



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ANRAFEL DE MEDEIROS LUSTOSA

TUTELA ESPECÍFICA NOS DIREITOS NÃO PATRIMONIAIS

SOUSA - PB
2005

ANRAFEL DE MEDEIROS LUSTOSA

TUTELA ESPECÍFICA NOS DIREITOS NÃO PATRIMONIAIS

Monografia apresentada a
Coordenação de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Lúcio Mendes Cavalcante.

SOUSA - PB
2005

ANRAFEL DE MEDEIROS LUSTOSA

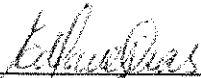
TUTELA ESPECÍFICA NOS DIREITOS NÃO PATRIMONIAIS

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Lúcio Mendes Cavalcante (Orientador)



Prof. Mestre Maria Zélia Ribeiro



Prof. Mestre Edjane E. Dias da Silva

Sousa-PB
Novembro/2005

Dedico

A minha esposa Kelly e ao meu filho Anrafel Filho, meus pais Francisco e Maria da Guia, à minha avó Bibi, meus irmãos, e também a Lúcio e Kelsya que sem o apoio dos quais, esse meu escopo não seria alcançado.

“Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim”.

Chico Xavier

RESUMO

O objetivo deste trabalho monográfico é demonstrar a necessidade da maior efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo no amparo aos direitos não patrimoniais através de tutelas preventivas, com esmero no aprofundamento e superação do estudo do conceito de ilícito civil, cujas discussões doutrinárias modernas são temas de interesse dos profissionais do direito, máxima quando refletidas na norma adjetiva. Isto porque as pessoas, quando buscam o judiciário, pretendem a satisfação de seu direito. Parece claro que o cidadão comum não tem interesse em formas e procedimentos. Para ele, a prestação jurisdicional se resume no direito material buscado. Uma vez satisfeita esta pretensão, não importam as questões processuais que envolvem a solução do litígio. O desempenho da função jurisdicional, para ser eficaz, deve utilizar método de trabalho adequado, estabelecido em normas próprias de direito processual, que deve ser vista como um instrumento a serviço do direito material, seja ele patrimonial ou não patrimonial. Essa concepção de instrumentalidade do processo vem sendo alcançada depois de superadas fases de evolução dos estudos processuais. A outro giro, faz-se mister a não unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, pois o ilícito civil foi, por muito tempo, associado à sua consequência eventual, que é o dano. A unificação dessas categorias constitui o reflexo de uma visão patrimonialista dos direitos em que não importa a tutela do bem em si, mas apenas a reintegração do valor econômico equivalente ao da lesão. Sobrepuja-se com emblema a noção da relativização do binômio direito/processo, ao lado de uma tutela de reparação do dano predisposta não só a uma tutela contra o ilícito que já foi praticado e não causou dano, mas sobretudo uma tutela que possa inibir a prática do ilícito, sua continuação ou repetição, numa perspectiva de que o exercício da jurisdição deve ser apto a dar adequada resposta às necessidades emergentes dos direitos especificamente não patrimoniais. O processo deve atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, desta forma, pensando-se na efetividade do processo. Ademais os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa Consumidor são bons exemplos dessa reorganização do direito processual, porém visto numa órbita tão-só patrimonial, faltando um capítulo específico no direito processual a este respeito. Tem-se apenas excelentes dispositivos análogos e predispostos à efetivação de tutela dos novos direitos, à mercê de proteção concreta, de maneira a abranger dispositivos legais tutelando estas novas formas de direitos chamados não patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade. Prestação jurisdicional. Novo conceito de ilicitude. Dispositivos específicos para a satisfação dos direitos não patrimoniais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 O ILÍCITO NO PROCEDIMENTO PADRÃO.....	09
1.1 Do processo.....	09
1.2 Confusão entre ato ilícito e dano.....	11
1.3 Universalização do procedimento ordinário.....	12
1.4 A inefetividade da prevenção do ilícito.....	14
CAPÍTULO 2 SENTENÇAS DE COMBATE A ILICITUDE.....	16
2.1 A classificação trinária ineficiente.....	16
2.2 Nova classificação das sentenças aos novos direitos.....	17
2.2.1 Sentença declaratória.....	18
2.2.2 Sentença constitutiva e condenatória.....	19
2.2.3 Sentença mandamental.....	20
2.2.4 Sentença executiva.....	22
2.3 Sentenças satisfativas e não satisfativas.....	23
CAPÍTULO 3 APARECIMENTO DAS TUTELAS ESPECÍFICAS FRENTE AO COMBATE À ILICITUDE.....	25
3.1 Tutelas específicas em prol da eficiente prestação jurisdicional.....	25
3.2 Tutelas de combate ao ilícito.....	26
3.2.1 Tutela inibitória.....	27
3.2.1.1 Modalidades.....	28
3.2.1.2 Pressupostos.....	29
3.2.1.3 Fundamento.....	31
3.2.1.4 Atuação do juiz nos limites da inibitória.....	32
3.2.1.5 Inibitória em face do Poder Público e das concessionárias de serviço público.....	34
3.2.2 Tutela inibitória executiva.....	36
3.2.2.1 Fundamento.....	37
3.2.3 Tutela Reintegratória.....	39
3.2.3.1 Tutela reintegratória e ressarcitória na forma específica.....	40
3.2.3.2 Tutela reintegratória e inibitória executiva.....	41
3.2.3.3 Pressupostos e fundamentos da integratória.....	42
3.2.3.4 A técnica processual dos arts 461 do CPC e 84 CDC e os limites da remoção do ilícito.....	42
3.2.3.6 A necessidade da contínua busca da efetividade do processo... 43	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Ao expor-se o tema “Efetividade dos direitos não patrimoniais”, pretende-se fazê-lo de forma simplificada e de fácil compreensão. Não é feita uma abordagem crítica, mas, tão-somente, uma explanação da matéria, na tentativa de tornar familiar o tema legislativamente. A nossa proposta é de simples narrativa de como o tema é visto na doutrina.

Pela amplitude do tema, foi indispensável estabelecer limites à abordagem, de tal forma que o trabalho foi dividido em capítulos: no primeiro, faz-se uma explanação histórica a respeito do processo e da ilicitude de forma ampla, situando o leitor sobre o tema. Depois, enfoca-se o delineamento da matéria frente às sentenças. Mais adiante se encontra genericamente às novas tutelas específicas; por último, aborda-se suas formas preventivas específicas, através da tutela inibitória, tutela inibitória preventiva e tutela reintegratória.

Pois, certamente o moderno operador do direito, no afã do alcance da tão sonhada justiça tem utilizado o processo como meio de enfatizar cada vez mais seu cunho instrumental.

Tendo em vista esse escopo, trouxe à tona para discussão novos institutos, com a finalidade de encaixar o processo aos reclamos da atualidade, tendo em vista os resquícios do antigo sistema romano ainda presentes na Carta Processual Civil, apesar da forte influência das idéias processuais modernas trazidas por Buzaid do direito italiano. Dentre os problemas a serem combatidos, a demora na prestação jurisdicional se constitui em um verdadeiro óbice à efetivação da justiça, juntamente com a prestação imperfeita, a qual veio ser atenuada com a previsão das indispensáveis tutelas específicas.

Desta forma, a utilização de tutelas específicas patrimoniais analogicamente predispostas aos direitos não patrimoniais, conduz a uma forma de instrumentalização satisfativa de tais direitos, dando a impressão que os conflitos não patrimoniais efetivamente estão sendo solucionados, tendo em vista que, em nome da paz social, esses mesmos cidadãos conferiram ao Estado o poder-dever de dirimi-los.

A adoção da Tutela Específica gerada na Reforma Processual de 1994 veio a suprir, em parte, a deficiência da ineficácia jurisdicional à proporção que busca dar ao cidadão aquilo e somente aquilo que lhe é devido, tirando o direito do plano genérico-abstrato da norma e inserindo-o especificadamente ao caso concreto, garantindo-lhe a mesma coisa que seria obtida pelo adimplemento voluntário, enfatizando o cunho da substitutividade processual em função do cumprimento da obrigação *in natura*. Assim, assegura a prestação judicial em sua integralidade e não apenas parte dela, que seria prestada em caso de conversão pecuniária de perdas e danos.

Só restando agora a implementação da instituição de um novo capítulo no direito processual atinente aos direitos não patrimoniais, nos mesmos moldes já existentes na proteção dos direitos patrimoniais.

