

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Alessandra Roth Cunha

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

**Porto Alegre
2013**

ALESSANDRA ROTH CUNHA

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

**Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Privado e Processo Civil da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel.**

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

**Porto Alegre
2013**

ALESSANDRA ROTH CUNHA

**A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e de Processo Civil da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 17 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Daniel Mitidiero
Orientador

Professor Dr. Klaus Cohen-Koplin

Professor Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

A concretização desta monografia deve-se à colaboração de muitas pessoas, as quais merecem meus mais sinceros agradecimentos. Inicialmente, aos meus pais, Cesar Lobo Cunha e Rosana Alcantara Roth, pelo constante incentivo, pela compreensão e pelo apoio em todos os momentos de dificuldade. Não há palavras para expressar minha gratidão pelo empenho em mostrar-me, desde a infância, o valor do estudo. Aos meus colegas de faculdade, especialmente a Alice Girardi Canesso, Bruna Souza Silveira, Bruna Becker, Luísa Tomaz de Aquino, Laura Marazita Lotti e Laura Pinheiro Schossler pela amizade, pela motivação e pela profícua troca de ideias. A todos que tive o prazer de conhecer nas minhas experiências de estágio, principalmente a Professora Maria Isabel de Azevedo e Souza e ao Dr. Januário Paludo, que agregaram, de forma decisiva, à minha formação acadêmica e pessoal. Por fim, ao meu orientador, Professor Daniel Mitidiero, pelas aulas de excelência ímpar – responsáveis por despertar meu profundo interesse pelo estudo do Processo Civil –, pelo exemplo de dedicação à pesquisa acadêmica e pela disponibilidade em auxiliar no desenvolver do presente trabalho.

RESUMO

O trabalho que segue propõe-se a analisar os aspectos fundamentais da tutela inibitória e, em especial, sua utilização como mecanismo de efetivação dos direitos da personalidade. Partindo da necessária interdependência entre direito material e o processo, procura-se demonstrar que o processo civil clássico, centrado na tutela ressarcitória, viabilizada jurisdicionalmente por meio da ação condenatória, não é suficiente para garantir a efetiva e adequada proteção dos direitos extrapatrimoniais, dentre os quais se destacam os direitos da personalidade – direitos ínsitos a qualquer ser humano e, por isso, intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante das peculiaridades jurídicas de tais direitos, carecem eles de um meio idôneo a impedir sua violação quando ameaçados, isto é, carecem eles de uma tutela preventiva apta a inibir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito. Assentada tal necessidade, identifica-se, no ordenamento processual brasileiro, fundamento normativo para veicular a tutela inibitória, qual seja o artigo 461 do Código de Processo Civil, e discorre-se acerca de suas características centrais. O presente estudo aborda, ainda, aspectos relativos à operativização da tutela inibitória, quais sejam (i) a antecipação de tutela, (ii) as *astreintes* e (iii) as “medidas necessárias”, sempre dentro do contexto dos direitos da personalidade.

Palavras-chave: Tutela preventiva – Tutela inibitória – Direitos extrapatrimoniais – Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The following research is proposed to analyze the fundamental aspects of inhibitory injunction and, specially, its use as a mechanism of personality rights protection. Departing from the necessary interdependence between substantive and procedural law, it attempts to demonstrate that the classical civil procedure doctrine, centered at the compensatory injunction, jurisdictionally provided by the condemnatory action, is not enough to ensure the effective and adequate extra patrimonial rights protection, among which stand out the personality rights – rights concerned about any human being, and because of that closely linked with the dignity of the human person principle. Given the peculiarities of such rights, their protection requires a preventive injunction able to avoid the commitment, continuity or repetition of a tort. Settled such need, it is identified, in Brazilian procedural law, legal basis to place the inhibitory injunction, that is article 461 of Civil Procedure Code, and discussing about its main characteristics. The present study still talks about aspects concerning inhibitory injunction operation, that are (i) the preliminary injunction, (ii) the *astreintes* and (iii) the “necessary measures”, considered in the context of the personality rights.

Keywords: Preventive injunction - Inhibitory injunction - Non-patrimonial rights - Personality rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 BREVE DIGRESSÃO SOBRE O TEMA DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS.....	12
2.1 O processo civil clássico centrado na tutela pelo equivalente monetário e no binômio sentença condenatória-execução forçada.....	12
2.2 Os direitos extrapatrimoniais e a insuficiência da tutela ressarcitória.....	18
3 ASPECTOS CENTRAIS DA TUTELA INIBITÓRIA.....	24
3.1 Institutos precursores de uma tutela preventiva atípica: a inaptidão da ação cominatória e da cautelar inominada.....	24
3.2 Fundamentos normativos da tutela inibitória na legislação brasileira.....	28
3.3 A ameaça de ato ilícito como pressuposto da tutela inibitória.....	32
3.4 Hipóteses de tutela inibitória expressas no ordenamento processual brasileiro.....	38
3.4.1 Interdito proibitório.....	39
3.4.2 Nunciação de obra nova.....	39
3.4.3 Mandado de segurança preventivo.....	40
3.4.4 Análise crítica das escolhas do legislador.....	41
4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	44
4.1 Considerações sobre os direitos da personalidade.....	44
4.1.1 Histórico, tentativa de conceituação e características centrais.....	44
4.1.2 Direitos da personalidade em espécie.....	48
4.1.2.1 <i>Direito à (própria) imagem.....</i>	<i>49</i>
4.1.2.2 <i>Direito à honra.....</i>	<i>51</i>
4.1.2.3 <i>Direito ao nome.....</i>	<i>52</i>
4.1.2.4 <i>Direito à vida privada (privacidade e intimidade).....</i>	<i>53</i>
4.1.3 A importância da tutela preventiva para a proteção dos direitos da personalidade.....	55
4.2 A operativização da tutela inibitória.....	57
4.2.1 A tutela inibitória antecipada.....	60
4.2.2 A atuação da decisão inibitória.....	63

<i>4.2.2.1 As astreintes previstas no § 4º do art. 461 do CPC.....</i>	<i>65</i>
<i>4.2.2.2 As “medidas necessárias” autorizadas pelo § 5º do art. 461 do CPC.....</i>	<i>68</i>
4.3 A proteção dos tribunais aos direitos da personalidade.....	71
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

Embora não se possa ignorar a importância decisiva que a Escola Sistemática assumiu para o desenvolvimento de uma ciência processual autônoma, é preciso ressaltar que, na tentativa de purificar o processo de uma excessiva contaminação pelo direito material, tal escola acabou ignorando, totalmente, a natural interdependência existente entre ambos. O Direito Processual Civil nasceu, assim, como uma ciência pretensamente neutra, pura e infensa aos influxos históricos e sociais.

A influência do Direito Liberal e a busca de uma igualdade formal de todos perante a lei, acarretou a ideia da abstratização das pessoas e bens, bem como a pretensão de uniformização procedimental. Diante desse contexto, entendia-se que tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, instrumentalizada pela sentença condenatória e pela posterior execução forçada, seria suficiente para a proteção dos mais diversos direitos. Todos os bens eram tidos como equivalentes e, por conseguinte, não mereceriam tratamento diferenciado. Desta feita, a doutrina predominante à época considerava que em nada obstava a satisfação do indivíduo a transformação do bem que lhe era devido em pecúnia.

A ciência processual brasileira, por sua vez, encampou as ideias expostas, principalmente, devido à influência exercida por Enrico Tullio Liebman. A presença da processualística europeia pode ser claramente notada na estrutura e no conteúdo no Código de Buzaid, sancionado por Emílio Médici em 1973. O referido diploma foi marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, relegando a importância da dignidade humana e dos direitos da personalidade.

Ocorre que essa neutralidade do direito processual em relação ao direito material começou a evidenciar seu equívoco com o surgimento, já no século XX, de uma sociedade mais dinâmica e complexa e com o advento do Estado Constitucional. Iniciou-se, assim, uma conscientização do processo visto como verdadeiro instrumento para realização do direito material. Sob esse contexto, constatou-se que o Poder Judiciário deve sempre buscar proporcionar ao jurisdicionado, o tanto quanto possível, a situação que adviria do cumprimento espontâneo da norma. Desta feita, tornam-se objeto de estudo dos processualistas a relação de interdependência entre o direito substancial e processo e, com isso, o tema da tutela jurisdicional dos direitos.

Com as modificações sociais, surgiu uma série de “novos direitos” com conteúdo não patrimonial os quais – por serem impassíveis de transformação em pecúnia, sob pena de negação do próprio direito – não são afeitos à tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, tampouco ao binômio sentença condenatória-execução forçada. Dentre os referidos direitos destacam-se: o direito à preservação ambiental, os direitos do consumidor e, especialmente, os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, oriundos de uma construção teórica relativamente recente, são direitos vinculados de forma indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, ao desenvolvimento físico, psíquico e moral do ser humano como tal. São direitos que dão significado e valor à personalidade e estão ligados aos bens mais elevados da pessoa. Diante de sua peculiar natureza, tem características singulares, como: intransmissibilidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, oponibilidade *erga omnes*, dentre outras.

No direito brasileiro, a proteção dos referidos direitos se intensificou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, inclusive, cataloga alguns deles em seu artigo 5º. Essa proteção em âmbito constitucional é complementada pelo Código Civil, que possui um capítulo inteiro dedicado ao tratamento dos direitos da personalidade.

Ocorre que não basta simplesmente enunciar, proclamar, de forma ampla, a importância dos direitos de personalidade. É necessário investigar a existência de um instrumento processual capaz de fornecer-lhes a adequada e efetiva proteção. Tais direitos carecem de uma tutela preventiva, capaz de inibir a prática, a continuidade ou a repetição de um ato antijurídico. Dessa forma, resta evidenciado o propósito primordial da presente monografia: analisar o instituto da tutela inibitória como meio de viabilizar a proteção dos direitos de personalidade, bem como estudar como se dá o funcionamento procedimental do referido “remédio”.

Para que tal objetivo seja alcançado a contento, realizou-se revisão bibliográfica baseada em doutrina italiana e brasileira, com destaque para as obras de Luiz Guilherme Marinoni, principal estudioso do tema da tutela inibitória, bem como pesquisa jurisprudencial para verificar a abordagem do tema na prática judiciária.

Com objetivo de lograr uma melhor compreensão, o presente trabalho foi dividido em três partes centrais. No primeiro capítulo, procura-se realizar uma breve digressão histórica

relacionando a evolução da ciência processual civil, com o estudo do tema da tutela dos direitos. São expostas, em um primeiro momento, as ideias que norteavam o processo civil clássico, centrado na tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. Em seguida, demonstra-se a superação desse modelo tradicional, que gerou a revitalização do estudo da tutela dos direitos. É exposta, também, a importância da tutela específica e da tutela preventiva.

O segundo capítulo, por sua vez, adentra no estudo da tutela inibitória em si. Inicialmente, são identificados os institutos utilizados, equivocadamente, como precursores de uma tutela inibitória genérica. Posteriormente, são abordados os principais fundamentos normativos da tutela inibitória, ou seja, os dispositivos legais que lhe dão embasamento e fundamentam a existência de uma tutela preventiva genérica no direito brasileiro. Foi realizada uma abordagem mais detalhada em relação ao art. 461 do Código de Processo Civil. Em seguida, analisa-se a relação da tutela inibitória com a ameaça do ato ilícito, bem como se expõe, de forma breve, os casos em que há expressa previsão da tutela inibitória no ordenamento brasileiro, realizando, ainda, uma leitura crítica acerca das escolhas do legislador.

Por fim, no terceiro e último capítulo discorre-se, primeiramente, sobre aspectos fundamentais dos direitos da personalidade, procurando abordar sua conceituação, características centrais, histórico e alguns direitos da personalidade em espécie. Disserta-se, também, sobre os motivos que justificam a importância da tutela preventiva para a proteção efetiva dos direitos da personalidade. Em um segundo momento, trata-se do modo como se dá a operativização da tutela inibitória, por meio de estudo sobre (i) a tutela inibitória antecipada, (ii) as *astreintes* e (iii) as denominadas “medidas necessárias”. Finalmente, analisa-se, ainda que de forma breve, como os tribunais estaduais vem acolhendo a tutela inibitória dos direitos da personalidade.

2 BREVE DIGRESSÃO SOBRE O TEMA DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS

2.1 O processo civil clássico centrado na tutela pelo equivalente monetário e no binômio sentença condenatória-execução forçada

Como é consabido, até a segunda metade do século XIX, não se cogitava do direito processual civil como um segmento autônomo do direito. O conceito de processo, compreendido como simples apêndice do direito material, confundia-se com o de procedimento, e os conhecimentos acerca do processo civil, por sua vez, eram meramente empíricos, sem a construção de um método próprio. Foi apenas com a publicação da obra clássica *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais), em 1986, de autoria de Oskar Bülow, que se iniciou a construção das bases da ciência processual.¹

O eminente jurista alemão sustentou a existência de uma relação jurídica processual – entre juiz, autor e réu – distinta da relação litigiosa de direito material, e, partindo de tal premissa, possibilitou a construção da teoria da condição e dos pressupostos processuais, bem como a identificação de princípios próprios do Direito Processual Civil. Iniciou-se, assim, a conscientização acerca da autonomia conceitual da ação, do processo e do sistema processual como um todo.²

Profundamente influenciado pela pandectística alemã do século XIX, a qual pretendia purificar o Direito por meio da sistematização das fontes romanas, Bülow tinha por objetivo a construção de uma ciência processual neutra e atemporal, isto é, indiferente à cultura e às mudanças históricas.³ Conforme observa OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁴, a ciência do processo civil, inicialmente, tentou eliminar o indispensável elo entre o processo e o direito substancial:

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. 6 ed. p. 259-260.

² *Ibidem*. p. 260-262.

³ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, n. 183, ano 35, p. 167- 169, maio, 2010.

⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e Coisa Julgada, 3 ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 146.

O programa da nova ciência, se nos for permitido atribuir à obra de Büllow esta natureza, confirmava, portanto, a tendência para a abstração e generalidade, como uma ciência formada por conceitos e regra lógicas universais, que se manifestava, já em seu nascedouro, contra os particularismos da análise de cada *procedimento*. O que interessa à nova ciência é o estudo da relação processual enquanto tal, através do exame das condições que lhe determinam o nascimento e das regras sob as quais a *relação jurídica de direito público* desenvolve-se, independentemente dos conteúdos concretos e, muito especialmente, abstraindo das *individualidades procedimentais*, determinadas pelas exigências, porventura impostas pelo direito litigioso.

Na Itália, por sua vez, coube a Giuseppe Chiovenda dar continuidade ao desenvolvimento da ciência processual.⁵ Chiovenda foi o principal responsável pela afirmação da Escola Histórico-Dogmática, também denominada de Sistemática. A referida escola, por meio da “publicização” do processo, logrou elucidar que este constitui expressão da autoridade estatal, e não simples espaço para o embate entre as partes. Por outro lado, é precípuo reconhecer que, visando purificar as formas processuais de sua excessiva contaminação pelo direito material, a Sistemática acabou por isolar o processo em relação ao direito substancial, olvidando a natural interdependência existente entre ambos.⁶

Uma das principais consequências desse equívoco foi a pretensão de uniformização procedimental, ou seja, a noção de um único procedimento capaz de servir as mais diversas relações jurídicas de direito material. Ocorre, todavia, que negar a pluralidade procedimental, conforme pretendido, é ignorar as inúmeras peculiaridades das realidades litigiosas e, por conseguinte, a própria razão de ser do processo.⁷ Conforme leciona CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁸, o direito material exerce relevante influência na conformação do processo:

[...] o direito material interfere na conformação e na organização interna do processo (questão de política legislativa, de cunho pré-processual), a impor a adequação subjetiva, objetiva e teleológica entre as duas esferas. Trata-se de questão que diz respeito no mais das vezes ao legislador, na tarefa específica de estabelecer previamente a forma que se deve revestir o processo e as formalidades indispensáveis para a marcha do procedimento.

Por detrás dessa equivocada pretensão da Escola Sistemática é possível identificar os ideais de um direito liberal. Acreditava-se que a vedação de tratamento diferenciado às situações de direito substancial prestigiava a igualdade (formal) de todos perante a lei. Assim,

⁵ “Giuseppe Chiovenda é o elemento de ligação da cultura jurídica alemã com a italiana, encampando o programa científico alemão e levando-o à Itália”. MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. (...) p. 170.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos direitos. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41-44.

⁷ *Ibidem*. p. 42-43.

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 99.

dentro da lógica deturpada do liberalismo, todos os bens da vida seriam equivalentes e mereceriam igual tratamento pelo direito. Não haveria sentido, pois, em se cogitar de tutela específica, quiçá de uma tutela preventiva, sendo suficiente, na esteira dessa concepção de abstratização de pessoas e bens, a tutela ressarcitória e pelo equivalente monetário. O valor dos direitos lesados seria dado sempre em pecúnia, relegando a importância do direito material.⁹

É importante frisar que, na época, o que igualizava as necessidades não era o procedimento, e sim a tutela jurisdicional pelo equivalente, sempre infensa às peculiaridades dos bens em questão. Era a tutela jurisdicional que orientava a construção do procedimento e das sentenças¹⁰.

