não permite que o direito seja prejudicado, ensejando o Judiciário que conceda a tutela na sua forma mais específica possível.

⁴ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.], p. 72.

Spadoni⁵ ressalta que a tutela inibitória é uma verdadeira forma de tutela preventiva. Diferente do que acontece com a tutela cautelar e a tutela antecipada, a tutela inibitória não tem por finalidade evitar a lesão de um direito processual da parte, impedindo a frustração da eficácia do provimento final. Perante um estado de ameaça de prática de ato ilícito, violador de um direito, pode seu titular solicitar ao Poder Judiciário a adoção de medidas que proíbam a concretização dos atos ameaçados, fazendo dessa forma que o autor possa utilizar o seu direito nato.

A tutela inibitória é uma forma direta e definitiva do direito material da parte, e é forma de providência jurisdicional que se contrapõe à tutela sancionatória. Nesse tipo de tutela, o aparato judicial tem a finalidade de reparar ou reintegrar um direito já violado. Na inibitória, a atividade jurisdicional se desenrola com o objetivo de impedir a violação do direito, atuando, então, não depois, mas antes da prática do ato ilícito. Age não para consertar o dano causado, não para conseguir indenização por perdas e danos, mas para proteger o direito, de maneira que o autor possa utilizar *in natura*.

Verifica-se que a tutela inibitória é uma forma de tutela específica do direito, com atuação devida à presença de atos que representam um certo receio de sua futura violação. Caso haja um perigo de prática de ato violador de interesse merecedor de tutela específica, o órgão jurisdicional expede ordem ao réu para que atenda a determinação judicial e não viole o direito do outro, ou, então, toma as medidas sub-rogatórias que levam a um resultado prático equivalente ao devido adimplemento da obrigação.

Observa-se que a tutela inibitória é muito importante na proteção de direitos de conteúdo extrapatrimonial, como são os direitos da personalidade e grande parte dos direitos difusos e coletivos. Esses direitos estabelecem, em geral, a irreparabilidade de suas violações,

⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória* – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

mostrando-se fundamental privilegiar a maneira preventiva de tutela jurisdicional, firme em medidas voltadas a proibir a concretização de evento lesivo.

Para os portadores desses direitos, há uma proteção estatal atuante, somente após a violação do direito, dando-lhes um direito de indenização por perdas e danos, representa apenas um simples “prêmio de consolação”. Spadoni⁶ ressalta que a tutela inibitória é uma forma de tutela jurisdicional diferenciada considerada num sentido amplo e comum. “A uma aspiração diferenciada de proteção estatal corresponde efetivamente uma forma diversa de tutela jurisdicional, tendo-se como paradigma o processo ordinário de cognição plena e exauriente”.

Vale à pena ressaltar que diferentemente do que acontece com a tutela cautelar e a tutela antecipada, a viabilidade de se conceder uma tutela inibitória deve ser aferida casuisticamente, considerando a proteção jurídica dada a um interesse no plano do direito material. Somente se houver a previsão da possibilidade de se requerer o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito é que este poderá ser protegido pela tutela de inibição do ilícito.

2 - MODALIDADES DE TUTELA INIBITÓRIA

Ela pode ser usada para proibir a prática do ilícito, ou somente para impedir a sua continuação ou repetição. É muito usada em qualquer um dos casos. Marinoni⁷ cita alguns exemplos: de um fabricante que não instala uma certa tecnologia, a qual é considerada fundamental pela lei, para não poluir o meio-ambiente, ocorre o ato ilícito continuado; o mesmo acontece quando se trata de poluição do meio-ambiente, considerando que todos os

⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 54.

requisitos legais para instalação da fábrica foram atendidos. Existe a reiteração do ilícito não apenas no caso de difusão de notícias consideradas ofensivas à honra de uma certa pessoa, mas também no de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor ou no de reiteração de publicidades enganosas.

O que não impede que a tutela inibitória seja usada para impedir a prática de um ilícito, mesmo que nenhum ato oposto ao direito tenha sido anteriormente praticado. O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública diz o seguinte:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.⁸

Observa-se que na referência “cessação da atividade nociva”, a lei quis referir-se aos atos ilícitos de repetição, pois a sua ocorrência é conhecida no plano dos direitos difusos e coletivos, não se pode deixar de lado, mesmo que uma atividade nociva possa ser uma reiteração da prática de atos ilícitos.

Marinoni⁹ ressalta a vinculação da utilização da inibitória a um ilícito em ato ou a um ilícito que se repete. No entanto, se a tutela coletiva inibitória antecedente a qualquer ilícito não está sendo considerada no artigo 11, da Lei da Ação Civil Pública, não se pode deixar de lado os artigos 461 do Código do Processo Civil – CPC e 84 do Código do Direito do Consumidor – CDC, os quais dão oportunidade para uma sentença que imponha um fazer ou não-fazer sob pena de multa, viabilizando, dessa forma, no plano dos instrumentos processuais, a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito, seja para a proteção de direitos individuais, seja para a proteção de direitos difusos e coletivos.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

⁹ *Ibidem*.

Marinoni¹⁰ cita Aldo Frignani comentando que o problema da ação inibitória antecedente a qualquer ilícito está na difícil tarefa de provar que um ilícito pode vir a acontecer.

Isto não se passa, como é óbvio, nos caso em que se receia a continuação ou a repetição do ilícito; já tendo sido praticado o ilícito, analisando-se a sua modalidade e natureza é possível concluir com grande aproximação se ele prosseguirá ou repetir-se-á. Entretanto, a questão da prova, ou melhor, a dificuldade de demonstrar que um ilícito poderá ser praticado, nada tem a ver com a necessidade de tutela preventiva e, portanto, com a possibilidade do uso da ação inibitória, a dificuldade em demonstrar a probabilidade da prática do ilícito, como é óbvio, não pode retirar do jurisdicionado o direito à tutela inibitória.

