

TUTELA INIBITÓRIA E TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO: **1 Tutela inibitória:** 1.1 Introdução; 1.2 Fundamentos da tutela inibitória; 1.3 Pressupostos da tutela inibitória; 1.4 Modalidades; 1.5 Ação ilícita continuada; 1.6 Tutela inibitória mediante imposição de não-fazer e de fazer – **2 Tutela de remoção do ilícito:** 2.1 Introdução; 2.2 Fundamentos da tutela de remoção do ilícito; 2.3 Ilícito de eficácia continuada; 2.4 a ação de remoção é voltada ao ilícito passado e ao dano futuro; 2.5 Tutela de remoção do ilícito e tutela ressarcitória na forma específica – **3 Aspectos comuns às tutelas inibitória e de remoção do ilícito:** 3.1 A impossibilidade de cognição do dano como pressuposto de efetividade das ações inibitória e de remoção do ilícito; 3.2 As ações inibitória e de remoção do ilícito diante i) da inexistência de regra de proibição, ii) da observância de normas técnicas e iii) do licenciamento da administração pública; 3.3 A prova; 3.4 A tutela antecipatória; 3.5 A ação individual e a ação coletiva (arts. 461 do CPC e 84 do CDC); 3.6 O direito à tutela jurisdicional efetiva e o poder do juiz; 3.7 As sentenças (técnicas) mandamental e executiva; 3.8 A prisão como meio de coerção indireta; 3.9 A quebra da regra da adstrição do juiz ao pedido; 3.10 A possibilidade de o juiz, na fase de execução, alterar de ofício a medida executiva; 3.11 Critérios para o controle do poder executivo do juiz; 3.12 Distinção entre as ações de remoção do ilícito e inibitória em face da ação cautelar; 3.13 Cumulação das ações inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória

1. Tutela inibitória

1.1 Introdução

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”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito¹.

A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito.

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à idéia de que os direitos não necessitariam desse tipo de

¹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, São Paulo, Ed. RT, 2003. 3^a. ed.

tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria “certamente la *più energica*”, mas também “la *più preoccupante*, come è di tutte le prevenzioni che possono *eccessivamente limitare l’umana autonomia*”².

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.

Frise-se que a estrutura do CPC brasileiro, nos moldes estabelecidos em 1973, é no mínimo curiosa, pois ao mesmo tempo em que não permite a elaboração dogmática de uma ação de conhecimento preventiva atípica, renegando a função preventiva à ação cautelar, institui dois procedimentos especiais que conferem toda a força necessária para o juiz conceder tutela preventiva à posse e à propriedade, quais sejam, a nunciação de obra nova (art. 934, CPC) e o interdito proibitório (art. 932, CPC). Isso, ao mesmo tempo em que revela a ideologia que inspirou o CPC de 1973, dá sustentação à tese de que a ação de conhecimento atípica não podia exercer efetiva função preventiva.

1.2 Fundamentos da tutela inibitória

A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano.

Como o direito material depende - quando pensado na perspectiva da efetividade - do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material. Basta pensar, por exemplo, na norma que proíbe algum ato com o objetivo de proteger determinado direito, ou em direito que possui natureza absolutamente inviolável, como o direito à honra ou o direito ao meio ambiente. Lembre-se, aliás, que várias normas constitucionais afirmam a inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquela capaz de evitar a violação.

Não obstante tudo isso, a Constituição Federal de 1988 fez questão de deixar claro que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*” (art. 5.º, XXXV, CF). Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim,

² Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 428.

direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador - obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva - e sobre o juiz - obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

Lembre-se que a ação declaratória não é capaz de conceder tutela de inibição do ilícito, uma vez que somente pode declarar a respeito de uma relação jurídica ou, excepcionalmente, de um fato (art. 4º, CPC). A sentença declaratória, como é sabido, é a sentença típica do estado liberal clássico, uma vez que, além de incapaz de permitir ao juiz interferir sobre a vontade do demandado, tem seu fim restrito a regular uma relação jurídica já determinada pela autonomia de vontade.

A ação cautelar, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero *instrumento* de outra. Imaginar que a ação inibitória é *instrumental* exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como *instrumento de outra*, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma *ação cautelar “satisfativa” ou “autônoma”*, como era chamada antes da reforma de 1994.

1.3 Pressupostos da tutela inibitória

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo³.

Além disso, essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do *dano*, contentando-se com a simples probabilidade *de ilícito (ato contrário ao direito)*. Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o *dano* implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito⁴, os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos.

Assim, por exemplo, se há um direito que exclui um fazer, ou uma norma definindo que algo não pode ser feito, a mera probabilidade de ato contrário ao direito – e não de dano – é suficiente para a tutela jurisdicional inibitória. Ou seja, o titular de uma marca comercial tem o direito de inibir alguém de usar a sua marca, pouco importando se tal uso vai produzir dano. Do mesmo modo, se uma norma impede a venda de determinado

³ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 38 *et seq.*; Marco Saviero Spolidoro, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 161 *et seq.*; Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 431; Cristina Rapisarda, *Inibitoria*, *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 479; Remo Franceschelli, *Studi sulla concorrenza sleale*, La fattispecie, *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 273; Edoardo Bonasi Benucci, *Atto illecito e concorrenza sleale*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 579.

⁴ Como conclui Adolfo di Majo, “resta che l’immediato referente della tutela inibitoria è il torto subito, a prescindere dal danno che esso abbia provocato” (Adolfo di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989, p. 30).

produto, a associação dos consumidores (por exemplo) pode pedir a inibição da venda, sem se preocupar com dano.

Alguém, mais apressado, poderia supor que a distinção entre probabilidade de dano e probabilidade de ilícito não tem repercussão prática. Ora, a possibilidade do uso da ação inibitória, nos casos exemplificados no parágrafo anterior, já seria suficiente para desfazer o equívoco. Contudo, quando se percebe que a matéria da ação inibitória se restringe ao ilícito, verifica-se que o autor *não precisa* alegar dano e o que réu está *impedido* de discuti-lo. Bem por isso, o juiz, em tal caso, não pode cogitar sobre o dano e, dessa forma, determinar a produção de prova em relação a ele.

É certo, porém, *que em alguns casos há uma identidade cronológica entre o ato contrário ao direito e o dano, pois ambos podem acontecer no mesmo instante*. Nessas hipóteses, a probabilidade do dano constituirá o objeto da cognição do juiz e, assim, o autor deverá aludir a ele e o réu poderá obviamente discuti-lo. Por isso mesmo, a prova não poderá ignorá-lo. Porém, fora daí, vale a restrição da cognição ao ato contrário ao direito, não apenas pela razão de que essa é a única forma de realizar o desejo da norma - que estabelece uma proibição exatamente para evitar o dano - como também porque, em determinados casos, são proibidas ações contrárias ao direito, independentemente de provocarem efeitos danosos.

1.4 Modalidades

A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina italiana⁵. Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita⁶.

Como se vê, o problema das três formas de ação inibitória é ligado diretamente à prova da ameaça. Enquanto que duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, *podem considerar o passado*, ou seja, o ilícito já ocorrido, *a outra não pode enxergar ilícito nenhum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado*.

No caso de ilícito já praticado, torna-se muito mais fácil demonstrar que outro ilícito poderá ser praticado, ou mesmo que a ação ilícita poderá prosseguir. Nesses casos, levando-se em conta a natureza da atividade ou do ato ilícito, não é difícil concluir a respeito da probabilidade da sua continuação ou da sua repetição.⁷

Note-se que as três ações se diferenciam na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado. Isso não quer dizer, como é óbvio, que a *necessidade* de ação inibitória possa ser vista de forma diferenciada diante das três hipóteses elencadas. A *necessidade* de

⁵ Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 428.

⁶ Como diz Frignani, o problema dessa modalidade de ação inibitória consiste “nel fatto che qui la prova del pericolo della commissione di un illecito è più difficile, in quanto è estremamente arduo dare una valutazione *ex ante* dell’idoneità dei mezzi messi in atto nei preparativi ai fini della perpetrazione dell’illecito” (Aldo Frignani, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 429).

⁷ Aldo Frignani, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 429.

ação inibitória não tem nada a ver com a *questão da prova*. A *dificuldade da prova* não pode constituir *obstáculo* à ação inibitória, *seja ela qual for*.

Lembre-se que a modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Assim, por exemplo, no direito alemão, não obstante o teor da letra do §1.004 do BGB, que se refere expressamente a “prejuízos ulteriores”⁸, e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunction*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito⁹.

Na Itália, a Lei sobre Direito do Autor admite expressamente o uso da ação inibitória em suas três modalidades, não se limitando a prever a tutela destinada a impedir “la *continuazione* o la *ripetizione* di una violazione già avvenuta”, mas frisando que “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto...” “può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione” (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor - Lei 633/1941)¹⁰.

A doutrina italiana mais moderna¹¹ não só sustenta que a melhor definição legislativa de ação inibitória está presente na norma que acaba de ser referida, como também admite que essa ação, diante de sua evidente necessidade para a efetividade da tutela dos direitos, é garantida pelo art. 24 da Constituição¹², que funda o princípio da efetividade, garantindo a todos uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva¹³. Com isso, como é óbvio, a doutrina italiana reconhece a imprescindibilidade da ação

⁸ Dieter Medicus, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, v. 4, p. 963 *et seq.*; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, p. 528 *et seq.*

⁹ É o que diz Arwed Blomeyer: “Therefore in some countries an ‘initial violation’ as well as a ‘danger of repetition’, are prerequisites for the action, as under the German CC 1004, in the socialist systems and, for the most part, under Anglo-American law. To a substantial extent, however, modern law has outgrown these requirements. German and Swiss practice admit a complaint for injunctive relief even before an initial violation; and Anglo-American law has developed the *quia timet injunction* for just this purpose” (Arwed Blomeyer, Types of relief Available (Judicial remedies), *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 16, p. 54).

¹⁰ Art. 156 da Lei 633/1941: “Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione...”.

¹¹ Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, Cedam, 1987, p. 92; Aldo Frignani, *Inibitoria*, *Enciclopedia del diritto*, v. 21, p. 560.

¹² Como dizem Rapisarda e Taruffo, “in sostanza, la concezione meramente risarcitoria della tutela di condanna apre dei vuoti di grande rilievo nell’attuazione concreta della garanzia di cui all’art. 24, 1 co., Cost.; per contro, l’estensione di tale garanzia alle situazioni sostanziali non tutelabili in via risarcitoria impone di ammettere per esse la tutela inibitoria. Essa deve, quindi, essere atipica, proprio per poter svolgere la funzione generale di tutela prevista dalla norma costituzionale” (Cristina Rapisarda e Michele Taruffo, *Inibitoria*, *Enciclopedia Giuridica Trecanni*, v. 17, p. 9).

¹³ Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 89; Luigi Paolo Comoglio, *Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca)*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1981, p. 1 *et seq.*; Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1; Andrea Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, *Foro italiano*, 1983, p. 128 *et seq.*; Michele Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 635 *et seq.*; Ferruccio Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 169 *et seq.*

inibitória anterior a qualquer ilícito¹⁴.

1.5 Ação ilícita continuada

Quando se pensa em repetição do ilícito, supõe-se um intervalo entre um ato e outro, e assim na possibilidade de se impedir a prática de um novo ilícito, independente do primeiro. Porém, a questão se complica quando a atenção se volta para o ilícito continuado. Isso porque é possível supor uma ação com eficácia ilícita continuada e uma ação continuada ilícita.

Na primeira hipótese há apenas uma ação, cujo efeito ilícito perdura no tempo, enquanto que, no segundo caso, há uma ação continuada (ou uma atividade) ilícita. Nessa última situação, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou da atividade, ao passo que na primeira a ilicitude não é relacionada com a ação, mas sim com o efeito que dela decorre e se propaga no tempo.

Se é correto *inibir a continuação de uma ação ou de uma atividade*, o ilícito, cujos efeitos são continuados, *deve ser removido*. Quando o ilícito se relaciona com os efeitos da ação que se exauriu, *basta remover o ato que ainda produz efeitos, pois não se teme uma ação futura*.