CAPÍTULO 1 O ILÍCITO NO PROCEDIMENTO PADRÃO

O Direito tem caminhado, durante sua longa história, em busca da satisfação dos anseios do homem.

Nos primórdios não havia Poder Jurisdicional, o Estado era um ente desorganizado. Imperava, nesse período, a autotutela, ou seja, cada um tinha legitimidade de ir buscar o direito que julgava ser seu.

Na medida em que a sociedade foi se organizando e ficando complexa, o Estado chamou para si o Poder Jurisdicional, passando a ser este mais uma decorrência de sua soberania. Em contrapartida, o Estado obrigou-se a dar uma tutela justa àqueles que agora estavam impossibilitados de autotutelarem seus direitos, isto fez com o objetivo de promover a pacificação social.

Observa Amaral dos Santos(1993, p. 23) neste sentido o seguinte:

A proporção que o Estado tomou para si essa função, também lhe coube o dever de garantir a solução dos conflitos de todos os cidadãos, que privados de obterem o que lhes pertencem por meios próprios, deveriam se dirigir ao Ente Estatal para a pacificação de interesses interindividuais, de modo a alcançar a paz social.

Todavia, só com o estabelecimento da ordem jurídica pelo Estado, através do poder legislativo, foi que se fixou de forma hipotética o regramento de condutas, onde as normas incidirão sobre as situações que possivelmente virão a ocorrer entre os homens no convívio social.

Nesse diapasão, vislumbrou-se que o ordenamento jurídico atribui aos cidadãos seus direitos, como também deveres ao grupo social organizado.

1.1 Do Processo

Como relação jurídica, o processo nasceu e se desenvolveu como instrumento de jurisdição, passou a haver a atuação do Estado-Juiz ditando as soluções nos casos de existência de lides (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida).

Adrede o processo seria o movimento dos atos jurisdicionais tendentes a solução de litígios. Porém nas palavras de Amaral dos Santos (1998, p.82) processo “é o complexo de atividades que se desenvolve tendo por finalidade a provisão jurisdicional”.

Certamente de início o processo era só um instrumento de soluções de conflitos individuais desprovido de satisfatórios instrumentos de implemento dos supostos direitos subjetivos violados. De tal sorte que, hodiernamente passou-se a entender o processo não apenas como um fim de alcançar-se o direito material controverso, mas sobremaneira uma forma de tutelar a cidadania, como um direito à própria Justiça, como garantidor do social. Desarmam-se os litigantes, compõem-se conflitos individuais e de massa.

Dispondo sobre o tema Marinoni (2004, p.77) diz:

Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e valores constitucionais –, o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição da República, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional.

Tomando por base essa nova tendência, o processo, só atingirá o seu desiderato de justiça quando o cidadão constatar que seus conflitos efetivamente estão sendo solucionados satisfatoriamente.

1.2 Confusão entre ato ilícito e dano.

É vital perceber que por muito tempo houve uma confusão acerca do que seria ato ilícito e dano, redundando na adoção da tutela patrimonial, ou seja, ressarcitória, como a forma de remédio genérico e abstrato, a composição de litígios.

O direito liberal no século XIX pregava a incoercibilidade das obrigações e a preservação da liberdade do homem, para contratar ou se ver contratado, de tal modo que a tutela patrimonial era o meio mais idôneo para resolver os conflitos que por ventura viessem a existir, visto que configurava como sanção expressiva da realidade da chamada economia de mercado.

Crucial, pois, entender que no pensamento liberal deveriam antes de tudo ser mantidos os mecanismos de mercado, aonde o lesado seria ressarcido pelo equivalente em dinheiro, mantendo-se assim a única coisa que realmente importava: a inalterabilidade do mercado.

Destarte, a necessidade de se garantir o natural funcionamento dos mecanismos de mercado impedia que se conferisse relevância jurídica a situações de interesse socialmente caracterizadas, o que acabava tornando, como informou Marinoni (2001, p. 49), desnecessária a preordenação de instrumentos processuais dirigidos a permitir a tutela na forma específica.

Nesse juízo, a manutenção desse funcionamento do mercado está ligada com a isonomia pregada pelos liberais, pois se todos são iguais, então todos serão também iguais no plano do contrato, não podendo o Estado interferir nas relações jurídicas privadas.

Releva perceber que se os mecanismos do mercado daquela época, perpetuassem inalterados hodiernamente, não havia como pensar numa forma de

tutela capaz de diferenciar determinados interesses. Em síntese, essa desnecessidade de tutela diferenciada tinha como conseqüência a utopia da chamada universalização da tutela ressarcitória.

A par do que foi desenvolvido, idealizou-se ainda um procedimento concebido como procedimento-padrão de tutela de todos os direitos, servindo adequadamente às mais variadas situações conflitivas concretas, através um procedimento chamado universal, que mais tarde foi conhecido como procedimento ordinário.

Por conseguinte, inicialmente supõe-se que um único procedimento de cognição plena e exauriente seria suficiente e adequado para responder às diversas necessidades do direito material, de tal forma que pensou o mestre Marinoni (2001, p 65) que a predominância desse procedimento universal não correspondeu muito bem à tutela dos direitos, sobretudo, dos direitos não patrimoniais.

1.3 Universalização do procedimento ordinário.

Inicialmente, remete-se a um brocardo romano, “de que a tutela de reparação do dano é a única forma de tutela contra o ilícito”. Cristina Rapisarda (apud MARINONI, 2002, p. 134). Esse pensamento que perdurou por muito tempo, leva a uma unificação das categorias da ilicitude e, conseqüentemente, da responsabilidade civil.

A unificação da ilicitude nada mais é do que considerar todos os atos ilícitos como um só. No passado, não se conseguia chegar a uma ilação do que seria o ilícito e do que seria o dano, já que os processualistas tinham concluído que a tutela patrimonial era a única capaz de combater o ilícito.

Assim sendo, a tutela ressarcitória tornou-se o único meio conhecido e capaz para combater o ilícito, já que não se admitia numa sociedade patrimonialista uma tutela como a inibitória, principalmente pela premissa de se considerar que naquela época não se falava em interesses difusos e coletivos como objeto de possível tutela jurisdicional.

Pelo fato da junção das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, tendo a via ressarcitória como o remédio usado no combate ao ilícito, tem-se o que a doutrina chama de unificação do procedimento ordinário, que consiste em atribuir ao procedimento ordinário clássico a competência para processar todos os tipos de litígios existentes no ordenamento jurídico, seja de cunho patrimonial ou não.

De acordo com Marinoni (2001, p35):

A lamentável confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, que conduziu à supressão das tutelas diferenciadas, foi a principal responsável pelo estabelecimento do procedimento ordinário como procedimento-padrão, que deveria ser capaz de atender às mais diversificadas situações de direito substancial.

Notável que o espírito da universalização do procedimento ordinário para todos os casos discutidos em direito veio de certa forma a suprimir as tutelas diferenciadas, devido, principalmente, à confusão que existiu sobre a instrumentalidade do processo e a sua neutralidade.

Para que se entenda o porquê da escolha do procedimento ordinário como forma geral de resolver os litígios é preciso entender que para o direito liberal não importava a diferença entre pessoas e bens, pois, a única coisa importante era apenas garantir o natural funcionamento da economia de mercado. Como os liberais

não se importavam com a proteção dos demais direitos que não fossem patrimoniais, não havia motivos para criar uma tutela que fosse específica, bastando apenas o restabelecimento do valor econômico da lesão, isto é, a tutela ressarcitória. É como o professor Marinoni (2002, p.38), resumiu, dizendo, que, "se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento in natura".

Questionou-se como pode, então, esse procedimento vir a combater o ato ilícito, máxime diante dos direitos não patrimoniais, se para o efetivo combate é imprescindível medidas acautelatórias, sem que para tanto seja necessário ir até o final do processo para se conhecer do mérito? Definitivamente, esse não é um meio eficaz, estando hoje suprimido do ordenamento jurídico mundial.

A tese de um procedimento que desconsidera as várias formas existentes no vasto âmbito do direito material não pode ter condições de vir a solucionar problemas tão diversos e complexos, que necessitam de variadas formas de tratamento, e porventura das tutelas específicas diferenciadoras cabíveis em cada caso concreto.