Outra questão levantada contra a inibitória antecedente a qualquer ilícito é de que este tipo de tutela inibitória coloca em risco o direito de liberdade. Quanto a isso, o mestre Marinoni¹¹ se manifesta:

Não há razão para não admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito de praticar ilícitos e danos, sendo possível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do ‘poluidor-pagador’, por exemplo.

Marinoni¹² em sua outra obra comenta que a tutela inibitória, instituindo-se como tutela preventiva, objetiva a prevenir o ilícito, resultando em apresentar-se, dessa forma, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a clássica tutela ressarcitória. A tutela inibitória é caracterizada por estar voltada para o futuro.

A tutela inibitória tem por objetivo não permitir a prática de um ato ilícito, não se preocupando, num primeiro momento, a eventualidade de ocorrência de dano, mas antes, do ato contra o direito. Assim, confirma a proposta da inibição do veto para que o ato não

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica* – arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84-85.

¹¹ *Ibidem*, p. 85.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* – individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

aconteça, não continue ou não se faça novamente. A probabilidade de que um ato venha a ser feito contra uma conduta legal sancionada é o suficiente para aparecer o interesse processual no lidar da tutela de inibição.¹³

A tutela inibitória atende os princípios da efetividade, já que é preventiva, e da especificidade, já que se confere a utilidade esperada. Evita o ilícito ao invés de propor-lhe a reparação, assegurando o total exercício da aspiração do jurisdicionado, acabando com o dogma de que o ressarcimento dita a única maneira de tutela contra o ilícito. A iniciativa inibitória imediata atende o escopo da efetividade da jurisdição com muito mais eficiência que uma condenação *ex post facto*¹⁴. Verifica-se que quando se fala em tutela inibitória, pensa-se em uma tutela que tem como propósito impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela voltada ao ressarcimento do dano.

3 - CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS

A classificação trinária (declaratória, condenatória e constitutiva) das sentenças conserva uma relação muito forte com as razões que encabeçaram a formação da escola chiovendiana e, principalmente, com os valores do Estado liberal. A escola chiovendiana, também conhecida de escola sistemática, preocupou-se em solidificar as bases de um direito processual totalmente independente do direito material, deixando de lado o método exegético, que equivale às tendências de origem francesa.

Chiovenda *apud* Marinoni¹⁵ desenvolveu um conceito de ação desvinculado do direito material, pondo-o no centro do seu sistema. Em volta desse conceito de ação, foi feita uma classificação das sentenças fundamentadas em critérios de ordem processual, tentando-

¹³ FUX, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MARINONI, *op.cit.*, p. 89.

se, dessa maneira, conservar a idéia de que o processo poderia viver independentemente das suas relações com o direito substancial.

É demonstrado que o processo não pode ser entendido distante do direito material; a percepção de que o processo não estava atendendo à necessidade de tutela do direito material obrigou a doutrina a rever em termos de efetividade do processo, consciente de que efetividade seria o encontro do resultado decorrente ao autor, em sintonia com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possível.

Assim sendo, a primeira conclusão que se verifica é que a doutrina processual moderna vive o momento da redescoberta dos vínculos do direito processual com o direito material, é no sentido de que a classificação trinária das sentenças, pelo simples fato de não dar importância às necessidades do direito material, não está em consonância com as novas tendências do direito processual civil. Esta conclusão é a mais certa quando se verifica que as novas situações de direito material não podem ser corretamente tuteladas mediante as sentenças da classificação trinária.

Não existe no direito brasileiro ou no direito italiano nenhuma conceituação legislativa de sentença condenatória. O conceito de condenação é doutrinário. É importante lembrar que a sentença condenatória sempre foi caracterizada pela sua correlação com a execução por sub-rogação ou com a chamada execução forçada. Dentro desse contexto, Chiovenda afirmou que a sentença condenatória faz emergir uma ordem, voltada aos encarregados da execução forçada, enquanto que Calamandrei ressaltou a finalidade específica da condenação, a qual é a de transformar a obrigação em sujeição à execução forçada, em relação à qual a vontade do condenado, que espera para efeito de adimplemento, não é mais relevante.¹⁶

¹⁶ MARINONI, *op.cit.*, p. 90.

Segundo a doutrina italiana tradicional, a certa atividade executiva pressupõe a realização do direito independentemente à vontade do réu. O caráter específico da execução constitui basicamente em conseguir, sem o concurso da vontade do obrigado, a subordinação do seu interesse, que equivale ao adimplemento da obrigação.¹⁷

Isso quer dizer que a sentença condenatória, ao relacionar-se com a execução por sub-rogação, tira da sua proteção os direitos que dependem, para a sua realização, do atendimento de um fazer ou não fazer. É claro, que os direitos que dependem do cumprimento de obrigações infungíveis apenas podem ser tutelados mediante uma atividade executiva que trabalhe sobre a vontade do demandado para fazê-lo a adimplir.

Sabe-se que o Código Napoleão, voltado com a liberdade e a dignidade dos homens, instituiu em seu artigo 1.142 que “toda obrigação de fazer ou não-fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor”. Como foi mencionada anteriormente, essa diretriz conserva os princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista.¹⁸ Então, a coerção das obrigações infungíveis, que favoreceria a uma sentença que, obrigando o demandado a adimplir, seria capaz de tutelar direitos, que dependem para a sua efetiva realização da vontade do obrigado, não estavam nos planos da doutrina liberal. No entanto, a sentença condenatória, ao correlacionar-se com a execução por sub-rogação, apresenta uma clara alternativa pela incoercibilidade das obrigações.

Se considerar que o direito de um século atrás era patrimonialista e não estava voltado em assegurar aos cidadãos a tutela específica dos seus direitos, mas somente a tutela ressarcitória, que era o bastante para conservar os mecanismos de mercado, não existia motivo para se achar em uma sentença que se ligasse à multa, entendida como maneira de coerção voltada a compelir o réu a adimplir.

¹⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 80.

¹⁸ *Ibidem*, p. 35.