Desta feita, os processualistas, criaram a classificação das sentenças com base em critérios exclusivamente processuais, independente das características das situações litigiosas concretas instrumentalizadas pelo direito processual. Identificaram apenas três espécies de ações e sentenças, que operariam somente no “mundo normativo”, quais sejam: declaratórias, constitutivas e condenatórias.¹¹

Para a prestação da tutela pelo equivalente contou-se, assim, com a elaboração de uma técnica específica – a sentença condenatória. A sentença condenatória também apresentava total neutralidade em relação ao direito substancial e, por isso, permitia somente uma forma de execução expressamente prevista em lei.¹²

ENRICO TULLIO LIEBMAN¹³, procurando diferenciar a sentença condenatória da sentença meramente declaratória, conclui que a condenação representa o ato do juiz responsável por tornar concreta a regra sancionadora que já existe de forma abstrata no ordenamento jurídico. A sentença condenatória teria, assim, função dúplice, qual seja: (i) declarar o direito (função declaratória) e (ii) impor a sanção que o violador de direito deve sofrer no caso concreto (função sancionadora). Para o doutrinador, portanto, não haveria, na

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos direitos. (...) p. 45-46.

¹⁰ *Ibidem*. p. 58-60.

¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 179.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 355.

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p.18.

sentença condenatória, qualquer ordem ao condenado para que cumprisse certa obrigação. Isso porque não caberia ao juiz, no processo de cognição, determinar ordens às partes.¹⁴

Nesse contexto, a efetivação da sanção civil aplicada, abstraída a hipótese de cumprimento espontâneo, somente se concretizaria pela posterior execução. Isto é, a sentença condenatória, além de declarar a sanção aplicável, atribuiria ao vencedor o poder de acionar a execução forçada, constituindo, por essa perspectiva, uma espécie de preparação da execução.¹⁵ Sobre o assunto, cabe transcrever as palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹⁶:

No plano da realidade forense, onde dominam os fatos e que as teorias se devem afeiçoar, não é fácil dar-se ao leigo que procura amparo jurisdicional uma explicação satisfatória da natureza e utilidade da sentença de condenação. Na perspectiva eminentemente pragmática em que as partes se colocam perante o processo, a sentença condenatória pouca coisa oferece além da declaração que ela contém sobre a existência do direito invocado pelo autor e dessa virtualidade especial de constituir-se em um novo título, para uma demanda subsequente [*sic*].

A recepção dessa fase autonomista da doutrina processual no direito brasileiro, por sua vez, deu-se por meio da chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, após afastar-se da Universidade Italiana de Parma, em meio às turbulências da Segunda Guerra Mundial. Trouxe consigo profundo conhecimento sobre processo civil romano, canônico, medieval, germânico moderno e italiano e, uma vez em território brasileiro, logo se familiarizou com o direito pátrio e com suas fontes históricas lusitanas.

Lecionando na Faculdade de Direito de São Paulo, Liebman organizou um grupo de jovens dedicados ao estudo do processo civil que se reunia, semanalmente, em sua casa, onde realizavam profícuas discussões. Dentre os membros do grupo e discípulos do professor italiano, que formaram a denominada Escola Processo de São Paulo, destacam-se: Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Bruno Afonso André.

¹⁴ “[...] houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. Mesmo a sentença declaratória, ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigorante entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida. Não é função do juiz expedir ordens às partes, e sim unicamente declarar qual a situação existente entre elas segundo direito vigente” LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. (...) p. 15.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. Revista dos Tribunais, v. 436, ano 61, p. 14, fevereiro, 1972.

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e Coisa Julgada. (...) p. 40-41.

Nascia, assim, com expressiva influência da Escola Histórico-Dogmática, um método verdadeiramente científico na doutrina processual brasileira.¹⁷

Mais tarde, em 1946, um desses discípulos de Liebman, Alfredo Buzaid, finalizou a elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Após ser discutido e revisado por uma Comissão formada por notórios juristas,¹⁸ em 1973, finalmente, o novo Código de Processo Civil foi sancionado por Emílio Médici.

É notória, na construção do Código Buzaid, a influência da doutrina autonomista alemã do final do século XIX, bem como da doutrina italiana da primeira metade do século XX. Tal influxo da processualística europeia é evidenciado, primeiramente, pela estrutura do Código – subdividido em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. Sob essa ótica, submetiam-se as partes a um procedimento padrão para a tutela dos direito, totalmente infenso às peculiaridades de cada direito material. “Qualquer causa poderia ser tratada mediante a coordenação dessas atividades e provimentos”.¹⁹ Em segundo lugar, nota-se, pela redação do Código, que a ciência processual civil brasileira, acolhendo o método da Sistemática, adotou uma atitude neutra em relação aos influxos culturais e ao direito material de forma geral.²⁰

Ademais, é inegável que o Código de Buzaid tomou como base as relações jurídicas que eram disciplinadas pelo Código Civil de 1916, Código de Beviláqua. No Código Civil vigente à época, não havia qualquer preocupação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos da personalidade, tampouco com temas que vão além da proteção individual, assumindo contornos de proteção de grupos específicos, como consumidores ou idosos. O Código de Beviláqua era, por assim dizer, focado no “binômio indivíduo patrimônio”, ideal de nítida inspiração burguesa.²¹

Nesse contexto, não surpreende que o Código de Buzaid possa ser considerado “um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. (...) p. 277-278.

¹⁸ Dentre os estudiosos, cabe destacar: José Carlos Moreira Alves, Luís Antonio de Andrade, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. (...) p. 181.

²⁰ *Ibidem* p. 177-182.

²¹ *Ibidem* p. 182-183.

jurídica, pensado a partir da ideia do dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”.²²

Sem qualquer comprometimento com questões sociais, Buzaid construiu uma forma de tutela de direitos voltada apenas para um litígio obrigacional entre duas pessoas, admitindo, no máximo, a intervenção de terceiros com interesse jurídico na causa.²³

Quanto à patrimonialidade, por sua vez, resta evidente, a um, pela posição elevada que a propriedade imobiliária ocupa no Código, e, a dois, pelo caráter patrimonial de toda a execução prevista no Código. Alfredo Buzaid, no Livro II, Título I, Capítulo IV, tratou da responsabilidade patrimonial do executado, preconizando que ele responderá, de regra, com seus bens presentes e futuros. A limitação da execução apenas ao patrimônio do executado é expressão do “fetiche” pela proteção da liberdade individual. Segundo tal concepção, não seria possível coagir o executado, isto é, o Estado não poderia invadir a esfera volitiva da parte, restando, assim, somente as medidas sub-rogatórias.²⁴ Consoante os ensinamentos de DANIEL MITIDIERO²⁵:

A patrimonialidade do Código de Buzaid deixa antever, ainda, a orientação do legislador de mercantilização dos direitos, reduzindo todas as situações patrimoniais exprimíveis em pecúnia. Vale dizer: em esperar, como resultado padrão do processo, uma tutela jurisdicional pelo equivalente monetário. Trata-se de fato perfeitamente compreensível se tivermos presente o dogma da equivalência das prestações materiais sobre o qual erigido o *Code Civil* e, daí, o espírito dos Códigos Oitocentistas, dentre os quais se ensarta inequivocamente o Código Beviláqua.

Por fim, o Código de Buzaid é focado, unicamente, na prestação de uma tutela jurisdicional repressiva. Até porque o legislador do Código Civil de Beviláqua pressupunha que o ato ilícito seria sempre gerador de dano, confundindo dois institutos independentes²⁶. Tal equívoco conceitual acabou por impossibilitar a construção de uma tutela repressiva voltada somente à remoção do ilícito e de uma tutela preventiva objetivando tão somente a inibir ou evitar a repetição ou continuidade de um ato ilícito, sem sequer cogitar-se da ocorrência de um evento danoso.²⁷

²² MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. (...) p. 182.

²³ *Ibidem*. p.185-186.

²⁴ *Ibidem* p.186-187.

²⁵ *Ibidem* p.187.

²⁶ “Art. 159 do CC de 1973: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

²⁷ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.* p. 189-190.

2.2 Os direitos extrapatrimoniais e a insuficiência da tutela ressarcitória

Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁸, a ciência processual do fim do século XIX e início do século XX afastou a tutela dos direitos do sistema e da linguagem processualista. Refutava-se a concepção da tutela dos direitos como escopo do processo, tida como um resquício imanentista a ser eliminado. A ideia de isolar o direito processual do direito substancial “supunha que a resposta jurisdicional ao direito de ação também deveria ser isenta em relação ao plano direito material. Por essa razão, as sentenças obviamente não foram vistas [...] como instrumentos capazes de propiciar a tutela dos direitos, mas apenas como provimentos de fecho do processo.”²⁹

Ocorre, entretanto, que um sistema imbuído dessa pretensa “neutralidade”, calcado na igualdade meramente formal e na abstração de pessoas e bens, com o passar do tempo, não mais foi capaz de atender às necessidades do direito material – que se transmuta de acordo com os influxos históricos e sociais.³⁰ Conforme adverte CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA³¹:

Numa ordem de valores muito diversa em comparação com a sociedade do século XIX e à luz dos princípios constitucionais fundamentais de igualdade, segurança e dignidade social, o direito vem agora considerado como fator institucional da vida econômica e social, vale dizer, como instrumento de potencialização e de impulso da personalidade individual e de realização de relações sociais mais equânimes, para a tutela, não mais formal, mas substancial, da dignidade e do desenvolvimento da pessoa, no âmbito da comunidade. De tal sorte, a solução do tormentoso problema entre as relações entre direito material e processo e dos contornos da tutela jurisdicional só podem ser bem encarados se centrarmos o foco numa perspectiva de direito constitucional [...]

Com o advento do Estado Constitucional, surge uma série de “novos direitos” com conteúdo não patrimonial ou eminentemente não patrimonial que carecem de proteção por meio de tutelas jurisdicionais que impeçam sua violação ou, ainda, que permitam a eliminação dos efeitos gerados por sua transgressão.³²

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 334, ano 92, p. 20-21, abril/maio/junho 1996.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo. 6 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 244

³⁰ *Ibidem.* p. 245.

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional.(...) p. 81 e 82.

³² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Processual Civil. Vol IV. Processo Cautelar. 3 ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.55.

Antes, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram encarados, fundamentalmente, como direitos de defesa do indivíduo contra ingerências estatais. Baseado na utopia igualdade formal, o Estado não interferia na economia, tampouco assumia uma postura ingerente e prestacional em relação às necessidades sociais.³³

Com o tempo, contudo, tomou-se consciência de que os bens e as pessoas merecem tratamento diferenciado conforme suas peculiaridades. Surgem os direitos fundamentais “à prestação social, à proteção e à participação” que evidenciaram a insuficiência da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. Começa a ganhar relevo a tutela específica e, dessa forma, o estudo de uma técnica processual capaz de viabilizá-la.³⁴

A proteção da integridade de direitos como a um meio ambiente saudável, direito do consumidor, direito à saúde, direito à honra, direito à vida privada, dentro outros correlatos, exige uma tutela jurisdicional específica, já que, por sua própria natureza, esses direitos não são passíveis de transformação em dinheiro. Desta feita, o sistema de sentença de condenação seguida por execução forçada por meio de expropriação, adotado pelo CPC pátrio antes das reformas, é adequada para tutela ressarcitória pelo equivalente, mas não o é, de forma alguma, para a prestação de tutela específica.³⁵ Tomando como exemplo o direito à preservação ambiental, adverte LUIZ GUILHERME MARINONI³⁶:

Para que os direitos à proteção sejam respeitados, tem particular importância a tutela específica, como meio de dar aos cidadãos o que efetivamente as normas lhe proporcionam. Perceba-se que o direito ambiental, ainda, por exemplo, também pode ser pensado – dentro da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – como um direito à proteção. Ou melhor, o bem ambiental, visto como bem fundamental para a organização social, deve ser protegido por meio de normas impositivas e proibitivas de condutas. Mas, além disso, é preciso que o processo se estruture para viabilizar a tutela do meio ambiente, a qual evidentemente não pode implicar em mera sanção pecuniária.

No mesmo sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁷ ressalta que o processo deve propiciar ao jurisdicionado, o tanto quanto possível, a mesma situação jurídica que existiria caso a lei não fosse descumprida. A partir dessa ideia que ganha importância o tema da tutela específica, entendida como um conjunto de providências que buscam proporcionar “o preciso

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos direitos. (...) p. 47.

³⁴ *Ibidem.* p. 47-48.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo. 6 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 233 – 234.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 48.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. p. 252. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

resultado prático que seria atingido pelo adimplemento”. É fácil notar, assim, a íntima relação existente entre a tutela específica e a ideia de efetividade do processo.

Contudo, é preciso admitir que, por mais ordenada que seja a atividade processual, o processo sempre irá levar considerável tempo, durante o qual ficará o titular privado da utilidade que lhe cabe segundo as normas de direito substancial. Ou seja, mesmo em relação aos direitos que comportam reintegração da lesão, é quase impossível alcançar coincidência plena entre a realidade e o preconizado na norma. O proprietário de um imóvel, por exemplo, poderá bater às portas do Judiciário para recuperá-lo de alguém que o possui indevidamente, mas nunca será possível afirmar que o proprietário em questão obterá vantagem igual a que gozaria na hipótese de inocorrência da lesão ³⁸.

Não fosse isso, há inúmeros direitos não patrimoniais, sobretudo os que envolvem obrigações de fazer infungíveis ou obrigações de não fazer, que não serão adequadamente resguardados através da tutela repressiva, quer sob a forma de restituição ao estado anterior (forma primária), quer sob a forma de reparação ou ressarcimento monetário (formas secundárias). Nesse contexto, chama atenção os direitos da personalidade, desde as espécies clássicas, como direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, à própria imagem, até os mais modernos, como o direito à vida privada. ³⁹

No caso dos referidos direitos, que, evidentemente, não são quantificáveis em dinheiro, admitir uma tutela meramente repressiva ou sancionatória seria o equivalente a enunciá-los, mas, ao mesmo tempo, subtrair-lhes meios adequados de proteção e efetivação, o que é impensável em um ordenamento jurídico galgado na dignidade da pessoa humana. Conforme leciona IHERING⁴⁰, com discernimento ímpar: “o direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma do direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito [...]”.

Desse modo, quando se trata dos referidos direitos da personalidade, bem como em relação a diversos outros bens inquantificáveis economicamente, os interessados necessitam de providências judiciais das quais possam lançar mão antes, da consumação da lesão,

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 18, ano V, p. 124, 2º trim., 1979.

³⁹ *Ibidem* 126- 127.

⁴⁰ IHERING, Rudolf Von. *Espirit Du droit Roman*, III, p. 16, *apud* NEVES, Castanheira. Metodologia Jurídica-Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25.

visando impedi-la ou, ao menos, impossibilitar sua repetição ou continuidade. Ou seja, faz-se necessária uma tutela preventiva a ser prestada diante da mera ameaça de violação ao direito. Em publicação datada de 1979, já lecionava JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴¹:

Fomos capazes de inventar o mandado de segurança preventivo contra atos de autoridade. Precisamos de um remédio equivalente contra atos ou omissões de particulares. O paralelo nada tem de arbitrário: justamente de “segurança” falava o legislador filipino. E, nos termos da vetusta Ordenação, era possível ao ameaçado pedir ao juiz que segurasse “a ele e as suas cousas”: a pessoa antes dos bens, em seqüência [*sic*] filosoficamente irrepreensível. Na sistemática atual, passa à frente a segurança dos bens, consoante mostram os textos relativos ao interdito proibitório e à denúncia da obra nova. Ao que pode reparar com maior facilidade, dispensa-se a tutela preventiva; ao que não comporta reparação adequada, reserva-se a tutela sancionatória.

Não é difícil perceber que, diante dessa nova e complexa realidade social, perde sentido o isolamento do direito material em face do direito processual e passa-se a encarar o processo como verdadeiro instrumento para realização do direito substancial. Segundo THEREZA ALVIM⁴², a simples constatação do processo como instrumento indica que ele deve sempre adotar os meios que lhe proporcionem maior efetividade e celeridade, a fim de ensejar o acesso à Justiça. Nessa nova fase processual, portanto, volta a ganhar relevo o estudo do tema da tutela dos direitos e, por conseguinte, da tutela jurisdicional.

