



AÇÃO INIBITÓRIA: SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.

Marcelo Soares Duquia

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela ABDPC-
Academia Brasileira de Direito Processual Civil
Bacharel em Direito pela UCPEL-
Universidade Católica de Pelotas
Advogado.

RESUMO

O presente artigo pretende enriquecer a discussão sobre a tutela inibitória, como um instrumento efetivamente capaz de responder de maneira efetiva aos direitos, impedindo assim, a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, do qual o dano é meramente eventual. A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a tutela passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades. Uma vez que a antiga ação cominatória juntamente com a ação cautelar inominada não se presta para tutelar de maneira adequada os direitos que estão a exigir tutela preventiva, surge a ação inibitória garantida constitucionalmente (art. 5., XXXV, CF) e com fundamento nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, que conferem importante oportunidade para extrair do tecido normativo a tutela em estudo, ou seja, uma tutela que seja efetivamente capaz de prevenir o ilícito. O estudo apresenta uma nova tutela jurisdicional, fundamental para a efetividade de direitos muito significativos na sociedade.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil assiste numa posição privilegiada a não celeridade da justiça para solucionar a imensidão de litígios que lhe são submetidos. Reação lógica e esperada são as recentes reformas nas leis processuais, com o intuito de tornar inaceitável a morosidade da Justiça imposta pelo procedimento ordinário, que tem se mostrado deficiente para a tutela de direitos urgentes.

Assim, buscaram-se novos meios de cognição para a tutela de interesses que, caso não reconhecido urgentemente, pereceriam. Desta feita, buscou-se outra forma de *conhecimento* e efetivação de direitos, mais célere e eficiente que a cognição exauriente, chegando assim, a tutela inibitória.

O Estatuto Processual Civil brasileiro prevê, entre os procedimentos especiais, apenas duas espécies de tutela inibitória: interdito proibitório e nunciação de obra nova.

Compulsando o ordenamento jurídico pátrio, a garantia



de que o Estado prestará uma tutela jurisdicional efetiva encontra-se no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Contribuindo para a prestação efetiva e prevista da tutela jurisdicional, temos os arts. 461 e 461-A do Estatuto Processual Civil que, atendendo o comando constitucional previsto no art. 5º, XXXV, CF, estabelecem os instrumentos processuais necessários à prestação da tutela inibitória, entre outras; por meio da imposição de fazer ou de não fazer e de entrega de coisa. Ou seja, o disposto no art. 461 permite ao cidadão buscar o Judiciário através de ação que lhe da oportunidade de obter não só a antecipação da tutela, mas também a sentença e o meio de execução capaz de impedir a violação do direito.

Não se deve confundir fonte de tutela com fonte dos instrumentos processuais de tutela. O Estatuto Processual Civil não trata da tutela dos direitos, mas apenas da técnica adequada a esta tutela, ou melhor, do veículo capaz de prestar a tutela jurisdicional.

O art. 461 do CPC constitui a fonte normativa de índole processual da tutela inibitória individual nas obrigações de fazer e não fazer, nos seguintes termos:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

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

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.



§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

De fato, no art. 461 do CPC estão previstas as cinco modalidades de provimento existentes no processo de conhecimento, a saber: declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental e executivo lato sensu. Eis a razão do referido dispositivo ser considerado uma ferramenta indispensável à efetividade processual.

O § 1º prevê a hipótese de convalidação da obrigação de fazer ou de não fazer em pecúnia (perdas e danos).

Por sua vez, o § 5º permite ao juiz se valer de imposição de multa por tempo de atraso no cumprimento da obrigação, bem como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e outras medidas, denotando o caráter executivo lato sensu do provimento judicial.

Já se for aplicada a sanção pecuniária prevista no § 4º, mais conhecida como astreinte, como forma de pressão psicológica para que o devedor cumpra com o comando judicial, será o provimento de típica natureza mandamental.

A distribuição sistemática ora proposta acaba com a idéia, própria à classificação clássica das sentenças, de que o processo tem escopo repressivo e patrimonial.