Em verdade, o princípio da abstração dos indivíduos e dos bens, que não permitia que o Estado resolvesse de maneira diferenciada os diferentes cidadãos e as várias situações eram evidentes que tinha a idéia de que o Estado não podia intrometer-se no âmbito jurídico dos particulares. Se as pessoas são iguais e livres para se constituírem, elas próprias, no contrato, o inadimplemento deve impedir que o Estado interfira na relação jurídica de maneira a garantir o atendimento da prestação devida.

Se o direito liberal, para assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos, desenvolveu um sistema para conservar o âmbito jurídico privado da intervenção do Estado, é evidente que isso havia de se ver sobre o plano do direito processual. Observa-se que a sentença declaratória, quando comparada com a inibitória, verifica-se cheia de valores do direito liberal, quando impede ao juiz de interferir no âmbito jurídico do particular, limitando-se somente a equilibrar formalmente uma relação jurídica já estabelecida em seu conteúdo pela autonomia privada.

No entanto, existe ainda, um aspecto político que não pode ser deixado de lado. Se a classificação chiovendiana das sentenças tem a ver com os valores do Código Napoleão, não há como evidenciar os motivos políticos que determinaram o delineamento da figura do juiz francês depois da Revolução Francesa e a clara relação entre este modelo de juiz, despido de poder, e a classificação trinária das sentenças.

Os Parlamentos, durante o *Ancien Régime*, possuíam muitos poderes, além de exercer poderes de tipo legislativo, atuavam mediante ordens, que eram sancionadas por meio do uso da coerção patrimonial, isto é, ameaça de pagamento de valor em dinheiro ou multa pecuniária, ou pessoal, ameaça de prisão.¹⁹

O descrédito em relação aos juízes do antigo regime, já ocasionadas pela venalidade e hereditariedade dos cargos públicos, e a necessidade de se conservar o juiz sem ser criativo

¹⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 81.

ou de *imperium*, para que ele não pudesse voltar a assumir as funções que antes da Revolução lhe eram deferidas e colocar em perigo o novo poder que se instituía, estão baseados no artigo 1.142 do Código Napoleão, ou da idéia de incoercibilidade das obrigações.²⁰

Conservar o juiz despido do poder, e proferir apenas as palavras inseridas no corpo da lei verifica-se sobre o direito processual civil, quando se pensa na classificação trinária das sentenças e no denominado princípio da tipicidade dos mecanismos executivos.

Este princípio diz que a sentença condenatória, em caso de inadimplemento, apenas pode voltar-se aos mecanismos de execução inseridos na lei. Queria assegurar a liberdade do réu, que não poderia ter o seu âmbito jurídico invadido por outros mecanismos, senão os que estão instituídos na lei, mas esclarecer que os poderes do juiz, na fase de execução, estariam voltados à iniciativa, que por sua vez estaria inserida na lei, daquele que não teve a sentença condenatória que lhe deu razão certamente adimplida.²¹

Com a conceituação das três sentenças e das formas de execução do processo civil tradicional, tira-se do juiz o poder de tutelar corretamente os direitos, dando-lhe somente a possibilidade de prover ao lesado o equivalente em pecúnia ao valor do dano.

A classificação trinária extrai do juiz aquela margem de discricionariedade que, antes, podia dizer que o réu não tinha o direito de mudar o direito do autor em pecúnia, mas sim que este tinha o direito de não ter o seu direito expropriado pelo demandado. Verifica-se que a transformação do juiz em simples burocrata, ainda que fundamentada em sérias razões e importantes para a época, terminou por retirar do sistema algo que lhe é pertinente, isto é, a possibilidade de dar a quem tem um direito o seu gozo efetivo, evitando que todos possam expropriar direitos desde que queiram pagar por eles.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi-doutrina.com>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

²¹ MARINONI, *op. cit.*, p. 95.

4 - CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA – DIANTE DA EFICÁCIA DAS SENTENÇAS

De acordo com Pontes de Miranda *apud* Monteiro²², mesmo quando era forte a predominância no direito nacional a doutrina processualística européia da classificação trinária das ações, o reconhecido autor teve o sentimento da cultura histórica nacional naquela época, de trazer para discussão o paradigma clássico, e criar outra nova classificação, que mais se adequava à realidade nacional, reconhecendo a presença de cinco eficácias sentenciais que são: declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental, as quais estariam sempre presentes em qualquer sentença em inúmeros graus. A seguir, são apresentadas as duas outras sentenças que completam a eficácia sentencial (mandamental e executiva).

Não havendo dúvida em relação à necessidade de uma sentença voltada à multa para a efetividade da tutela dos direitos restam averiguar qual a natureza dessa sentença e o local onde ela se localiza dentro do sistema de tutela dos direitos. A sentença condenatória é correlacionada com a execução por sub-rogação, não tem como inserir a sentença que se liga à multa dentro da classificação trinária. Pisani *apud* Miranoni²³ chegou a perguntar se a sentença que ordena diante de coerção indireta deve ser classificada como condenatória, ou, ao contrário, constitui uma quarta espécie de sentença, que deve ser posta junto com as três outras sentenças tradicionais (declaratória, condenatória, constitutiva). Verdadeiramente falando, não se pode unir sob o rótulo de condenação provimentos que nunca tiveram alguma semelhança entre si. Marinoni²⁴ observa:

²² MONTEIRO, Julio César. *Classificação das ações – as tutelas mandamental e executiva “lato sensu”* em busca do sincretismo processual. 8 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/>>. Acesso em: 8 out. 2010.

²³ MARINONI, *op. cit.*, p. 96.

²⁴ *Ibidem*, p. 42.

Admitir uma condenação-não-título-executivo é um equívoco de lógica, pois é aceitar um conceito e negá-lo ao mesmo tempo. Não admitir o conceito de sentença condenatória, projetando-se lhe a refundação, é desconsiderar que o conceito de condenação é elaboração científico-doutrinária e, ao mesmo tempo, desprezar não apenas os esforços que a doutrina fez para conceituar condenação, como também os valores culturais que presidiram a formação do conceito dessa modalidade de sentença. De qualquer forma, ainda que este possa ser o desejo de alguns, não há razão para se reunir na mesma categoria duas sentenças que, necessariamente, levarão a uma subclassificação, exatamente por não se conciliarem.