A tutela do direito, ou tutela jurídica estática, é representada pelo próprio direito material, ou seja, o conjunto de normas que regulam as relações entre sujeitos de maneira a manter a paz social. É cediço, assim, que a tutela jurisdicional é uma espécie do gênero tutela dos direitos. Ela deve ser entendida, todavia, como uma espécie de tutela colocada no ordenamento de forma supletiva. Isso porque somente o que foi colocado de forma estática no sistema poderá ser tutelado ou garantido por meio da prestação jurisdicional estatal.⁴³

RAFAEL MAFFINI⁴⁴ ressalta que nem sempre quando há tutela jurisdicional haverá tutela do direito invocado em juízo. É um equívoco considerar que só há tutela jurisdicional nos casos em que a razão esteja com o autor da causa. A tutela é destinada àquele, demandante ou demandado, que estiver amparado pelo direito substancial. O autor só obterá a tutela jurisdicional, portanto, se restar comprovado o direito que alega possuir. Se, no entanto, a sentença é de improcedência, considera-se que a tutela foi conferida ao demandado, visto

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. (...) p. 132.

⁴² ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil. Revista de Processo, n. 80, ano 20, p. 103, outubro/dezembro, 1995.

⁴³ MAFFINI, Rafael de Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito material e o processo. Revista AJURI, Rio Grande do Sul, v.76, ano XXVI, p. 274, dezembro, 1999.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 276.

que ele não se encontra, no plano do direito material, em condição de subordinação em relação ao autor.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁴⁵ leciona que a tutela jurisdicional deve se apresentar de formas variadas, com conteúdo diverso, sempre ditado em função da natureza da proteção que o direito em discussão no caso concreto necessita. Desse modo, para que obtenha uma tutela efetiva, deve o titular do interesse juridicamente protegido ser capaz de utilizar um instrumento estruturado para assegurar a proteção real de seu direito, ou seja, que propicie praticamente a mesma situação existente no caso de cumprimento espontâneo da norma. Na medida em que a tutela deve ser adequada às particularidades do direito substancial, não faz sentido, portanto, pensar na construção de um instrumento neutro, simplesmente técnico.

Partindo das premissas expostas e encarando a tutela jurisdicional como espécie de elo entre direito substancial e o processo, LUIZ GUILHERME MARINONI⁴⁶ propõe uma classificação de tutelas aderente ao direito material. Segundo o autor, no processo civil contemporâneo, quando se pensa na técnica processual adequada é preciso identificar uma classificação de tutelas de acordo com as necessidades do plano do direito material.

As sentenças condenatória, mandamental, constitutiva, etc. são somente técnicas que permitem uma adequada prestação de tutela jurisdicional. A classificação somente das sentenças não serve para identificar qual o resultado que o processo proporciona no âmbito do direito substancial. Ou seja, identificar as tutelas deve ser um trabalho prévio a identificação das técnicas processuais que são capazes de atendê-las. Atualmente, a classificação das sentenças só faz sentido quando pensada a partir da classificação das tutelas, e a classificação das tutelas, por sua vez, só tem sentido quando pensada de acordo com as variedades e peculiaridade das situações da vida. Sobre o tema, cabe finalizar transcrevendo as palavras da CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁷:

A tutela jurisdicional, constituindo idealmente na outorga de resultados substanciais idênticos aos que se obteriam sem o apporto do serviço judiciário, considera-se em primeiro lugar *definida e dimensionada pelo direito material* [...] seja a realidade lamentada, terá o autor direito a manutenção de dada situação jurídica, ou à

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 13 - 14.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. (...) p. 113-114.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 334, ano 92, p. 40, abril/maio/junho 1996.

represtinação de uma situação precedente, ou ao estabelecimento ou extinção de uma relação jurídica, ou a uma reparação, etc. Tudo isso corresponde, sempre, ao modo como a situação concreta se equaciona diante das categorias do direito material e às determinações que este dita em relação a ela. Fala-se, então, em tutela preventiva, inibitória, sancionatória, reparatória, ressarcitória, etc., numa adjetivação que ainda não galgou homogeneidade entre os autores, mas relaciona-se com as soluções ditas pelo direito material [...]

3 ASPECTOS CENTRAIS DA TUTELA INIBITÓRIA

3.1 Institutos precursores de uma tutela preventiva atípica: a inaptação da ação cominatória e da cautelar inominada

Com ampliação da complexidade social e evolução da ciência processual através da conscientização do papel instrumental do processo, restou evidente, como já referido, a exigência de uma classificação das tutelas de acordo com o direito material, com objetivo de conferir uma resposta judicial efetiva as mais diversas crises vivenciadas pelo ordenamento jurídico. Torna-se manifesta, portanto, a necessidade de uma tutela preventiva atípica da qual os indivíduos possam lançar mão antes da ocorrência de um ato ilícito, com fito de impeli-lo, ou, ao menos, obstaculizar sua repetição ou continuidade. Optamos por denominar essa tutela preventiva como tutela inibitória, na linha de grande parte da doutrina processual brasileira, capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni.

Antes da introdução do artigo 461 no CPC, por meio da reforma de 1994, não contava o advogado com um fundamento processual específico para embasar o ajuizamento de uma ação inibitória. Diante de tal insuficiência, era comum que a ação inibitória fosse postulada sob o rótulo de “ação cautelar” ou “ação cominatória”, gerando a deturpação na utilização dos institutos, senão vejamos.

O Código de Processo Civil de 1939, no Livro IV (Procedimentos Especiais), Livro II, dispunha:

Art. 302. A ação cominatória compete:

[...]

XII – em geral, a quem, **por lei, ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo.**

E seguia:

Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, **sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.**

§ 1º – Dentro de dez (10) dias poderá o réu contestar; si o não fizer ou não cumprir a obrigação, os autos serão conclusos para sentença.⁴⁸

§ 2º – Si o réu contestar, a ação prosseguirá com o rito ordinário

ANTONIO SEVERINO MUNIZ⁴⁹ afirma que, conforme a regra geral, expressa pelo inciso XII do artigo 302 do CPC, todas as ações baseadas no direito de exigir prestação de fato ou abstenção de ato estavam abarcadas pelo rito cominatório. A jurisprudência, contudo, inicialmente vacilante, acabou por fixar entendimento que retirou muito da utilidade do instituto. Pela orientação jurisprudencial da época⁵⁰, diferentemente de como se dava no procedimento monitorio europeu, a pena pecuniária cominada ao réu por decisão judicial seria devida apenas após o trânsito em julgado da sentença definitiva.

Conforme o autor, a origem mais remota da ação cominatória remonta ao processo sumário determinado, em que se pretendia obter título executivo rápido, por meio de cognição sumária, como no processo monitorio puro. Os magistrados, todavia, nunca se focaram nesse relevante aspecto, tornando a ação cominatória um procedimento especial qualquer.⁵¹ Ou seja, “foi a própria jurisprudência que repeliu o preceito monitorio das ações cominatórias”.⁵²

Com o advento do Código de Buzaid, seguindo na linha jurisprudencial vigente –que não acolhera, na sua essência, o procedimento monitorio para as ações cominatórias – não se verificou um título específico ou uma figura autônoma para a ação cominatória. O Código de Processo Civil de 1973 contemplou-a dentro do rito ordinário, em relação à tutela das obrigações de fazer e não fazer, somente mantendo a cominação de pena nos casos de desobediência da sentença, conforme dicção do artigo 287⁵³:

Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).⁵⁴

⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. (Código de Processo Civil de 1939). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

⁴⁹ MUNIZ, Antônio Severino. Ações cominatórias a luz do art. 287 do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 39.

⁵⁰ Dessa forma, contestando, o réu garantia uma enorme vantagem, qual seja: ganhar tempo sem correr o risco de ser atingido por qualquer cominação pecuniária até o trânsito em julgado da sentença.

⁵¹ MUNIZ, Antônio Severino. *op. cit.* p. 41-44

⁵² *Ibidem.* p. 41.

⁵³ *Ibidem.* p. 47.

⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Código de Processo Civil de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

Ainda que a ação cominatória tenha sido utilizada inclusive para proteção de direitos da personalidade,⁵⁵ é cediço que não era capaz de proporcionar uma adequada tutela jurisdicional. O procedimento previsto no artigo 287 supratranscrito, com cominação de pena pecuniária somente para o caso de descumprimento de sentença, não viabilizava a devida tutela preventiva.⁵⁶ A ação cominatória, em relação ao preceito monitório, só manteve a função de ameaçar com força em caso de não cumprimento da sentença condenatória. O *praeceptum*,⁵⁷ característica central dos procedimentos monitórios, não foi prestigiado pela redação do CPC de 1973.⁵⁸ Sobre a equivocada interpretação jurisprudencial, que acarretou a deficiência legislativa do Código de Buzaid, salienta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵⁹:

A ação cominatória foi vítima de certa jurisprudência mal avisada que, contra os votos da melhor doutrina, interpretou o Código de 1939 como se a multa cominada ao devedor pelo inadimplemento só começasse a incidir após o trânsito em julgado da sentença final, ou – variavam as fórmulas liberalizantes – após a nova citação do réu vencido. Assim, se concedia a este uma segunda oportunidade, degradando-se em tutela condenatória comum, sancionatória, portanto, a tutela preventiva idealizada pelo legislador. Cabe lamentar que o vigente Código em vez de reagir contra a deturpação, restaurando em sua dignidade a ação cominatória, se haja dobrado a essa funesta orientação, tornando certo, no art. 287, que a “pena pecuniária” só será devida no caso de “descumprimento da sentença”.

Assim, como o artigo 287 somente autorizava a imposição da multa após o trânsito em julgado da sentença, a tutela preventiva concedida sob a forma antecipada – o que, pela própria natureza dos direitos tutelados, no mais das vezes, se fazia necessária – não poderia ser efetivada sob pena de multa. Como força intimidativa, portanto, poder-se-ia contar apenas com a cominação penal pelo crime de desobediência.⁶⁰

⁵⁵ “Direito de personalidade- Violação – Ofensa ao direito à imagem e à honra – Reprodução romanceada em filme cinematográfico da vida de pessoa de notoriedade já falecida – Falta de autorização – Direitos que, embora intransmissíveis e intransferíveis, podem ser defendidos pelos parentes próximos do titular, como direito novo-Responsabilidade solidária do autor do roteiro, do produtor e dos coprodutores pelos danos advindos do ato ilícito, conforme o art. 16 da Lei 5.988/73- Proibição definitiva de exibição do filme, como cominação de multa pela transgressão – Indenização por danos morais a ser apurada em liquidação por arbitramento, e não tomando por base o valor da multa, com função inibidora, e não de ressarcimento.” TJRS, Ap. 39.193, rel. Des Wellington Moreira Pimentel, RT 619/175-180

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 44.

⁵⁷ “O traço característico da ação cominatória consistia, como se sabe, no fato de que a comunicação da demanda ao réu assumia caráter de preceito ou comando: após cognição inicial e sumária e provisória, ordenava o juiz ao devedor que se abstinisse do ato proibido, ou que praticasse o ato devido, sobre ameaça de pena (*latu sensu*) para o caso de descumprimento, **Note-se bem: descumprimento da obrigação, não da sentença final, que viesse a confirmar o preceito.**” [grifo nosso] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 18, ano V, p. 131, 2º trim., 1979.

⁵⁸ MUNIZ, Antônio Severino. Ações cominatórias a luz do art. 287 do Código de Processo Civil. (...) p. 47.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. (...) p. 132.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 60.

Na prática judicial, a solução encontrada à época foi utilizar a ação cautelar inominada, prevista no artigo 798 do CPC, como meio de prestar uma tutela preventiva provisória. Ocorre que, conforme salienta LUIZ GUILHERME MARINONI, não havia nada de efetivo nessa proposta. A duplicação de ações (processuais), o emprego de ação cautelar e da ação cominatória para realização de apenas um fim, de uma ação (material), gerava mais trabalho e maiores gastos. Segundo o doutrinador, para o atendimento do direito à prevenção basta apenas uma ação processual autônoma com cognição exauriente, que, para bem atender à natureza dos direitos tutelados, prestigie a técnica antecipatória em sua previsão procedimental.⁶¹

Ademais, referida situação fez surgir uma indesejável confusão conceitual entre tutela cautelar e tutela preventiva (tutela inibitória), que se faz precípuo elucidar, através das palavras de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁶²:

Não se pode confundir, todavia, o perigo inerente à tutela cautelar com perigo genérico de dano jurídico, cuja existência pode justificar a tutela preventiva. [...] De fato, são distintas a tutela cautelar e a tutela preventiva. Esta se opõe à repressiva e se destina a evitar a ocorrência de dano ao direito. É constituída de provimento jurisdicional destinado a impedir a lesão, afastando a mera ameaça. A tutela cautelar, embora muitas vezes assuma função preventiva, é modalidade de tutela instrumental e provisória.

DANIEL MITIDIERO,⁶³ por sua vez, conquanto afirme que a tutela cautelar não é temporária ou provisória, sendo tão definitiva quanto qualquer tutela satisfativa,⁶⁴ reconhece que a função da tutela cautelar é de simplesmente preservar o direito a outra tutela ou a outra situação jurídica tutelável. Como a cautelar assegura que, posteriormente, possa ocorrer a satisfação do direito acautelado, diz-se que possibilita “segurança-para-execução”. Ou seja, sob esta visão, a diferenciação entre a tutela cautelar e a tutela preventiva autônoma (espécie

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 61.

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). (...) p.165.

⁶³ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Revista de Processo, v. 197, ano 36, p. 34-37. julho, 2011.

⁶⁴ “A tutela cautelar é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Nas duas formas de tutela jurisdicional, as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic standibus* – que marca os limites temporais da atuação e autoridade dos respectivos provimentos. Mesmo quando à tutela cautelar não se segue a tutela satisfativa e aquela perde sua eficácia não se pode falar em temporariedade, já que a não propositura da demanda para a realização do direito acautelado constitui condição resolutive que, não concretizada, apaga *ex tunc* a eficácia da tutela cautelar. [...] A diferença entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa sob esse ângulo de apreciação está em que as situações fático-jurídicas submetidas à primeira são naturalmente mais instáveis do que aquelas submetidas à segunda”. MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. (...) p. 34-35.

de tutela satisfativa) poderá ser encontrada não em sua estrutura, mas em sua finalidade: enquanto a primeira somente visa acautelar o direito, a segunda visa realizá-lo, de forma direta, impedindo a prática de ato antijurídico no mundo dos fatos.

É notório que o processo tradicional demonstrava clara deficiência quanto à regulamentação da tutela preventiva, que nunca foi prestada a contento sob as vestes de ação cominatória ou de ação cautelar. Como observado no item anterior, tal espécie de tutela é a única capaz de conceder tutela jurisdicional adequada a uma série de direitos não patrimoniais, dos quais ressaltamos os direitos de personalidade, foco do presente estudo. Daí exsurge sua cabal importância.

Consoante GIOVANNI GIACOBBE,⁶⁵ a lesão à esfera da personalidade do sujeito, pelas características que lhe são inerentes, não admite dilações na concessão da tutela. Uma vez realizada a lesão, não pode ser removida com provimentos sucessivos de garantia dos direitos de personalidade. De regra, exige-se a adoção de medidas preventivas de tutela. Nesse contexto, o jurista italiano ressalta a importância das tendências doutrinárias que se propõem a repensar a disciplina dos direitos de personalidade.

No ordenamento brasileiro, por sua vez, os direitos de personalidade só começaram a gozar de proteção adequada e efetiva pelo uso das técnicas postas à disposição pela reforma processual de 1994, especialmente, devido à introdução do artigo 461 do Código de Processo Civil – fundamento processual da tutela inibitória – conforme analisaremos mais detidamente no item subsequente.

3.2 Fundamentos normativos da tutela inibitória na legislação brasileira

THEREZA ALVIM⁶⁶ leciona que o processo, tido como instrumento, deve propiciar à parte em juízo solução o mais aproximada possível – se não igual – àquela que obteria em caso de não transgressão da norma legal. Sendo o processo efetivo, essa tutela deve ser

⁶⁵ GIACOBBE, Giovanni. *L' indentità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. N. 3, Milano: Giuffrè, settembre/1983, p. 877 apud ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 108.

⁶⁶ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil. Revista de Processo, n. 80, ano 20, p. 104, outubro/dezembro, 1995.

prestada em breve espaço de tempo, desde que respeitado o contraditório e demais garantias procedimentais. Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶⁷:

Em primeiro lugar é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e da efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973, conquanto tenha se preocupado em introduzir institutos que objetivavam a economia processual, como a denunciação da lide, a nomeação à autoria, dentre outros, não apresentou resposta a diversas necessidades oriundas da vida em sociedade, mesmo as já presentes à época de sua promulgação.⁶⁸

Desse modo, com o fito de alcançar maior efetividade do processo, foram realizadas diversas tentativas de alterações no Código de Processo Civil. O êxito, finalmente, foi alcançado por uma comissão de revisão que contava com os expoentes Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athus Gusmão Carneiro, cujos trabalhos deram origem às Leis 8.950 e 8.952, ambas de 13 de dezembro de 1994.⁶⁹ No que tange à Lei 8.952, cabe, no momento, apontar uma alteração em específico, qual seja a nova redação concedida ao artigo 461 do Código de Processo Civil – que passou a contar com a seguinte dicção:

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 para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas,

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. rev. e a tual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.88.