Por todas essas razões, contudo, o uso do procedimento ordinário, para todos os casos, traz uma certa contribuição para o surgimento dos atos ilícitos e, conseqüentemente, do dano. É preciso considerar que essa universalização também é responsável pela lentidão da justiça.

Porém o procedimento comum clássico e a classificação trinária, de toda sorte não são obstáculos à efetividade da tutela dos direitos.

1.4A inefetividade da prevenção do ilícito

Ressalte-se que o processo de conhecimento clássico não foi estruturado para permitir a tutela preventiva, o que se afigura extremamente grave quando se percebe que os direitos não patrimoniais, aí incluídos os direitos da personalidade e os denominados novos direitos, como o meio ambiente sobretudo, não se compadecem com outra forma de tutela diversa.

Como lembra Mazzilli (2004, p. 290):

Os direitos não patrimoniais devem ser tutelados sempre na forma preventiva, sob pena de o direito em si ser transformado em direito a indenização, pois, se um sistema que consagra direitos não patrimoniais e não estrutura procedimentos adequados para permitir a sua efetiva tutela – que efetivamente não é a tutela ressarcitória – é um sistema incompleto ou falho.

Convém lembrar que o procedimento ordinário clássico, exauriente, não é adequado a tutela dos direitos difusos e coletivos, por estar distante da idéia de que é absolutamente imprescindível à tomada de consciência de que a tutela jurisdicional, em muitos casos, deve deixar de lado a segurança jurídica para permitir a tutela do direito material antes da realização plena do direito à ampla defesa.

Com esmero o processo civil clássico, idealizado a partir de uma ótica patrimonialista, não fora concebido para tutelar os direitos não patrimoniais que não podem ser satisfeitos em razão de mera via ressarcitória.

CAPÍTULO 2 SENTENÇAS DE COMBATE A ILÍCITUDE

A doutrina clássica sempre classificou as sentenças em declaratória, condenatória e constitutiva. É sabido que esta classificação nasceu no direito italiano, o qual, recebeu grande influência da filosofia liberal do final do século XIX, no dizer de Marinoni (2000, p 37). Assim, a classificação trinária das sentenças tem nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, e ainda, nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

2.1 A classificação trinária ineficiente

Conforme Wambier (2004, p. 536) as sentenças da classificação trinária são absolutamente incapazes de garantir tutela genuinamente preventiva, ou tutela adequada aos direitos não patrimoniais. Isso se deve pelo fato de que por nenhuma destas o juiz pode ordenar para prevenir o ato ilícito.

Conforme já foi explanado anteriormente, o Estado liberal fez surgir no panorama jurídico a figura do juiz despido do poder de decisão e que deveria apenas proclamar as palavras da lei. Durante esse período, o magistrado era conhecido como a “boca da lei”, denominação dada por Montesquieu, já que o juiz, ao proferir uma sentença, apenas reafirmaria a vontade da lei e a autonomia do Estado-legislador.

A premissa de manter o juiz despido de poder ou como figura inanimada que deveria apenas aplicar o que a lei determina, reflete-se no direito

processual civil quando se pensa na classificação trinária das sentenças e no denominado princípio da tipicidade dos meios executivos.

Esse princípio quer dizer que a sentença condenatória, em caso de inadimplemento, somente pode ligar-se aos meios de execução previstos em lei.

Seguindo o pensamento de Marinoni (2002, p. 37), em relação ao princípio da tipicidade dos meios executivos, ele afirma que:

Por este princípio, desejava-se não só garantir a liberdade de réu, que não poderia ter a sua esfera jurídica invadida por outros meios - senão aqueles expressamente previstos na lei - mas, sobretudo deixar claro que os poderes do juiz, na fase de execução, estariam subordinados à iniciativa daquele que não teve a sentença condenatória que lhe deu razão devidamente adimplida.

Assim sendo, com a classificação trinária das sentenças e das formas de execução do processo civil clássico retira-se do juiz o poder de tutelar adequadamente os direitos, deixando-se-lhe apenas a possibilidade de conferir ao lesado o equivalente em pecúnia ao valor do dano.

2.2 Nova classificação das sentenças aos novos direitos

As sentenças da classificação trinária não tutelam de forma adequada os direitos que não podem ser violados (direitos difusos e coletivos), seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja porque, tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória. Já o professor Marinoni (2002, p. 45), por sua vez, vai mais longe, afirmando que:

A classificação trinária, por sua inefetividade, permite a qualquer um expropriar direitos não-patrimoniais como o direito à higidez do meio

ambiente, transformando o direito em pecúnia. Na verdade, e por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles!

Conforme sabe-se, no processo civil clássico o juiz não podia invadir a esfera das relações jurídicas entre os homens iguais, sendo, portanto, proibido tutelas antecipatórias que pudessem dar provimento cautelar aos dissídios, pois, para os liberais o juiz era apenas um aplicador de leis.

Atualmente, os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, bem como o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivos predispostos à satisfação meramente patrimonial, permitem analogicamente ao juiz, na sentença ou na tutela antecipatória, ordenar sob pena de multa na guarda de bens não patrimoniais. Tais mecanismos são chamados de astreintes. Essa sentença recebe o nome de mandamental, pois atua sobre a vontade do vencido, compelindo-o a seu cumprimento.

Hoje, embora haja doutrinadores que entendam ainda prevalecer à classificação trinária das sentenças, prevalece, contudo, a classificação quinária das sentenças. Tendo, além das três clássicas (declaratória, constitutiva e condenatória) a sentença mandamental e a sentença executiva. Vejamos então cada dessas sentenças e sua efetividade contra os atos ilícitos.

2.2.1 Sentença declaratória

A sentença declaratória é aquela que tem a única função de declarar, seja a existência, ou o modo de ser uma relação jurídica. "A ela recorre àquele que

necessita obter, como bem jurídico, a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser uma relação jurídica”. RT 654/78 (apud WAMBIER, 2003).

O objetivo da sentença declaratória é, de modo geral, eliminar situações de incerteza que porventura venham a descer sobre a relação jurídica.

Quanto ao caráter da sentença declaratória, afirmam alguns doutrinadores que esta tem fim preventivo. No entanto, é preciso verificar o alcance dessa prevenção e se a mesma é capaz de prevenir o ilícito.

O Professor Marinoni nos ensina que (2004, p. 456):

A sentença declaratória pode dar ao autor apenas a vantagem da eliminação da situação de incerteza que pairava sobre determinada relação jurídica. Essa sentença, porém, jamais poderá obrigar alguém a fazer ou a não-fazer. A sentença declaratória, deste modo, não tem capacidade para impedir alguém de praticar um ilícito. Somente a sentença mandamental, que pode permitir a concessão da tutela inibitória, é realmente capaz de prevenir o ilícito.

Diante deste ensinamento, conclui-se que apenas a sentença mandamental é capaz de solucionar problemas contra o ilícito; isso se deve, sem dúvida, a própria natureza da sentença declaratória, pois tal sentença não pode interferir na esfera jurídica do particular ou obrigar alguém a não cometer um ilícito etc., pois isso, para os liberais, seria considerar uma interferência sobre a liberdade do indivíduo, o que naturalmente era inconcebível para os pensadores da época.

2.2.2 Sentença constitutiva e condenatória

A sentença constitutiva é aquela que vem para formar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Esta sentença, por sua própria natureza, não tem o

condão de prevenir algo, sendo sua função exclusivamente de modificar de situações jurídicas. O Professor Marinoni (2001, p. 55), ao se referir às sentenças constitutivas no combate ao ato ilícito, diz que deixando-se de lado a sentença constitutiva, que nada tem a ver com a finalidade preventiva, é preciso esclarecer a razão pela qual as sentenças declaratória e condenatória não são capazes de permitir uma efetiva tutela preventiva.

Como deixa claro o eminente jurista, apenas é necessário analisar as declaratórias e as condenatórias acerca da prevenção, e de fato, como já se estudou a sentença declaratória, estude-se agora a sentença condenatória.

A sentença condenatória é aquela que visa a condenar alguém por ter violado o direito de uma outra pessoa, seja através de dinheiro ou de obrigações.

Assim, é fácil perceber a ineficiência da sentença condenatória como forma de prevenção, pelo fato de que antes da tutela condenatória já há o dano propriamente dito. Dessa forma, a sentença condenatória não tem o condão de prevenir o ilícito, mais apenas de reparar o dano proveniente daquele.