Observa-se que a sanção que o réu sofre em decorrência da sentença condenatória, a ação de execução, confere ao autor um adimplemento que se faz por força do binômio condenação-execução forçada, enquanto, no caso de sentença mandamental, a sanção limita-se a forçar o réu a adimplir, mas não assegura a realização do direito independentemente da sua vontade. A sanção, própria da sentença condenatória, viabiliza a realização do direito que independe da vontade do réu e por força da própria execução, ao passo que a sanção, inserida na sentença mandamental, limita-se a atuar sobre a vontade do demandado para que se convença a adimplir.

A sanção, peculiar à sentença mandamental, não leva, por si só, à realização do direito, por esse motivo à execução é dita indireta; já a sanção aplicada mediante da condenação, conduzindo à execução forçada, direta, viabiliza a realização do direito, o que independe da vontade do réu. Se apareceu uma nova necessidade de proteção jurisdicional e, dessa forma, uma nova técnica de tutela, não existe motivo para se conservar a antiga classificação trinária, como se ela fosse absoluta e intocável. Tanto Marinoni quanto Pontes de Miranda alegam que a tentativa de conservar a classificação trinária é proveniente de um equívoco sobre a verdadeira função das classificações, vício que na realidade, não é achado apenas entre os juristas, mas que no direito acaba adquirindo um peso relevante.

Comenta-se no direito brasileiro em sentença mandamental, porém, não existe no direito uma nítida definição desse tipo de sentença. Segundo Ovídio Silva *apud* Marinoni²⁵, no estágio atual do direito nacional não há um parâmetro seguro que indique os limites

²⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 97.

possíveis para as ações mandamentais, como também seria precária e insegura qualquer tentativa de achar o elemento conceitual que as torna diversas das condenatórias.

Pontes de Miranda *apud* Marinoni²⁶ foi o primeiro jurista a conceituar a tutela mandamental:

Afirmou que na sentença mandamental, o juiz não constitui: ‘manda’. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Nas ações executivas de títulos não-judiciais, essa mediatidade desaparece, de modo que o ato prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é executiva. Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estabilidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou o juiz forçando.

Observa-se que a sentença condenatória dá oportunidade para a execução, porém não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se atenda a prestação mediante coerção indireta. Na condenação há somente condenação ao adimplemento, gerando os pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental não existe somente exortação ao atendimento; e existe ordem de adimplemento que não é uma simples ordem, mas ordem ligada à coerção indireta.

Uma sentença que ordena sob pena de multa já utiliza a força do Estado, enquanto que a sentença que condena abre oportunidade para a utilização dessa força. É certo, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, ao passo que a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.

O princípio da mandamentalidade está no mandamento, vale ressaltar, na ordem imposta sob pena de multa. O que diferencia do mandamento para a condenação é a natureza do provimento; o provimento condenatório condena ao adimplemento, gerando o pressuposto

²⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 55.

para a execução forçada, já que o provimento mandamental ordena sob pena de multa. Somente existe a mandamentalidade quando ocorre do juiz, na sentença, manda forçando; não existe sentença mandamental quando o mandato destina-se só a servir de “meio de execução” de uma sentença constitutiva execução imprópria.

O artigo 461 do CPC, aplicável à tutela de qualquer direito individual, e o artigo 84 do CDC, aplicável à tutela de qualquer direito difuso ou coletivo, perante a disposição do artigo 21º da Lei da Ação Civil Pública - LACP, autorizam que o juiz ordene sob pena de multa na sentença ou na tutela antecipatória. Esses artigos constituem uma real ação inibitória, que pode ser usada para a proteção de qualquer direito, inclusive difuso ou coletivo. Essa ação, justamente porque pode ordenar um fazer ou um não-fazer, presta-se para impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, o que é primordial quando se fala de efetividade da tutela dos direitos.

Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, além de viabilizarem a sentença mandamental, permitem que o juiz, na própria sentença, estipule o uso de certos mecanismos de execução que tornam possível a tutela do direito que independe da vontade do demandado. Essas normas acima citadas, ao considerar outros sentidos, além de ensejar à sentença mandamental também aparece um outro tipo de sentença que de modo nenhum se confunde com a condenatória.

A sentença condenatória, como já foi mencionada, aplica a sanção, dando oportunidade para a execução por sub-rogação. Tal sentença, então, ainda não emprega a força do Estado e, dessa forma, não possui força executiva. O ato de execução que é feito para a tutela da posse não implica a realização de uma prestação que era da incumbência do demandado. Isto porque, em se tratando de direito real, não existe necessidade de prestação do demandado para a satisfação do direito. No caso de direito obrigacional, ao contrário, permanece o direito condicionado a uma prestação do demandado e, no caso de

inadimplemento, a uma tutela que possa fazê-la ou dar àquele que teve o seu direito violado o equivalente em pecúnia.

A sentença que institui a reintegração de posse é executiva, pois dela provém à ilegitimidade da posse do demandado, ficando como necessária somente à reintegração na posse, perante ato material a ser praticado pelo oficial de justiça, que desde já deferida pela sentença. Como se trata de direito obrigacional, a sentença pode somente confirmar a obrigação do demandado, que terá oportunidade de adimpli-la. Tudo isso se refere à própria estrutura dos direitos tutelados; nas obrigações, a satisfação do interesse depende da prestação de um sujeito em favor do outro; o direito, na relação obrigacional, é reflexo da própria obrigação, e esta tem uma posição instrumental referente à satisfação do interesse. Isso, no entanto, conforme já mencionado, não acontece quando se trata de direitos reais, onde a sentença não declara somente a obrigação a ser atendida, mas sim o próprio direito, nada sendo mais preciso, da parte do réu, para que o direito seja tutelado.