A ação inibitória diz respeito à ação ilícita continuada, e não ao ilícito cujos efeitos perduram no tempo. Isso por uma razão lógica: *o autor somente tem interesse em inibir algo que pode ser feito e não o que já foi realizado*. No caso em que o ilícito já foi cometido, não há temor a respeito do que pode ocorrer, uma vez que o ato já foi praticado. Como esse ato tem eficácia continuada, sabe-se de antemão que os seus efeitos prosseguirão no tempo. Portanto, no caso de ato com eficácia ilícita continuada, *o autor deve apontar para o que já aconteceu, pedindo a remoção do ato que ainda produz efeitos*.

Exemplificando: a produção de fumaça poluente constitui agir ilícito continuado. Isto é, a ilicitude pode ser medida pelo tempo em que a ação se desenvolve. Nessa hipótese, há como usar a ação inibitória, pois o juiz pode impedir a continuação do *agir*. Porém, no caso de despejo de lixo tóxico em local proibido, *há ato ilícito - que depende apenas de uma ação - de eficácia continuada*. Nesse caso, basta a remoção do ilícito, ou melhor, que a tutela jurisdicional *remova o ato já praticado* para que, por conseqüência, cessem os seus efeitos ilícitos.

Portanto, a ação inibitória deve atuar quando se teme a continuação de ação ilícita, enquanto que a ação de remoção de ilícito deve se preocupar com o ilícito de eficácia continuada.

1.6 Tutela inibitória mediante imposição de não-fazer e de fazer

¹⁴ “A prescindire dal fatto che la tutela inibitoria appare sempre di più generalizzata a nuove categorie di diritti (oltre quelli tradizionali), è da sottolineare comunque che essa, proprio per la sua funzione di prevenzione, non può non ritenersi parte integrante di un complessivo sistema di tutela dei diritti, ove naturalmente sussistano le ragioni della prevenzione. Il fondamento più immediato di essa è il principio costituzionale secondo cui la tutela dei diritti deve essere ‘effettiva’ (art. 24)” (Adolfo di Majo, *Forme e tecniche di tutela, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 30).

Considerando-se as antigas normas, que apenas distribuía direitos, o medo de violação de um direito nada mais podia ser do que o temor de uma ação positiva, ou seja, de um fazer.

Porém, quando se percebeu o dever do Estado editar normas para proteger os direitos fundamentais – por exemplo, o dever de proteger o consumidor e o meio ambiente –, as normas jurídicas “civis” também assumiram *função preventiva*¹⁵, que até então era reservada às normas penais. Essa *função preventiva* passou a ser exercida através de normas proibitivas e *impositivas de condutas*. Na verdade, com a evolução da sociedade, cada vez mais surgiram direitos dependentes *de algo que deveria ser feito*, não mais bastando a simples abstenção (ou não-violação). Ou seja, o próprio direito material passou a depender de *ações positivas*. Essas últimas passaram a ser *imprescindíveis para a prevenção dos direitos*.

Isso significa que a prevenção deixou de se contentar apenas com a abstenção, *passando a exigir um fazer*. Nessa perspectiva, ficou fácil perceber que o ilícito poderia ser, além de comissivo, também omissivo. Se alguém possui dever de fazer para que um direito não seja violado, é evidente que o *não-fazer implica em ato contrário ao direito, o qual pode ser qualificado de ilícito omissivo*.

Dessa forma, torna-se fácil compreender que a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção, contentando-se, assim, com um não-fazer. O seu objetivo é *evitar o ilícito*, seja ele *comissivo ou omissivo*, razão pela qual pode exigir um não-fazer ou um fazer, *conforme o caso*¹⁶.

O direito brasileiro possui normas processuais (arts. 84, CDC, e 461, CPC) que autorizam ao juiz *não apenas impor um fazer ou um não-fazer*, como também *impor um fazer* quando houver sido pedido *um não-fazer*, desde que o fazer seja mais adequado à proteção do direito no *caso concreto*.

De modo que, *se o direito material exige um não fazer*, nada impede que o juiz ordene *um fazer para que o direito seja efetivamente tutelado*. Assim, por exemplo, se alguém está proibido de perturbar a vizinhança, nada impede que o juiz, ao invés de ordenar a paralisação da atividade, ordene a instalação de determinado equipamento. Nesse caso, partindo-se da premissa de que *não há regra de direito material que obrigue a instalação do equipamento*, a imposição do fazer decorre *do poder conferido ao juiz, pela legislação processual* (arts. 84, CDC, e 461, CPC), de se valer – evidentemente mediante

¹⁵ Gabriel Stiglitz e Rubén Stiglitz, salientando a revolução provocada pela nova natureza de algumas normas, como as de proteção do consumidor, afirmam que essas, em vista da sua natureza preventiva, *representam uma das mais importantes superações do sistema clássico, que somente admitia “la reacción jurídica frente al daño ya producido”*. Acrescentam que isso seria “absolutamente estéril no âmbito da proteção do consumidor, pois os custos sociais que deixam como seqüelas (não apenas aos consumidor mas também ao próprio mercado), os acidentes de consumo e as práticas abusivas, não são reparáveis através dos mecanismos sancionatórios tradicionais” (Gabriel Stiglitz e Rubén Stiglitz, *Derechos y defensa de los consumidores*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 76-77).

¹⁶ Há, no direito anglo-americano, o que se chama de *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, a primeira consistindo em ordem que impõe um não fazer e a segunda em ordem que impõe um fazer. Como esclarecem Baker e Langan, “an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory (P. V. Baker e P. St. J. Langan, *Snell’s principles of equity*, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1982, p. 625).

fundamentação – da medida executiva *mais adequada ao caso concreto*.

Porém, *quando é o próprio direito material*, com o objetivo de assegurar a prevenção, que estabelece um dever de fazer, a violação da norma já configura violação de dever positivo. Assim, a diferença é que, na hipótese do parágrafo anterior, *estabelece-se dever negativo e, nesta última, dever positivo*. Entretanto, se o dever negativo pode levar a uma ordem de fazer (em razão da legislação processual), e nesse caso há prestação de tutela inibitória positiva, é pouco mais do que óbvio que a ordem judicial de fazer, que objetiva impor a observância do dever positivo, constitui tutela inibitória positiva.

Supor que a ordem para o cumprimento de dever de fazer não constitui tutela inibitória, *seria o mesmo que aceitar que a inibitória positiva somente existe quando o direito material não prevê dever positivo, mas apenas dever negativo. É esquecer que o próprio direito material, em alguns casos, possui função preventiva, e que a tutela jurisdicional destinada à atuação deste direito não tem como perder o caráter inibitório da norma não observada*.

A dificuldade de se compreender a ação inibitória positiva deriva da confusão entre os planos do direito material e do direito processual. É preciso esclarecer que a tutela do direito pode ser prestada pela norma de direito material, pela “atividade administrativa” e pelo processo jurisdicional. Ou melhor, a tutela jurisdicional é somente uma das espécies de tutela dos direitos. No plano do direito material há exigências de simples abstenção e de condutas positivas e, por esse motivo, desenvolve-se a noção de ilícito comissivo e omissivo. Assim, ninguém pode negar, em uma perspectiva apenas processual, a inexistência dessas modalidades de ilícito. No plano exclusivamente processual, considerando-se as normas dos arts. 461, CPC e 84, CDC, verifica-se que foi conferido ao juiz o poder de adequar a medida executiva ao caso concreto *e, assim, de conferir uma ordem de fazer, ainda que o direito material preveja somente a abstenção*. Contudo, quando é o próprio direito material que exige um *dever positivo* para *proteger* um direito, a violação da regra deixa ver que um ilícito omissivo foi produzido, *e assim, que um fazer, necessário para a prevenção, deixou de ser praticado*. Nesse caso, quando se requer, com base na legislação processual, *a observância do fazer*, exige-se o cumprimento do dever, imposto pela norma, *para a prevenção do direito*. Melhor explicando: nessa última hipótese, como a função preventiva da norma depende do fazer, a sua imposição (do fazer) pelo juiz nada mais é do que *a realização do desejo preventivo do direito material, e assim significa tutela jurisdicional preventiva, e, portanto, tutela jurisdicional inibitória* (contra o ilícito comissivo contrário à *função preventiva da norma*).

Imaginar que a tutela inibitória somente pode impor um não-fazer é esquecer que o próprio direito processual (arts. 461, CPC e 84, CDC) dá ao juiz o poder de impor *um fazer* quando foi pedido um *não fazer* com o objetivo de viabilizar uma tutela jurisdicional *mais efetiva*, e, mais do que isso, que existem normas de direito de material que, com o *objetivo de prevenção*, impõem *condutas positivas*. Ora, se a norma de direito material impõe uma *conduta positiva com o fim de proteger um direito*, é evidente que a ordem judicial de *fazer*, no caso em que o *dever positivo* foi violado, *presta tutela jurisdicional inibitória*.

Se a tutela inibitória pode ser usada para impor um fazer quando a norma já foi violada, a sua oportunidade é ainda mais evidente nos casos em que se teme a violação ou a repetição da violação. Exemplificando: se uma norma obriga as indústrias de cigarro a informar o consumidor sobre os efeitos nocivos de seu produto, e determinada indústria já veiculou propaganda sem conter essa informação, é lógica a possibilidade de o legitimado à

ação coletiva requerer, mediante ação inibitória coletiva (ver a seguir), que o juiz ordene, sob pena de multa, que a informação seja realizada quando da próxima propaganda, dando-se efetividade à norma que objetiva *proteger a saúde dos cidadãos*.

Nos casos em que a norma define um *dever de prestação fática* ao Estado, não é correto pensar que tal dever não possa ser pensado como uma *atribuição para a proteção*, imaginando-se que ao direito à proteção bastariam *prestações* direcionadas a exigir dos particulares a não violação dos direitos.

É certo que há direitos fundamentais que não podem ser vistos como direitos de defesa (direitos que se contentam em afastar a intromissão do Estado), mas como *direitos a algo, ou seja, como direitos a prestações*. Porém, dentro do gênero direitos a prestações, está incluído o direito à proteção.

Acontece que, quando se consideram as prestações de proteção, não é correto associá-las apenas a ações normativas ou fáticas dirigidas a proteger um particular diante do outro. Ora, *se uma norma define um dever fático ao Estado, pouco importa se esse é um dever de fazer observar uma norma (por exemplo) ou um dever de realizar algo para proteger um direito. Em outras palavras, não é correto pensar que o dever do Estado fiscalizar a proibição de corte de árvores possui natureza distinta do dever do Estado tratar dos esgotos urbanos e industriais*.

É certo que nem todo dever de prestação fática configura dever de prestar algo para a prevenção. Para que se possa dizer que tal dever se destina à prevenção, deve-se considerar a *finalidade do dever*. Lembre-se que a Constituição Federal, no seu art. 225, “caput”, afirma expressamente que incumbe ao Poder Público e à coletividade *o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações*. Assim, por exemplo, quando se retira do art. 208 da Constituição do Estado de São Paulo o dever do Município tratar da higiene dos rios, para evitar a poluição do meio ambiente, não há como deixar de concluir que esse *dever se destina a proteger um bem inviolável*. Referindo-se exatamente a essa questão, anota Alvaro Luiz Valery Mirra que o Poder Público, nesse caso, “deve agir para *alcançar o fim previsto na norma, ação essa precipuamente preventiva*”, pouco importando que essa atuação ocorra sem ou com a intermediação do Poder Judiciário, uma vez que “tal atividade não pode ser postergada por razões de oportunidade e conveniência nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem financeira e orçamentária”¹⁷.

Esse dever de realizar algo objetiva preservar ou proteger o meio ambiente, não importando que não seja um *dever de atuar sobre os particulares* (ação normativa ou, por exemplo, fiscalizadora), mas sim um dever de fazer algo que incida *diretamente sobre o direito fundamental* (tratamento de um rio). *É evidente que o dever de tratar de um rio deve ser englobado no dever de proteção do Estado aos bens fundamentais*.

Se o processo serve para permitir a obtenção da tutela do direito, e o direito material, visando à preservação do meio ambiente, confere ao Poder Público determinado dever de fazer, a ação processual, ao tomar em consideração esse dever, objetiva *evitar que a omissão ilícita se perpetue como fonte de danos*. A não-ação, quando o Estado possui dever de atuar para proteger um bem, *configura “ação” que precisa ser suprimida para que a fonte dos danos não fique aberta. O ilícito, assim como a fonte dos danos que não foi secada em virtude da omissão, perpetua-se no tempo, constituindo um não agir continuado*.