A origem da sentença condenatória também está relacionada com a do Estado liberal que, como já foi dito, não permitia a intervenção estatal nas relações jurídicas, pois o Estado não podia obrigar o cidadão a cumprir obrigação infungível e, por isso, a obrigação era convertida em perdas e danos.

Com efeito, a sentença condenatória pressupõe a violação do direito, não tendo nenhuma preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado.

2.2.3 Sentença mandamental

A sentença mandamental é aquela que se dirige a dar uma ordem para coagir o réu. Assim, a sua finalidade é convencer o réu a observar o direito por ela declarado. É por esse motivo que os processualistas afirmam que as sentenças mandamentais têm força de execução indireta. Quando a sentença ordenada, visando a compelir o réu a cumpri-la, a execução é dita "indireta". Pois, o direito declarado pela sentença só vai ser efetivamente realizado se a sentença convencer o réu a observá-la.

Desse modo, apenas a sentença mandamental é capaz de dar condições de prevenir os atos ilícitos, atuando sempre na imposição, no poder de imperium do magistrado, sob ameaça de multas ou astreintes. Assim sendo, na sentença mandamental, ao juiz é permitido invadir a esfera do indivíduo (obviamente que quando se fala em invadir a esfera do indivíduo, não há que se cogitar em violação de direitos constitucionais assegurados pela Carta Magna) para que este se digne a fazer ou deixar de fazer algo, sob pena de incorrer em multas, ou como são mais comumente conhecidas, as astreintes.

É na sentença mandamental que a tutela inibitória encontra respaldo de atuação prática. O art. 461 do Código de Processo Civil, aplicável aos direitos individuais, e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos direitos difusos e coletivos – diante da disposição do art. 21 da lei da Ação Civil Pública – permitem que o juiz ordene sob pena de multa na sentença ou na tutela antecipatória. Marinoni (2004, p. 360), por sua vez afirma que:

Tais artigos instituem uma verdadeira ação inibitória, que pode ser utilizada 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 fundamental quando se pensa na efetividade da tutela dos direitos.

2.2.4 Sentença executiva

A sentença executiva é muito importante para a tutela dos direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória, uma vez que o ato ilícito, que muitas vezes tende a lesar direitos, deve ser removido do modo mais rápido possível, haja vista que a propositura da ação de execução seguramente não colabora com a efetiva tutela dos direitos.

Como foi dito no capítulo anterior, os arts. 461 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor viabilizam a sentença mandamental, além de trazer o emprego de determinados meios de execução.

Esses meios de execução consubstanciam-se na sentença executiva, que nada mais é do que uma das técnicas de tutela jurisdicional no combate ao ato ilícito. Mas, para deixar claro, os modos de execução trazidos pelos artigos acima mencionados não dizem respeito apenas à tutela contra o ilícito, mas também contra à tutela do adimplemento e à tutela ressarcitória na forma específica, o que, porém, não constitui objeto desse estudo.

Pelo exposto acima, conclui-se que a sentença executiva nada tem a ver com a ação de execução, propriamente dita. Aquelas, previstas no art. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, estão exemplificadas como medidas necessárias, dando ao juiz mais abrangência para agir, desde que adequadas em face dos princípios da efetividade e da necessidade; ao passo que a ação de execução requer uma sentença condenatória e que como viu-se é ineficaz no combate ao ato ilícito, principalmente, porque houve o dano efetivo.

Conclui-se, portanto, que é necessário verificar que o juiz está autorizado a determinar meios de execução na própria sentença, tornando, assim, desnecessário a execução forçada.

2.3 Sentença satisfativa e não satisfativa

Não obstante, a doutrina vem classificando as sentenças em face da sua eficiência frente às diversas necessidades de tutela dos direitos, como sendo, sentença satisfativa e sentença não satisfativa.

As sentenças satisfativas são aquelas que por si só apresentam-se eficazes na solução dos litígios que para elas se apresentam. As sentenças não satisfativas, no entanto, exigem mais atenção pelo fato de que não exaurem por completo a tutela jurisdicional.

Como espécies de sentença satisfativa, enumeram-se as sentenças declaratórias e as constitutivas, pelo único fato de que delas não resta nenhum outro pressuposto para a sua aplicação, ou seja, não prescindem de meios executivos para a sua satisfação, uma vez que prestam tutelas que, ou conferem ao autor a certeza jurídica ou constituem nova situação jurídica.

Já nas sentenças não satisfativas falta um algo mais para a sua concretização, como por exemplo, os meios de execução que possam assegurar a sua eficácia. A esta classificação está, obviamente, a sentença condenatória, a mandamental e as reintegratórias, tendo em vista que dependem dos meios de execução que a elas estão atrelados. É também o pensamento de Wambier (2002, p. 466) ao afirmar que:

Como a definição da natureza das sentenças depende dos meios de execução que a elas estão atrelados, as sentenças não satisfativas somente podem ter sua natureza definida quando pensamos juntamente com os meios de execução que lhes servem de suporte. A sentença mandamental, por exemplo, somente é mandamental porque ordena mediante coerção indireta; a condenação seria mera declaração se não abrisse oportunidade à execução forçada; a sentença executiva seria condenatória se atrelada à necessidade da ação de execução forçada, ou declaratória se não tivesse à sua disposição meios de coerção direta ou de sub-rogação capazes de lhe permitir a prestação de uma tutela diferenciada.

CAPÍTULO 3 APARECIMENTO DAS TUTELAS ESPECÍFICAS FRENTE AO COMBATE À ILÍCITUDE

Cumpramos visualizar que em razão da existência no direito italiano de uma nova corrente ligada a combater os atos ilícitos sem, contudo, ter de aguardar o acontecimento do dano; fez, então, os estudiosos pensarem na necessidade de se criar novos meios de tutelas que viessem a ser mais eficientes e mais dinâmicas, quiçá, no amparo a direitos não patrimoniais.

3.1 Tutelas específicas em prol da eficiente prestação jurisdicional

A toda evidência, o antigo conceito de ação como direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão, mereceu do professor Marinoni (2004, p. 465) a seguinte afirmativa:

Já se passou o tempo em que bastava estudar a ação una e abstrata e o universo de sentenças que estava ao seu redor. A idéia de direito de ação, como direito a uma sentença no mérito, não tem muita importância para quem está preocupado com um processo efetivo, ou melhor, com processo capaz de dar efetivamente aos direitos que precisam ser através dele garantidos.

Hodiernamente é preciso que os juristas tomem consciência em estudar e saber relacionar as dirimidas que envolvem o direito processual e o material. Com o reconhecimento por parte dos juristas de se considerar a ciência processual autônoma em relação ao direito material, veio a consagrar aquela ciência no mundo jurídico, hoje, como sugere os jusnaturalistas. No entanto, essa idéia de "autonomia" terminou por obscurecer a importância da união dessas duas ciências em prol da efetiva prestação da tutela jurisdicional e resultou num total

distanciamento entre as duas ciências, definindo, assim, o papel que o direito deve desenvolver na sociedade.

Enfocando a necessidade de se pensar em formas de tutela jurisdicional dos direitos, se quer dizer que é necessário estudar e aplicar as tutelas capazes de responder às diversas carências do direito material, ou em outras palavras, é preciso delinear as tutelas capazes de responder às diferentes necessidades do direito substancial.

Notável que mesmo no caso de dano patrimonial ou não patrimonial é possível a tutela específica. Isso esclarece que a tutela ressarcitória não é aquela que objetiva unicamente a restituição pelo equivalente, pois, é de conhecimento da doutrina que há tutela ressarcitória na forma específica, quando é possível reparar o dano, independentemente da vontade do autor, na forma específica ao valor da lesão, de tal forma a evidenciar que a tutela pelo equivalente ao valor do dano é o contrário de tutela ressarcitória na forma específica.

3.2 Tutelas de combate ao ato ilícito

Mais uma vez, fica claro que todos os meios de repressão aos atos ilícitos eram confundidos com a própria essência do dano.

A classificação trinária das sentenças, aliada à universalização do procedimento ordinário, mostrou-se ao longo dos tempos ser ineficaz para todos os tipos de dissídios, fazendo surgir uma leva de novos meios imbuídos de dar maior eficácia a direitos tanto individuais, quanto metaindividuais, este último atinente aos novos direitos denominados difusos e coletivos.