Quando se verifica a diferença entre ilícito e dano, e que existe tutela de reparação do dano e tutela de remoção do ilícito, fica fácil de ver que a tutela que estabelece a remoção do ilícito tem determinada similaridade com a tutela dos direitos reais. Quando se refere de ilícito, não tem motivo de falar em inadimplemento, que se relaciona totalmente com os direitos obrigacionais. Na sentença que verifica a ilicitude, então, não existe declaração de uma obrigação que ainda será atendida, bastando que o juiz estipule, na própria sentença, a prática de atos materiais suficientes para exterminar a situação de ilicitude.

Segundo os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, os quais instituem em seus parágrafos 5º, que o juiz tem autorização de fixar medidas de execução na própria sentença, então não existe a necessidade da ação de execução. Segundo Marinoni²⁷, o juiz pode decretar a interdição da fábrica que está poluindo o meio ambiente, por exemplo, estabelecendo que o

²⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 105.

ato de interdição seja feito pelo oficial de justiça com o auxílio de força policial. Outro exemplo seria a busca e apreensão de produtos nocivos à saúde do consumidor, que deve ser atendida imediatamente pelo oficial de justiça.

A sentença executiva é muito relevante para a tutela dos direitos que não podem ser adequadamente tutelados mediante a via ressarcitória, já que o ato ilícito com eficácia continuada, que muitas das vezes fere direitos desse porte, deve ser retirado de maneira mais rápida, para o que o propósito da ação de execução certamente não colabora. E já foi dito que não precisa mencionar em condenação, que supõe uma prestação a ser atendida, quando se está perante de um ilícito; basta a prática de atos materiais para a retirada do ato que já foi declarado ilícito pela sentença.

É fundamental para que o processo possa desempenhar com eficiência o seu propósito instrumental, reconhecer que certas ações, por suas características intrínsecas, devem ter inúmeras eficácias, incluindo a executiva e a mandamental. Assim, verifica-se que a sentença inibitória possui eficácia mandamental e executiva *lato sensu*, como sendo uma sentença mandamental, ela é caracterizada pela ordem de cumprimento da decisão judicial, representativa de uma obrigação processual, cuja violação contribui para a imposição de sanções processuais e penais. A executiva *lato sensu* é caracterizada pelo estabelecimento de adoção de medidas sub-rogatórias que independe da instauração de um ulterior processo de execução, satisfazendo-se o direito, no mesmo processo proveniente da ação inibitória.

5 - ASPECTOS CONCEITUAIS DA AÇÃO INIBITÓRIA

A ação inibitória é definida como aquela que tem por propósito obter provimento judicial para impedir a prática futura de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Ela busca interromper, de maneira definitiva, a violação instantânea ou contínua de um direito, já

começado ou ainda somente ameaçado, favorecendo que ele seja empregado *in natura* pelo seu titular, como instituí a legislação.²⁸

É dessa maneira que se refere à ação inibitória como a ação em que o autor veicula o seu pedido de tutela jurisdicional inibitória. É uma ação totalmente preventiva, já que considera atos futuros: instantâneos, continuados ou repetitivos, tidos como ilícitos, que se por ventura sejam concretizados, significam violação ao direito do autor. Não tem por objeto atos já consumados, porém apenas aqueles que estão na iminência de o serem, sobre os quais se receia de serem realizados.

É constituída como ação de conhecimento, já que a atividade jurisdicional por ela ocasionada tende a declarar o direito das partes do litígio, apontando qual delas tem razão. Esta ação possui força executiva, isto é, caso seja julgado procedente o pedido nela veiculado, o processo instaurado não se limitará a simples declaração do direito do autor, mas o atuará imediatamente, independe da instauração de um processo de execução. É instaurada uma fase processual executiva, e, por esse motivo, a ação inibitória é inequivocamente satisfativa: “realiza, no plano fático, o direito reconhecido na decisão judicial, prescindindo de outra relação jurídica processual com esse fim”. O magistrado possui inúmeros mecanismos de execução direta e indireta, dos quais pode usá-los, seja na liminar, seja por ocasião da sentença, como a multa diária e as medidas sub-rogatórias.²⁹

Destarte, seguirá até a pronúncia da sentença o procedimento previsto para o processo de conhecimento; sendo o julgamento de procedência, a próxima etapa é de acordo com a natureza mandamental e executiva *lato sensu* da decisão. De acordo com Spadoni³⁰, o procedimento fica condicionado à modalidade de meio executivo fixado pelo juiz, e ainda à conduta do réu, no que se refere ao atendimento do quanto decidido na sentença.

²⁸ SPADONI, *op. cit.*, p. 62.

²⁹ *Ibidem*, p. 67.

³⁰ *Ibidem*.

A ação inibitória, por ser ação satisfativa, tem como finalidade realizar o direito declarado na sentença de maneira mais correta possível. O que interessa de fato ao autor desta modalidade de ação preventiva é a tutela específica de seu direito. Sua ação tem esta finalidade, isto é, quer atingir, mediante o Poder Judiciário, o correto cumprimento da prestação positiva ou negativa relativa ao réu, ou um resultado prático a ele equivalente, para que possa utilizar seu direito tal como originariamente previsto e amparado pelo ordenamento jurídico.

Esta ação busca atender o direito *in natura* do autor e a atividade jurisdicional dela proveniente, para alcançar essa necessidade, tende a evitar a lesão ao direito, procura impedir o inadimplemento e não dar ao jurisdicionado um equivalente valor pecuniário, que lhe seja como “prêmio de consolação” pela violação.