¹⁷ Alvaro Luiz Valery Mirra, Limites e controle dos atos do Poder Público em matéria ambiental, *Ação Civil Pública*, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 56.

Assim, a tutela jurisdicional que objetiva obrigar a Administração a praticar o ato necessário para que o ilícito não se perpetue, possui a mesma natureza do dever de fazer não observado. Não há dúvida que essa tutela jurisdicional determina o adimplemento de um dever. *Mas, se o próprio dever possui o fim de evitar a violação do meio ambiente, a ação voltada a efetivá-lo logicamente presta tutela inibitória, ou melhor, a própria prevenção desejada pelo direito material*¹⁸.

Quem não raciocina com a distinção entre dano e ilícito, realmente não tem condições de pensar em ilícito que se perpetua como fonte de danos. O não cumprimento de um dever legal por parte da Administração, necessário para evitar a degradação do meio ambiente, perpetua-se *no tempo*. A distinção entre ato contrário ao direito (ilícito) e fato danoso permite enxergar que a simples violação de um dever pode abrir ensejo a danos, na medida em que *a omissão ilícita caminha no tempo*. Em um caso como esse, a ação processual não se volta contra um ato ilícito ou fato danoso *que já se exauriu, mas sim contra uma omissão ilícita que prossegue no tempo*. Tanto é verdade que se, depois de violado o dever, a Administração realizar o ato, não haverá simples outorga de ressarcimento, mas evitar-se-á que *danos sejam ocasionados*.

A prática desse ato não configura *simples* observância de um dever, destituída de qualquer conteúdo, mas sim o cumprimento de um dever *instituído com finalidade de prevenção*¹⁹. O próprio direito material, ao *impor dever* ao Poder Público, objetiva conferir *prevenção* ao meio ambiente. Trata-se de observância de *prestação material* imprescindível para o Estado se desincumbir do *seu dever de proteção ao direito fundamental*.

Ao considerar a *natureza* desse dever, o juiz pode identificar a verdadeira *situação concreta*, que não só não pode perder de vista a *inviolabilidade* do direito, como também não pode permitir que o magistrado se deixe seduzir por teses que podem ter racionalidade em países como a Alemanha e os Estados Unidos, *mas que não se importam*, nem de longe, com a realidade brasileira. Perceba-se que, apenas quando se toma em conta *a razão* do dever imposto ao Estado e a sua *imprescindibilidade para evitar a degradação do meio ambiente* – que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações –, é que se pode perceber a necessidade e a impostergabilidade da prestação, que não pode, então, ficar submetida a meras alegações de impossibilidade orçamentária.

Nesse caso, as costumeiras alegações de conveniência e oportunidade são mais do que descabidas, e a mera afirmação de indisponibilidade orçamentária não pode desonerar o Estado do seu dever, sob pena de se admitir que ele pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito afirmado inviolável pela própria Constituição Federal. É por isso que a ação coletiva - fundada no art. 84 do CDC – voltada à obtenção dessa prestação, objetiva evidente tutela preventiva ou inibitória do direito ambiental²⁰, que não pode ser vista como uma simples e neutra tutela de um dever legal.

¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3^a. ed., cit., p. 109.

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3^a. ed., cit., p. 109.

²⁰ A doutrina fala expressamente na omissão Estatal que abre oportunidade para que sejam produzidos danos ambientais. Segundo Álvaro Luiz Valery Mirra, “a prática tem revelado inúmeras situações em que o Poder Público, notadamente a Administração, *deixa de agir, omite-se no cumprimento do seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais*, causando com isso diretamente danos ao meio ambiente ou permitindo que degradações ambientais se concretizem” (Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 367).

Anote-se, aliás, que se o Estado realmente demonstrar (o ônus da prova é seu) sua impossibilidade orçamentária, a conclusão será a de que ilegalmente deixou de considerar tal necessidade. Portanto, o juiz deverá ordenar sob pena de multa que o Estado não só inclua, em seu próximo orçamento, dinheiro necessário para a realização da prestação, mas também que o use de modo a cumprir o seu dever constitucional.

A multa – em qualquer um dos casos acima - não poderá incidir em relação à pessoa jurídica de direito público, mas sim sobre a pessoa física da autoridade pública. Como essa multa possui fim *coercitivo*, não há como imaginar que ela possa incidir *sobre um patrimônio*, na hipótese o patrimônio da pessoa jurídica. Tal multa, diante de sua finalidade, *somente pode visar uma vontade*. Como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, *a multa coercitiva somente pode ser pensada se for imposta diretamente à autoridade capaz de dar atendimento à decisão judicial*.

Não se diga, simplesmente, que não se pode impor multa em relação *a quem não é parte no processo*. É que essa multa não constitui *pena*, mas somente *ameaça* para que alguém, de quem depende o cumprimento da ordem judicial, atue em conformidade com a decisão. É claro que a multa somente pode ser direcionada à autoridade que *tem capacidade* para atender a decisão, *e não outra*. Perceba-se que a autoridade sempre *terá a escolha* entre obedecer ao juiz ou arcar com a multa. Não há nada de arbitrário aí, pois a autoridade, diante da decisão judicial, deve cumprir a ordem. O contrário seria admitir que a autoridade pode descumprir decisão jurisdicional que determina a observância de prestação que decorre de dever constitucional. Seria admitir, *de uma só vez, que é possível desobedecer à lei e ao juiz*.

2. Tutela de remoção do ilícito

2.1 Introdução

Se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu.

Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de *outro ilícito*. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo *evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita*. Perceba-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, *e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos*.

Há diferença entre *temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar*. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, *ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro*.

A dificuldade de se compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece, como já esclarecido, que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas

para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que se esperar pelo dano para se poder invocar a prestação jurisdicional.

A prática de ato contrário ao direito, como é óbvio, já é suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, dando-lhe a possibilidade de remover o ilícito e, assim, de tutelar adequadamente os direitos e de realizar o desejo preventivo do direito material.

2.2 Fundamentos da tutela de remoção do ilícito

Assim como a ação inibitória, a ação de remoção do ilícito é decorrência do próprio direito material, especialmente das normas que estabelecem condutas de não-fazer para proteger os direitos.

Determinadas situações, quando contrárias a certos direitos, devem ser removidas. É o caso da divulgação, através de *outdoor*, de propaganda que configura concorrência desleal. A divulgação dessa propaganda constitui ilícito, embora esse último possua efeitos que caminham no tempo.

Porém, a evidência da necessidade da remoção do ilícito está na necessidade de se dar efetividade às normas de direito material que, objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Se o direito material, para evitar dano, proíbe uma conduta, é evidente que a sua violação deve abrir ensejo para uma ação processual a ela ajustada. Ora, *essa ação somente pode ser a de remoção do ilícito, uma vez que o direito material, nesse caso, somente pode ser reavivado com a remoção do ilícito.*

Em outras palavras, *de nada adiantaria a norma de direito material que proíbe um agir se não existisse a possibilidade de uma ação processual capaz de permitir a sua remoção.* Portanto, essa ação também encontra fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

2.3 Ilícito de eficácia continuada

A ação de remoção do ilícito, como já adiantado, não se dirige contra um agir continuado, mas sim contra uma ação que se exauriu enquanto agir, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo.

Quando o dano se *identifica cronologicamente* com o ilícito, basta a tutela ressarcitória. No caso em que o ilícito não produziu dano e não abre margem para a sua produção, não há sequer razão para a ação de remoção do ilícito. *Apenas quando o ilícito se prolonga no tempo, deixando em aberto a possibilidade de danos, é que há interesse de agir em sua remoção.* Nesse caso, fala-se em ilícito de eficácia continuada. Frise-se que, nessa hipótese, não é a ação ou o agir que são continuados, mas apenas os efeitos do ilícito que se concretizou, em termos de agir, em uma única ação.

Ora, se a ação já foi praticada, e apenas os seus efeitos se perpetuam, basta a remoção do ilícito, pois não se teme, no caso, uma ação que possa prosseguir no tempo.

2.4 A ação de remoção é voltada ao ilícito passado e ao dano futuro

Como já foi possível perceber, a ação de remoção do ilícito possui duas direções. De um lado olha para trás, mirando um ato que já ocorreu; de outro zela pelo futuro, ainda que indiretamente, impedindo que danos sejam produzidos.

Assim, em relação ao ato contrário ao direito, *que é o verdadeiro alvo atacado*, a ação de remoção é repressiva. A sua preventividade é indireta, ou melhor, consequência imediata da sua finalidade, uma vez que a remoção do ilícito impede a ocorrência de danos.

Essa espécie de ação, ao remover o ilícito, dá tutela ao direito absoluto, independentemente do dano. Porém, o seu efeito preventivo mais evidente advém de sua ligação com a regra de direito material que, visando proteger um direito, proíbe uma conduta. A ação de remoção do ilícito é imprescindível para dar efetividade à proibição, e assim realiza o próprio desejo preventivo da norma não observada.

Como essa ação se volta contra o ilícito, ela logicamente não tem como pressupostos o dano e o elemento subjetivo relativo à imputação ressarcitória²¹.

2.5 Tutela de remoção do ilícito e tutela ressarcitória na forma específica

Como o ilícito não se confunde com o dano, constituindo-se em um primeiro degrau no caminho que pode gerá-lo²², fica fácil demonstrar que a supressão do ilícito nada mais é do que a eliminação da fonte do dano.

A remoção do ilícito constitui a remoção da *causa* do eventual dano²³. Ora, não há como confundir a reparação do dano com a remoção da sua causa. A remoção da causa do dano elimina a possibilidade da sua produção, ao passo que o ressarcimento tem por objetivo corrigir o estrago por ele ocasionado.

Para remover o ilícito ou a causa do dano basta restabelecer a situação que era anterior ao ilícito. Dessa maneira ocorrerá a sua supressão, secando-se a fonte capaz de gerar o dano. Porém, no caso de reparação do dano é preciso corrigir integralmente o estrago provocado pelo fato danoso.

O ressarcimento não pode se resumir ao mero restabelecimento da situação anterior à do ilícito. Ressarcir é estabelecer o que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido²⁴. O dano deve ser sancionado com a sua integral eliminação, ou mediante a correção da totalidade do prejuízo cometido. Porém, no caso de mero ilícito, basta a sua supressão, ou melhor, a eliminação da fonte do eventual prejuízo que deve ser reparado²⁵.

²¹ Como diz Bonasi Benucci: “il motivo per il quale la dominante dottrina intravede nella colpa un elemento costitutivo dell’illecito civile va ricercato, a nostro avviso, *nel fatto che l’illecito si è sempre esaminato sotto l’angolo visuale della responsabilità per i danni ad esso conseguenti: e poiché la sussistenza della responsabilità per tali danni è normalmente condizionata alla colpa (art. 2043 c.c.), si è costruito l’illecito su base soggettiva ossia sulla base della colpa dell’agente*” (Edoardo Bonasi Benucci, *Atto illecito e concorrenza sleale, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 579).

²² Isso em regra, pois, como é sabido, existe obrigação de ressarcir derivada de ato lícito.

²³ Michele Mòcciola, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380-381.

²⁴ Como explica Helmut Rübmann, o § 249 do CC alemão fala *em obrigação de estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido*. “§ 249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herstellung in Natur” (Helmut Rübmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Darmstadt, Luchtenhand, 1980, p. 185).

²⁵ Como ensina Adolfo di Majo, a diferenciação entre remoção do ilícito e ressarcimento na forma específica é necessária para evidenciar que o ressarcimento na forma específica objetiva eliminar as consequências prejudiciais do fato danoso *e não simplesmente restaurar o “status quo ante”*. Conforme adverte o jurista, garantir o ressarcimento na forma específica quer dizer, em outras palavras, *assegurar a reconstituição da mesma situação de fato que existiria caso o dano não houvesse ocorrido* (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 225).