⁶⁸ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil. (...) p. 104.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 106.

desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.⁷⁰

O novo artigo 461⁷¹ logrou estabelecer, no ordenamento processual pátrio, a prioridade do cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer, relegando-se a indenização por perdas e danos a um interesse meramente secundário, efetivado somente nos casos em que não for possível a tutela específica tampouco a obtenção de resultado prático equivalente, ou, ainda, se o autor assim requerer.⁷² Ou seja, o cumprimento específico ou a obtenção de resultado correspondente deixou de ser apenas “prioridade natural”, para tornar-se, também, “prioridade jurídica”.⁷³ A respeito do tema, cabe transcrever os apontamentos de THEREZA ALVIM⁷⁴:

Durante muito tempo entendeu-se a vontade do homem como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer. A vontade humana, aqui do devedor, era intangível, mesmo ao recusar cumprir aquilo a que se obrigara. [...] Mas o calculado como “equivalente” em dinheiro muitas vezes não supre o valor que teria o cumprimento da obrigação que pode, observemos, não ter cunho patrimonial. Do que adianta, por exemplo, para alguém que tem a saúde de sua família abalada por poluentes da indústria, que está vizinha a sua moradia, não pare esta de poluir o ambiente mas o indenize em pecúnia?

Na lição de JOAQUIM FELIPE SPADONI,⁷⁵ é justamente o direito ao cumprimento específico das obrigações, expresso nos artigos 461 e 461-A do CPC, que constitui o fundamento central da tutela inibitória genérica. Como consectário do referido direito exsurge o direito de inibição do ato ilícito, ou seja, a possibilidade do titular de determinado bem jurídico de impedir *tout court* comportamento contrário a um dever de conduta, ou, ainda, de evitar sua continuação ou repetição.

Ora, se é consagrada, pelo ordenamento processual, a possibilidade de um titular de direito usufruir do bem tutelado *in natura*, e não apenas de seu equivalente monetário, nada

⁷⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Código de Processo Civil de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

⁷¹ Não se olvida que, primeiramente, a prevalência do cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer foi prestigiada no âmbito das relações de consumo, através do artigo 84 da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor). Cabe consignar, ainda, que tal dispositivo também é tido como fundamento da tutela inibitória de acordo com posicionamento da melhor doutrina. Optamos, contudo, em não proceder-lhe a análise devido à limitada extensão do presente estudo e ligação do artigo 84 do CDC, fundamentalmente, com a tutela inibitória coletiva – que sequer é objeto da dissertação.

⁷² Reafirmando tal prevalência, a Lei 10. 444/2002 criou o artigo 461-A do CPC, dispondo sobre a tutela específica da obrigação de dar.

⁷³ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-45.

⁷⁴ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil. (...) p. 106.

⁷⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *op. cit.* p. 45-46.

mais lógico que também se impedir prática de ato que, em vias de acontecer, poderá violar o direito em questão. Caso alguém esteja obrigado a fazer, não fazer, ou entregar algo, como consequência lógica, também está sujeito ao dever de não praticar conduta que ameace o cumprimento da prestação. Caso se efetive essa ameaça, por conseguinte, poderá sofrer interferência em sua esfera jurídica, com o fito de garantir a fruição *in natura* do bem juridicamente protegido.⁷⁶

Ainda, sobre utilização do artigo 461 do Código de Processo Civil como veículo para a tutela inibitória, é importante apontar que, embora a norma refira-se a “obrigações”, na concepção da maior parcela da doutrina, o procedimento em questão também pode ser utilizado para conceder a tutela preventiva de direitos não-obrigacionais, como os direitos da personalidade, por exemplo.

Consoante KAZUO WATANABE⁷⁷, o sistema de tutelas do artigo 461 estende-se não somente às obrigações negociais, mas também a deveres jurídicos decorrentes de lei. O dispositivo atende, assim, à deveres de “abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato”, merecendo atenção especial os chamados “direitos absolutos”, dentre os quais se situam os direitos da personalidade.

No mesmo sentido, EDUARDO TALAMINI⁷⁸ reforça que não faria sentido o dispositivo excluir de seu âmbito de proteção as situações que mais carecem de seu abrigo. Refere, ainda, que o artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, os quais inspiraram a formulação do artigo 461 do CPC, também utilizam a expressão “obrigação de fazer ou de não fazer”, ainda que estejam centrados, fundamentalmente, na realização de direitos de índole não-obrigacional. Em seguida, conclui o autor:

As regras em exame, portanto, disciplinam a consecução do resultado de deveres derivados de direitos relativos (obrigacionais ou não) e absolutos (reais, de personalidade etc.) públicos e privados – com as evidentes ressalvas acerca da eventual existência de vias especiais de tutela [...] O artigo 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início e condutas de afronta a qualquer direito de personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de

⁷⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 45-46.

⁷⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 40 e 41.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A;) 2 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127-128.

primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas [...], a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc.⁷⁹

Ao lado do artigo 461 do CPC, não são poucos os doutrinadores que também enxergam como fundamento normativo da tutela inibitória o artigo o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸⁰ Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI⁸¹, tal dispositivo exprime o direito à adequada tutela jurisdicional e à técnica processual idônea à concessão da tutela jurisdicional inibitória. Para o autor, a presença da expressão “ameaça a direito” garante que qualquer indivíduo que sofra ameaça de lesão a direito possa solicitar a tutela inibitória autônoma.

Por fim, a tutela inibitória específica dos direitos da personalidade encontra, fundamento, ainda, no artigo 12, *caput*, do Código Civil, qual seja: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”⁸² Reafirmando o preconizado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o referido artigo do Código Civil brasileiro convoca, abertamente, todos os operadores do direito a encontrar uma via capaz de conceder a tutela inibitória dos direitos da personalidade.⁸³ Atualmente, temos que a solução adequada é, sem dúvidas, a postulação por meio de uma ação inibitória autônoma.

3.3 A ameaça de ato ilícito como pressuposto da tutela inibitória

Ter direito é, como ninguém olvida, ter uma posição jurídica de vantagem. Entretanto, de nada adiantará proclamar determinado direito no ordenamento constitucional e infraconstitucional, se o processo não for capaz de garantir sua realização nos momentos de crise. Sob esse aspecto, se a legislação pátria dispõe acerca de várias situações absolutamente invioláveis, resta clara a necessidade de admitir-se uma ação de conhecimento preventiva. Sem essa, as normas que proclamam direitos fundamentais, por exemplo, perderiam sua

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A;) (...) p. 128.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 70.

⁸² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 78.

efetividade, visto que poderiam ser violadas a qualquer momento, restando ao seu destinatário, como “prêmio de consolação”, somente o ressarcimento do dano causado.⁸⁴

Embebido de tal ideia, LUIZ GUILHERME MARINONI dedicou profundo estudo ao delineamento de uma tutela preventiva atípica. Optou – assim como fazemos- por denominá-la de tutela inibitória, espelhado no direito italiano, em qual existem sérias tentativas de identificar uma tutela inibitória atípica. Quanto aos estudos da processualística italiana acerca do tema, cabe transcrever a lição de CRISTINA RAPISARDA⁸⁵:

Il diffondersi delle forme di produzione di massa e lo sviluppo tecnologico dei sistemi informativi hanno determinato, in questi anni, l'emergere di nuovi diritti, che non trovano adeguata collocazione nel catalogo delle situazioni sostanziali tutelabili di derivazione codicistica. Si tratta, in particolare, dei bisogni di tutela connessi con lo sviluppo della salute umana e della personalità individuale, con la fruizione dei beni ambientali e con la posizione del consumatore sul mercato. [...] Oberne, rispetto ai diritti indicati, assume particolare rilievo la possibilità di far ricorso ad una tutela preventiva di tipo inibitorio. L'utilità di far ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall'inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l'effettiva attuazione dei nuovi diritti. Come la più recente dottrina ha posto ampiamente in luce, tale inidoneità consegue al carattere non posto ampiamente in luce, tale inidoneità consegue al carattere non patrimoniale o comunque non monetizzabile dei beni che costituiscono oggetto dei nuovi diritti.

A tutela inibitória, contrapondo-se à tradicional tutela ressarcitória, pode ser tida como forma de tutela específica e voltada para futuro que visa prevenir a prática, continuação ou repetição de um ato ilícito.⁸⁶ Consoante CRISTINA RAPISARDA,⁸⁷ não exerce influência na natureza preventiva da tutela inibitória sua ligação a um ilícito em parte já praticado, visto que a tutela possuirá eficácia somente em relação ao possível ilícito futuro, não cuidando dos efeitos do ato ou da atividade ilícita, sejam eles danosos ou não.

Não há, contudo, qualquer relevância para a tutela inibitória a violação da norma que já foi concretizada e que não mais se teme a continuação ou a repetição. Nesses casos, irá cogitar-se de tutela de remoção de ilícito – que objetiva remover somente os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu – ou de tutela ressarcitória – caso o ato ilícito tenha produzido dano a ser reparado.⁸⁸

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos direitos. (...) p.194.

⁸⁵ RAPISARDA, Cristina. Profili della tutela civile inibitoria. Padova: CEDAM, 1987. p. 77-80.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *passim*.

⁸⁷ RAPISARDA, Cristina. *op. cit.* p. 90-91.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos direitos. (...) p. 205-206 e 308.

Para um correto delineamento da tutela inibitória, é precípua esclarecer, também, que esta independe da ocorrência de dano. ADA PELLEGRINI GRINOVER⁸⁹ salienta que, na tutela inibitória, o interesse de agir não provém do dano à esfera jurídica do autor e sim da mera ameaça de lesão a direito, ou seja, está caracterizado diante de sinais inequívocos de sua iminência. Explique-se: a violação de uma norma, por si só, já é causadora de prejuízo e, portanto, deve ser coibida. A probabilidade do dano, mera consequência *eventual* do ato antijurídico, sequer deve ser analisada no âmbito da ação inibitória.

No mesma linha de pensamento, EDUARDO TALAMINI⁹⁰ argumenta que a “transgressão” não é pressuposto para a incidência do que denomina de “sanções preventivas”. Segundo o autor, as sanções de caráter negativo têm sua aplicação condicionada à perspectiva de violação, enquanto que as de caráter positivo ligam-se à possibilidade de influenciar o indivíduo sancionado na escolha de uma conduta “mais desejada” pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que, ainda hoje, parte da doutrina civilista, no arrimo da ideia de que qualquer violação a direito pode ser monetariamente valorada, equipara as categorias do ilícito e do fato danoso. FRANCISCO AMARAL,⁹¹ por exemplo, afirma que “ato ilícito é o ato praticado com infração de um dever legal ou contratual, **de que resulta dano a outrem** [...] consiste em um comportamento ativo ou omissivo que, com culpa do agente, viola direito de outrem causando-lhe prejuízo” [grifo nosso]. A nosso ver, tal entendimento deve ser repellido: trata-se o ilícito de categoria mais abrangente que as situações de dano, porquanto, inegavelmente, o ato ilícito pode ocorrer sem que lhe suceda qualquer dano de ordem material ou moral. Acerca dessa necessária distinção, sob a perspectiva do direito à preservação da intimidade,⁹² observa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹³:

Entre essas “novas” categorias jurídicas, assomam ao prosicênio [...] ocupa lugar de relevo o chamado direito à preservação da intimidade. [...] Encaixam-no os estudiosos no quadro dos “direitos da personalidade” [...] Embora talvez ainda não

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: Habeas-Corpus e Mando de Segurança. Revista AJURIS, Rio Grande do Sul, v. 22, ano VIII, p. 103, julho, 1981.

⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A;) (...) p. 175-176.

⁹¹ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 4 ed ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 530.

No mesmo sentido, Orlando Gomes: “Ato ilícito é, assim, ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta ou imediatamente, um preceito jurídico do Direito privado, causando dano a outrem”. GOMES, Orlando. Introdução do Direito Civil. 12 ed. Atualizada por Humberto Theodor Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁹² Ressalta-se que o mesmo raciocínio pode ser estendido as demais espécies direitos da personalidade

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Direito a preservação da intimidade. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3-4.

se tenha cunhado fórmula exata para conceituá-lo, não se andará longe da verdade se se lhe identificar a essência no poder atribuído à pessoa de excluir o conhecimento alheio, em maior ou menor grau, quanto a fatos com ela relacionados e atributos do seu próprio ser. **Esse poder vem sendo reconhecido como digno, em si mesmo, de tutela jurídica, independente de considerações sobre as possíveis conseqüências [sic] da intromissão indébita e não consentida de outrem na esfera íntima do indivíduo. Faz-se abstração de eventuais danos externos, quer de ordem material, quer até de ordem moral; isto é: prescinde-se da capacidade, que por ventura tenha a ingerência, de prejudicar a pessoa no seu patrimônio, ou mesmo na estima de outros membros da comunidade social. A integridade da “esfera íntima” vê-se considerada como bem autônomo, tutelável *per se* [...] [grifo nosso]**

Como na ação inibitória⁹⁴ a parte autora não objetiva, como dito, a reparação pelos danos causados, a concessão da tutela inibitória não pressupõe ato culposo ou doloso. Como tutela preventiva que é, a inibitória mira somente fatos futuros, nunca passados. Não cabe, portanto, em seu bojo, valorar os elementos subjetivos futuros do comportamento contrário à ordem jurídica que está em vias de ocorrer e se pretende impedir. Ademais, o próprio artigo 461 do Código de Processo Civil, fundamento da inibitória, estabelece, em seu parágrafo primeiro, que não se dará o cumprimento específico da obrigação ou alcance de resultado a ele equivalente somente se isso se demonstrar impossível. Ou seja, em nenhum momento o referido dispositivo afirma que a tutela inibitória se dará apenas quando comprovada a culpa na prática do ato lesivo.⁹⁵

Desse modo, para que o magistrado possa prolatar um provimento inibitório, deve a parte autora demonstrar apenas a ameaça da prática de ato antijurídico, ou seja, o perigo que ele seja praticado no futuro. Para a caracterização dessa ameaça, todavia, a parte autora deve comprovar aspectos objetivos da situação fática levada a juízo. Não é suficiente, para a concessão da tutela, o simples receio, temor psíquico infundado, baseado em elucubrações do titular de direito, sem qualquer credibilidade. Deve haver justo receio, baseado na existência de fatos exteriores, isto é, a ameaça de prática do ato ilícito deve ser séria. A credibilidade e seriedade da ameaça, por sua vez, devem ser evidenciadas por meio da comprovação da existência de atos, já realizados ou ainda em realização, que indiquem, de forma razoável, a efetiva possibilidade de infração ao direito.⁹⁶

Quando se objetiva a cessação de atos ilícitos continuados ou repetitivos, que já iniciaram, a demonstração da ameaça real e concreta da continuidade ou repetição é mais

⁹⁴ Em que pese não se olvide que a ação é *una*, utilizamos a expressão “ação inibitória” para designar aquela pela qual o autor veicula pedido de tutela jurisdicional inibitória.

⁹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 61-63.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 51.

fácil. Ela pode ser inferida, com grande probabilidade de acerto, com base na modalidade e na natureza dos atos já praticados. De outra banda, quando a ação inibitória é proposta antes de qualquer prática lesiva, fundada apenas em atos preparatórios, a questão probatória torna-se mais delicada. Como bem aponta ALDO FRIGNANI⁹⁷:

[...] problema um pouco mais delicado é a possibilidade de invocar a inibitória quando a atividade ilícita ainda não haja ocorrido; quando, pois, a conduta não se tenha aperfeiçoado, mas foram postos em prática apenas preparativos para o cometimento futuro. A nosso ver, a peculiaridade desta hipótese [...] consiste no fato de que aqui a prova do perigo de cometimento de um ilícito é mais difícil, já que é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* da idoneidade dos meios empregados nos atos de perpetração do ilícito. Todavia, uma vez que se tenha como certa tal idoneidade e univocidade, não há dúvida de que o juiz possa emanar uma ordem inibitória.

SÉRGIO CRUZ ARENHART⁹⁸ leciona, com propriedade ímpar, sobre a questão da ameaça de lesão quando em análise a tutela inibitória dos direitos da personalidade. Segundo o autor, como os referidos direitos são absolutos e inatos a toda pessoa humana, independente de qualquer outra condição, ninguém pode negar a existência do direito à honra, à imagem, ao nome, etc. a quem pretende seu reconhecimento em juízo e, por conseguinte, sua tutela. Sua comprovação equivale a simples existência da pessoa física que requer a tutela judicial. Desse modo, resta, como único elemento a ser provado no processo que objetiva o provimento inibitório, a existência de ameaça da lesão a direito.