Nesse sentido, é interessante transcrever as palavras do processualista gaúcho ASSIS,

O Juiz considerará o patrimônio do devedor – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, preocupando-se apenas em encontrar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor.¹

AMARAL acredita que este raciocínio deve ser evitado, uma vez que é a “*proporcionalidade entre o benefício econômico que o infrator obteria na observância do preceito e o valor da multa*”² que, justamente, dará ensejo ao cálculo de custo-benefício pelo réu, decidindo este pelo atendimento ou desatendimento da ordem judicial. Ainda, o autor diz que, o valor da multa deve ser de magnitude suficiente, que faça com que o demandado sequer cogite em descumprir o preceito e arcar com o pagamento da multa.

¹ Araken de Assis. *Manual de Processo de Execução*. 2001, p. 498.

² Guilherme Rizzo Amaral. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2004, p. 137-138.



Destarte, a única hipótese em que não há previsão de concessão de tutela específica no art. 461 é a do seu §1º, conversão em perdas e danos, quando "*impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*" ou se "*o autor a requerer*".

Como forma de dar maior efetividade ao processo, o juiz poderá, inclusive, cumular medidas de execução indireta, como a fixação de astreinte, combinando-as com medidas de execução forçada previstas no § 5º.

Por sua vez, o art. 461-A, ao dizer serem aplicáveis os parágrafos 1º a 6º do art. 461, guarda com ele notória semelhança na previsão da tutela inibitória para as obrigações de entrega de coisa:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, esta a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Desse modo, todos os meios de tutela inibitória aplicáveis às obrigações de fazer e não fazer também o são às obrigações de entrega de coisa.

2. OS MEIOS DE TUTELA INIBITÓRIA

2.1 Medidas de Execução Indireta

Conforme estudado, inútil é a concessão de tutela ressarcitória para a proteção de bens de natureza extra patrimonial. Dessa forma, à luz da efetividade processual, necessária se faz a utilização de medidas que assegurem, tanto quanto possível, o cumprimento in natura do dever imposto ao demandado.

Nesse passo, merecem destaque as medidas de execução indireta ou também chamadas por TALAMINI de "*mecanismos indutivos negativos*", os quais visam a "*influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica. Busca-se*



induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal, caso ele desrespeite um comando".³

E segue o ilustre mestre dizendo que: Esse "*mal*" a que se refere é, justamente, a imposição de sanção, que consiste na "*medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância*".⁴

Nesse sentido, fala-se que a sanção é preventiva quando a imposição de um gravame objetiva evitar a lesão ao direito material tutelado.

No sistema processual civil brasileiro, existem, basicamente, duas formas de se influenciar na vontade do devedor de maneira coativa, a fim de que ele opte pelo adimplemento da obrigação: a prisão civil e a multa.

Oportuno registrar que o ordenamento jurídico do Brasil não prevê a utilização de qualquer espécie de prisão civil preventiva como mecanismo apto a propiciar a tutela inibitória.

Já a aplicação da multa, prevista em nosso ordenamento, possui natureza cominatória, melhor conhecida como "astreintes". Essa espécie de multa é caracterizada como a imposição de sanção pecuniária a fim de se evitar o descumprimento de contrato, comando legal, bem como ordem judicial, tudo à luz do princípio da segurança jurídica.

A pena pecuniária, a título de astreintes, não tem o caráter de indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, mas o de meio coercitivo tão somente.

Leciona o Ministro do Superior Tribunal de Justiça ZAVASCKI o seguinte:

(...) a multa diária é mecanismo de coerção talhado para induzir o cumprimento de obrigação positiva que esteja sendo violada, de coagir a realização de uma ação a ser desenvolvida: a multa incide imediatamente, acumula-se dia a dia e somente cessa com o advento da prestação. No caso de obrigação negativa, porém, ocorre fenômeno exatamente inverso, pois o que se visa é a não-ocorrência da ação, ou seja, o meio coativo deve induzir a uma omissão. Não há sentido lógico em utilizar, para esse fim, o instrumento da multa "diária", salvo, em se tratando de obrigação negativa de caráter permanente, quando se pretender inibir a reiteração ou induzir a cessação da lesão.⁵

³ Eduardo Talamini. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2003, p. 171.

⁴ Eduardo Talamini. Op.cit. p. 171.

⁵ Teori Albino Zavascki. *Antecipação de Tutela*. 2005, p. 160.