Se há casos em que é impossível o estabelecimento de uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não tivesse ocorrido, certamente será possível gerar uma *situação que satisfaz, em parte, à necessidade de sua reparação*²⁶. Assim, por exemplo, se somente é possível, no caso da poluição de um rio, o estabelecimento de uma situação *parcialmente* equivalente àquela que existia antes da poluição, apenas *parcela do dano* será ressarcida por meio da tutela ressarcitória na forma específica. A outra parcela do dano, *que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida por meio do pagamento de dinheiro*²⁷. No caso de corte de árvores, a determinação do plantio de pequenas árvores, evidentemente não equivalentes àquelas que existiriam caso o corte não houvesse ocorrido, configura apenas ressarcimento parcial do dano, sendo necessário, também nesse caso, para que o dano seja adequadamente sancionado, a cumulação da tutela ressarcitória na forma específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário²⁸.

Perceba-se que, no caso de remoção do ilícito, descabe imaginar uma tutela que, por atender *apenas parcialmente* a necessidade de remoção, deve ser complementada com outra *sanção ressarcitória*. Até porque não há como pensar em remoção do ilícito complementada por ressarcimento pelo equivalente, *uma vez que remoção e ressarcimento não se misturam*. No plano administrativo, a remoção pode ser cumulada *com a sanção punitiva – e não ressarcitória*. Por exemplo: o despejo de lixo tóxico em local proibido não só pode ser objeto de remoção do ilícito, como pode gerar a imposição de multa pecuniária (sanção punitiva).

Nessa perspectiva, fica clara a distinção entre remoção ou sanção contra o ilícito e ressarcimento ou sanção contra o dano.

3 Aspectos comuns às tutelas inibitória e de remoção do ilícito

3.1 A impossibilidade da cognição do dano como pressuposto de efetividade das ações inibitória e de remoção do ilícito

Como já foi visto, as ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito, e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (culpa ou dolo) relacionado à imputação ressarcitória.

De modo que, *a não ser nos casos em que se teme um ilícito que se identifica cronologicamente com o dano*, o autor não deve e não precisa invocar dano para obter a *tutela inibitória*. No caso de *ação de remoção, existindo regra estabelecendo um ilícito*, a invocação da violação da norma é suficiente para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

Os problemas das ações inibitória e de remoção, nessas hipóteses, são justamente os dos limites da defesa do réu e o da extensão da cognição judicial. Ou seja, o que se pergunta é se, quando basta evidenciar a proibição de uma conduta, há como justificar a impossibilidade do réu discutir o dano e o juiz perguntar sobre ele nessas ações.

²⁶ Ver Peter Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Münster: Aschendorf, 1993, v.1, p. 22.

²⁷ O ressarcimento pode ser prestado de duas maneiras: na forma específica ou pelo equivalente monetário. Lembre-se que ressarcir é reparar e, assim, em princípio implica em uma obrigação de fazer fungível ou em uma obrigação de entregar coisa igual à destruída. O ressarcimento pelo equivalente monetário nada mais é do que a obrigação de pagar a soma equivalente ao valor do dano, e desta maneira deve ser vista como uma forma de reparação não adequada ao ressarcimento de direitos do porte do direito ao meio ambiente.

²⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3^a. ed., cit., p. 463-464.

Não temos dúvida que sim. No caso de direito absoluto, pouco importa o fato danoso, uma vez que o seu titular tem o direito de impedir qualquer ato que lhe seja contrário. O mesmo acontece em relação a normas que, embora relacionadas a direitos individuais, objetivam protegê-los através da vedação de condutas.

Mas, o que mais importa são as normas que, também por intermédio da proibição de condutas ou ações, protegem determinados direitos transindividuais (direito ao meio ambiente, direito do consumidor etc). Ora, se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa conduta, ela foi editada justamente porque a sua prática pode trazer danos, e por isso deve ser evitada. Assim, ampliar a cognição das ações inibitória e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que negar a norma jurídica. Em outros termos: caso o réu pudesse negar a norma, afirmando que sua conduta não produziria dano, a norma não teria significação alguma. Do que adiantaria a norma proibir uma conduta, por entendê-la capaz de produzir dano, se o procedimento judicial abrisse oportunidade à discussão do que foi nela pressuposto? Pense-se, por exemplo, na norma que proíbe a venda de determinado remédio ou produto, reputados nocivos ao consumidor. Caso não existissem ações voltadas a impor a vontade da norma, sempre seria possível a comercialização de remédio ou produto afirmado nocivo pela legislação. Não existiria, nessa perspectiva, ação capaz de inibir ou remover o ilícito, pois o réu sempre poderia apresentar contestação dizendo que tal comercialização não iria trazer danos. Portanto, essas ações seriam reduzidas, no máximo, a uma ação contra a probabilidade de dano. E daí novamente apareceria a pergunta: qual a razão de ser das normas de proteção?

Frise-se que essas normas nada mais são do que frutos do dever de proteção do Estado – proteção normativa material. Isto é, tais normas são editadas a partir da premissa de que certas condutas devem ser evitadas. Porém, para o Estado efetivamente cumprir o seu dever de proteção, não é suficiente a chamada proteção normativa material, sendo necessária, também, a proteção normativa processual (regras instituidoras de técnicas processuais adequadas à proteção) e a tutela jurisdicional, entendida em sua dimensão de prestação jurisdicional de proteção.

Se o dever de proteção do Estado se espalha nesses três setores, obviamente não basta a norma de proteção. É necessário que o Estado estabeleça técnica processual idônea à sua efetivação e que o juiz preste uma forma de tutela jurisdicional que seja realmente capaz de lhe outorgar utilidade.

Aliás, ao se ligar a efetivação da norma de direito material com a necessidade de atuação do ordenamento jurídico, fica claro que a busca da realização do desejo da norma não pode se ligar apenas ao dever de proteção dos direitos fundamentais. Explique-se: a norma de direito material protetiva deve ser atuada, pouco importando o objeto da sua proteção.

Tem-se, a partir daí, a idéia de que devem existir ações processuais destinadas apenas a dar atuação ao desejo das normas, seja evitando (ação inibitória negativa) ou impondo (ação inibitória positiva) condutas, seja eliminando o ato que, embora proibido, foi praticado (ação de remoção do ilícito).

Nesse exato momento é que entra em jogo o labor da doutrina que liga o dever de proteção estatal à norma de direito material, ou que é consciente de que a atuação do ordenamento jurídico requer a atuação das normas protetivas. As ações inibitória e de remoção do ilícito constituem resultados de uma construção dogmática preocupada em dar ao processo a possibilidade de atuação das normas. Para tanto, essa elaboração *dogmática não só parte de uma interpretação dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC à luz do direito*

fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda é obrigada a pensar no procedimento como algo materialmente sumarizado, ou melhor, que elimina a possibilidade de discussão do dano, e assim deve possuir cognição parcial, a qual é plenamente legitimada pela necessidade de atuação das normas de proteção.

A restrição da cognição em relação ao dano, nessas ações, encontra justificativa na necessidade de se dar efetividade à norma. Portanto, não há nada de lesivo ao contraditório ou à igualdade em impedir a discussão do dano nas ações inibitória e de remoção do ilícito. Arbitrário e irracional seria dar a um perito a possibilidade de substituir o juízo técnico que fundamentou a atuação do legislador ao proibir, por exemplo, a comercialização de um produto.

Como é óbvio, não se quer dizer, através dessa argumentação, que o dano não possa ser discutido, ou, em outras palavras, que aquilo que foi pressuposto pela norma não possa ser questionado. O que se quer frisar é que *nessas ações* a cognição deve ficar restrita ao ato contrário ao direito, *pois de outra forma simplesmente não haverá razão para a norma de direito material e para a existência dessas ações processuais*. Ou seja, da mesma forma que na ação possessória não se discute o domínio, nas ações inibitória e de remoção do ilícito não se discute o dano. *Porém, e como é evidente, esse poderá ser discutido através de ação inversa posterior.*

3.2 As ações inibitória e de remoção do ilícito diante i) da inexistência de regra de proibição, ii) da observância das normas técnicas e iii) do licenciamento da administração pública

O fato de as ações inibitória e de remoção do ilícito pressuporem, em princípio, regras proibitivas de condutas, não significa que elas não possam ser utilizadas diante da inexistência dessas regras.

Lembre-se que, diante do gênero norma, existem princípios e regras. Assim, quando inexistir norma-regra definindo a proibição de determinada conduta, a norma constitucional que, por exemplo, institui o direito fundamental do consumidor ou o direito fundamental ao meio ambiente, pode evidenciar a ilicitude.

Aliás, o art. 10 do CDC afirma textualmente que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber *apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança*”. Se o fornecedor ameaça colocar produto ou serviço com essa característica no mercado, logicamente cabe a ação inibitória. Mas, em tal caso, diante da inexistência de norma específica de proibição da comercialização de determinado produto ou serviço, a cognição judicial deverá admitir a investigação do grau de nocividade ou periculosidade do produto ou do serviço à saúde ou à segurança do consumidor.

Esse grau de nocividade ou periculosidade tem relação com a característica do produto, e não com a chamada “probabilidade de dano”. Quando certos produtos não podem ser postos no mercado, por serem altamente nocivos ou perigosos, *parte-se do pressuposto* que a sua fabricação ou exposição à venda (por exemplo) pode gerar danos. Porém, essa pressuposição falta no caso em que se pensa em probabilidade do dano, *pois a sua demonstração é necessária exatamente porque não pressuposta*. Assim, a probabilidade de ilicitude pode exigir o aprofundamento da cognição na direção da novidade ou periculosidade do produto. Mas isso, contudo, não significa examinar a probabilidade de dano.

Do mesmo modo, quando já está exposto à venda produto cuja comercialização não é expressamente proibido na lei, é possível investigar a sua nocividade ou periculosidade. Nesse caso, o Ministério Público pode, por exemplo, pedir sua busca e apreensão através de ação de remoção. Porém, nessa situação, embora deseje apenas a apreensão do produto, e não a imputação da sanção ressarcitória, o Ministério Público deverá demonstrar o alto grau de nocividade ou periculosidade do produto à saúde ou à segurança do consumidor. Como não é difícil perceber, a definição da periculosidade ou da nocividade não se faz para impor a sanção ressarcitória, mas sim para remover a causa do possível dano. Também não é o caso de se pensar em probabilidade do dano, pois essa é presumida pela norma em caso de alto grau de nocividade ou periculosidade.

Além disso, diante de produto que atendeu às normas técnicas de produção, também é de se admitir as ações inibitória e de remoção do ilícito. Algumas normas técnicas podem envelhecer, e assim perder correspondência com a evolução da tecnologia. Como o objetivo dessas normas é proteger o consumidor, é evidente que aquele que deve ser tutelado por elas, ou mesmo aquele que tem legitimidade para tutelar os direitos do consumidor, pode discuti-las em juízo. De modo que, ainda que um produto tenha atendido às regras técnicas, ele pode ser afirmado nocivo ou perigoso, quando então a cognição do juiz será aprofundada em relação a essa particular questão. Porém, o fato de um produto ser afirmado altamente nocivo ou perigoso, dispensa a investigação acerca da probabilidade do dano, uma vez que essa, nesse caso, é presumida. Portanto, a situação é exatamente a mesma da relativa à ausência de norma proibitiva. Quando é evidenciada a periculosidade ou a nocividade, dispensa-se a investigação em torno da probabilidade de dano.

É interessante analisar, ainda, os casos em que a administração pública licenciou uma atividade ou obra i) ao arrepio da necessidade de estudo do impacto ambiental; ii) desconsiderando, sem fundamentação, esse estudo; ou iii) baseando-se em estudo de impacto ambiental contraditório, incompleto ou fincado em omissão ou falsa descrição de informações relevantes.

Nessas hipóteses, como é óbvio, não se pode pensar que não é possível inibir a atividade ou a obra (e, nesse caso, até removê-la) apenas porque o licenciamento foi concedido. Ora, se o licenciamento pode ser questionado judicialmente em todas essas situações, não pode haver dúvida quanto à possibilidade das ações inibitória e de remoção do ilícito. Com a desconstituição do licenciamento, deve haver inibição da atividade ou da obra e, se for o caso, a obra realizada – ou parte dela – deverá ser removida. Mas, diante dessa possibilidade, é inevitável, mais uma vez, a extensão da cognição.