Se já ocorreu algum ato preparatório concreto para efetivação do ato ilícito, como, por exemplo, encaminhamento à editora de jornal de uma notícia ofensiva à honra de alguém, há dados objetivos para caracterizar, de forma segura, a ameaça como pressuposto para concessão da tutela inibitória. Contudo, quando se está diante de direitos da personalidade, é bastante comum que a ameaça de lesão não se revele através de uma demonstração externa e concreta. Não são poucos os casos em que a vítima toma conhecimento de ameaça de difamação através de ligações anônimas ou por mero boato, por exemplo. Nesses casos paira a dúvida: como conciliar uma efetiva proteção preventiva dos direitos da personalidade com a necessidade de comprovação objetiva da ameaça?⁹⁹

Na lição de ARENHART¹⁰⁰, enquanto não houve legislação específica sobre o tema, é impossível chegar a uma solução plenamente satisfatória. Caso se mantenha hígida a

⁹⁷ FRIGNANI, Aldo. L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano. p. 139 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 410.

⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. (...) p. 139 -140.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 142-143.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p.143-144.

necessidade de demonstração concreta da ameaça, corre-se o risco de inviabilizar a proteção preventiva do direito de personalidade. Por outro lado, dispensando a prova da referida ameaça, há a possibilidade de autorizar-se o acesso ao Judiciário a quem não tenha qualquer interesse de agir. O autor defende que a melhor solução possível para compatibilizar ambas as necessidades deve levar em conta a adequada utilização da “medida liminar de urgência”, que, para sua concessão, exige apenas a demonstração da aparência da existência do direito e da sua respectiva ameaça de lesão.¹⁰¹

Ademais sinaliza que, tanto na tutela inibitória provisória quanto na tutela inibitória final, deve incidir a denominada “redução do módulo de prova”. Nas referidas hipóteses, as provas não buscariam incutir, na mente do magistrado, a certeza sobre a existência dos fatos, mas tão somente a razoável possibilidade de sua efetiva ocorrência.¹⁰² O autor afirma que, em casos peculiares, o magistrado poderá, seja para decisão liminar, seja para decisão final, “satisfazer-se com a ‘prova possível’ da alegação, sem exigir elementos de convicção completos – capazes de gerar em sua consciência a certeza – já que esta poderia tornar impossível a proteção que a própria lei confere.”¹⁰³

Consoante OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA,¹⁰⁴ em casos que a tutela concedida tenha expressiva função de prevenção, quando for impossível ao julgador convencer-se, com segurança absoluta, das imponderáveis circunstâncias futuras e de como as partes irão se comportar diante destas, tem-se adotado, no direito europeu, a “redução do módulo de prova” – tida como solução possível e adequada para justificar o julgamento de procedência ou improcedência da ação.¹⁰⁵ Exemplificando outros casos em que o convencimento judicial nunca poderá atingir grau de certeza tão elevado quanto seria desejável, leciona o autor:

Um destes importantes ‘grupos de casos’ é dado pelo direito previdenciário, particularmente pelas normas que disciplinam as indenizações e outras vantagens por enfermidade profissionais e acidentes de trabalho. Em casos frequentes, a relação de causalidade entre a incapacidade laboral e a prestação da atividade profissional da vítima é impossível de ser determinada pelos mais modernos e refinados métodos de pesquisa científica. [...] Na verdade, para sermos mais precisos, a exigência de prova plena em tal caso eliminaria inteiramente a possibilidade dos integrantes desse sistema de seguro social pudessem, alguma vez, gozar do benefício prometido, pois a prova exigida mostrar-se-ia impossível. O

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 144.

¹⁰² *Ibidem.* p. 144-146.

¹⁰³ *Ibidem.* p. 146.

¹⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 3. Processo Cautelar (Tutela de urgência). 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p. 159.

caso, portanto, exige que se proceda à ‘redução do módulo de prova’, decidindo-se com base no que se denomina ‘verossimilhança preponderante’.¹⁰⁶

No que tange à tutela inibitória, não são poucos os casos em que a demonstração segura da ameaça de lesão ao direito é, na prática, impossível. Nessas hipóteses, somente se pode, pois, demonstrar ao juiz que possivelmente havia a ameaça - “prova possível”. Até porque, mesmo que se tragam dados objetivos que demonstrem tal possibilidade, nunca será possível, num juízo de certeza, afirmar que estes dados indicam uma ameaça concreta. Esses elementos indiciários, todavia, são suficientes para a cognição exauriente do juiz. Exigir mais que isso importaria, em última análise, o sacrifício do próprio direito que se pretende tutelar.¹⁰⁷

3.4 Hipóteses de tutela inibitória expressas no ordenamento processual brasileiro.

Em que pese o artigo 461 do CPC, conforme já sustentado, possa ser encarado como fonte normativa da tutela inibitória, a ideia de uma “via ordinária” para a prevenção do ilícito ainda não se apresenta totalmente inculcada na mentalidade dos operadores do direito. Desta feita, é mister que a processualística se dedique à construção de uma teoria da tutela inibitória atípica, já que as hipóteses de tutela previstas expressamente no Código de Processo Civil Brasileiro não contemplam a prevenção de lesões a direitos não patrimoniais.

É inegável que as hipóteses prestigiadas explicitamente pelo ordenamento revelam uma opção de política legislativa e, por isso, devem ser estudadas de forma crítica. Devido a sua ampla utilização na prática forense, optamos por realizar uma brevíssima análise de três hipóteses de ações inibitórias típicas, quais sejam: (i) o interdito proibitório, (ii) a nunciação de obra nova e (iii) o mandado de segurança preventivo.

¹⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 3. Processo Cautelar (Tutela de urgência). (...) p. 159-160.

¹⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 150.

3.4.1 Interdito proibitório

O artigo 932 do Código de Processo Civil preconiza que: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.”¹⁰⁸

A natureza preventiva de tal ação possessória resta evidenciada na própria redação do dispositivo legal. Consoante HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,¹⁰⁹ o interdito proibitório é uma proteção na qual o possuidor é conservado na posse que já detém e é protegido contra mera ameaça de lesão. A medida é concedida justamente para evitar eventual turbação ou esbulho, mediante ordem judicial em que constará cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento.

Cabe destacar que, por significativo período de tempo, a referida ação foi utilizada, de modo equivocado, para a tutela de direitos pessoais. Tal distorção deu-se porque o interdito proibitório viabilizava uma tutela preventiva final e contínua, em seu bojo, instrumentos como a liminar e as *astreintes*.¹¹⁰

3.4.2 Nunciação de obra nova

A ação de nunciação de obra nova, disciplinada nos artigos 934 a 940 do Código de Processo Civil, tem por finalidade embargar ou impedir o prosseguimento de construção que (i) prejudique o prédio, as servidões ou a finalidade de imóvel vizinho, (ii) prejudique ou altere coisa comum ou (iii) apresente contravenção à lei, ao regulamento ou à postura. Resta evidenciado, assim, seu caráter preventivo. Ademais, é possível cumular na ação, conforme o caso, pedido de reconstrução, modificação ou demolição de obra irregular, cominação de pena para o caso de descumprimento e, ainda, condenação em perdas e danos.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Código de Processo Civil de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

¹⁰⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. Procedimentos Especiais. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.115.

¹¹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p.91.

O prejuízo cuja consumação busca-se evitar corresponde a “uma violação ou diminuição do direito de propriedade do autor sobre seu imóvel, sobre alguma servidão dele ou sobre o imóvel comum ao autor e ao réu”.¹¹¹ A agressão pode advir da ameaça de a construção nova invadir área do vizinho, devassá-la por meio de janelas, varandas e terraços, prejudicar a segurança das edificações ou inutilizar as servidões existentes, por exemplo.¹¹²

Conforme elucida RITA GIANESINI¹¹³, como basta a ameaça de violação, não se faz necessário comprovar a certeza do prejuízo. Pode-se exigir, somente, que a ameaça seja objetivamente fundada, porquanto a certeza só se poderia atingir caso se deixasse prosseguir a obra, o que frustraria a própria finalidade da lei, a qual admite o embargo preventivo.

3.4.3 Mandado de segurança preventivo

O mandado de segurança, introduzido na Constituição Federal de 1934, já foi, à época, prestigiado sob a forma preventiva, tendo sua concessão submetida à dita ameaça a direito, certo e incontestável, realizada por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. A Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, mantida pelo Decreto-Lei n.º 6, de 16 de janeiro de 1937, adotou a mesma terminologia. O Código de Processo Civil de 1939 também não realizou qualquer inovação. A Lei 1.533, de 21 de dezembro de 1951, por sua vez, introduziu um conceito um pouco distinto em seu artigo 1º: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver *justo receio* de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”¹¹⁴. Como se vê, a expressão “ameaça”, presente nas legislações anteriores, foi substituída pelo termo “justo receio”. Por fim, o artigo 1º da Lei 12.016/2009¹¹⁵, ora vigente, manteve a expressão “justo receio”, nos termos da legislação revogada.¹¹⁶

¹¹¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. Procedimentos Especiais. 42 (...) p. 144.

¹¹² *Ibidem*. p. 145.

¹¹³ GIANESINI, Rita. Ação de nunciação de obra nova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 37.

¹¹⁴ BRASIL. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1533.htm> Acesso em: 06 de dez. de 2013.

¹¹⁵ Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem

ADA PELLEGRINI GRINOVER¹¹⁷ afirma que, conquanto o termo “justo receio” possa denotar, a priori, um conteúdo subjetivo, é pacífico que o referido receio deve estar sempre apoiado em uma causa: a ameaça. Essa ameaça, por sua vez, deve ser séria, grave e não subjetiva. No mandado de segurança preventivo, portanto, o interesse de agir configura-se pela ameaça atual e objetiva, que se evidencia por sinais inequívocos da “iminência do prejuízo jurídico.”¹¹⁸

Consoante CASSIO SCARPINELA,¹¹⁹ o mandado de segurança preventivo deve ser manejado para impedir a consumação de lesão a direito por meio da paralisação da imperatividade ou da auto-executoriedade do ato administrativo. Desse modo, sempre que o particular estiver na iminência de sofrer lesão a direito líquido e certo por ato de autoridade pública, pode valer-se do mandado de segurança preventivo para evitar que a lesão se concretize. A impetração preventiva objetiva “uma verdadeira imunização da situação fática que dá ensejo à propositura da ação, resguardando-se, integralmente, a futura fruição plena e *in natura* do bem jurídico reclamado pelo impetrante”.¹²⁰

3.4.4 Análise crítica das escolhas do legislador

É fácil perceber que as hipóteses de tutela inibitória expressas no Código de Processo Civil brasileiro são destinadas, fundamentalmente, a proteção da posse e da propriedade. Em

as funções que exerça. BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança. (...) p. 114.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança. (...) p. 115.

¹¹⁸ Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE JUSTO RECEIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO. LEI Nº 1.533/51, ART. 1º

1 - O mero receio subjetivo não é suficiente para respaldar a impetração de Mandado de Segurança.

2 - Como o mandado de segurança não prescinde da prova pré-constituída, na impetração preventiva é indispensável que se ofereça, com a petição inicial a **prova inequívoca da ameaça real, concreta, por parte da autoridade impetrada.**

3 - Ofensa ao art. 1º, da Lei 1.533/51, que se repele.

4 - Recurso especial improvido.

(REsp 171.067/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/1998, DJ 01/03/1999, p. 235) [grifo nosso]

¹¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança. Comentários às Leis n. 1.533/51, 4348/64 e 5.021/66. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33-34.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 34.

uma completa inversão de valores, a direitos de cunho patrimonial outorga-se a tutela inibitória, enquanto que a outros de conteúdo não patrimonial, como os direitos da personalidade, nega-se, por completo, a adequada tutela.

Como bem explana JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,¹²¹ o tratamento privilegiado da posse a da propriedade não se justifica, já que a eventual lesão efetuada pela turbacão, esbulho ou execucao de obra irregular, de regra, admite reparacao razoavelmente satisfatoria. Ademais, a prerrogativa dispensada a tais direitos contrasta com o total descaso em relacao a outras posicoes juridicas cuja ausencia de adequada tutela preventiva significa, na pratica, verdadeira denegacao de tutela, quais sejam: direitos não patrimoniais, interesses coletivos ou difusos, dentre outros.

Cabe referir que o ordenamento italiano, prevê, expressamente, a tutela inibitória do direito ao nome, ao pseudônimo e do direito à própria imagem.¹²² Tais normas acabaram por facilitar o surgimento, na doutrina e na jurisprudência italiana, de posicionamento favorável à extensão da ação inibitória a outros direitos da personalidade por meio da interpretação analógica. Isto ocorreu, primeiramente, com a tutela do direito à honra e, mais tarde, com a tutela do “*diritto generale alla riservatezza*”.¹²³

No ordenamento processual brasileiro, em contrapartida, não podemos encontrar dispositivos semelhantes. O Código Processo Civil, em sua formulação original, desconsiderou totalmente a Constituição Federal, que, baseada na dignidade da pessoa humana, garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade. Como consequência, pesquisando jurisprudência anterior às reformas do CPC de 1994, encontram-se diversos julgados tratando da tutela ressarcitória dos direitos da personalidade e poucos julgados

¹²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva.(...) p. 130.

¹²² **Art. 7 Tutela del diritto al nome**

La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563).

L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.

Art. 9 Tutela dello pseudonimo

Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7.

Art. 10 Abuso dell'immagine altrui

Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

ITALIA. Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262). Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>> Acesso em: 06 dez. de 2013.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 228-230.

tratando de sua prevenção. Ou seja, diante da ausência de uma forma adequada de tutela preventiva, a única alternativa era contentar-se com a reparação do dano.¹²⁴

Atualmente, é cediço que não é somente o Estado que atenta contra os direitos de particulares. Desta feita, resta evidenciada a necessidade de um mecanismo que, à semelhança do mandado de segurança preventivo em relação aos atos violadores das autoridades, viabilize a prevenção de violações a direitos praticadas por particulares. Como o legislador não previu espécie de mandado de segurança contra particular, cabe à doutrina, espelhada nos valores constitucionais, interpretar as normas processuais de modo que viabilize uma adequada e efetiva tutela dos direitos, sob pena de transformar direitos não patrimoniais, como os direitos de personalidade, em enunciados vazios de qualquer efeito prático.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 254.

4. A TUTELA INIBITÓRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1 Considerações sobre os direitos da personalidade

Para que se entendam os motivos pelos quais o processo tradicional – centrado no binômio sentença condenatória-execução forçada, bem como na tutela pelo equivalente monetário – não é capaz de proporcionar a adequada e efetiva tutela dos direitos de personalidade, cabe realizar um estudo apartado acerca de tais direitos essenciais.

A elaboração doutrinária dos direitos da personalidade iniciou-se ainda no século XIX, por meio dos trabalhos de Otto Gierke, mas foi somente a partir século XX que o tema ganhou maior atenção. Como os direitos de personalidade representam uma construção teórica recente, a doutrina sequer é uniforme no que concerne a sua existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência.¹²⁵

Diante desse delicado quadro, buscaremos realizar uma sucinta incursão histórica e uma tentativa de conceituação dos direitos da personalidade de acordo com a doutrina italiana e brasileira. Em seguida, será realizado breve estudo acerca de alguns direitos da personalidade em espécie, quais sejam: direito à imagem, direito à honra, direito ao nome e direito à vida privada. Por fim, exporemos, na linha do que já foi consignado ao longo do presente estudo, os motivos pelos quais somente uma tutela preventiva pode proporcionar uma real efetivação dos direitos da personalidade.

4.1.1 Histórico, tentativa de conceituação e características centrais

O reconhecimento de direitos enquadrados como direitos da personalidade, ao menos na condição de direitos expressamente positivados no ordenamento jurídico, se deu de forma relativamente tardia. Conquanto estejam tais direitos alicerçados no Direito Natural e na filosofia iluminista, foi principalmente a partir do século XX que a teorização dogmática e a concreta regulação da proteção da personalidade ganharam relevo.¹²⁶

¹²⁵ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. (...) p. 250 e 254.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

O século XX trouxe mudanças substanciais no comportamento e, por conseguinte, na compreensão dos institutos jurídicos. Fundamentalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, iniciou-se, assim, uma gradativa incorporação de cláusulas gerais de promoção e proteção da personalidade, bem como dos direitos especiais da personalidade, tanto nos textos constitucionais como no plano infraconstitucional.¹²⁷ Sobre esse novo panorama, cabe transcrever a lição de JUDITH MARTINS-COSTA¹²⁸:

A barbárie do século XX – o totalitarismo estatal, econômico ou científico – teve como contrapartida a afirmação do valor pessoa como titular de sua própria esfera de personalidade, a qual, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Esta é a ‘novidade’ que tem, para o Direito o princípio da dignidade da pessoa. [...] a afirmação do princípio [...] significa que **a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica apenas a sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.** [grifo nosso]

Ainda no século XIX, foi o Código austríaco que, louvando a proteção à dignidade humana, fez a primeira alusão aos direitos da personalidade, ainda que de forma assistemática e insuficiente. O seu artigo 16 dispunha que “todo homem tem direitos inatos que se fundem na Razão, em função da qual deve ser considerado pessoa”. O artigo 17, por sua vez, complementava: “O que é conforme aos direitos naturais inatos é tudo por existente, enquanto a limitação legal desses direitos não estiver provada.”¹²⁹

Mais tarde, em 1942, o Código Civil italiano inicia uma sistematização dos direitos da personalidade, ainda que sob título diverso. Tratou, o diploma legal, do direito ao próprio corpo, direito ao nome, direito à imagem, dentro outros, nos artigos 5 ao 10. A personalidade, à época, já era protegida com a possibilidade de se obter, judicialmente, a cessação da perturbação, bem como o ressarcimento do prejuízo causado à vítima. O ordenamento italiano acabou por influenciar diversos outros ordenamentos estrangeiros, como o português, por exemplo. O Código Civil português de 1966 trouxe, no artigo 70, uma cláusula geral da

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 38.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. Revista dos Tribunais, v. 789, ano 90, p. 24-25., julho, 2011.