É de suma importância transcrever a crítica que MARINONI faz sobre os escritos de Carreira Alvim, por ter dito em seu livro Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer que "*a pena pecuniária só cumpre realmente a sua função se se tratar de direitos patrimoniais*".⁶ Argumenta MARINONI que "*a tutela inibitória, por se valer da multa, revela eficácia também na defesa de direitos extrapatrimoniais, pois há nela nítida influência sobre a vontade*".⁷

Segue o autor dizendo que "*a multa cominatória só não se mostrará eficaz se o demandado não possuir patrimônio algum*".⁸

Para que a multa cominatória possa atingir a sua finalidade que lhe é própria, é necessário que ela não seja fixada em patamares exorbitantes, gerando para o devedor a descrença de sua punição. Da mesma forma, a astreinte não pode ser estipulada em patamar inferior ao mínimo necessário para influenciar, de maneira efetiva, na vontade do devedor.

Cumpra registrar as palavras de NERY JÚNIOR e ANDRADE NERY: "*o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento*".⁹

É de registrar, ainda, que a imposição de astreinte pode se dar por requerimento do demandante ou ex officio. É livre também ao juiz fixá-la por dia de atraso na cessação do ilícito ou de maneira fixa (um único momento de incidência), quando se objetivar a prática ou a repetição do ato ilícito, como comumente ocorre nas violações de natureza instantânea.

Sobre o tema, aduz TALAMINI

Obviamente, também essa atividade não fica subordinada ao mero arbítrio do juiz, sendo, por igual, controlável mediante recurso. A modificação do valor terá de estar fundamentada na mudança dos fatos que haviam ensejado sua definição originária. Por exemplo, o cumprimento de uma parte do comando judicial poderá ensejar sua diminuição. Da mesma forma, a persistência do demandado em descumprir-lo é elemento fático bastante para autorizar seu aumento.¹⁰

Contudo, há que se dizer que caso o cumprimento do comando judicial se torne jurídica ou materialmente impossível, deixará de incidir, a partir desse momento, a multa cominatória. Nesse caso, se por culpa do devedor o cumprimento da obrigação se tornou impossível, arcará ele com as perdas e

⁶ Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. 2004, p. 214.

⁷ Idem. Ibidem. p. 215

⁸ Idem. Ibidem. p. 215.

⁹ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 2002, p. 764.

¹⁰ Eduardo Talamini. op. cit. p. 249.



danos, sem prejuízo do período em que a multa incidu, forte no art. 461, § 2º, do CPC. Quanto à exigibilidade da multa, a mais forte doutrina entende não ser possível a sua cobrança antes do trânsito em julgado da sentença mandamental.

Isso porque o art. 12, § 2º, da Lei de Ação Civil Pública prescreve que "*a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor*". Assim, por não haver dispositivo semelhante no art. 461 do CPC deve-se aplicar a referida norma analogicamente.

Ademais, a possibilidade de cobrança da multa em sede de tutela antecipada ou de sentença pendente de recurso traria, inexoravelmente, a tão indesejada insegurança jurídica. Contudo, o fato de a multa ser inexigível antes do trânsito em julgado da sentença não retira da astreinte o seu caráter coercitivo.

No que tange ao beneficiário da multa, o titular do crédito decorrente da imposição de astreinte é o demandante, conforme iterativa jurisprudência.

Não é demasiado lembrar que, em que pese a multa ser exigível tão-somente após o trânsito em julgado da sentença, ela será devida a partir da decisão que a instituiu, seja essa tutela antecipada ou sentença pendente de recurso, salvo a hipótese do tribunal a ter recebida no duplo efeito.

Por fim, é cediço que, além da multa cominatória e da prisão civil, há outros mecanismos indutivos negativos para forçar o devedor a cumprir com a sua obrigação, como, v.g., o previsto no art. 881, *caput*, do CPC: "*A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado*".

2.2 Medidas de Execução Direta

O artigo 461, § 5º, do Estatuto Processo Civil enumera, em rol meramente exemplificativo, medidas de execução direta: "*busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*".

Enquanto as medidas de execução indireta atuam sobre a vontade da parte, a fim de persuadi-la a adimplir a obrigação, as medidas de execução direta, propiciam a tutela efetiva independentemente da colaboração do demandado.

Conforme o notável doutrinador MARINONI, "*há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juiz, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação*".¹¹

¹¹ Luiz Guilherme Marinoni. op. cit. p. 228.



Saliente-se que o citado autor diferencia medida de execução direta de medida de sub-rogação. A medida de execução direta, segundo ele, é empregada quando a finalidade é repelir lesão de natureza instantânea ou continuada. Já a sub-rogação consiste na substituição do devedor por terceiro que cumpre com a obrigação em seu lugar.