Mas, outra vez se perguntará se a cognição do juiz deverá se aprofundar na probabilidade do dano. Ora, ao se desconstituir o licenciamento, evidencia-se que a atividade ou a obra não tem suporte para prosseguir, e isso é o que basta para a concessão da tutela inibitória final, sendo completamente equivocado pensar em probabilidade do dano.

Frise-se que, quando basta evidenciar o alto grau de nocividade ou de periculosidade ou a ilegalidade do licenciamento para a concessão da tutela final, a probabilidade do dano não importa nem mesmo em relação à tutela antecipatória. Para a obtenção dessa última, basta demonstrar a probabilidade de alto grau de nocividade ou periculosidade ou ainda a probabilidade da ilegalidade do licenciamento.

3.3 A prova

Na ação inibitória destinada a impedir a repetição ou a continuação de um agir ilícito, a prova da probabilidade do ilícito é facilitada em virtude de já ter ocorrido um ilícito ou de a ação ilícita já ter se iniciado. Diante da prova do fato passado (fato indiciário), e tomando-se em consideração a natureza do ilícito, torna-se fácil estabelecer um raciocínio (presuntivo) que, ainda que partindo de uma prova indiciária (prova que aponta para o fato futuro), permita a formação de um juízo (presunção) de probabilidade de ocorrência de um fato futuro.

No caso em que nada ainda aconteceu, e apenas existe o temor da prática do ilícito, a prova também deve recair no que passou, embora esses fatos não constituam atos de igual natureza ao que se deseja evitar, ou ainda não configurem o início da ação ilícita que se objetiva impedir a continuação. Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. Assim, por exemplo, temendo-se a divulgação de notícia lesiva à personalidade, constituirá relevante indício, capaz de formar um juízo de procedência, a divulgação de anúncio, por parte de determinada rede de televisão, de que será divulgada a notícia. Tal prova indiciária é relevante meio para demonstrar que provavelmente a notícia será divulgada²⁹.

Perceba-se que na ação inibitória é necessário demonstrar a probabilidade do ilícito, mas na ação de remoção do ilícito basta evidenciar a sua ocorrência. De modo que, na ação de remoção do ilícito, não é preciso provar um fato passado para indicar a probabilidade de um fato futuro, sendo suficiente provar um fato passado.

De qualquer maneira, apontando-se para a probabilidade ou para a ocorrência do ato ilícito, não basta demonstrar um *ato qualquer*, sendo necessário provar um ato *ilícito* que poderá ocorrer ou já aconteceu. Esse *qualificativo* do ato, ou seja, sua *ilicitude*, exige o confronto entre a descrição do ato temido e o direito, constituindo uma “questão de direito”.

É possível que o réu não negue que praticou ou praticará o ato, mas apenas que esse não tem ou terá a natureza ou a extensão daquele vedado pela norma. Nesse caso, tratando-se de ação inibitória, a prova³⁰ não precisará demonstrar um fato indiciário que indique a probabilidade da ocorrência de outro, mas apenas que o ato que se pretende praticar é contrário ao direito. Na hipótese de ação de remoção, bastará a demonstração de que o ato praticado está em desacordo com o direito.

O que importa frisar, porém, é que bastará ao autor, em qualquer desses casos, fixar-se no ilícito e não no dano.

3.4 A tutela antecipatória

As ações inibitória e de remoção do ilícito, diante de sua natureza, não podem dispensar a tutela antecipatória. A técnica antecipatória é imprescindível para a estruturação de um procedimento efetivamente capaz de prestar as tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Se a natureza dessas tutelas exige tal técnica, não é difícil visualizar, na legislação processual, o local de sua inserção. Ora, tanto o art. 461 do CPC, quanto o art. 84 do CDC, permitem “ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o

²⁹ Luiz Guilherme Marinoni, La prueba en la acción inhibitoria, in *La Prueba – Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, p. 324 e ss.

³⁰ Sobre o direito à prova na perspectiva constitucional, ver Eduardo Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 2001.

rêu”, na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer”.

A tutela antecipatória *não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação*. A idéia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, *também não deve se preocupar com o dano*. No caso de inibição, basta a probabilidade de que *venha a ser praticado* ato ilícito, enquanto que, na remoção, é suficiente a probabilidade de que *tenha sido praticado* ato ilícito. Porém, tratando-se de ação inibitória nada impede que o autor invoque a probabilidade do dano nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, até porque esse último, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma *concreto* do ilícito.

Contudo, além da probabilidade de que tenha sido praticado (remoção) ou venha a ser praticado (inibição) um *ilícito*, exige-se o que as normas dos arts. 461, §3º, CPC e 84, §3º, CDC, denominam “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Esse “justificado receio de ineficácia do provimento final” quer indicar, diante da ação inibitória, “*justificado receio*” de que o ilícito seja praticado antes da efetivação da tutela final. No caso de remoção, o *periculum in mora* é inerente à própria probabilidade de o ilícito ter sido praticado. Ou melhor: como a tutela final, na ação de remoção, objetiva eliminar o *próprio ilícito ou a causa do dano*, não há como supor que a tutela antecipada de remoção exija, além da probabilidade da prática do *ilícito (fumus)*, a probabilidade da prática do *dano* (que seria o perigo nas ações tradicionais). Isso por uma razão óbvia: a simples prática do *ilícito* abre oportunidade à tutela final, sem que seja preciso pensar em *dano*, que já é pressuposto pela regra de proteção e, assim, descartado para a efetividade da tutela jurisdicional, seja final ou antecipada. *Perceba-se que, quando se demonstra que provavelmente foi praticado um ilícito, evidencia-se, por consequência lógica, que provavelmente poderá ocorrer um dano*.

Por outro lado, diante dos termos do art. 273, § 2º, do CPC, que afirma que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, discute-se se a tutela antecipatória pode ser concedida diante do risco de causar prejuízo irreversível ao demandado. Entretanto, por uma simples questão de lógica, não há como deixar de conceder tutela antecipatória a um direito provável sob o argumento de que há risco de dano irreparável ao direito do réu. Isso porque essa modalidade de tutela antecipatória já parte do pressuposto de que um direito provável pode ser lesado. Portanto, não admitir a tutela antecipatória, com base no referido argumento, *é o mesmo que deixar de dar tutela ao direito provável para não colocar em risco o direito improvável*³¹.

³¹ “O princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*. Na tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* está sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado. Assim, a afirmação de que o direito do réu, em virtude da tutela antecipatória, pode ser lesado de forma irreparável, não é suficiente para convencer alguém – que esteja caminhando sobre os trilhos da boa lógica – de que a tutela antecipatória não pode ser concedida. Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu, é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, *que o direito do autor é provável*. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a

Para a concessão da tutela antecipatória, nesses casos, requer-se que a atuação do juiz, na proteção do direito do autor, seja justificável diante do risco de dano imposto ao réu. *Não se trata de verificar qual é o “dano maior”, como se estivéssemos frente a uma operação aritmética, mas sim de analisar se é justificável, em face dos valores dos direitos em conflito e das circunstâncias do caso concreto, a proteção do direito do autor mediante a imposição de um risco de dano irreversível ao réu.* No caso em que a concessão da tutela antecipada causa risco de dano irreversível ao réu, exige-se a ponderação dos direitos em conflito de acordo com as circunstâncias do caso concreto para concluir-se se é justificável a atuação do juiz mediante a imediata proteção do direito do autor.

Frise-se que a probabilidade da ilicitude pode ser suficiente para a admissão da tutela antecipatória, ainda quando ela possa colocar em risco o direito do réu. Basta pensar, por exemplo, no caso em que se requer tutela antecipatória para impedir a construção de uma indústria em lugar proibido pela legislação ambiental. Nessa hipótese a tutela antecipada inibitória requer apenas a probabilidade da prática do ilícito. A prevenção do dano, no caso, já é feita pela própria legislação, ao determinar que no local não é possível a instalação da indústria. A tutela antecipatória não se liga, em situações como essa, à probabilidade do dano, mas sim à probabilidade do ilícito. Note-se, aliás, que se a tutela inibitória tivesse uma relação necessária com o dano ambiental, o réu poderia defender-se alegando que a simples construção da indústria não acarreta dano ao meio ambiente e que, portanto, não há fundado receio de dano irreparável capaz de autorizar a tutela inibitória antecipada. Não é incomum, de fato, na prática da ação civil pública, contestações que afirmam que não há perigo de dano (e, portanto, fundamento para a tutela antecipatória) porque ainda não foi deferida a Licença de Operação, que é requisito indispensável para a indústria *passar a operar*. É certo que se impedindo o ilícito evita-se um provável e futuro dano. *Entretanto, para se dar efetividade ao direito, é fundamental impedir a sua violação, pouco importando se o dano não é iminente. Em hipóteses como essa, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu*³².

Por último, é importante verificar *a distinção entre prova e juízo*, bem como analisar o *objeto da prova* em face da tutela antecipatória, *conforme a ação seja inibitória, de remoção do ilícito ou ressarcitória*. O art. 273 do CPC, ao tratar da "tutela antecipatória", diz que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, desde que, "existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança* da alegação".

Como um dos principais responsáveis pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, muitas vezes admite-se a antecipação da tutela antes que todas elas tenham sido produzidas. Afirma-se, então, que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Nesses casos, "prova inequívoca" significa prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado)³³.

tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável” (Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 195).

³² Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 236.

³³ Portanto, jamais existirá “prova de verossimilhança”, uma vez que, quando se fala a respeito de verossimilhança, pensa-se em *juízo*. A respeito da distinção entre prova e juízo, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 58 e ss.

No caso em que o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, o juízo formado, no seu curso, deve ser denominado de "juízo provisório", muito embora seja designado, pelo referido art. 273, de "juízo de verossimilhança". Afirmar que a prova deve formar um "juízo de verossimilhança", porém, é dizer o óbvio. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um "juízo de verossimilhança", uma vez que a verdade é algo absolutamente *inatingível*³⁴. Ao que parece, o legislador, ao aludir a "juízo de verossimilhança", pretendeu expressar a idéia de *juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes*, e assim não deveria ter se valido da expressão "juízo de verossimilhança", mas sim da de "juízo-provisório"³⁵.

Por outro lado, é importante salientar a diferença entre o objeto da prova em face da tutela inibitória antecipada, da tutela de remoção do ilícito antecipada e da tutela ressarcitória antecipada. Tratando-se de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve recair sobre fato que indique que o fato temido poderá ocorrer antes da efetivação da tutela final e, evidentemente, sobre a afirmada ilicitude desse último. No caso de tutela de remoção do ilícito antecipada, ao contrário, o juízo provisório, além de considerar a ilicitude, deve se centrar sobre *um fato já ocorrido, e não sobre um fato futuro*. Como já foi dito, o *periculum in mora*, nesse caso, é decorrência automática da probabilidade da ocorrência do ilícito e, nesse sentido, deve ser extraído da própria probabilidade de violação.

Na hipótese de tutela antecipada em ação ressarcitória, o juízo provisório deve estar centrado sobre *o dano* já ocorrido (*fumus boni iuris*) e na necessidade de a tutela ser prestada antecipadamente para que não ocorra a sua potencialização ou para que não venha a ocorrer outro *dano* (*periculum in mora*), diverso daquele que se deseja reparar através da tutela final. É o caso, por exemplo, da tutela antecipada de soma em dinheiro requerida em ação ressarcitória sob o argumento de que há necessidade imediata dessa tutela para que sejam supridas necessidades primárias. Nessa situação, importa, além da probabilidade do dano e da responsabilidade do réu, o fundado receio de que, se o ressarcimento não ocorrer – ao menos em parte - na forma antecipada, outro dano possa acontecer³⁶. O mesmo se pode dizer em relação à necessidade de imediata higienização de um rio (tutela ressarcitória na forma específica) para que outros danos não sejam produzidos ou também para que o próprio dano não se potencialize.

3.5 A ação individual e a ação coletiva (arts. 461 do CPC e 84 do CDC)

Após tudo isso, é necessário atentar para duas normas processuais que dão ao juiz instrumentos hábeis para a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Trata-se dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC. Tais artigos têm redação praticamente idêntica. Lembre-se que ambos fazem menção à tutela das obrigações de fazer e de não-fazer.

³⁴ Luiz Guilherme Marinoni, La prueba en la acción inhibitoria, in *La Prueba – Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, cit., p. 327 e ss.