6 - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA AÇÃO INIBITÓRIA

A ação inibitória é uma das maneiras de atingir preventivamente a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. Quanto às “obrigações de fazer” são aquelas em que o devedor se vincula a certo comportamento positivo, à prática de um ato, material ou imaterial, em benefício do credor. Em relação às “obrigações de não fazer” são aquelas em que o devedor se vincula a um comportamento negativo, à privação de um ato, que poderia praticar se não fosse o liame jurídico que o bloqueia. Nessa classe de obrigação a doutrina insere os casos em que o devedor está obrigado: a) a não praticar certo ato; b) a tolerar; c) a permitir que outrem pratique certo ato. Quanto às “obrigações de entrega de coisa ou de dar” são aquelas em que seus conteúdos são uma prestação de coisa, consistente na

entrega de um bem, seja no caso de transferir a propriedade, seja para lhe dar a posse, ou para restituí-la.³¹ Gomes *apud* Spadoni³² salienta que:

A diferenciação entre as obrigações de *dar* e as de *fazer* deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fato exigem dação. Nas *obrigações de dar*, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas *obrigações de fazer*, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e *vice-versa*.

A prevenção do ilícito pode atuar mediante ordens de cumprimento de obrigação de fazer ou de entrega de coisa, ou ordens de cumprimento de obrigação de não fazer, verificando-se a existência de uma inibitória positiva e de uma inibitória negativa.³³ O autor da ação inibitória pretende é impedir uma futura ocorrência do ilícito, isto é, inadimplemento da obrigação, e não se tem dúvida que este, visto sob o âmbito da conduta lesiva, pode ser praticado por meio de atos comissivos ou omissivos, vai depender do tipo de obrigação violada, terá em princípio, uma inibitória negativa, considerando um não fazer, quando se estiver face à ameaça de atos ilícitos comissivos, enquanto na presença da ameaça de um ilícito omissivo, terá uma inibitória positiva, considerando-se um fazer ou a entrega de coisa.

É prudente ressaltar, que perante aos poderes dados ao magistrado quando analisa um pedido de tutela inibitória, é possível que haja a concessão da originária obrigação de conduta em uma outra, de modo que atinja o mesmo resultado final da primeira, isso pode ser feito através de inúmeras condutas. Por essa razão, há no sistema processual brasileiro, a possibilidade de inibitórias positivas mesmo quando se tratar de ilícitos comissivos, bem como inibitórias negativas quando se tratar de ilícitos omissivos.

³¹ AGUIAR, Lucia Frota Pestana de. Direito processual coletivo: ações coletivas e prevenção do ilícito em abordagem sócio-filosófica. *Revista de Direito*. v. 57. [s. l.]; [s. d.].

³² SPADONI, *op. cit.*, p. 69.

³³ FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar* – à luz da denominada reforma do código de processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.56.

7 - O ARTIGO 84 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC COMO FUNDAMENTO DA AÇÃO INIBITÓRIA COLETIVA

Em relação aos interesses dos direitos metaindividuais, o que interessa como princípio, é evitar a ocorrência da lesão, daí surge o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional, o que atualmente é viabilizado pelo artigo 84 do CDC. Este dispositivo é completamente igual ao artigo 461 do CPC, que instrumentaliza a ação inibitória individual. Na verdade, o artigo 84 do CDC provém do dispositivo inserto na lei processual civil.

O importante é ressaltar que ao criar um sistema de processo civil coletivo, através da interação da LACP com a parte processual do CDC, abriu-se a oportunidade de ser ajuizada a ação inibitória, inserida no artigo 84 do CDC, para a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.³⁴ Destarte, impede de maneira eficaz, a prática de futuro ato lesivo a qualquer desses interesses, mediante ajuizamento da ação inibitória coletiva. É providenciada, a tutela preventiva definitiva do direito metaindividual ou individual homogêneo, fazendo parar a continuação ou repetição do ilícito já começado, ou mesmo impedindo seu início. E aí, deve ser observada a revogação do artigo 11 da Lei da LACP. Este dispositivo dispunha que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.³⁵

Hoje em dia, o dispositivo que rege a ação coletiva que tem por objeto o atendimento de obrigação de fazer ou não fazer é o mencionado no artigo 84 do CDC, que disciplinou completamente a questão do artigo 11 da LACP, e que, em linha com o artigo 2º, § 1º, da Lei

³⁴ FRIEDE, *op. cit.*, p.57.

³⁵ SPADONI, *op.cit.*, p. 227.

de Introdução ao Código Civil - CC, ficou revogado. E independe da qualificação do direito preservado, como, por exemplo: se difuso, coletivo ou individual homogêneo; e se do meio ambiente; do consumidor ou da ordem econômica; devida à interação das leis formadoras do sistema processual coletivo nacional.³⁶

8 - EFICÁCIA DA DECISÃO INIBITÓRIA COLETIVA: SUBJETIVA E TERRITORIAL

As pessoas que alcançam os efeitos subjetivos da sentença devem acompanhar o tipo de situação jurídica que se trata de tutelar, isto é, a natureza e conteúdo do direito agitado no processo. Sendo o direito difuso, indivisível e de titulares indeterminados, segundo artigo 81, parágrafo único, I, CDC, a eficácia da decisão também será difusa, *erga omnes* de acordo com a legislação, auxiliando todos esses titulares indeterminados, de maneira indivisível. O direito coletivo, também é indivisível, porém de titularidade de certo grupo, categoria ou classe ligada entre si ou com a parte contrária por relação jurídica-base, a eficácia da decisão será *ultra partes*, isto é, não se estenderá a toda a sociedade, mas somente àquela parte limitada e específica, que caracteriza o grupo, e também de maneira indivisível.

Nesses casos, está garantindo um único direito, indivisível, pertencente à sociedade (difuso), ou a certa parcela desta (coletivo), de maneira que os componentes desta sociedade ou coletividade serão todos integralmente beneficiados, ou todos igualmente prejudicados, de acordo com a decisão do magistrado. Em se tratando de uma ação inibitória coletiva, então, a decisão estenderá a sua eficácia, de modo indivisível, para toda sociedade ou ao grupo, sendo

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, [s. d], p. 91.

atuada, também, por uma única ordem ou ato sub-rogatório, que realizará o único direito reconhecido, difuso ou coletivo.³⁷

Aguiar³⁸ dentro da linha de Marinoni e Pontes de Miranda ressalta a defesa de interesses difusos e coletivos, principalmente, quando se trata de proteção da fauna, flora e meio ambiente. Os assuntos relacionados aos valores históricos, culturais e artísticos, também quando sofrer algum tipo de violação, os responsáveis poderão recorrer a este instituto para sua tutela em juízo.