Devido a essa ineficiência, a nova classificação das sentenças ganhou mais duas espécies, quais sejam, a sentença mandamental e a sentença executiva. Essas duas sentenças mais a sentença condenatória, a declaratória e a constitutiva formam a classificação quinária já estudada anteriormente.

A sentença mandamental traz à baila a possibilidade de aplicação da tutela inibitória no combate aos atos contrários ao direito. A sentença executiva, por sua vez, também trouxe para o mundo jurídico a possibilidade de aplicar-se a tutela de remoção do ilícito, usando das “medidas necessárias” contra os atos ilícitos, que estão previstas no art. 461 e seguintes do Código de Processo Civil e do art. 84 do Código de Direito do Consumidor e que serão estudados mais adiante.

3.2.1 Tutela inibitória

De passagem, a tutela inibitória é certamente uma das mais importantes formas de tutela específica existente atualmente. Isto se deve ao fato de que pela inibitória evita-se indiretamente o perecimento do direito em indenização pecuniária.

Infere-se que a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. É na verdade uma ação de conhecimento de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito atinente harmoniosamente com os direitos não patrimoniais. Prega o professor Marinoni (2004, p. 476) que a tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação. Nisso, certamente, a inibitória por não se ligar a uma ação que

possa ser dita de principal, não se confunde com nenhum outro mecanismo existente no direito.

Não se diga que se confunde com a ação cautelar, uma vez que esta se liga a uma ação principal, sendo, portanto, instrumental. Com a sentença declaratória, também não se confunde.

De pouca sorte, a tutela ressarcitória visa a indenizar o dano pelo equivalente em dinheiro, admitindo assim uma verdadeira troca de valores: o dano por uma soma em dinheiro. A tutela inibitória, entretanto, tem a finalidade de garantir a integridade do direito, sem se valer de trocas em substituição por “valores equivalentes”.

Pensa-se veemente que a tutela inibitória tem a sua grande importância na proteção dos chamados novos direitos, evidenciados pelos direitos difusos e coletivos. Assim, por ser um direito da coletividade, não tem o jurista interesse de ver – especificamente nesses casos – o dano efetivado, pois o maior interesse está em remediar o ilícito (que é anterior ao dano, sendo assim, sua consequência natural), em virtude de não ter estes direitos um valor patrimonial que possa ser ressarcido, como por exemplo, a prevenção do meio ambiente ou o uso reiterado de cláusulas abusivas em contratos pactuados com os consumidores, etc.

3.2.1.1 Modalidades

A tutela inibitória é utilizada contra os atos contrários ao direito, manifestando-se para impedir a prática do ilícito ou apenas para impedir a sua continuação ou repetição. Desta feita, a tutela inibitória pode ser eficaz diante de

todas essas possibilidades. Para melhor compreender-se essas hipóteses, Marinoni (2002, p. 83), assim nos ensina:

No caso em que um fabricante deixa de instalar tecnologia, considerada essencial pela lei, para evitar a poluição ambiental, há ato ilícito de eficácia continuada; o mesmo ocorre em se tratando de poluição ambiental, ainda que todos os requisitos legais para a instalação da fábrica tenham sido observados. Há reiteração do ilícito não só no caso de difusão de notícias lesivas à honra de uma pessoa, mas também no de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor ou no de reiteração de publicidades enganosas.

Apesar de se questionar a problemática acerca de aplicação da ação inibitória, antecedente a qualquer ilícito, levando em conta a dificuldade de provar a probabilidade da sua ocorrência, a questão de prova nada tem a ver com a necessidade de uma tutela preventiva. A dificuldade em demonstrar a probabilidade da prática do ilícito, como é óbvio, não pode retirar do jurisdicionado o direito à tutela inibitória.

Assim, compreende-se que a tutela inibitória pode ser utilizada para impedir a prática de um ilícito mesmo que ainda não tenha ocorrido nenhum ato ilícito anteriormente praticado.

Nesse diapasão, a tutela inibitória negativa determina uma obrigação de não-fazer, e tem inegavelmente sua importância insuspeitável, já que essa espécie é a mais freqüente contra a repetição ou a continuação de um ilícito. A inibitória positiva, por sua vez, preocupa-se com uma possível omissão do agente responsável, tendo o seu uso vinculado à prova da probabilidade da omissão.

3.2.1.2 Pressupostos

De tal sorte a tutela é uma forma de ação voltada a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Porém, a inibitória não tem como pressuposto, o dano ou mesmo a sua probabilidade.

Quando se começa o estudo da tutela inibitória muitos chegam mesmo a confundir e a indagar no sentido de que cabe a inibitória no combate do próprio dano, sem levar em conta o ilícito. No entanto, não há dúvida de que o ilícito, na maioria das vezes, torna-se visível em face de um dano e que, como já se disse, é sua conseqüência concreta.

O que ocorre, contudo, é o fato de que o ato ilícito e o dano, muitas vezes, encontram-se numa mesma posição cronológica. Devido a isso, a tutela inibitória que serve para paralisar o ilícito, termina por vezes a impedir o próprio dano, que nada mais é do que sua conseqüência natural, mas que, no entanto, com ele não se confunde. Comumente, os pressupostos do dano não se encaixam nos requisitos do ilícito.

Quando se fala em dano, a lei prevê uma forma adequada de reparação que é a via ressarcitória. Esta se consubstancia em responsabilidade civil e dentre os seus elementos, estão os requisitos subjetivos do dano, quais sejam a culpa ou o dolo do agente.

Desse modo, a culpa e o dolo são critérios para a definição da responsabilidade pelo dano e não prevenção do ilícito ou, em outras palavras, pode-se afirmar que o dano e a culpa não fazem parte dos pressupostos da tutela inibitória.

Conseqüentemente, ninguém pode invocar o dano ou a culpa para argüir uma inibitória, e nem deve o juiz levanta-los para deferir a medida preventiva. A única hipótese em que se pode indagar do dano, como cabível para a propositura

da inibitória, seria somente quando se destina a evidenciar a prática do próprio ilícito. Essa forma só acontece quando há uma identidade cronológica entre o ilícito e o dano.

Portanto, o que realmente importa para a propositura da via inibitória nada mais é do que a probabilidade da prática de um ilícito ou da sua continuação ou da sua repetição contínua.

3.2.1.3 Fundamento

Há de se advertir que uma objeção que perdurou por muito tempo em cima da tutela inibitória foi a de que esta modalidade põe em risco o direito de liberdade.

Entretanto, essa suposição está vinculada ao Estado liberal, que pregava dentre outras, o princípio da autonomia da vontade e que hoje está de certa forma superado.

Assim, o Estado liberal afirmava que o juiz não deveria ter poderes para obrigar alguém a suportar algo ou deixar de fazer algo. É evidente que há razão para admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando é flagrante que o agente vá praticar um ilícito,

É constante no Direito brasileiro o uso de princípios que vigem a questionar a prevalência de direitos em função de outro, tal como o princípio da proporcionalidade, principalmente depois do surgimento dos direitos difusos e coletivos, que merecem, inclusive, uma proteção maior do legislador.

A tutela inibitória, obviamente, encontra respaldo no direito positivo. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, afirma que "nenhuma lei

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Tal norma, segundo a doutrina, garante a todos uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, o que demonstra uma vontade da lei em garantir a inviolabilidade de um direito que está sendo ameaçado e que por tal razão garante e prevê a tutela inibitória.

Não se deve esquecer, também, que inúmeras normas constitucionais exigem, para uma maior proteção aos direitos por ela tutelados, uma tutela jurisdicional correspondente, como sendo a única capaz e adequada para evitar a violação daqueles direitos.

Em razão de se ver uma tutela adequada e específica para a solução de cada litígio, é que a idéia de tutela ressarcitória, como tutela única para prevenir todos os ilícitos, tornou-se inócua e inútil. Tudo porque a lei constitucional obriga e determina aplicação de tutelas adequadas a cada caso. Pois o acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, tem como ponto observador a tutela capaz de impedir a violação do direito. Nesse sentido, mais uma vez Marinoni (2002, p. 88) ensina, dizendo:

Admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer instrumentos processuais capazes de torná-la realidade, e os operadores jurídicos e doutrinadores obrigados a ler normas processuais de modo a torná-las efetivas. Isto quer dizer, em outras palavras, que a doutrina processual está obrigada a elaborar dogmaticamente o perfil da tutela inibitória, até porque esta é, sem dúvida alguma, absolutamente imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos mais importantes do homem.