É de se notar, portanto, que as medidas de execução ou coerção direta são utilizadas para evitar um fazer ilícito, enquanto a sub-rogação é medida aplicada em situações de um não fazer ilícito.

Acerca da sub-rogação, esclarece MARINONI

Na hipótese de não agir ilícito (por exemplo, não observância de norma que obriga, visando evitar a poluição ambiental, a instalação de determinada tecnologia), ou de tutela que imponha a instalação desta tecnologia para evitar a continuação da violação do dever de não poluir, poderá o juiz determinar que um terceiro instale o instrumento técnico adequado. Neste caso, o terceiro substitui o réu, fazendo aquilo que por ele já deveria ter sido feito.¹²

A sub-rogação, como é notório, é medida de menor efetividade diante da multa e da coerção direta, e assim somente deve ser utilizada nos casos em que uma das duas primeiras for absolutamente inviável.

Baseado no exposto, diante do amplo poder executivo que foi conferido ao juiz, é exato falar em princípio da concentração dos poderes de execução do juiz. A tutela fundada no art. 461, CPC, é marcada por este princípio, pois o juiz, diante destas normas, tem o poder de determinar as medidas necessárias para que ocorra a efetiva tutela do direito.

Quanto ao descumprimento das medidas de execução direta, entende a moderna doutrina tratar-se de conduta tipificada como crime de desobediência, prevista no art. 330, do Código Penal.

Sobre o tema leciona ARENHART

Quanto à prisão para cumprimento de ordem judicial, não tem caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium* estatal e tem por fim resguardar a dignidade da justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5., XXXV, da Constituição Federal, no que pertine à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isto porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e, também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela

¹² Idem. Ibidem. p. 229.



inibitória) em que a imposição de astreintes ou de uma medida de apoio, que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação. Para estes casos, então, será legítima a imposição da prisão civil como meio coercitivo, sem que se vislumbre qualquer óbice a isto na regra constitucional do art. 5., LXVII.¹³

Esta idéia acabou por refletir nos precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ocasionando em diversos julgamentos neste sentido, como na decisão da 9ª Câmara Cível, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA. PRISÃO. POSSIBILIDADE. Na condição de depositário, o paciente assumiu a figura de auxiliar da justiça (art. 148, CPC) com o encargo de guardar e conservar os bens penhorados. Não agindo de acordo com o que determina o munus publico assumido, está o depositário judicial sujeito à prisão, conforme previsão do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, 904, § único, do Código Civil e Súmula 619, STF. Precedentes. Inaplicável, outrossim, o Pacto de San José da Costa Rica, já que a coerção sob pena de prisão não é para pagamento do débito, mas sim para apresentação do bem penhorado. Tanto assim o é que, mesmo que permaneça devendo, ao depositário basta apresentar o bem penhorado para que se livre da prisão. DENEGADA A ORDEM. UNÂNIME.¹⁴

CONCLUSÃO

Com as considerações desenvolvidas nesta obra, as quais, contudo, estão longe de esgotar a temática, mostram estar-se na luta diariamente para fazer prevalecer a efetividade dos direitos, sob pena de abandonar todas as conquistas históricas que orientaram nossa Constituição.

As recentes reformas processuais vieram para suprir, as deficiências do sistema original do Código, cujos mecanismos eram limitados e ineficazes, de modo especial em se tratando do cumprimento das obrigações negativas, para as quais não havia meio próprio a assegurar a prestação específica.

Ficou claro, que o disposto no art. 461 do CPC, atribui ao juiz uma espécie de poder executório genérico, capaz de prestar a tutela inibitória, impedindo assim, a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

Por fim, evidenciado o ilícito praticado e sua probabilidade, e restando apenas o dano para ser demonstrado, o Estado-Juiz deverá conceder

¹³ Sérgio Cruz Arenhart. *A tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 270.

¹⁴ Habeas Corpus Nº 70021453915, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 24/10/2007



imediatamente a tutela inibitória, independentemente de prova inequívoca, uma vez que essa modalidade de tutela antecipatória exige direito evidente, e não apenas direito provável ou direito que ainda dependa da produção de prova.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual de Processo de Execução*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONTES

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Disponível em: www.abdpc.org.br Acessado em: 10/01/2008.