¹²⁹ NEVES, Alessandra Helena. Direito de autor e de direito à imagem. À Luz da Constituição Federal e do Código Civil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 70.

personalidade humana e buscou cercear o princípio da autonomia da vontade quando este restringisse ou derogasse os direitos da personalidade.¹³⁰

No que concerne à legislação brasileira, no plano infraconstitucional, o Código Civil de 1916 não fez qualquer referência aos direitos da personalidade. A dogmática acerca desses direitos surgiu no Projeto de Código Civil de 1965, denominado “Projeto Orlando Gomes”, que contou com a contribuição de Orlando Gomes, Caio Mário e Orozimbo Nonato. Seu artigo 28 enunciava o direito à vida, à liberdade, etc., como inalienáveis, intransmissíveis, e seu exercício como impassível de limitação voluntária.

O projeto de Código Civil de 1975, por sua vez, seguiu a orientação do de 1965, materializando-se, finalmente, no vigente Código Civil de 2002, o qual possui um capítulo inteiro dedicado aos direitos da personalidade.¹³¹

Já no que se refere a seara constitucional, CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que todas as Constituições brasileiras, com maior ou menor amplitude, se referem aos direitos da personalidade desde a Constituição do Império. Foi a Constituição Federal de 1988, todavia, que melhor expandiu a disciplina dos direitos da personalidade. O diploma enumera, em seu artigo 5º, uma longa lista desses direitos.¹³²

Desta feita, atualmente, os princípios dos direitos da personalidade são expressos em dois níveis distintos – a Constituição da República aponta os aspectos básicos, os quais são complementados pelo Código Civil pátrio, que os declara de maneira mais específica.¹³³

O eminente jurista italiano ADRIANO DE CUPIS¹³⁴ leciona que todos os direitos, na medida em que dão conteúdo à personalidade, poderiam ser tidos como direitos da personalidade. Reservou-se, contudo, tal denominação aos direitos subjetivos que, em relação à personalidade, formam “o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”. Ou seja, os direitos da personalidade devem ser entendidos como aqueles sem os quais a personalidade quedaria sem qualquer valor e todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse. A existência de tais “direitos essenciais”, portanto, é vinculada à própria existência

¹³⁰ NEVES, Alessandra Helena. Direito de autor de direito à imagem. (...) p. 70-72.

¹³¹ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Direitos da personalidade. Revista Pensar, Fortaleza, v. 3, nº 3, p. 8, janeiro, 1995.

¹³² *Ibidem*. p. 9.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Vol 1. Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 176.

¹³⁴ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Campinas: Romana, 2004. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. p. 23 e 24.

da pessoa como tal. Nas palavras do autor, eles consistem na verdadeira “medula da personalidade”.

No que tange à doutrina brasileira, RUBENS LIMONGI FRANÇA¹³⁵ define os direitos da personalidade como “[...] as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”. O consagrado civilista ORLANDO GOMES,¹³⁶ por sua vez, afirma com precisão:

“[...] sob a denominação de direitos da personalidade, compreende-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidades [...] Constituem-nos os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção ”

Como os direitos de personalidade estão ligados aos bens mais elevados da pessoa, eles possuem uma série de características especiais. O artigo 4º do Código Civil evidencia três desses caracteres, quais sejam: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade¹³⁷.

Diz-se, ainda, que os direitos da personalidade são absolutos, no sentido de que são oponíveis *erga omnes*. Como todos os direitos subjetivos, abstraindo-se os direitos potestativos, os direitos da personalidade se inserem numa relação jurídica com outros sujeitos, que podem ser identificados como a “generalidade”. Todos os sujeitos que se encontram dentro da “generalidade” são destinatários das normas de direito objetivo relativas aos direitos da personalidade e estão, assim, vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da personalidade de titularidade de outro determinado sujeito. Os direitos da personalidade podem, assim, ser lesados por qualquer um que se encontre em conflito com a posição dos seus titulares.¹³⁸

Também é possível tê-los como direitos inatos, adquiridos com o simples nascimento, independente de qualquer manifestação de vontade.¹³⁹ CARLOS ALBERTO BITTAR,¹⁴⁰ na

¹³⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil. Vol. I. 3 ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. P. 403.

¹³⁶ GOMES, Orlando. Introdução do Direito Civil. 12 ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 149 e 151.

¹³⁷ Diz-se indisponíveis porque insuscetíveis de alienação não podendo o seu titular deles renunciar ou limitá-los, à exceção dos casos previstos em lei. Contudo, essa indisponibilidade não é absoluta, admitindo-se, por exemplo, a cessão dos direitos de imagem para fins publicitários.

¹³⁸ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. (...) p. 37.

¹³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Vol 1. Parte Geral. (...) p. 177.

esteira da doutrina majoritária, filiando-se à corrente naturalista, entende que os direitos de personalidade são atributos ínsitos à condição de pessoa, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los, dar-lhes proteção própria em nível constitucional e infraconstitucional. Os direitos de personalidade transcendem, portanto, o ordenamento jurídico positivo, visto que ligados à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Por isso que, comumente, afirma-se a não-taxatividade do rol de direitos da personalidade.

Por fim, é inegável a natureza extrapatrimonial dos direitos da personalidade. Como o objeto dos referidos direitos consiste em um modo de ser da pessoa, ele nunca conterà, em si mesmo, utilidade econômica imediata, isto é, não pode ser avaliado monetariamente. Assim, quando há lesão a um direito de personalidade, nasce para o sujeito deste o direito de obter o ressarcimento do dano. A equivalência entre a indenização e o direito violado, todavia, é indireta. Não há uma equivalência entre a quantia em dinheiro paga a título de indenização e o direito à vida, à integridade física, à liberdade, dentre outros. A equivalência se dá, sim, entre o montante e os bens que a vida, a integridade física, a liberdade, permitem ao sujeito conseguir, os quais não se confundem com os direitos da personalidade em si.¹⁴¹

4.1.2 Direitos da personalidade em espécie

Em que pese quase a unanimidade dos autores brasileiros adote a tipologia dos direitos da personalidade, enumerando-os,¹⁴² ainda não se logrou estabelecer uma classificação aceita de forma uníssona. FRANCISCO AMARAL,¹⁴³ por exemplo, afirma que a enunciação dos direitos da personalidade deve ser feita baseada nos aspectos fundamentais da personalidade que são objeto de tutela jurídica, quais sejam: o físico, o intelectual e o moral. Nessa linha, seria possível identificar um direito à integridade física – que compreende a proteção à vida e ao próprio corpo –, um direito à integridade moral – que consiste na proteção à honra, à liberdade, à intimidade e ao nome do indivíduo – e um direito

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 7-11.

¹⁴¹ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade (...). p. 36.

¹⁴² Há doutrina minoritária, representada por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz, propõe a adoção da teoria de um direito geral da personalidade, sustentando que a proteção dos direitos de personalidade tipificados tem se mostrado insatisfatória.

¹⁴³ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. (...) p. 260.

à integridade intelectual – que envolve o direito de reivindicar a paternidade de uma obra, bem como o direito de explorá-la como lhe aprouver.

CARLOS ALBERTO BITTAR,¹⁴⁴ por sua vez, defende que a classificação dos direitos da personalidade deve advir da natureza dos bens integrantes, sendo divididos em: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Os primeiros, envolveriam os elementos extrínsecos da personalidade, englobando, assim, o direito à vida, à integridade física, ao corpo, a partes do corpo, ao cadáver, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural). Entre os psíquicos, são inseridos os direitos à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto, dentro outros), à intimidade (estar só, privacidade ou reserva), à integridade psíquica e ao segredo. Por fim, os direitos de cunho moral são representados pelo direito à identidade (nome e outros sinais individualizadores), à honra, ao respeito e às criações intelectuais.

No presente estudo, deter-nos-emos na análise de quatro direitos da personalidade em espécie, quais sejam: o direito à imagem, o direito à honra, o direito ao nome e o direito à vida privada. A escolha dos direitos relacionados deve-se a sua expressão prática na atualidade e a especial afinidade que acreditamos possuir o instituto da tutela inibitória no que tange a proteção de tais direitos. Quando alguém corre risco de ver sua imagem utilizada, sem autorização, em anúncio publicitário, quando alguém sofre ameaça de divulgação de notícia atentatória à sua honra em jornal de ampla circulação ou quando alguém receia que sua vida privada seja invadida por noticiários de rádio e televisão, por exemplo, não resta dúvida: é perfeitamente possível o ajuizamento de uma ação inibitória.

4.1.2.1 Direito à (própria) imagem

O direito à imagem – que integra, juntamente com o direito à honra, ao nome e à palavra, o direito a identidade pessoal – é prestigiado, no âmbito constitucional, no artigo 5º, X,V e XXVI, *a*, e, fundamentalmente, no artigo 20 do CC, na seara infraconstitucional.¹⁴⁵

O direito à imagem não envolve a proteção na imagem entendida como reputação social do indivíduo, e sim a proteção da imagem física, da forma plástica, da pessoa e de suas

¹⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. (...) p. 59-61.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 425- 426.

diversas manifestações, contra atos que a reproduzam ou representem de maneira indevida. O que se quer preservar é a “imagem-retrato”, e não a “imagem-atributo”, que está vinculada a noção de honra. Desta feita, o direito à imagem abrange o direito de definir a autoexposição pessoal, isto é, o direito de não ter seu retrato reproduzido, exposto ou divulgado publicamente sem o devido consentimento, bem como o direito de não ver sua imagem pessoal representada de forma ofensiva ou distorcida. Mesmo quando autorizada, a divulgação da imagem deve se dar a rigor e de forma autêntica, para não se concretizar a denominada “falsificação da personalidade”.¹⁴⁶

SILMA MENDES BERTI,¹⁴⁷ identifica, no direito à imagem, além de um conteúdo negativo, que se liga à proibição da divulgação do retrato, um aspecto positivo. Esse último consiste no direito de aparecer, mostrar-se, se e quando quiser, quando se tem interesse em fazê-lo. Consoante a autora, “corresponde não só ao interesse complementar à liberdade individual, mas também à possibilidade de afirmação subjetiva da própria personalidade”.¹⁴⁸ Daí a conclusão que o direito à imagem protege um bem jurídico autônomo, devendo ser tutelado independente de ofensa ou de dano.

É precípuo atentar para o fato de que o direito à imagem não é absoluto e, frequentemente, entra em colisão com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. Nesse contexto, por exemplo, em relação a pessoas ocupantes de cargo ou função pública em locais públicos ou mesmo em relação a pessoas em local privado de acesso público, pode-se presumir uma autorização tácita capaz de afastar a ilicitude da utilização de suas imagens. Não fosse isso, o próprio artigo 20 do Código Civil brasileiro permite a divulgação da imagem de *outrem* quando necessária à administração da justiça e da ordem pública.¹⁴⁹

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 426- 427.

¹⁴⁷ BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 36-37.

¹⁴⁸ *Ibidem*. p. 36.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *op. cit.* p. 426-427.

4.1.2.2 Direito à honra

No tomo XII, do notável “Tratado de Direito Privado”, PONTES DE MIRANDA¹⁵⁰ ensina que, no Estado Constitucional, “a dignidade social, o sentimento e a consciência de ser digno, *mais* a estima e a consideração moral dos outros dão o conteúdo do que se chama *honra*. Há direito de personalidade à honra que faz às lesões à honra serem atos ilícitos *absolutos*.”

Previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal o direito à honra possui sentido subjetivo e objetivo. A honra subjetiva concerne ao sentimento pessoal de estima e à consciência de sua própria dignidade, ou seja, ao respeito de cada um por si próprio. Já a honra objetiva, relaciona-se à necessidade de proteção da reputação da pessoa, compreendida como o “bom nome” que o indivíduo goza no seu círculo social. Cabe referir que há diversas facetas do direito à honra, podendo-se, assim, falar em honra comercial, honra civil, honra artística, dentre outras.¹⁵¹

Na seara penal, a honra subjetiva é protegida pela tipificação da injúria (art. 140 do CP). A honra objetiva, por sua vez, é prestigiada pela previsão dos crimes de calúnia (art. 138 do CP) e difamação (art. 139 do CP). No plano civil, o direito à preservação da honra encontra-se implícito como uma das bases do sistema. Ademais, é explicitado em alguns campos específicos, como as relações conjugais, de sucessão, dentre outras em que o ordenamento civil e leis esparsas sancionam condutas marcadas pela indignidade.¹⁵² Sob esse contexto, o direito à honra mostra-se como um limite à liberdade de expressão, motivando responsabilização civil e, até mesmo, penal dos autores da ofensa.¹⁵³

O direito à honra consiste em direito de titularidade universal e tem como titulares, em primeira linha, as pessoas físicas. A titularidade *post mortem* é admitida nos casos em que se verifica lesão à dignidade ou à honra dos descendentes e demais legitimados. No que concerne às pessoas físicas, em que pese a falta de uniformidade no âmbito do direito comparado, a prática judicial brasileira acabou por consolidar entendimento no sentido de

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Franciso Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo VII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 102.

¹⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 129.

¹⁵² *Ibidem*. p. 132-133.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 425.

que a essas também são titulares de direito à honra objetiva, admitindo, assim, indenização por dano morais causados as mesmas.¹⁵⁴

4.1.2.3 Direito ao nome

O nome atribuído à pessoa é manifestação mais expressiva de sua personalidade. Constitui uma forma de individualização da pessoa nas relações sociais que persiste, até mesmo, após a sua morte. RUBENS LIMONGI FRANÇA¹⁵⁵, um dos primeiros doutrinadores brasileiros a dedicar-se à pesquisa acerca dos direitos da personalidade, observa:

[...] não se pode dizer que o nome seja apenas locução, palavra, mas sinal indicativo de uma certa personalidade – através do qual o bem da identidade desta se realiza. Por outro lado, êste [*sic*] sinal é o meio normal (e, no Direito moderno, obrigatório) da efetivação da referida identidade. Portanto, sob êste [*sic*] aspecto, o direito à identidade se confunde com o direito ao nome, porque ordinariamente [*sic*] é através da dêste [*sic*] que aquêle [*sic*] se exerce. [...] A incidência de outros meios de identificação pessoal não torna menos verdadeiro o que viemos a afirmar.

Através do direito ao nome, o ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal, que consiste num modo de ser moral da pessoa, um bem pessoal que não contém uma utilidade econômica imediata. Ou seja, a identidade constitui um bem por si mesmo, que independe da posição social, das virtudes ou dos defeitos do sujeito. O ordenamento jurídico deve reconhecer, a todo sujeito, sem exceção, o interesse de ver preservada a sua individualidade. Cabe referir que, a par das pessoas físicas, as pessoas jurídicas também detêm uma individualidade própria, que necessita ser afirmada com o objetivo de evitar a confusão com outras pessoas. Desta feita, também em relação a essas últimas é possível identificar o bem da identidade pessoal e, por conseguinte, a elas é garantido o uso exclusivo do nome.¹⁵⁶

O titular do direito ao nome tem direito a usá-lo em todos os atos de sua vida pública ou privada, com o fito de gozar da respectiva identidade pessoal. Como consequência, terceiros não podem criar empecilhos ao uso de tal poder, devendo qualificar a pessoa por seu nome, e não por outro diverso. Ademais, como o poder de gozo do nome é exclusivo de

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 424.

¹⁵⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Do nome civil das pessoas naturais. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 138-139.

¹⁵⁶ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. (...) p.184 -185 e 192-193.

seu titular, pode ele exigir que outros se abstenham de usar seu nome pra indicar pessoas diversas dele.¹⁵⁷

Devido a sua importância ímpar quanto à identidade da pessoa humana, o direito ao nome possui ampla proteção no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal, em seu artigo 185, tipifica o crime de usurpação de nome ou pseudônimo. No âmbito civil, por sua vez, o artigo 17 do CC veda a utilização do nome da pessoa em publicações que a exponha ao desprezo público. No mesmo contexto, o artigo 18 do Código Civil também protege o uso indevido do nome de outrem em propaganda comercial.