3.2.1.4 A atuação do juiz nos limites da inibitória

Sempre que se falou em tutela inibitória veio à tona a discussão sobre a atuação do juiz e as conseqüências de suas ações.

O magistrado, no Estado liberal, era como já dito, a “boca da lei” apud Marinoni (2000, p 31). Seu papel se restringia unicamente a aplicar a lei, sem, contudo, poder interpretá-la ou aplicar tutelas diferenciadas, senão aquelas unicamente determinadas pelos processualistas liberais. Portanto, não podia o juiz usar de meios preventivos para invadir a relação entre as partes e solucionar o caso.

O art. 460 do Código de Processo Civil afirma que o juiz estará adstrito ao pedido do autor, não podendo ir além do pedido ou tomar alguma decisão que não tenha sido requerido. Entretanto, com a evolução do Direito e o surgimento dos direitos difusos e coletivos, essa temática veio mudando, deixando o juiz de ser um fantoche de leis para tornar-se um verdadeiro interprete.

Apesar do art. 460 do Código de Processo Civil restringir a atuação do juiz, os arts. 461 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor vieram a formar exceções à regra. Deste modo, o juiz está autorizado a conceder a tutela específica para a obrigação e ainda impor, ex officio, multa diária na sentença ou antecipação de tutela, conforme o caso. De tal forma que ao magistrado é possível tomar soluções de ofício, independentemente do pedido do autor. Porém, esses atos não são absolutos, ficando o juiz restrito à lei e aos princípios que regem a legislação.

A restrição ao magistrado nas tutelas inibitórias, prescinde dos princípios que regem as “ações de execução forçada”. O legislador no art. 620 do Código de Processo Civil estabelece que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Portanto, o direito deve ser tutelado através do meio mais efetivo (princípio da efetividade), que é aquele que permite a tutela do direito do modo menos gravoso ao réu (princípio da necessidade).

Fundamentalmente, à analogia buscada nos processos de execução, deve-se ao fato de que o magistrado, ao usar de meios para inibir o ilícito, pode vir a aplicar meios que se tornem excessivamente onerosos ao réu, e que obviamente não teriam nenhum efeito dinâmico na prática, já que se o réu não puder cumprir a determinação judicial, não poderá haver, também, a inibição do ato contrário ao direito.

Assim, o princípio da necessidade define os limites de atuação da via inibitória, uma vez que a lei proíbe o excesso que, de certa forma, está intimamente ligado às idéias de equilíbrio e justa medida.

Ademais, os limites para a atuação do juiz estão vinculados ao menos à obrigação originária, de modo que não é possível ao juiz conceder uma tutela que implique num resultado que não esteja na própria obrigação originária. Aliado a isto, o juiz, na escolha da tutela a ser imposta, deve também estar sempre atento ao contraditório existente entre as partes, pois, é no contraditório que o magistrado achará o melhor meio possível para inibir o ilícito. E ainda, o juiz deve observar os princípios da efetividade e da necessidade, a fim de combater o ilícito pelo meio menos gravoso para o réu. Também é o que comunga o Professor Marinoni (2002, p. 99), em seu brilhante estudo:

Em resumo, é possível dizer que os princípios da efetividade e da necessidade, que temperam a atuação do juiz na concessão do meio mais idôneo, sempre requerem a discussão das partes em contraditório. Em outros termos, a efetividade e a necessidade não informam juízos que podem descurar do contraditório acerca do meio adequado para a proteção do direito.

3.2.1.5 A inibitória em face do Poder Público e das concessionárias de serviço público

Em verdade, a tutela inibitória é utilizada para prevenir o ilícito em qualquer ocasião e como visto pode ser positiva ou negativa. Quanto à tutela inibitória negativa não há razão para questionar-se se é possível contra o Poder Público. Contudo, quando se pensa em tutela inibitória positiva há objeções na sua aplicação. Isto porque, em se tratando de conduta omissa, observa-se sempre os princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária.

Os atos do administrador que deixe de fazer algo, muitas das vezes são tidos como discricionários. No entanto, não há objeção em não considerar o uso da inibitória positiva. Imagine-se, por exemplo, que o administrador deixe de aplicar uma forma para aplicar outra, uma vez que esta não é a melhor forma prevista. Assim, pode o judiciário vir a aplicar uma inibitória positiva, em virtude de se considerar o interesse público. É o que também ensina Marinoni (2003, p. 116) dizendo que: se diante do caso concreto, a opção pelo não-agir não atende à finalidade legal, a decisão administrativa não pode ser impugnada, como a adequada pode ser exigida por meio da inibitória positiva.

Assim, a omissão ilegal pode ser contrariada judicialmente pela inibitória, que pode ser tanto individual quanto coletiva. Questionar a constitucionalidade do ato é incabível. Não há violação do princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário, apenas está fazendo com que se cumpra a lei.

Também, por outro lado, a imposição de fazer a Administração Pública, mediante imposição de pecúnia, exige disponibilidade no orçamento daquele ente. Por isso, muitos poderiam questionar afirmando um possível privilégio que gozaria o Poder Público de se eximir da obrigação. Nesse sentido, entretanto, afirma-se que a administração não pode se isentar de suas responsabilidades, alegando, por exemplo, não haver recursos disponíveis ou previsão no orçamento. Devido o Poder

Público reservar no seu orçamento recursos destinados a cumprir medidas judiciais, assim como ocorre, por exemplo, nos precatórios já tão conhecidos no direito brasileiro.

Quanto às concessionárias de serviços públicos, não restou muito para se argumentar. Pois, se o Poder Público pode ser obrigado a cumprir com seus deveres, quanto menos as concessionárias que, especificamente, não têm nenhum óbice para que se lhe imponha medidas judiciais de caráter inibitório, seja positiva, seja negativa.

Portanto, o particular individual ou os legitimados à ação coletiva, além de terem direito de evitar um ato ilícito, detêm também o de existir em caso de omissão ilegal, que a concessionária pratique ato tendente a corrigir a sua omissão.

3.2.2 Tutela inibitória executiva

Vê-se que a tutela inibitória executiva nem sempre teve essa denominação. O Professor Marinoni, pioneiro no estudo da tutela inibitória, designava-a de “tutela preventiva executiva”, vindo mais tarde em suas obras a mudar a denominação para o modo como hoje se conhece.

Destarte, é possível admitir, em determinados casos, o emprego de meios de execução direta para evitar a prática, a repetição e a continuação do ilícito.

Com isso, o juiz pode usar de meios, independentemente de consentimento do réu, para inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

Para que não haja dúvidas acerca do tipo de execução que se está falando e daquela usada na tutela inibitória far-se-á rápida explanação.

A tutela inibitória executiva é um modo de execução direta, usando meios de coerção, independentemente da vontade do réu. No entanto, não é considerada uma execução forçada propriamente dita, pois esta requer um processo de conhecimento prévio, ao passo que na inibitória executiva não necessita de uma ação principal.

Com efeito, tanto a tutela inibitória quanto a inibitória executiva prestam-se a prevenir os atos contrários ao direito. Têm a sua grande diferença em torno do meio processual que permite a atuação de cada via.

Com maestria, o professor Lima Guerra (1999, p. 28) também nos ensina, dizendo:

Verifica-se 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 com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas.

Portanto, na execução indireta espera-se muito que o réu ceda, temendo a multa impositiva e resolva por si a obrigação que lhe cabe; ao passo que na execução direta, o juiz usa de meios coativos, independentemente da vontade do réu, para inibir o ato ilícito.

3.2.2.1 Fundamento

A inibitória executiva tem como fundamento jurídico, praticamente, os mesmos pressupostos atribuídos à inibitória mandamental, isso porque, a

necessidade de se conferir ao cidadão uma tutela que possa impedir a violação do seu direito é tida como constitucional.

Ainda, a tutela inibitória executiva é pressuposto do direito de acesso à justiça, que é fundamental para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Assim, como já afirmado, tanto a inibitória executiva quanto a mandamental, possuem finalidades que podem ser usadas tanto por uma como por outra.

Ressalte-se que a tutela inibitória executiva mostra-se mais adequada quando se percebe, de imediato, que o demandado irá mostrar-se incontroverso ante a ordem.

Outro também é o momento quando se observa que a tutela inibitória executiva é a única saída no caso em que o demandado não detém patrimônio e, assim, não pode ser materialmente ameaçado pela cobrança da multa.