³⁵ Ademais, a idéia de juízo provisório, como contraposta a de juízo final, permite perceber *que não é a tutela, concedida no curso do processo, que é provisória, mas sim o juízo. O contrário de juízo final é juízo provisório, ao passo que a tutela fundada em juízo provisório pode ser antecipada* (e aí posta em relação com a tutela final) ou cautelar (Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 190).

³⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 190.

Porém, a identidade entre tais normas é apenas aparente, pois suas funções são distintas. O art. 84 do CDC foi instituído para servir às relações de consumo e à tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É certo que, em uma análise mais rápida, alguém poderia supor que essa norma, por estar inserida no CDC, apenas poderia tratar dos direitos do consumidor. Acontece que, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, há um sistema processual próprio, composto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelo Título III do CDC. Como diz o art. 90 do CDC, às ações fundadas no CDC se aplicam as normas da Lei da Ação Civil Pública. Por outro lado, complementa o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública que as disposições processuais que estão no CDC são aplicáveis à tutela dos direitos que nela estão previstos³⁷.

Essa interligação entre a Lei da Ação Civil Pública e o CDC faz surgir, como já dito, um sistema processual para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como o art. 84 está inserido no Título III do CDC, e assim dentro desse sistema processual, ele se aplica à tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse sentido, o art. 84 do CDC é a base processual para as ações coletivas inibitória e de remoção do ilícito³⁸.

Ainda que o art. 84 do CDC *também* tenha sido pensado para dar tutela aos direitos individuais do consumidor, o posterior surgimento do art. 461 do CPC, por ser capaz de dar tutela a qualquer espécie de direito individual, tornou desnecessária a invocação do art. 84 do CDC para a tutela dos direitos individuais do consumidor. Ou se a lembrança dessa norma ainda pode ser feita quando em jogo direitos individuais do consumidor, isso se *deve à necessidade de relacionar* as normas de direito material de proteção do consumidor com uma norma de caráter processual para ele *especificamente* criada.

De qualquer forma, se há no sistema de proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos uma norma (art. 84 do CDC) que serve para a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito (entre outras tutelas), essa deve ser apontada como a base da *ação coletiva*, deixando-se o art. 461 do CPC como sustentáculo para as *ações individuais*.

Tanto o art. 84 do CDC, quanto o art. 461 do CPC, abrem oportunidade para o juiz ordenar sob pena de multa ou decretar medida de execução direta (por exemplo, a busca e apreensão), no curso do procedimento ou na sentença. Portanto, ainda que a tutela inibitória não tenha que se ligar necessariamente à ordem sob pena de multa, e a tutela de remoção do ilícito possa não se contentar apenas com medidas de execução direta, uma vez que ambas podem, consideradas as peculiaridades da situação concreta, exigir um ou outro desses mecanismos executivos, o certo é que tais normas possuem instrumentos adequados à prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito aos direitos coletivos (*lato sensu*) e individuais. Assim, por exemplo, no caso de concorrência desleal, deverá ser invocado o art. 461 do CPC, mas na hipótese de direito ao meio ambiente o art. 84 do CDC.

3.6 O direito à tutela jurisdicional efetiva e o poder do juiz

³⁷ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, 4^a.ed., p. 86 e ss.

³⁸ Sobre a ação coletiva inibitória, ver Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo, Ed. RT, 2003.

O legislador tem o dever de instituir procedimentos judiciais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos, bem como a adequada participação dos cidadãos na reivindicação e na proteção dos direitos.

Acontece que o legislador não pode prever, *a priori*, as técnicas processuais ideais para os casos conflituivos, até porque as necessidades do direito material e da vida das pessoas variam conforme as peculiaridades das diversas situações.

Por essa razão, o legislador, ao editar as regras processuais, resolveu deixar de lado a rigidez das formas ou a idéia de traçar técnicas processuais abstratas. A solução foi estabelecer regras que conferissem *maior poder ao juiz, dando-lhe a oportunidade de conformar o processo segundo as peculiaridades dos casos concretos*.

Exemplo disso se encontra nos artigos 84 do CDC e 461 do CPC. Como se sabe, tais artigos, voltando-se para a possibilidade de imposição de um fazer ou de um não-fazer, permitem que o juiz conceda a tutela específica ou determine providências que assegurem resultado prático equivalente (*caput*). Além disso, dá-se ao juiz o poder de, segundo as circunstâncias do caso concreto, ordenar sob pena de multa (§§ 4º) ou decretar medida de execução direta (que estão somente exemplificadas nos §§ 5º), tanto no curso do processo (§§ 3º) quanto na sentença (§§ 4º). Além disso, o juiz pode, na fase de execução, aumentar ou diminuir o valor da multa, ou ainda alterar a modalidade executiva prevista na sentença.

Isso tudo é reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se dirige não apenas contra o legislador, obrigando-o a edição do procedimento judicial adequado, mas também contra o juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto. No caso da outorga de uma maior esfera de poder ao juiz para a utilização da técnica processual adequada à situação conflitiva concreta, o juiz tem o dever de buscar a efetividade da tutela jurisdicional à luz da regra da proporcionalidade.

O aumento do poder do juiz, necessário para a adequação do procedimento às variadas situações conflituivas, retira do jurisdicionado a prévia ciência dos limites do processo jurisdicional, e assim exige um controle do exercício do poder judicial *no caso concreto*. Esse controle exige a observância da *regra da proporcionalidade* e, requer, especialmente, *justificação* capaz de convencer que a técnica processual foi utilizada de maneira justa e racional.

3.7 As sentenças (técnicas) mandamental e executiva

Na *sentença mandamental*, o juiz atua sobre a vontade do demandado, ordenando sob pena de multa ou sob pena de prisão. Ou seja, a peculiaridade da sentença (técnica) mandamental está na *coerção indireta*, vale dizer, na força *que visa convencer* o demandado a observar o conteúdo da sentença.

Embora a ordem mediante coerção indireta seja absolutamente necessária à efetividade da decisão ou da sentença que depende do cumprimento de um não-fazer ou de um fazer infungível - uma vez que nesses casos não há outra alternativa a não ser “tentar dobrar a vontade do réu” -, *admite-se o seu uso também em relação às situações em que o direito, para ser efetivado, não exige o convencimento do demandado (obrigações fungíveis)*.

De modo que não há relação entre *sentença mandamental* e infungibilidade, pois essa sentença também pode atuar no local em que, em tese, a execução forçada (execução direta) pode trazer resultados. O uso da multa (execução indireta) pode ser preferido em relação às medidas de execução direta nos casos em que é mais efetivo atuar mediante

coerção indireta patrimonial, *especialmente porque a sua utilização elimina o gasto e a demora inerentes à execução forçada.*

Com o surgimento da necessidade de uma tutela jurisdicional de remoção do ilícito, tornou-se evidente que a remoção do ilícito não deveria depender da condenação do réu. Só há sentido em condenar nos casos em que se deseja algo que esteja legitimamente no patrimônio do réu. Fora daí, declarando-se, por exemplo, que a coisa está ilegitimamente na posse do réu, ou que esse praticou um ato ilícito, basta a *sentença executiva*, que nada mais é do que a declaração *atrelada a uma medida de execução direta (como a busca e apreensão)*. Não tem o menor sentido condenar alguém a remover algo que é contrário ao direito, uma vez que, nesse caso, a sentença que *declara a ilicitude autoriza a remoção, independentemente da necessidade de qualquer prestação do réu.*

A *sentença executiva* tem “força executiva”, ao passo que a *sentença condenatória* apenas abre oportunidade para o uso dessa “força do Estado”, a qual somente pode entrar em ação após o seu inadimplemento. É verdade que os arts. 461 e 461-A do CPC generalizaram a unificação do processo de conhecimento e do processo de execução em relação às imposições de fazer, de não-fazer e de entrega de coisa, restando a sentença condenatória apenas ao pagamento de soma em dinheiro. Também é certo que podem existir sentenças que, ainda que independentes da ação de execução, devem *exigir prestações* do réu – pois dependentes de algo que, mesmo após a sentença, ainda está na sua esfera jurídica. Porém, mesmo essas sentenças, ao dispensarem a ação de execução, não possuem *apenas o simples significado* de que a execução, a partir de agora, pode ser realizada no próprio processo de conhecimento.

No que diz respeito ao que aqui interessa, ou seja, às medidas de execução direta dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, a quebra da dualidade *conhecimento-execução também implica na ruptura do princípio da tipicidade das formas executivas*. Em outras palavras, antes desses artigos a sentença de condenação deveria ser implementada através da ação de execução de obrigação de fazer, *segundo os seus estritos termos e em conformidade com os meios executivos para ela previstos*. Assim, não há como negar que a unificação do conhecimento com a execução, posta nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, teve a intenção de *dar ao juiz maior mobilidade para a adequação da medida executiva ao caso concreto*.

Quando a tutela inibitória objetiva *evitar um fazer*, o ideal é o uso da multa como medida destinada a convencer o demandado a não praticar o ato temido. Entretanto, não se descarta a possibilidade de utilização de medida de execução direta para impedir a prática de ilícito. Pense-se na nomeação de administrador para atuar no seio de uma pessoa jurídica com o objetivo de impedir a violação de direito.

No caso em que se teme a repetição de uma omissão, a multa, em princípio, também é mais eficaz do que a execução direta. De qualquer maneira, diante da situação concreta, o juiz poderá optar por uma medida de execução direta para garantir o fazer, e assim impedir o ilícito omissivo.

Quando um dever de fazer decorre de uma imposição para a prevenção, esse, mesmo depois de violado, deve ser objeto de tutela jurisdicional para que o *desejo da norma seja efetivamente atuado pelo Estado*. Ainda que tal dever constitua uma “obrigação fungível”, e portanto passível de execução direta, não há motivo para se priorizar essa forma de execução em detrimento da multa. *É o caso concreto, novamente, que vai determinar a melhor opção.*

No caso de remoção do ilícito, em princípio basta a execução direta, como, por exemplo, a busca e apreensão. Mas, a multa poderá ser utilizada quando a remoção do ilícito depender de algo que seja de conhecimento do demandado ou apenas possa ser feito por ele, ou ainda, excepcionalmente, quando, diante do caso concreto, mostrar-se mais eficaz que a execução direta.

O que não é possível esquecer, diante de todas essas hipóteses, é a *justificativa* da escolha da medida executiva, pois é essa que permitirá o controle do poder do juiz.

3.8 A prisão como meio de coerção indireta

Resta analisar, ainda, a questão da possibilidade de se ordenar *sob pena de prisão* a partir dos artigos 461, §5º, do CPC e 84, §5º, do CDC. Nessa linha, é necessário considerar o art. 5º, LXVII da Constituição Federal, que assim estabelece: “*não haverá prisão por dívida*, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A interpretação dessa norma deve considerar os direitos fundamentais. Assim, se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, também é absolutamente indispensável permitir o seu uso, em certos casos, para a efetividade da tutela dos direitos.

A interpretação que simplesmente nega o uso da prisão como meio coercitivo desconsidera os métodos hermenêuticos modernos³⁹, os quais são absolutamente necessários quando o que se tem a interpretar é um *contexto* de grande riqueza e complexidade. Com efeito, não sendo o caso de apenas considerar o *texto* da norma, como se ela estivesse isolada do *contexto*, é necessário recorrer ao método *hermenêutico-concretizador*⁴⁰. Ou seja, deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita, qual seja: se ela veda o uso da prisão como *meio de coerção indireta* ou apenas a prisão por *dívida em sentido estrito*. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. Concluindo-se, a partir da análise da própria razão de ser desses princípios, que a sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que *a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de execução direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito*. Note-se que essa interpretação, além de considerar o *contexto*, e por essa razão ser muito mais abrangente do que a “clássica”, dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária *harmonização para que a sociedade possa ver a sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda*. De outra maneira, os próprios direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis, assumirá uma configuração meramente retórica, e nesse sentido sequer merecerá a designação de “jurídico”⁴¹.

³⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993 e Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*. t. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1983.

⁴⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 323.

⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 234.