4.1.2.4 Direito à vida privada (privacidade e intimidade)

O texto constitucional brasileiro, conforme dicção do artigo 5º, inciso X, não preconiza um direito genérico à vida privada, mas se refere à proteção da privacidade e de intimidade, como se fossem bens jurídicos autônomos. Diante deste contexto, não são poucos os doutrinadores que procuram estabelecer uma diferenciação conceitual entre a intimidade e a vida privada. ALEXANDRE DE MORAES,¹⁵⁸ por exemplo, sustenta que o primeiro encontra-se no âmbito de incidência do segundo, porquanto possui menor amplitude. Segundo o constitucionalista, o direito à intimidade liga-se às relações subjetivas da pessoa, à esfera mais íntima de sua vida, envolvendo, fundamentalmente, relações familiares e de intimidade, ao passo que o direito à vida privada concerne a todos os demais relacionamentos humanos, inclusive relações comerciais e profissionais.

PONTES DE MIRANDA,¹⁵⁹ por sua vez, admite, como espécies do direito à esfera privada, a existência de um direito à intimidade e de um direito ao segredo. O primeiro, diria respeito à possibilidade do indivíduo de resguardar-se dos sentidos alheios, em especial, da visão e da audição. Já o segundo, relacionar-se-ia com o direito de se opor a divulgação de um acontecimento particular sobre o qual outro indivíduo tenha tomado ciência.

¹⁵⁷ CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. (...) p.194-195.

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Franciso Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo VII. (...) p. 192-196.

DANIEL MITIDIERO, INGO SARLET e LUIZ GUILHERME MARINONI,¹⁶⁰ contudo, advertem – a nosso ver, com razão – que é difícil sustentar uma rígida distinção entre privacidade e intimidade, diante da fluidez entre as diversas esferas da vida particular. Seria, portanto, mais conveniente incluir a intimidade dentro de uma seara de proteção mais ampla do direito à vida privada (privacidade). Isso porque, em que pese já existam parâmetros consolidados acerca de âmbitos mais íntimos e mais abertos da vida privada, a violação do direito à privacidade somente poderá ser valorada à luz do caso concreto.

Até hoje, em parte devido a sua estreita relação com outros direitos da personalidade, é difícil estabelecer um conceito uniforme no que concerne ao direito à privacidade. Em uma noção mais abrangente, é possível entendê-lo como um direito de “ser deixado em paz”, isto é, um direito à preservação de um espaço no qual a pessoa possa desenvolver sua individualidade, inclusive para recolhimento e reflexão, sem ingerência de terceiros.¹⁶¹ CARLOS ALBERTO BITTAR¹⁶², que identifica o “direito à vida privada” como sinônimo do “direito à intimidade” ou do “direito ao resguardo”, leciona que:

O ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São esses elementos: a vida privada; o lar; a família; a correspondência, cuja inviolabilidade se encontra apregoada, no mundo jurídico, desde os textos das Declarações às Constituições e, ainda, em muitos pontos da legislação ordinária.

Na sua perspectiva subjetiva, o direito à privacidade liga-se ao direito a não-intervenção do Estado ou de terceiros no seu âmbito de proteção, bem como configura uma afirmação da autodeterminação do indivíduo, isto é, uma expressão da sua liberdade pessoal. Diz respeito, assim, à possibilidade do indivíduo levar sua vida privada conforme bem lhe aprouver e dispor livremente das informações relativas a sua vida particular. De outra banda, em seu viés objetivo, o direito à vida privada exsurge como um dever de proteção estatal, consubstanciado, essencialmente, na garantia das condições necessárias ao gozo da vida privada.¹⁶³.

Por fim, cabe referir que tal direito pode sofrer limitações em razão de interesses da coletividade, como interesses de ordem fiscal, econômica, policial ou judicial, por exemplo.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. (...) p. 392.

¹⁶¹ *Ibidem*. p.393-394.

¹⁶² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. (...) p. 10.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *op. cit.* p. 396.

Não fosse isso, dependendo da profissão, atividade ou notoriedade do indivíduo, a proteção a sua vida privada pode sofrer uma redução, mas nunca uma anulação completa. Sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a correspondência sigilosa, dentro outros aspectos correlatos, não pode ocorrer a comunicação sem a devida anuência do interessado.¹⁶⁴

4.1.3 A importância da tutela preventiva para a proteção dos direitos da personalidade

Estabelecidas considerações gerais acerca dos direitos da personalidade, bem como identificada sua relevância ímpar, dado que umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, ninguém pode olvidar a importância de um sistema processual capaz de lhes proporcionar uma adequada tutela jurídica.

Conforme já discorrido, até pouco tempo, entendia-se que todos os direitos poderiam ser resguardados através da tutela ressarcitória – ou seja, mediante o pagamento de indenização pecuniária ou por outro meio equivalente que compensasse os danos oriundos da lesão a direito.

Ocorre que, conforme ensina LUIZ GULHERME MARINONI, os direitos não patrimoniais, dentre os quais se inserem os direitos de personalidade, não só são mais importantes que os direito patrimoniais (possuindo, inclusive, posição de destaque na Constituição Federal), como também se afastam de maneira mais proeminente da tutela ressarcitória. Segundo o autor, “admitir a tutela ressarcitória, no caso dos direitos não patrimoniais, é o mesmo que aceitar que o processo, em vez de servir à efetiva tutela dos direitos, somente pode condenar o violador a pagar por algo que não tem preço”.¹⁶⁵

No âmbito dos direitos da personalidade, as providências de índole repressiva ou sancionatória têm valor extremamente reduzido, se é que algum têm. É cediço que uma adequada proteção dos direitos da personalidade somente pode ser alcançada sob a forma de tutela preventiva. Ou seja, o mecanismo processual corresponderá ao do que dele se espera caso seja idôneo para evitar a lesão ao direito ou, ao menos, para impedir que o ato ilícito continue a produzir-se.¹⁶⁶

¹⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. (...) p. 108 -109.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva (...). p.106.

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Direito a preservação da intimidade. (...). p. 5.

Consoante aduz SÉRGIO SILVA MURITIBA,¹⁶⁷ os direitos da personalidade, de natureza absoluta, determinam, no mais das vezes, deveres de abstenção em relação a toda a coletividade. Ou seja, é necessário que todos se abstenham da prática de atos incompatíveis com sua concretização, tais como não invadir a privacidade alheia, não utilizar nome relativo à identidade de *outrem* ou não expor imagem alheia sem prévia autorização.

Por meio da tutela ressarcitória, ao indivíduo lesado em seu direito a própria à imagem, por exemplo, apenas será alcançado certo montante em dinheiro, na tentativa de ressarcir-lo dos danos sofridos. Não haverá proteção ao uso indevido da imagem propriamente dito, verdadeiro objeto do referido direito da personalidade. Ou seja, a reparação dos danos oriundos do ato ilícito não se identifica com o dever negativo imposto pelas diversas espécies de direitos da personalidade enunciadas pelo ordenamento. Acaba-se estabelecendo uma nova obrigação, agora, de caráter positivo, cujo conteúdo passa a ser “o dever de pagar uma quantia certa”.¹⁶⁸ Desse modo, pode-se dizer que a real proteção ao direito da personalidade acaba sendo substituída por um insatisfatório “prêmio de consolação”. Sobre o tema, cabe transcrever as palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁶⁹:

Se alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que da abstenção – *essa* utilidade, e não *outra* “equivalente” que seja, ou inculcada como tal. E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: se o processo constitui instrumento para realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado *igual* ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.

Não fosse isso, diante da natureza extrapatrimonial dos direitos da personalidade, é possível afirmar que a lesão (diminuição ou destruição) que sofre o titular de um direito da personalidade não é passível de avaliação monetária. Não faz sentido, pois, pensar-se em uma tutela ressarcitória se é impossível estabelecer uma correlação entre o valor do bem violado e o valor pecuniário recebido a título de indenização.¹⁷⁰ Sobre o tema, assevera SÉRGIO CRUZ ARENHART¹⁷¹:

¹⁶⁷ MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. Revista de Processo, n. 122, ano 30, p. 22-39, abril, 2005. p. 30.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 31.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, v. 20, ano V, p. 61-79, 4.º trim., 1979. p. 63.

¹⁷⁰ MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. (...) p. 31.

¹⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz.. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 70.

[...] na relação patrimonial, o autor da violação do direito (quer se trate de direito real ou obrigacional) deverá, no direito moderno, recompor o patrimônio da vítima quer mediante a devolução *in natura* do que foi usurpado, quer através de um equivalente monetário. Com esta recomposição fica perfeitamente reintegrada à esfera patrimonial da vítima e devolve-se a situação ao seu *status quo ante*. [...] O mesmo não ocorre se estivermos diante de direitos não patrimoniais. Como neste caso não se está diante de uma violação direta ao patrimônio da vítima, a recomposição pecuniária é pouco mais que inútil.

Por fim, é precípuo destacar que a relevância de uma tutela preventiva dos direitos da personalidade relaciona-se, também, à necessidade social de garantir a observância das normas jurídicas. SÉRGIO SILVA MURITIBA¹⁷² afirma que a ordem jurídica não configura uma listagem de condutas que podem ou não ser observadas pelos seus destinatários conforme julgarem melhor para si diante das consequências de um ou outro comportamento. Não é razoável que o direito atribua um bem que somente pode ser alcançado por seus destinatários por meio da espontânea observância de conduta. Nesse caso, existiria, simultaneamente, a afirmação e negação do próprio direito. Até porque, na concepção do autor, uma regra de direito que somente possa contar com a vontade humana para se efetivar deixa de ser direito, e passa perfazer as características de regra simplesmente moral.

4.2 A operativização da tutela inibitória

Assentada a indispensabilidade da tutela inibitória para a proteção dos direitos da personalidade, cabe estudar como se dá sua instrumentalização. EDUARDO TALAMINI¹⁷³ leciona que a tutela preventiva não se mostra compatível com o tradicional binômio condenação-execução por dois motivos centrais. A um, porque opera através de medidas inconciliáveis com o caráter meramente sub-rogatório das providências materiais típicas do processo executivo. A dois, porque a tutela condenatória-executiva, pressupõe, de regra, a efetiva transgressão do direito. O autor ressalta que mesmo a “condenação para o futuro” possui conteúdo preventivo extremamente tênue, visto que somente possibilita a formação de título executivo a ser utilizado depois da concretização do ato ilícito.

¹⁷² MURITIBA, Sérgio Silva. *op. cit.* p. 33 e 34.

¹⁷³ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84) (...) p. 225-226.

SÉRGIO CRUZ ARENHART,¹⁷⁴ desta feita, defende que a tutela dos direitos da personalidade deve valer-se da sentença mandamental – inserida na classificação quinária das sentenças desenvolvida por Pontes de Miranda. Sobre o tema, são as palavras de PONTES¹⁷⁵:

[...] na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz *como juiz*, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*.

É precípuo salientar que a sentença não se classifica como mandamental simplesmente porque manda ou ordena que o réu cumpra o comando da decisão. A mandamentalidade não se encontra apenas na ordem, mas na conjugação da ordem com a força emprestada à sentença, que admite a utilização de medidas coercitivas destinadas a forçar o réu a cumprir o comando judicial. A decisão só é ordem quando a ela se confere força coercitiva, caso contrário, será mera declaração.¹⁷⁶ Como bem elucidada LUIZ GUILHEME MARINONI¹⁷⁷ “da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a ‘sanção’, a sentença somente é mandamental quando há coerção indireta. [...] Na sentença mandamental não há [...] apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta”.

A sentença mandamental contém, além da afirmação da conduta devida de acordo com o direito material, a imposição de uma obrigação de natureza processual, qual seja: o cumprimento imediato do comando da sentença. Trata-se de uma obrigação imposta pelo juiz, dirigida a uma das partes do processo, cujo objeto é o cumprimento da ordem jurisdicional. Tal obrigação tem, em primeiro plano, a função de satisfazer o interesse estatal na eficaz e adequada entrega da prestação jurisdicional e, reflexamente, objetiva satisfazer o direito declarado na sentença. Sob esse contexto, o credor da obrigação será o Estado-juiz, e o devedor a parte quem se dirige o comando exarado.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Em que pese a categoria das sentenças mandamentais tenha sido concebida pelo jurista alemão Kuttner, foi Pontes de Miranda que melhor desenvolveu sua conceituação.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das ações. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998. p. 224.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. (...) p. 337.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 337- 338.

¹⁷⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 110.

É precípua referir que significativa parte da doutrina admite que, além da sentença mandamental, também se deve admitir a sentença executiva *lato sensu* como meio de se alcançar a tutela inibitória.¹⁷⁹ Ciosoante KAZUO WATANABE,¹⁸⁰ a conjugação do provimento executivo *lato sensu* ao provimento mandamental permite que os atos de execução do comando judicial sejam colocados em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução. Dentre os diversos meios de execução, o autor destaca as medidas de sub-rogação. Não a sub-rogação comum – qual seja a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos –, mas sim a adoção de meios sub-rogoratórios que permitam a execução específica da obrigação ou a obtenção de resultado prático-jurídico equivalente.

SÉRGIO CRUZ ARENHART,¹⁸¹ contudo, afirma que, via de regra, no caso dos direitos de personalidade, o único provimento realmente capaz de conceder a adequada tutela dos direitos da personalidade, é o provimento mandamental. Isso porque, como já referido, a proteção dos referidos direitos, de regra, só se concretiza mediante a proibição de determinadas condutas. As ações executivas *lato sensu* pouco podem fazer em relação às obrigações de não fazer, visto que, por meio dessas, o magistrado não consegue se substituir à vontade da parte a quem se dirige o comando. Nesse contexto, tais ações seriam capazes de obter o “desfazimento do mal causado” o que, na maioria das situações, constitui uma tutela “meramente paliativa” dos direitos da personalidade. Conforme exemplifica SÉRGIO SILVA MURITIBA,¹⁸² no caso de proibição da utilização da voz de um cantor, sem autorização, é somente através da imposição da não tornar pública a voz, de forma célere e eficaz, que se poderá evitar a consumação do ilícito.

Em que pese as considerações tecidas estejam longe de esgotar o rico estudo dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, temos que são suficientes para dar uma noção inicial de como deve se instrumentalizar a tutela inibitória. Dedicaremos-nos, em

¹⁷⁹ Comungam desse entendimento: Eduardo Talamini (A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84)); Joaquim Felipe Spadoni (Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. p. 113.) e José Roberto dos Santos Bedaque (José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). p. 105.)

¹⁸⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44

¹⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 182.

¹⁸² MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. Revista de Processo, n. 122, ano 30, p. 38, abril, 2005.

seguida, ao estudo de alguns aspectos procedimentais concernentes à atuação da ação inibitória, mais especificamente, quando em questão os direitos da personalidade. Ao fim, abordaremos, ainda que de forma breve, como vem sendo aplicada a tutela inibitória dos direitos da personalidade nos julgados dos Tribunais de Justiça estaduais.

4.2.1 A tutela inibitória antecipada

Levando em consideração o tempo que se despendará entre o ajuizamento da ação inibitória e o seu julgamento, resta claro o quão expressivo é o risco de que o ato ilícito venha a consumir-se ou a exaurir-se ainda durante o trâmite processual. Em que pese a lesão a direito não tenha sequer iniciado ao requer-se a tutela preventiva, há grande probabilidade de que ocorra em breve espaço de tempo, visto que, em geral, é somente quando a lesão é eminente que se podem verificar aspectos objetivos que comprovam a ameaça da prática de ato antijurídico e se cosubstancia, assim, o interesse de agir da parte autora.¹⁸³

A nosso ver, tal problema é ainda mais delicado quando se trata dos direitos da personalidade, que devido a sua natureza e características, exigem particular imediatidade de tutela. Felizmente, hoje, o direito processual civil já conhece técnica própria para, de alguma forma, remediar tal situação, qual seja a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

No Código de Processo Civil brasileiro, o artigo 461 – fonte legal da tutela preventiva genérica – contempla, expressamente, em seu parágrafo 3º, a possibilidade de concessão da tutela antecipada dentro da ação inibitória. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁸⁴ afirma que, conquanto seja possível identificar diferenças de redação, o § 3º do art. 461 associa-se ao sistema de antecipação da tutela jurisdicional estruturado no artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁸⁵. Como “antecipação de tutela específica” a hipótese do referido § 3º possibilita a outorga, total ou parcial, da própria tutela requerida – a qual será concedida em

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. (...) p. 69.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 234.