Positivamente, o art. 461 §5º do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor prevêem as denominadas “medidas necessárias”, e que são aplicadas tanto na sentença como na tutela antecipatória.

Sobre a atuação do magistrado, vigora atualmente o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz, o que dizer que não existe mais a possibilidade de o réu se ver livre da obrigação, em razão da impossibilidade de se invadir sua esfera pessoal para ver cumprida a obrigação. É devido a essa nova sistemática de atuação do juiz, que o Professor Marinoni (2004, p. 485) expõe, afirmando que:

Atualmente, em vista desse novo poder conferido ao juiz, há como se construir um procedimento autônomo, dotado de tutela antecipatória e sentença ligados a meios de execução suficientes e capazes de evitar a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, independentemente da vontade do réu.

Certamente, o juiz, devido a sua ampla liberdade de escolha da medida a ser aplicada, deve sempre, em virtude dos princípios da efetividade e da necessidade, aplicar a “medida necessária” que melhor se amolde para o caso e que seja o menos gravoso possível ao demandado, conforme rege o art. 620 do CPC e que já foi estudado¹.

3.2.3 Tutela reintegratória

A tutela reintegratória também é um meio de se combater os atos ilícitos sem que seja levado em consideração o dano, mas sim o ato contrário ao direito, tem a mesma finalidade: prevenir e impedir a continuação do ilícito.

Com efeito, é muito difícil diferenciá-las na prática, já que possuem o mesmo objetivo, falando a doutrina, inclusive, que entre as duas há uma “zona de penumbra”². Assim, as duas tutelas têm em comum apenas algum dos pressupostos, como, por exemplo, não guardar qualquer relação com o dano e nem prescindir de dolo ou culpa. No entanto, na tutela reintegratória, a remoção do ilícito dá-se independentemente da vontade do demandado, ao contrário do que ocorre com a inibitória mandamental, que depende da consciência do réu, e que por isto é classificada como de coerção indireta.

Contudo, é com a tutela ressarcitória na forma específica que existe mais debates acerca da diferenciação com a tutela reintegratória. A doutrina afirma

¹ Assim como na coerção indireta, na coerção direta, o dispositivo contido no art. 620 do CPC, apesar de estar previsto no Livro II, que trata do “Processo de Execução”, aplica-se, também, como limite de atuação da tutela inibitória executiva.

² Esta denominação surge quando se evidenciam na prática, atos ilícitos de eficácia continuada, afirmando a doutrina que caberia ao tipo tanto a “tutela inibitória mandamental” quanto à “tutela reintegratória”. Entretanto, ao nos depararmos com essa indecisão, devemos sempre nos lembrar que a inibitória sempre leva em conta o bom senso do demandado para sua real eficácia, ao contrário da reintegratória, como já vimos. Além do que a reintegratória elimina o ato ilícito, ao passo que a inibitória apenas o impede. Assim, deve o juiz ao decidir por qual das duas deve aplicar, deve sempre lembrar que a sua opção tem que ser a menos gravosa para o réu, como determina o art.620 do CPC.

que a grande preocupação em definir a tutela reintegratória é não confundi-la com a tutela ressarcitória na forma específica. Na doutrina brasileira não há estudos mais detalhados da diferenciação dessas tutelas. Sendo a Itália a única grande escola preocupada em resolver essa diferenciação, é que será discutida logo à frente.

No mais, a tutela reintegratória é conhecida por ser uma tutela de remoção do ilícito, utilizada para remover ou eliminar o ilícito, sem se ater ao dano. No caso da reintegratória é suficiente a transgressão de um comando jurídico por si só, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou ocorreu o dano.

Assim, para a propositura da via reintegratória basta a violação de um comando jurídico, independentemente de ter havido o dano ou não, ao contrário da tutela ressarcitória que se deve levar em conta o dano e a culpa.

3.2.3.1 Tutela reintegratória e ressarcitória na forma específica

Certamente, o direito italiano é pioneiro no estudo da diferenciação das tutelas ora em estudo. Segundo Marinoni (2001, p 66) o Código Civil italiano, no entanto, confunde tutela ressarcitória com tutela reintegratória, quando afirma no art. 2.058 que o prejudicado pode pedir a "reintegrazione in forma specifica", e na seqüência diz o mesmo artigo que o juiz pode determinar que o "risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica eccessivamente onerosa per il debitore"³. Entretanto, vê-se que a tutela ressarcitória leva em consideração o dano (sem esquecer do ilícito, que por ela também é analisado para

³ Dispositivo retirado da obra de Luiz Guilherme Marinoni em Tutela Específica, p. 133, 2002, cuja tradução no primeiro passo ressalta a "reintegração na forma específica" e no segundo, o "ressarcimento apenas será pelo equivalente, se a reintegração na forma específica resultar excessivamente onerosa para o devedor".

aplicação do equivalente em pecúnia), além de ter pressupostos diversos da tutela reintegratória.

É o que define ainda Marinoni (2002, p. 135), quando afirma:

A tutela reintegratória objetiva apenas eliminar a situação de ilicitude, restabelecendo a situação que era anterior ao ato contrário ao direito ou estabelecendo a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada. Na tutela ressarcitória na forma específica, não basta apenas restabelecer situação que era anterior ao dano, sendo necessário estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.

Por todo o exposto, presume-se que não há como confundir a tutela reintegratória com a ressarcitória na forma específica, já que há muito se deu tal confusão apenas pelo termo “tutela específica” (que define a forma de tutela ressarcitória), e que como já se demonstrou anteriormente, a ressarcitória na forma específica é, assim como a inibitória e a reintegratória, uma modalidade de tutela específica, mas que, no entanto, não é voltada contra o ilícito, mas sim contra o dano, mesmo na forma específica.

3.2.3.2 Reintegratória e inibitória executiva

A doutrina não diferencia de forma explicativa a diferença entre a tutela reintegratória e a tutela inibitória executiva, de maneira que se elucidará.

Tanto uma como outra podem ser aplicadas na tutela antecipada como na sentença, através de “medidas necessárias” e têm cunho meramente exemplificativo, como declina o art. 461, § 5º do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Em cada uma das tutelas a sentença é executiva, o que quer dizer que não requer de uma ação de execução.

Diante das semelhanças, não se pode confundi-las. A diferença é genuinamente simples. Enquanto a inibitória executiva previne o ilícito, a reintegratória remove o ilícito. Desse modo, diante do caso concreto, o juiz (lembrando mais uma vez que não está ele adstrito ao pedido), deve analisar qual a melhor via a ser aplicada, em virtude do “princípio da efetividade”, devendo, no entanto, aplicar a que se demonstrar ser menos gravoso para o réu, como manda o “princípio da necessidade”.

3.2.3.3 Pressupostos e fundamentos da reintegratória

Comumente, os pressupostos da tutela reintegratória são os mesmos já analisados quando do estudo das tutelas inibitória executiva. Assim, para a tutela de remoção de ilícito, não se leva em consideração o dano ou a culpa, que são pressupostos da via ressarcitória. O que importa para a possibilidade do uso da tutela reintegratória, portanto, é a presença de uma situação de ilicitude.

Os fundamentos da reintegratória, pode-se dizer, também são os mesmos da tutela inibitória executiva, sempre se valendo do art. 5º, XXXV, da CF, que afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Além do que, se a Constituição Federal afirma que os direitos constitucionais serão protegidos, devendo-se aplicar, a cada caso, a via mais adequada, é evidente que o uso da tutela reintegratória está garantida constitucionalmente.

3.2.3.4 A técnica processual dos art. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor e os limites da tutela de remoção do ilícito

Com efeito, a mesma forma em que ocorrem nas demais tutelas de combate ao ilícito, na reintegratória usa-se as mesmas técnicas dos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, com excelente ressonância frente aos direitos não patrimoniais, direitos que envolvem, sobremaneira, o meio ambiente, que não se satisfaz só com a pecúnia.

Tais normas, ao se referir às “medidas necessárias”, permitem a obtenção de uma efetiva tutela de remoção do ilícito, máxime com respeito aos direitos não patrimoniais, seja tanto na tutela antecipatória como na decisão final, pois tal sentença é dita executiva, não necessitando de uma ação de execução.