Considerando a tutela inibitória que impõe um não-fazer, a tutela inibitória que impõe um fazer e a tutela de remoção de ilícito, é fácil concluir que a prisão poderá ser utilizada *para impor um não-fazer ou mesmo para impor um fazer infungível que não implique em disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito*. Nesses casos, ao mesmo tempo em que prisão não estará sendo usada para constranger o demandado *a dispor de patrimônio*, ela estará viabilizando – *no caso em que a multa e a medida de execução direta não se mostrarem adequadas* – a efetiva prevenção do direito, ou melhor, a tutela jurisdicional específica por excelência, *única a permitir a tutela dos direitos que não se conciliam com o ressarcimento*.

A prisão, depois de descumprida a ordem judicial, somente conserva caráter *coercitivo* no caso em que ainda se espera um fazer infungível, pois no caso em que a ameaça de prisão objetiva um não-fazer, *a efetivação da prisão evidentemente não pode ter função coercitiva*. *Contudo, a violação da ordem diz respeito ao juiz civil e, assim, deve ficar dentro da sua esfera de poder*. Isso porque a prisão, no caso, não tem a finalidade de castigar o réu, mas sobretudo o objetivo de preservar a seriedade da função jurisdicional.

Na verdade, a partir do momento em que se concebe o uso da prisão como meio coercitivo em relação a ordem de não-fazer, não há como excluir da jurisdição civil o poder de aplicá-la, sob pena dela simplesmente deixar de existir como meio destinado a dar efetividade à decisão do juiz civil. O problema, assim, não é o de saber se a aplicação da prisão, no caso de descumprimento de ordem de não-fazer, e da competência do juiz civil, *mas sim o de admitir que esse juiz tem a necessidade e a possibilidade – diante dos direitos fundamentais – de determinar a prisão como meio de convencer a parte ao cumprimento da sua decisão*.

Lembre-se que o juiz civil somente pode ordenar sob pena de prisão nos casos *em que outra modalidade executiva não se mostrar adequada e o cumprimento da ordem não exigir a disponibilização de patrimônio*. Assim, deve haver, de um lado, a evidência de que não existe nenhuma modalidade executiva capaz de *dar efetividade à tutela jurisdicional*, e, de outro, a constatação de que *o uso da prisão não permitirá a restrição da liberdade de quem não observou a ordem apenas por não possuir patrimônio*. Ou melhor, nesse caso a prisão *estará garantindo a efetividade ao direito à tutela jurisdicional sem violar o direito daquele que, por não possuir patrimônio, não pode ser obrigado a cumprir a ordem judicial, nem muito menos punido por não tê-la observado*.

Nessas hipóteses, a própria decisão que ordena o não-fazer deve fixar o prazo da prisão, considerando as circunstâncias do caso concreto. Não é preciso dizer que o enfrentamento do meio executivo adequado não é a parte mais agradável (ou simpática) da dogmática processual, mas não se pode esquecer que a sua análise é imprescindível à efetividade da tutela dos direitos. Pensar na prisão como meio de coerção civil não implica em ter uma visão autoritária da justiça civil, mas sim em ter consciência de que o seu uso não pode ser descartado para se dar efetividade aos direitos. *Em um país em que a multa frequentemente pode não atingir peso coercitivo, a ameaça de prisão é imprescindível para evitar, por exemplo, a violação dos direitos da personalidade ou do direito ambiental*. A não admissão do seu uso, em razão de um preconceito que não olha para o contexto social do país e para os direitos não-patrimoniais, *pode abrir as portas até mesmo para que sejam instituídos “testas de ferro”, sem patrimônio, com a única missão de violar os direitos*.

3.9 A quebra da regra da adstrição do juiz ao pedido

Uma das grandes inovações dos art. 84 do CDC e 461 do CPC está na possibilidade de o juiz poder se desvincular do pedido, podendo conceder a tutela solicitada ou um resultado prático equivalente, e, ainda, aplicar a medida executiva que lhe parecer necessária e idônea para a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Tal possibilidade vem expressa nos referidos artigos, e decorre da tomada de consciência de que a efetiva tutela dos direitos depende *da elasticidade do poder* do juiz. É apenas por esse motivo que tais normas ampliaram o poder do juiz, eliminando a necessidade da sua adstrição ao pedido.

Assim, no caso de ação inibitória destinada a impedir a prática ou a repetição do ilícito (comissivo ou omissivo), ou mesmo a continuação de um agir ilícito, o juiz tem o poder de conceder o que foi pedido pelo autor, ou algo que, vindo em sua substituição, seja efetivo e proporcional, considerando-se os direitos do autor e do réu (ver a seguir, item 3.11).

Por outro lado, o juiz pode determinar medida executiva diversa da requerida, seja a ação inibitória ou de remoção do ilícito. O seu poder, nesse caso, novamente deverá atender à regra da proporcionalidade (ver a seguir, item 3.11).

No caso em que, quando da propositura da ação, temia-se um ilícito, e esse veio a ser praticado no curso do processo, constituindo-se em ilícito de eficácia continuada, o juiz poderá conceder a tutela de remoção do ilícito no lugar da tutela inibitória. Mas, para tanto, diante da ocorrência do ilícito, o autor deve alterar o seu pedido inicial por pedido de remoção, dando-se obviamente ao réu a oportunidade de se opor ao novo pedido e à ocorrência do fato que lhe dá sustentação. Como exemplo, pode ser lembrada a hipótese em que foi proposta ação inibitória para evitar a venda de certo produto, e esse passou a ser exposto à compra do consumidor no curso do processo. Nesse caso, embora não tenha sido possível evitar o ilícito, será possível removê-lo, impedindo-se, conseqüentemente, os eventuais danos.

Porém, o que importa é perceber que esse incremento do poder do juiz deriva da necessidade de efetividade na prestação da tutela contra o ilícito.

3.10 A possibilidade de o juiz, na fase de execução, alterar de ofício a medida executiva

Nessa linha de argumentação, não é difícil perceber a razão de se dar ao juiz a possibilidade de aumentar ou diminuir o valor da multa na fase de execução. O art. 461, §6º do CPC é expresso nesse sentido. Se é inegável a possibilidade de se alterar o valor da multa, *isso se deve ao fato de que a multa é uma modalidade executiva e, assim, deve ser proporcional à finalidade a que se destina*. Na verdade, o juiz pode alterar qualquer modalidade executiva, e não só a multa, podendo até mesmo substituir a multa por uma medida de execução direta.

Como se vê, partindo-se da idéia de que o importante é *o que deve ser realizado*, e não a forma por meio da qual isso vai ocorrer, admite-se a alteração da forma executiva ainda que após o trânsito em julgado.

3.11 Critérios para o controle do poder executivo do juiz

Como já foi explicado, o princípio da tipicidade e a regra da congruência possuem

íntima relação com a idéia de se garantir a liberdade dos litigantes.

Quando se percebeu que, para bem tratar das novas situações de direito substancial, era necessário dar maior mobilidade ao juiz, até porque o Judiciário não mais merecia ser visto com olhar suspeito - da mesma forma que o Estado não pode mais ser pensado como um “inimigo público” -, ampliou-se o poder do juiz para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Com isso, o poder do juiz deixou de ser controlado, ou melhor, limitado pela lei. Porém, não é porque isso se mostrou necessário, que o poder do juiz poderá restar sem controle. A diferença é que, agora, tal controle não é mais feito pela lei, em abstrato, mas sim diante do caso concreto, por meio da regra hermenêutica da proporcionalidade.

Essa regra se desdobra em três sub-regras, que são a regra da adequação, a regra da necessidade (menor restrição possível) e a regra da proporcionalidade em sentido estrito. Porém, aqui se faz necessário diferenciar a ação material *destinada a tutelar o bem* e o meio executivo que *objetiva implementá-la*.

Quando se pensa nos limites da ação material (limites do fazer e do não-fazer) capaz de tutelar o direito do autor, deve-se pensar em termos de adequação, necessidade (meio mais idôneo e menor restrição possível) e proporcionalidade em sentido estrito. Em termos de *adequação*, quer-se dizer que o não-fazer ou o fazer devem ser *aptos a proporcionar* a tutela do direito. Aqui ainda não se raciocina em termos de *necessidade* da ação escolhida, mas sim sobre sua *adequação*, isto é, sobre *sua capacidade de atingir o fim almejado*. Passando-se para a questão da *necessidade*, a pergunta que deve ser esclarecida é se tal ação (em termos de limites) é *necessária*, ou melhor, se pode ser substituída por outra que, com a mesma efetividade, cause *uma menor restrição à esfera jurídica do réu*. Como é fácil perceber, *toda ação adequada pode ser necessária, mas não se pode falar em ação necessária que não seja adequada*. Por fim, ainda que a ação seja adequada e necessária, ela *pode significar um gravame despropositado diante da restrição que causa ao direito do réu*. Porém, nessa hipótese, *não há propriamente balanceamento dos bens em colisão*, mas sim *balanceamento entre o direito do autor e a restrição causada pela ação necessária para a efetiva prestação da tutela jurisdicional*.

Resumindo: quando se raciocina em relação aos limites do fazer ou do não-fazer – por exemplo, cessação da atividade ou instalação de equipamento antipolvente -, e não sobre a medida executiva para a implementação da ação material – por exemplo, ordem sob pena de multa para a cessação ou interdição da fábrica -, o juiz deve justificar a adequação, a necessidade e a prevalência do direito do autor sobre a restrição que pode ser causada ao direito do réu. Assim, por exemplo, se o Ministério Público, alegando que o réu está poluindo o meio ambiente, pede a cessação de suas atividades, e a prova pericial demonstra que basta, para conter a poluição, apenas a instalação de um equipamento antipolvente, não há racionalidade em desconsiderar a demonstração de que a atividade do réu está causando poluição ambiental. Como o juiz, no caso, está autorizado a conceder a tutela específica ou um resultado prático equivalente, ele tem o poder de fugir do pedido e, sempre considerando a sua fundamentação, impor a ação que se mostrou, *em razão do desenvolvimento do contraditório*, eficaz à proteção do direito do autor e, ao mesmo tempo, geradora da menor restrição possível ao réu (a instalação do equipamento antipolvente). Se a situação for inversa, tendo o Ministério Público pedido a instalação de equipamento antipolvente, e o contraditório demonstrado a necessidade de cessação das atividades, o juiz

deverá demonstrar que o acolhimento do pedido do autor não será *capaz de proporcionar o fim que deriva da fundamentação* da petição inicial. Dessa forma, poderá determinar a cessação das atividades do réu, ainda que o pedido tenha sido de instalação de equipamento antipolvente.

Ademais, como a sentença deve fixar *a ação material e o meio executivo capaz de implementá-la, é preciso atentar, em relação a esse último, para as regras da adequação e da necessidade*. Em relação à adequação não há grande dificuldade, pois é evidente que o meio executivo deve ser capaz de proporcionar a realização da ação prevista na sentença. Porém, no que diz respeito à regra da necessidade, é preciso mais cuidado. São as circunstâncias do caso concreto que poderão indicar a medida executiva que configura a menor restrição possível.

É possível dizer, embora a regra da *necessidade* somente possa ser solucionada diante do caso concreto, que a tutela inibitória, em princípio, encontrará mais efetividade com a imposição da multa, ainda que se almeje um fazer fungível, enquanto que a tutela de remoção do ilícito, também em princípio, encontrará mais efetividade com a imposição de uma medida de execução direta, como a busca e apreensão. Porém, nada impede que as circunstâncias de determinado caso concreto indiquem que a medida de execução direta é mais idônea para a tutela inibitória, ou que a multa é mais idônea para a prestação da tutela de remoção do ilícito, por ser essa dependente de algo que somente é conhecido pelo demandado, por exemplo.

A prisão, como meio de coerção, não pode ser imposta para constranger o demandado a dispor de dinheiro ou de patrimônio. Assim, não é possível utilizá-la no caso de soma em dinheiro (sem natureza alimentar, por óbvio), entrega de coisa ou fazer fungível. Mas, como já dito, não há motivo para não admitir o seu uso para evitar a violação de um direito por parte de quem tem o dever de não-fazer ou de prestar um fazer infungível que não exige a disposição de dinheiro. Aí, *além de não se cogitar do uso da prisão por dívida, estar-se-á permitindo, quando a multa e a execução direta não se mostrarem eficazes, a efetiva prevenção do direito*.