No tocante aos direitos individuais homogêneos, a situação não é diferente, porém algumas observações devem ser consideradas. Nesta categoria, os direitos são completamente individuais, tendo natureza divisível e têm titulares determinados. São direitos que podem ser adequadamente garantidos pelo esquema do processo civil tradicional, pelo ajuizamento de ações individuais, pelos seus respectivos titulares.

Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos tem como propósito não apenas evitar o ajuizamento de várias demandas individuais ao se tratar da mesma e idêntica (homogênea) questão, mas também e principalmente fornecer tratamento único a situações jurídicas idênticas. Portanto, objetiva efetivar, não apenas o princípio da economia processual, mas principalmente o princípio constitucional da isonomia, fornecendo o mesmo tratamento jurisdicional a direitos individuais juridicamente equivalentes.³⁹

Então, o CDC instituiu que as ações coletivas que protegem direitos individuais homogêneos terão eficácia *erga omnes*, atingindo, toda e qualquer pessoa que esteja em situação jurídica idêntica àquela retratada no processo coletivo. Todos os direitos individuais, que tenham identidade jurídica comum serão garantidos por um só processo, uma única atividade jurisdicional, procurando uma só solução jurídica.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, [s. d].

³⁸ AGUIAR, *op. cit.*, p. 72.

³⁹ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 93.

Em se tratando de ação inibitória coletiva que tem por propósito a defesa de direitos individuais homogêneos, isso quer dizer que, apesar de serem diversos os direitos garantidos pela ação, uma só solução lhes é fornecida, e uma só ordem inibitória garante todas as pessoas titulares de direitos iguais àquele tratado no processo coletivo. O eventual descumprimento da decisão pelo réu, quanto a apenas um deles, constitui violação à ordem, autorizando a incidência da multa diária, mesmo que, com referência a outros titulares de direitos assegurados, a ordem tenha sido atendida.⁴⁰

O autor acima referendado cita o exemplo de um banco ser invadido por ladrões e seus cofres foram arrombados. Ao chamar os seus clientes lesados pelo roubo para pagamento extrajudicial de indenização, se pretende usar, no texto do recibo, de expressão que faz dar quitação integral do valor devido a título de indenização, mesmo sendo o valor efetivamente pago muito inferior ao valor real dos danos. Ajuizada ação coletiva, pretendendo impedir que a instituição use termos que violem o direito do consumidor à efetiva e integral indenização dos danos materiais e morais, segundo os artigos 6º, VI e 25 do CDC, o magistrado estipula que a instituição-ré não use tais expressões no texto do recibo. Com esta decisão são tutelados os direitos individuais dos clientes às respectivas e divisíveis indenizações, e se estenderá a todos, e caso a ré faça inserir no texto de um único recibo a expressão vetada, estará não atendendo a ordem, o que autoriza a aplicação das sanções cabíveis.

O que o autor quer esclarecer é que apesar da ação inibitória coletiva tutelar ter diversos direitos individuais e divisíveis, bastará um único provimento jurisdicional para que todos os indivíduos que se achem na afirmada situação jurídica homogênea sejam protegidos, bastando também esse único provimento para que o réu fique obrigado a cumprir aos vários direitos individuais que têm uma identidade comum. Um único ato de não cumprimento à ordem judicial, em relação a um único titular de direito individual homogêneo, é considerada

⁴⁰ SPADONI, *op. cit.*, p. 221.

violação a toda a ordem, e constitui desobediência à ordem do juiz, autorizando a aplicação de determinadas sanções.

Quanto à eficácia territorial da ação inibitória coletiva tem-se pretendido limitar a eficácia territorial das decisões ditadas em ações coletivas, incluindo os seus efeitos nos limites da competência territorial do órgão prolator. O artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública foi modificado em 1997 e ficou com a seguinte redação:

Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.⁴¹

O autor ainda comenta: “Mas acreditamos não ser despropositado taxar tal modificação de inconstitucional”.⁴² O que estipula, principalmente, a extensão da eficácia da decisão não é o órgão jurisdicional que a pronunciou, mas sim as características do direito preservado e a conseqüente extensão subjetiva do julgado.

Os direitos difusos e coletivos, segundo a conceituação do artigo 81, parágrafo único, I e II, do CDC, são direitos de natureza indivisível. Isso quer dizer, que a tutela de um bem difuso, como, por exemplo, a qualidade do ar atmosférico, não interessa e pertence apenas aos habitantes desta ou daquela localidade, mas a todos os indivíduos da sociedade. Daí se verifica a impossibilidade de se limitar territorialmente à extensão do bem, e a respectiva extensão da tutela jurisdicional que o assegura. Os efeitos da decisão e da coisa julgada são decorrentes da natureza do direito tutelado, *erga omnes*, no caso de interesses difusos, segundo o artigo 103, I, do CDC.

Tentar limitar a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada em lides que se referem a direitos difusos ou coletivos é medida que, se não é inofensiva, por pretender dividir o indivisível, é inconstitucional, porque não possibilita a correta e eficaz proteção de bens que

⁴¹ SPADONI, *op. cit.*, p. 231.

⁴² *Ibidem*, p. 231.

são, por natureza, indivisíveis, quebrando-se a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, instituída no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

É observado, que a tutela de direitos individuais homogêneos, além de pretender reduzir o volume de serviço do Poder Judiciário, por autorizar a tutela, em uma única ação, de vários direitos individuais, busca dar tratamento jurídico igual a situações jurídicas também iguais. Tenciona-se prover a mesma tutela jurisdicional a direitos que têm igual conformação jurídica. Destarte, se trata de maneira igual os iguais, confirmando o princípio constitucional da isonomia, artigo 5º, caput, CF/88.