Assim sendo, de acordo com as necessidades que porventura vierem, pode o interessado pleitar, com base no art. 461 do Código de Processo Civil, se o interesse for individual, a remoção do ilícito; ou se o interesse for difuso e coletivo, a ação coletiva fundada no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto aos limites da via reintegratória, mais uma vez, afirma-se que se situa no mesmo plano das tutelas inibitória e executiva. A tutela de remoção do ilícito, dessa forma, também se submete ao princípio de que à tutela do direito deve-se dar do modo menos gravoso para o réu.

Desse modo, como o juiz não está adstrito ao pedido do autor (exceção ao art. 460 do Código de Processo Civil), deve aplicar a medida que melhor couber ao caso, devendo, por conseguinte, ser a menos gravosa para o réu, conforme determina o art. 620 do Código de Processo Civil.

3.2.3.5 A necessidade de contínua busca da efetividade do processo

De fato, o movimento em busca da efetividade do processo tem avançado ainda mais. Além dos preceitos contidos no artigo 461 do Código de Processo Civil, a Lei nº 10.444/02 acresceu ao estatuto processual civil o artigo 461-A, cujo objetivo compreende empreende o mesmo rito das tutelas mandamental e executiva, obviamente baseadas, agora, em obrigação de entrega de coisa, certa ou incerta.

Decerto, trata-se de uma caminhada gradativa, rumo, senão ao abandono do processo moroso, privilegiando cada vez mais o direito material invocado.

Nos dias atuais, de grandes convulsões sociais de litigiosidade de massa, certamente muito maior do que nos tempos de Carnelutti, tudo aconselha que no processo, especialmente na sentença ou antes dela, quando antecipados os efeitos da tutela merítoria nas bases referidas por Marinone (2000, p 87) sejam traçados e implementados mecanismos hábeis à materialização diante do processo judicial ordinário, do retorno ao status a quo, baseado na reversibilidade do ilícito praticado, sem necessidade de outra relação executória processual.

Obviamente, é hora de aproximar-se, novamente, o direito processual sobretudo do direito material não patrimonial, descoberto de dispositivo específico em lei.

Em rigor, face ausência de disposições específicas, nada mais resta, senão um entrosamento perfeito das tutelas diferenciadas arrimadas nos direitos patrimoniais como forma de lhes dar efetividade.

Por fim, conclui Teodoro Jr (2003 p. 102):

não se pode olvidar que o direito processual desfruta de autonomia científica, para efeitos pedagógicos, mas sua compreensão só se

torna útil quando se volta para determinar de que modo o processo pode concorrer para a realização das metas do direito material, dentro do convívio social.

Forçosamente, de lege ferenda, há de surgir disposições legiferentes destacadas precisamente a tutela dos direitos não patrimoniais em capítulo destinado a cobertura dos direitos não patrimoniais, como forma de tutelar graciosamente os novos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata a presente monografia do estudo de novos métodos procedimentais eficazes voltados à tutela diferenciada, porém específicos, exclusivamente, para combater o ato ilícito que assola, sobretudo, direitos ditos não patrimoniais, amplamente desprotegidos processualmente.

Carnelutti (apud Marinoni, 2000 p. 194), tinha absoluta razão em atribuir responsabilidade pela falta de efetividade das leis processuais à própria amorabilidade reinante na sociedade atual, produtora de incontáveis litígios facilmente resolvidos pela boa vontade e pela honestidade.

Seguindo os pensamentos de Marinoni, quando se reportava à época do Estado liberal, máxime no final do século XIX, a doutrina e os processualistas não admitiam a separação do ilícito e do dano. Segundo os liberais, não podia o Estado invadir as relações jurídicas, pois, os homens, por serem iguais, eram livres para contratar. Afirmavam ainda, que não seria salutar uma intervenção do Estado-juiz, já que o inventor podia prejudicar o “bom andamento do mercado”. O juiz, portanto, era apenas considerado a “boca da lei”.

Nesse giro, o pensamento liberal da época pregava, ainda, que não podia se falar em indenização, sem que não houvesse o dano. Tal fato, como se viu, deve-se ao fenômeno da “unificação da ilicitude” e da “responsabilidade civil”, haja vista que a tutela ressarcitória era o único remédio previsto para sancionar, tendo o procedimento ordinário sido adotado como forma de procedimento “universal” para todos os casos que fatalmente viessem a existir.

Com o século XX, surge em todo o mundo o nascimento de uma nova classe de direitos, ditos direitos difusos, coletivos e, sobretudo, os não patrimoniais, como o meio ambiente. Com a revolução industrial veio a degradação ambiental que está a exigir medidas drásticas, seja no direito material quanto no adjetivo, de tal sorte que a sociedade desperta para um desenvolvimento mais sustentável, observando a necessidade de ter um meio ambiente equilibrado. Com essa nova corrente e devido aos problemas sociais (tanto nas cidades como no campo), que explodiram em todo o planeta, surge também a idéia de se defender direitos que fossem de interesse público, com ações coletivas, a efetivar direito difuso e coletivo adequadamente.

Com efeito, o surgimento dos “novos direitos” e a necessidade de proteger demais bens jurídicos considerados não-patrimoniais – uma vez que se verificou ser a tutela ressarcitória ineficaz – teve-se a idéia de criar meios mais eficazes que pudessem combater os atos contrários ao direito, sem que, no entanto, fosse preciso aguardar o acontecimento do dano para protegê-los.

Portanto, a necessidade de se criar novos mecanismos não é matéria simples e fácil de se fazer. Como sabido, a doutrina brasileira ainda era no sentido de considerar a unificação dos conceitos de ato ilícito e de dano. Não admitiam os doutrinadores brasileiros a possibilidade do Poder Judiciário punir alguém se não houvesse ocorrido o dano. As raízes do Estado liberal ainda são evidentes. Não obstante, ainda há juristas que não aceitam a divisão do ato ilícito e do dano e nem das técnicas processuais que o cercam.

Foi, contudo, que o legislador ao editar o art. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor criou técnicas processuais atinentes ao cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer. Não demorou muito

e alguns doutrinadores começaram a estudar a possibilidade de proteger os direitos coletivos e os de natureza não patrimonial pelas normas previstas no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, só que por analogia.

Não obstante, foi assim que surgiu a idéia de se criar tutelas específicas que combatessem o ilícito, haja vista que a matéria já era conhecida e estudada no direito italiano e no Brasil teve como pioneiro o ilustre jurista e Professor Luiz Guilherme Marinoni.

Hoje, conhece-se a grande importância de estudar essas tutelas, uma vez que é por meio destas que o direito ganhou mais dinâmica e maior rapidez para resolver conflitos, beneficiando, especialmente, os direitos difusos e coletivos e os direitos de natureza não-patrimonial, já que os direitos patrimoniais podem ser indenizados pela via ressarcitória.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a importância dessa singela obra está em fazer refletir no pensamento dos juristas que estão na ativa e daqueles que estão surgindo para a vida árdua do Direito, que não é simplesmente estudar a tutela inibitória, a inibitória executiva ou a reintegratória, mas sim, de ter em mente que o Direito é muito mais amplo do que se imagina e que existem ainda diversas formas de tutela que podem ser capazes de dar soluções para problemas que a cada dia surgem e que ainda virão no futuro.

A sociedade não pára no tempo, devendo o Direito estar sempre a acompanhá-la. Não se deve, desse modo, pensar que nesse específico estudo, que envolve a tutela específica com respeito aos direitos não-patrimoniais, seja a solução eterna para os problemas sociais que afligem o homem. Deve-se considerá-la, contudo, como uma forma de abrir os olhos de todos para a idéia de que novos

problemas surgirão e de que novas tutelas específicas devem, urgentemente, surgir, pois, o tempo não pára.

Sendo assim, o artigo 461 do Código de Processo Civil, mesmo vocacionado aos direitos patrimoniais, mexeu com a estrutura do sistema processual tradicional, mesclando atividades cognitivas e executivas num único processo e, assim, imprimirá materialização quando predisposto à concretude os direitos não-patrimoniais, direitos que não podem ser satisfeitos economicamente.

Outrossim, de lege ferenda, deve o legislador pátrio, predispor de dispositivos processuais específicos a cobertura dos direitos ditos não patrimoniais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*, 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

_____. *Tutela Específica*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela Inibitória*, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses Difusos em Juízo*, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento*, vol I, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso Avançado de Processo Civil – Processo de Execução*, vol II, 5 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KUKINA, Sérgio Luiz. *Efativação da Tutela Antecipada*. Artigo publicado na Revista Juris Síntese 046/04 – CDROM.