É necessário frisar, porém, que a escolha do agir e da medida executiva, na perspectiva da regra da proporcionalidade, torna imprescindível a *justificação* do juiz. A justificação, como fundamentação da escolha judicial, é indispensável no presente caso. A sua ausência torna arbitrária a opção do juiz, pois cabe à *justificação demonstrar a perfeição do raciocínio amparado na regra da proporcionalidade*. Frise-se que quando o juiz reputa, a partir da regra da necessidade, que a ação não configura a menor restrição possível, cabe a ele, além de impor o agir que traz a mesma utilidade para o autor e uma menor restrição ao réu, justificar adequadamente o seu procedimento, explicando a razão da sua decisão.

A sentença deve concluir que determinado agir é i) adequado à tutela do direito, ii) significa a menor restrição possível e iii) não representa algo desproporcional. Na fase de execução, se o agir fixado na sentença não for observado pelo réu, esse - que configura, de acordo com a sentença, a menor restrição possível - *poderá ser alterado*, pois aquele *que seria o meio mais idôneo para tutelar o direito do autor, por ter sido recusado pelo réu, não pode mais assim ser considerado, e portanto exige a definição de outro agir, que possa ser idôneo à tutela do direito*. Como se vê, não é possível ao juiz questionar, na fase de execução, se o agir fixado na sentença é adequado à tutela do direito ou se nela foi corretamente observada a regra da proporcionalidade em sentido estrito. É apenas a regra

da *necessidade* que pode ser novamente analisada, e isso diante do fato de o agir não ter sido observado pelo réu. O réu, com o não cumprimento da sentença, abre oportunidade para que outro agir seja imposto, uma vez que o fixado na sentença restou inidôneo. Por isso, outro agir, idôneo à tutela do direito, deve ser escolhido pelo juiz. Isso tudo, evidentemente, com a devida *justificação*.

Para exemplificar: o juiz *não* pode, na fase de execução, considerar que a instalação de equipamento antipolvente – imposta na sentença – i) não é adequada para a tutela do direito; ii) não representa a menor restrição possível; ou iii) configura algo desproporcional. O juiz apenas pode inovar, na fase de execução, *quando o réu não atende à sentença*, e assim o agir não se configura, por culpa sua, como meio mais idôneo, *permitindo que um outro seja imposto no seu lugar*. De modo que se o réu não instala o equipamento, atendendo à ordem sob pena de multa, o juiz não é obrigado a determinar que o equipamento seja instalado por terceiro – *alterando apenas o meio executivo* -, mas fica com a possibilidade de determinar a interdição da fábrica.

Em relação ao *meio executivo* – multa, execução direta ou prisão -, importam as regras da *adequação e da necessidade*. No que concerne à *adequação e à necessidade*, é possível verificar se o valor da multa, que observou essas regras no momento em que a sentença foi proferida, não deve ser aumentado ou diminuído, diante das circunstâncias concretas. Ademais, *se a sentença foi descumprida, o juiz, considerando a situação concreta e as possibilidades de tutela, pode substituir a multa pela execução direta ou vice-versa, ou ainda impor a prisão no lugar da multa*. Nessa linha, a única forma de se controlar o exercício do poder será através da análise da *justificação*. Ou seja, o juiz deverá justificar a razão pela qual, por exemplo, a multa não teve êxito, e porque acredita que a execução direta ou a prisão poderão viabilizar o encontro da efetividade da tutela jurisdicional.

3.12 Distinção entre as ações de remoção do ilícito e inibitória em face da ação cautelar

A confusão entre as ações inibitória e de remoção do ilícito com a ação cautelar deriva do fato de que todas se *identificam pela preventividade*. Porém, quem não separa ilícito (ato contrário ao direito) de dano, obviamente não pode entender que as ações inibitória e de remoção do ilícito têm como pressuposto a *probabilidade de ilícito* (inibitória) e a sua *prática* (remoção do ilícito), enquanto que a ação cautelar requer a *probabilidade do dano*.

A ação de remoção do ilícito pressupõe um ilícito que já ocorreu, tendo por objetivo a sua remoção, que, por mera consequência da realização do desejo do próprio direito material, impede a produção de eventuais danos. Portanto, admitindo-se a separação entre ilícito e dano, fica bastante fácil perceber a distinção entre ação de remoção do ilícito – voltada contra o ilícito e, apenas por isso, capaz de impedir danos – e a ação cautelar. Quando não se percebia a separação entre ilícito e dano, e assim supunha-se apenas a sua probabilidade, *era impossível raciocinar em termos de remoção do ilícito, e apenas por esse motivo admitia-se a ação cautelar, ainda que se estivesse na realidade atacando um ilícito já praticado*. Basta pensar na busca e apreensão de produto exposto à venda e nocivo à saúde do consumidor. Se não se constata que essa situação representa ilícito de eficácia continuada, mas erradamente se imagina que ela simplesmente pode produzir dano, estará aberta a porta para se concluir que a ação de busca e apreensão, no caso, possui natureza cautelar.

Supor que tal ação de busca e apreensão é cautelar traz ainda outros problemas. O primeiro deles ligado à prova, pois a *prova do ato contrário ao direito* é completamente diferente da *prova da probabilidade do dano*. No caso de ação de remoção, a prova deve recair somente no ilícito, não sendo correto cogitar de probabilidade de dano. *Além disso, no caso de busca e apreensão de produto ilicitamente exposto à venda, não há como pensar em alguma ação principal, e por isso é impossível aceitar que a ação é cautelar (que possui natureza instrumental)*. A partir do momento em que se percebe que a remoção do ilícito ou o seu impedimento por meio de ação inibitória é tão ou mais importante do que a reparação do dano, é que se pode concluir que tais ações não podem ser renegadas a uma função meramente instrumental ou acessória de uma ação que seria principal.

No que diz respeito à ação inibitória, que é voltada contra a *probabilidade do ilícito (e não contra a sua prática, como acontece com a remoção)*, a problemática é a mesma. Na ação inibitória a prova deve incidir somente sobre a probabilidade do *ilícito*. A prova poderá recair na probabilidade do dano apenas quando houver *identidade cronológica* entre o ilícito e o dano; nesse caso o autor tem a possibilidade de falar em probabilidade do dano. Mas, tal possibilidade é deferida unicamente ao autor, *pois o réu não pode afirmar que não há probabilidade de dano (que é consequência do ilícito) quando o autor alega somente probabilidade de ilícito*.

A ação inibitória, como a ação de remoção, é obviamente uma ação autônoma, e por isso de conhecimento. O que é uma ação autônoma? *Autônoma é a ação dita “satisfativa”*, compreendido esse último termo no *sentido leigo, de “satisfação”*. Trata-se da ação que “satisfaz” o desejo de tutela jurisdicional do autor, e assim lhe é “bastante”. *A ação “satisfativa” é a ação “bastante”, ou melhor, a ação que basta para satisfazer o autor*.

As ações inibitória e de remoção são “bastantes” porque o desejo de tutela jurisdicional pode se limitar à inibição ou à remoção do ilícito. É absurdo imaginar que tais tutelas possam ter um significado menor do que a ressarcitória, ou que dessa última sejam meros instrumentos. Pensar que o desejo do autor deve se direcionar ao ressarcimento é esquecer que, a partir do momento em que se percebeu que o direito não podia mais ser compreendido como uma coisa dotada de valor de troca, houve uma ruptura entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade pelo dano, a qual deve necessariamente refletir sobre o processo civil.

Note-se que a ação em que se deseja impedir a violação de um direito da personalidade, quando pensada à distância da teoria da ação inibitória, certamente receberia o rótulo de cautelar, pois essa seria a única ação - *para aqueles que desconhecem a ação inibitória* - capaz de conferir tutela preventiva. Contudo, se essa ação fosse concebida como cautelar, tendo sido concedida a tutela para impedir a violação, *seguramente surgiria a problemática da finalidade da “ação principal”*. Ora, seria impossível encontrar fim para a “ação principal” pela simples razão de que *o único objetivo do autor foi “satisfeito” com a ação rotulada de “cautelar”*. Tal ação, ainda que denominada de cautelar, por ser “satisfativa” é, por consequência, autônoma. *E daí a conclusão final: toda ação autônoma – que evidentemente não seja uma ação de execução - é uma ação de conhecimento, e não uma ação instrumental ou cautelar*. De modo que a ação inibitória, especialmente nos dias de hoje, não pode ser compreendida ou confundida com uma ação cautelar.

3.13 Cumulação das ações inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória

Se as ações inibitória e de remoção do ilícito não são ações instrumentais a de ressarcimento, a necessidade de uma delas, ou de ambas, quando também é imprescindível o ressarcimento, abre ensejo para a cumulação das ações. Em outros termos, não há como imaginar que a tutela inibitória ou a tutela de remoção do ilícito possam ser tutelas instrumentais à tutela ressarcitória. Todas essas tutelas estão em um mesmo patamar, pois todas objetivam a satisfação de necessidades diferenciadas do direito material.

Imagine-se, por exemplo, a veiculação de propaganda configuradora de concorrência desleal através de cartazes publicitários. Nesse caso, o lesado pode possuir três necessidades: a remoção dos cartazes, inclusive mediante tutela antecipatória; a inibição da veiculação de novas propagandas, também inclusive mediante tutela antecipatória; e, por fim, o ressarcimento dos danos causados pelos atos de concorrência desleal. Essas três necessidades exigem três formas de tutela: a de remoção do ilícito, a inibitória e a ressarcitória pelo equivalente, sendo completamente equivocado supor que é possível pedir apenas tutela final ressarcitória e “liminares” de remoção do ilícito e inibitória.

Nesse caso, as “liminares” teriam eficácia temporal subordinada à decisão sobre a tutela ressarcitória (final). Acontece que a tutela ressarcitória tem como pressuposto o dano, que nada tem a ver com as outras duas tutelas. Como conseqüência, é possível julgar improcedente o pedido de tutela ressarcitória, por ausência de demonstração do dano, ainda que o ilícito esteja evidenciado, e assim seja capaz de fundamentar a remoção do ilícito e a sua inibição. Nessa hipótese, porém, com o julgamento de improcedência do pedido de tutela ressarcitória, as eventuais liminares de remoção e inibição, por constituírem somente decisões liminares ou interinais no processo que se voltou apenas à obtenção da tutela final ressarcitória, perderiam sustentação e, desse modo, deixariam de produzir efeitos. Em outras palavras: nesse caso, ainda que evidenciado o ilícito, a tutela inibitória seria revogada, e então o infrator teria liberdade para continuar atuando, ainda que a jurisdição tivesse tido a capacidade de declarar a ilicitude.

Portanto, é pouco mais do que óbvio que as necessidades do direito material estavam a exigir três tutelas finais e, por isso, três ações cumuladas. É certo que a ação de remoção e a ação inibitória, por se preocuparem unicamente com o ilícito (e não com o dano), têm os seus campos de cognição limitados em relação à ação ressarcitória, onde a cognição do juiz deve recair sobre o *dano*. Porém, a nova técnica antecipatória, posta no §6º do art. 273 do CPC, que viabiliza a tutela antecipada “*quando um ou mais de um dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”, certamente poderá resolver o problema⁴².

Nessas situações, *evidenciado* o ilícito praticado e sua probabilidade, e restando apenas o dano para ser demonstrado, o juiz deverá conceder imediatamente tutela antecipada de remoção e tutela antecipada inibitória, *sem que tenha que pensar em fumus boni iuris ou periculum in mora*. É que essa modalidade de tutela antecipatória exige *direito evidente, e não apenas direito provável ou direito que ainda dependa da produção de prova*. Com isso fica clara a independência das tutelas de remoção e inibitória em relação à tutela ressarcitória. De modo que se o dano não restar positivado ao final, isso não

⁴² Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, São Paulo, Ed. RT, 2002, 5ª. ed. Sobre o tema, ver ainda Rogéria Dotti Doria, *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, São Paulo, Ed. RT, 2003, 2ª. ed.; Fredie Didier Jr., *Processo de conhecimento*, in *A nova reforma processual* (Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr e Marcelo Abelha Rodrigues), São Paulo, Saraiva, 2003,

repercutirá sobre as tutelas de remoção e inibitória, que deverão ser reafirmadas ainda que a tutela ressarcitória tenha sido negada.