Quando se tenta limitar ou mesmo impedir que uma ação coletiva com tal objeto estenda os seus limites para fora do território do órgão prolator, tenciona-se fazer que, para cada território, se ajuíze uma ação para a proteção de direitos iguais. Isso significa impedir o acesso à justiça, o que representa um ato inconstitucional, tenciona-se permitir, que para cada território tenha um tratamento jurídico diferente daquele dado em outro, mesmo quando as situações jurídicas tratadas em todas as ações sejam iguais. Spadoni⁴³ contesta a aplicação da limitação de território tencionada pela nova redação do artigo 16, da LACP:

Afirma o dispositivo que a decisão terá a coisa julgada limitada à competência territorial do órgão prolator. Assim sendo, nada impede que a liminar ou mesmo a sentença coletiva produza os seus efeitos fora de tais limites, já que uma coisa é ‘efeito da sentença’ e outra é a ‘coisa julgada’ que torna imutáveis e indiscutíveis tais efeitos; só esta ficou limitada pelo dispositivo.

No mesmo passo, os recursos das sentenças proferidas em ações coletivas não possuem, em regra, efeito suspensivo (artigo 14), de modo que estas independem de seu trânsito em julgado para serem atuadas. Portanto, a rigor, não existe norma que impeça que as decisões coletivas produzam efeitos fora do limite territorial do órgão julgador que as proferiu; a limitação só existe no que diz respeito à coisa julgada, que representa qualidade assumida por estes efeitos.

Spadoni⁴⁴ cita a suposição de um órgão que articulou a decisão inibitória, que foi de juízo estadual, em primeiro grau de jurisdição. Segundo o artigo 16, LACP, a decisão só poderia ter eficácia nos limites da comarca onde o mesmo está localizado. No entanto, se for

⁴³ SPADONI, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁴ SPADONI, *op. cit.*, p. 234.

interposto recurso, mesmo que o seja pelo réu da ação, e sendo ele conhecido e julgado no mérito, o acórdão do Tribunal substituirá a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso, conforme o artigo 512, do CPC. Assim, a proteção jurisdicional dada àquele mesmo direito, que anteriormente tinha eficácia limitada à comarca onde se localizava o juízo, agora terá eficácia em todo o Estado, já que o órgão articulador da decisão que será atuada e que transitará em julgado tem competência em todo o Estado, e não somente em uma comarca. Dessa forma, estendem-se os limites de território da tutela jurisdicional de uma mesma situação jurídica, somente porque de uma decisão de primeiro grau foi interposto recurso e este foi conhecido.

Dessa decisão do Tribunal estadual, são interpostos os recursos: especial ou extraordinário que também se conhece e cujo julgamento substituirá a decisão inserida no acórdão recorrido. Portanto, se terá uma decisão do Tribunal Superior, com competência em todo território nacional, ampliando, então, a decisão para todo o Brasil.

CONCLUSÃO

Foi apresentada a existência de uma ação idônea à prevenção do ilícito, no ordenamento jurídico do Brasil. É uma ação que não tem entre seus pressupostos o dano, e que requer a probabilidade da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, do qual o dano é uma simples consequência eventual. Essa ação que se volta para o futuro contrapõe-se à ideia de que a tutela ressarcitória é a única maneira de tutela contra o ilícito.

A tutela inibitória é constitucional, segundo o artigo 5º, XXXV, da CF/88 e acha fundamento também nos instrumentos, dos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC, que permitem a prestação da tutela inibitória nas formas individual e coletiva. Essa tutela pode ser positiva ou negativa, é capaz de atender aos direitos da personalidade, ação inibitória individual, e aos

direitos que precisam de tutela de maneira coletiva, tais como: os direitos do consumidor e o direito à higidez do meio ambiente (ação inibitória coletiva).

A classificação quinária de Pontes de Miranda que divide as sentenças em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva é demandada não apenas pelas necessidades do direito material, como também diante das novas diretrizes processuais, como, por exemplo, o artigo 461, do CDC. Esta classificação permite ser extirpado o equívoco consistente na confusão da tutela preventiva com a condenação para o futuro ou o erro de se pensar que a condenação para o futuro é capaz de exercer efetiva função preventiva.

A ação inibitória na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é viabilizada pela interação da Lei da Ação Civil Pública; juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, segundo artigo 84; igualmente o artigo 461 do Código de Processo Civil, conforme já mencionado anteriormente. A sentença inibitória tem eficácia subjetiva e territorial voltando-se ao direito por ela reconhecido e protegido. No entanto, verifica-se que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que aplica a pretendida limitação territorial da decisão coletiva é constitucional, porém é inadequada, onde se tenciona dividir o indivisível, e também não impede a produção de efeitos da decisão, somente quer limitar a abrangência do território da coisa julgada.

Conclui-se que existe no direito nacional uma ação primordial para a efetividade dos direitos, considerando seus pressupostos, função e escopo, como também se verificam os critérios que foram à base para as conceituações de tutela preventiva e de tutela cautelar e à classificação trinária das sentenças não estão em linha com a maneira vista pelo direito processual voltada com a construção de um processo aderente ao direito material e à realidade social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lucia Frota Pestana de. Direito processual coletivo: ações coletivas e prevenção do ilícito em abordagem sócio-filosófica. *Revista de Direito*. v. 57. [s. 1.]; [s. d.].

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, [s. d.].

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar – à luz da denominada reforma do código de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.].

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória – individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTEIRO, Julio César. *Classificação das ações – as tutelas mandamental e executiva “lato sensu” em busca do sincretismo processual*. 8 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos>>. Acesso em: 8 out. 2010.

RIBEIRO, Kepler Gomes. *A técnica da tutela inibitória e a efetividade da prestação jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer*. Disponível em: <http://www.tutela_inibitoria.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2010.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi-doutrina>>. Acesso em: 10 abr. 2011.