¹⁸⁵ “Na relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, a segunda dessas duas regras deve ser compreendida como *plus* e, face da disciplina geral de antecipação consagrada naquela primeira. Em outros termos, para essas pretensões não há exclusão do regime geral de antecipação (sumariedade da cognição, instrumentalidade, provisoriedade, caráter de urgência), mas o reforço no que diz respeito ao âmbito da atuação da tutela.” TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84) (...) p. 349.

sentença no caso de procedência. Ou seja, ela visa pôr o titular de direito no gozo da própria situação final sonegada pelo obrigado.

Evidentemente, para que a técnica não se torne fonte de injustiças, o magistrado, para exarar decisão antecipando os efeitos da tutela jurisdicional, deve verificar a ocorrência dos pressupostos legalmente previstos. Na disciplina do artigo 461, os requisitos consistem na “relevância do fundamento da demanda” e no “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Embora similares, tais termos não são idênticos aos empregados na redação do artigo 273 do CPC, quais sejam “prova inequívoca da verossimilhança” e “fundado receio de dano irreparável e difícil reparação” (artigo 273, *caput* e inciso I) ou “prova da verossimilhança” e “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (artigo 273, *caput* e inciso II).

Consoante os ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI,¹⁸⁶ a “relevância do fundamento da demanda”, equivalente ao *fumus boni iuris*, dentro do contexto da tutela inibitória, consiste na demonstração da probabilidade de ato ilícito, contrário a direito, e não da probabilidade de dano, que sequer será objeto de prova. O autor deverá comprovar, ainda que de forma sumária, que o ato a ser praticado pelo réu viola o seu direito e deve, assim, ser prontamente inibido.

É pressuposto, portanto, para a existência deste relevante fundamento, que a parte autora convença o magistrado, mesmo que com elementos mínimos, acerca da plausibilidade do direito afirmado. Consoante SÉRGIO CRUZ ARENHART,¹⁸⁷ quando se trata de direito da personalidade, a prova do direito é inata à própria condição de pessoa como tal. Todos que existem possuem tais direitos, independente de qualquer comprovação, de tal modo que a simples afirmação do direito já indica a presença de fumaça do bom direito. Segundo o autor, o qual não ignora que os direitos da personalidade podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais, as referidas situações não influenciam no aspecto probatório, se ligam, sim, à análise jurídica que será realizada pelo magistrado, o qual irá ponderar os interesses em questão.

Além da probabilidade do ilícito, MARINONI¹⁸⁸ refere que deve ser demonstrado o “justificado receio de ineficácia do provimento final”, consubstanciado no “justificado receio” de que ocorra a prática (repetição ou continuação) do ato antijurídico durante o

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva.(...) p. 161.

¹⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p.120.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p.161.

trâmite processual, ou seja, em momento anterior àquele que o provimento final possa ser executado. O jurista italiano ALDO FRIGANI¹⁸⁹ aduz que, no âmbito da antecipação de tutela preventiva, a noção de perigo é diversa da noção de perigo levada em consideração para a concessão da tutela inibitória final. Ela deve relacionar-se, temporalmente, ao momento em que, presumivelmente, irá concluir o julgamento do mérito da ação.

Assumindo posicionamento diverso, CRISTINA RAPISARDA¹⁹⁰ sustenta que a distinção entre a tutela inibitória provisória e final consiste no fato de que, para concessão da primeira, é necessário haver perigo de dano, enquanto que, na última, não se cogita do dano, e sim da mera ocorrência do ilícito. Temos, contudo, que esse entendimento não merece prosperar. É incongruente considerar que tutela concedida de forma provisória visa proteger contra o dano (consequência eventual do ilícito), quando a tutela inibitória final visa proteger somente contra a ocorrência do ato ilícito.¹⁹¹ Sobre o tema, cabe transcrever as palavras de EDUARDO TALAMINI,¹⁹² acerca da tutela preventiva antecipada:

Constatada a procedência do pedido de que a violação ocorra, estará cumprido o requisito. A imposição da máxima preferência pelo resultado específico – na hipótese, só atingível mediante a pronta atuação da tutela preventiva – afasta a necessidade de outro exame acerca de prejuízos. Nesses casos, será descendo cogitar dos danos que derivaram da violação, eis que a própria violação já implicará sacrifício para o titular do direito. A impossibilidade de conseguimento do resultado específico – a qual necessariamente advirá se não concedida a tutela preventiva – será, por si só, “prejuízo irreparável”, que tornará ineficaz o provimento final.

Por fim, no que concerne a reversibilidade da situação advinda da antecipação da tutela inibitória, cabem, no caso, as mesmas ressalvas que a doutrina tem feito ao interpretar o art. 273, § 2º, do CPC. A doutrina e a jurisprudência majoritária apontam que o limite negativo da irreversibilidade não pode ser interpretado ao extremo: não conceder a tutela somente sob esse pretexto, quando preenchidos os demais requisitos, é admitir um dano ao direito do autor, que é provável, apenas para o direito do réu, que é improvável, não fique

¹⁸⁹ FRIGNANI, Aldo. *L' injunction nella comon law e l' inibitória nel diritto italiano* p. 434 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada.. (...) p. 121.

¹⁹⁰ “*In sintesi, i presupposti di esperibilità dell' inibitoria finale non coincidono con quelli non coincido con quelli della' inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. Non sempre, quindi, l' ammissibilità di u' inibitoria finale potrà consentire l' emanazione di un' inibitoria cautelare anticipatoria, poiché sarà necessario verificare, caso per caso, se la condotta illecita che si vuole impedire con la prima forma di tutela sia anche produttiva di imminenti effetti dannosi.*” RAPISARDA, Cristina. Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C ed inibitoria finale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, XLI, p. 140, gennaio- marzo, 1986.

¹⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 122.

¹⁹² TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84) (...) p. 356 -357.

exposto a irreversibilidade.¹⁹³ Ou seja, se é necessário agir de forma imediata, ao juiz cabe tutelar o direito que lhe pareça mais verossímil.

Ademais, no que tange aos deveres de fazer infungíveis e aos deveres de não fazer (que assumem particular relevância no caso dos direitos da personalidade), a tutela antecipada será sempre irreversível, visto que o núcleo do dever é a própria conduta do réu. Não possível é reverter a permanência de uma abstenção por determinado período, como, por exemplo, a proibição de utilizar a imagem de um artista em campanha publicitária. Ainda que, cessada a ordem antecipatória, possa ser feito o que antes era vedado, não há retorno, senão o pecuniário, em relação ao período em que vigorava a abstenção. Aliás, até a antecipação dos deveres de fazer fungíveis será irreversível quando, apesar de existir a possibilidade de realização por terceiros, o elemento essencial consistir na atividade a ser desenvolvida, e não no seu resultado concreto.¹⁹⁴ Conforme ressalta SÉRGIO CRUZ ARENHART¹⁹⁵:

Caso se fixasse a orientação de que a tutela antecipatória não possibilita a irreversibilidade do provimento (§ 2.º do art. 273), então forçoso seria concluir que em raríssimos casos de tutela da personalidade seria possível a concessão de medida liminar, pois, quase sempre, tal concessão importa irreversibilidade do provimento, ao menos no plano fático. [...] Não importa, pois, a possibilidade de que a tutela concedida liminarmente seja irreversível; caso isto seja necessário para a proteção dos direitos da personalidade, a irreversibilidade é cabível.

4.2.2 A atuação da decisão inibitória

Ninguém olvida que toda a teorização sobre a ação inibitória que procuramos expor ao longo do presente trabalho seria completamente inócua se o provimento inibitório final ou provisório não for capaz de concretizar-se no mundo dos fatos. Disso exsurge a necessidade de que se concebam meios capazes de coagir aquele a que a ordem judicial se destinada ao seu cumprimento, isto é, meios capazes de convencer o réu a não realizar o ato ilícito que estava em vias de praticar. Pressupõe-se que a imposição de medidas de pressão psicológica possa induzir o obrigado a cumprir a decisão para evitar um agravamento maior em sua situação, satisfazendo, assim, a tutela específica postulada pela parte autora.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 273

¹⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84). (...) p. 351- 352.

¹⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 130- 131.

PROTO PISANI¹⁹⁶ leciona que, quando se busca a prevenção da violação, visa-se o adimplemento espontâneo por parte do obrigado. A atuação da decisão, portanto, será garantida não pela possibilidade do titular de direito lançar mão de um processo de execução forçada, e sim pela predisposição de medidas coercitivas com o fito de estimular o adimplemento espontâneo. Para o autor, no que tange às obrigações de não fazer, que são infungíveis e, por conseguinte, não podem ser sub-rogadas a terceiros, a sua atuação somente poderá ser obtida através das medidas coercitivas. Em caso de violação de uma obrigação de não fazer objeto de execução forçada poderá derivar não a obrigação originária de não fazer, mas exclusivamente a obrigação derivada de desfazer, restituir ou pagar.

De outro lado, é preciso reconhecer que, conquanto o magistrado possa lançar mão de mecanismos para coagir ou incentivar o cumprimento espontâneo do réu, não poderá, de forma alguma, obrigá-lo à prática de determinado ato – o cumprimento do comando judicial continua dependendo da vontade daquele a quem se destinada. Conforme costuma-se afirmar: “*one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink...*”¹⁹⁷ Evidencia-se, desta feita, a necessidade de que o juiz possa, na impossibilidade de conceder a tutela específica, determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, nos termos do artigo 461, *caput*, do CPC.

Não olvidando as questões expostas, o legislador brasileiro previu, como medida de coerção ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, a multa diária, no artigo § 4º do art.461 do CPC, e, ainda, colocou a disposição do juiz um instrumental de “medidas necessárias” exemplificadas no § 5º do referido artigo. Antes de ingressar em uma análise mais detida dos referidos institutos, cabe destacar que a escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto caberá, sempre, ao juiz da causa, o qual deve levar em conta (i) a efetividade do resultado e (ii) o menor sacrifício ao demandado.¹⁹⁸ Nesse sentido, assevera ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁹⁹:

“ [...]caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes à obrigação personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas”

¹⁹⁶ PISANI, Andrea Proto. “*Appunti sulla tutela di condanna*” apud ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada.(...) p . 185.

¹⁹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 213.

¹⁹⁸ Cabe frisar que o juiz não ficará, necessariamente, vinculado às medidas eventualmente postuladas pelo autor.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. (...) p. 252.

4.2.2.1 As *astreintes* previstas no § 4.º do art. 461 do CPC

Na atual configuração da tutela das obrigações específicas, as multas periódicas, também denominadas *astreintes*, encontram manifestação em quatro ocasiões: (i) no § 2º do art. 461, ao ditar a regra de cumulação da multa com possíveis perdas e danos, (ii) em seu § 4º, ao autorizar o juiz a impô-la e estabelecer normas para seu dimensionamento, (iii) no § 5º, do mesmo dispositivo, ao reafirmar esse poder do magistrado e associar as *astreintes* ao cumprimento da obrigação originária ou à obtenção do resultado prático equivalente e, por fim, (iv) no § 6º do art. 461, concedendo ao juiz poderes para alterar a periodicidade e o valor da multa.²⁰⁰

ENRICO TULLIO LIEBMAN²⁰¹, apoiando-se na definição do jurista francês Planiol, conceitua a *astreinte* como: “[...] a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atrasado (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.”

Na lição de GUILHERME RIZZO AMARAL,²⁰² a multa deve ser tida como medida coercitiva que objetiva pressionar o devedor a cumprir a decisão judicial, e não reparar os prejuízos pelo descumprimento desta. O destinatário da ordem – ameaçado pela incidência da multa que, sobrevindo por tempo indefinido, pode galgar valores maiores que da obrigação principal – é incentivado a defender seu patrimônio por meio do cumprimento da ordem judicial. Permite-se, desta feita, a efetivação da tutela jurisdicional postulada pelo autor. Conforme assinala SÉRGIO CRUZ ARENHART,²⁰³ dentre cumprir a ordem judicial ou sofrer gravame financeiro imposto com a ameaça, o obrigado, ciente da desvantagem que representa o pagamento da prestação pecuniária, tende a optar, voluntariamente, pela primeira conduta.

Conquanto, em sua origem, as *astreintes* fossem justificadas sob a ótica da indenização, logo foi estabelecido seu caráter coercitivo. Nesse contexto, na hipótese de tutela inibitória, não há de se confundir a multa e a eventual indenização. Se o réu não

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma.(...) p. 235.

²⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. (...) p.233.

²⁰² AMARAL, Guilherme Rizzo. As *astreintes* e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 e outras. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

²⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 193.

cumpra a ordem inibitória, praticando o ato ilícito que se visava coibir, a multa será devida independentemente do eventual dano que tenha advindo do ato ilícito e mereça, portanto, reparação. Assim como a tutela inibitória prescindir do dano, a multa em nada se relaciona com a indenização relativa ao dano. Se não fosse desse modo, a tutela inibitória seria inócua, pois o réu, ainda que sem cumprir a ordem inibitória, responderia somente pelo eventual dano que viesse a provocar.²⁰⁴ Nesse sentido, elucida KAZUO WATANABE²⁰⁵:

A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461.

É precípuo destacar que, para que a *astreinte* se torne um mecanismo adequado para obter o cumprimento da ordem judicial, deve ser fixada em um valor adequado ao caso concreto. O juiz necessita estabelecer um montante que efetivamente influencie no comportamento do demandado, o qual pode, inclusive, constituir *quantum* superior ao bem jurídico requerido. Desta feita, na fixação da multa, o magistrado deve levar em conta circunstâncias como a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência e eventuais vantagens que descumprimento pode lhe causar, bem como pautar-se sempre pelo princípio do “menor sacrifício”. Em nada influencia no montante, todavia, o valor dos danos possivelmente derivados da violação.²⁰⁶

Ademais, é certo que o valor da multa poderá ser alterado, para mais ou menos, conforme variem as circunstâncias concretas. O cumprimento de uma parte do comando judicial, por exemplo, pode ensejar sua diminuição, enquanto que a persistência no descumprimento é apta a ensejar o seu aumento.²⁰⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI afirma que, em relação à tutela inibitória, a aplicação de uma multa por dia de atraso na interrupção do ato antijurídico só tem eficácia nos casos em que se requer a cessão do ilícito, ou seja, nos casos de ilícito continuado. Agora, quando se pretende impedir a prática ou a repetição de um ato ilícito, é perfeitamente possível a imposição de multa em valor fixo. Segundo o autor “[...] à alusão a multa diária, presente nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não impede que a multa seja empregada de outra forma, pois o que deve servir de parâmetro para a fixação da multa

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva (...) p. 183.

²⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC) (...) p. 46.

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84). (...) p. 247 a 249.

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 249.

capaz de permitir a efetiva ‘tutela das obrigações de fazer e não fazer’ *são as características do próprio caso concreto apresentado ao juiz*”.

Cabe, ainda, referir que há uma expressiva discussão doutrinária no que tange ao momento de exigibilidade da quantia devida a título de multa, ou seja, acerca do momento a partir do qual o credor poderá cobrá-la. Consoante CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,²⁰⁸ quando as multas são fixadas em sentença ou acórdão não há maiores dificuldades: o valor das multas só é exigível a partir do trânsito em julgado do preceito mandamental, porque, antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação de fazer ou não fazer cessa, também, a cominação.

No caso da multa fixada provisoriamente, em decisão liminar, contudo, a doutrina aparece bem dividida. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁰⁹ entende que as *astreintes* só serão exigíveis após o trânsito em julgado da sentença. Para eminente doutrinador, enquanto não houver certeza quanto à palavra final do Poder Judiciário sobre a obrigação principal, a própria antecipação de tutela pode ser revogada, e, com ela, *as atreintes*.

No mesma linha de pensamento, LUIZ GUILHERME MARINONI²¹⁰ sustenta que é irracional admitir que o autor seja beneficiado pelo produto da multa quando a própria jurisdição concluiu que ele não possui o direito que afirmou estar presente no momento em que concedida a tutela antecipatória. Se é correto que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, também não pode beneficiar o autor que não tem razão apenas porque o réu não cumpriu a ordem exarada pelo Estado-juiz. Consoante o doutrinador, o que influi na vontade do réu é a “ameaça do pagamento da multa”, a qual não perde seu poder de coerção somente porque o réu sabe que não terá que pagá-la no caso de o julgamento final não confirmar a tutela antecipatória.

Assumindo posicionamento contrário, SÉRGIO CRUZ ARENHART²¹¹ afirma que a multa fixada provisoriamente é exigível ainda que em caso de improcedência final da ação. Isso porque a função da multa é justamente garantir a obediência da ordem judicial. A confirmação da decisão ou não, no futuro, conforme o autor, pouco importa para a efetividade daquela decisão. Quando o réu não cumpre a ordem exarada, não ocorre somente o inadimplemento de um comando do Estado-juiz, e sim verdadeira transgressão de uma ordem

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma.(...) p. 240.

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 240-214.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva (...) p. 190.

²¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. (...) p. 201.

presumidamente legal. ARENHART²¹² argumenta que, no caso de adoção de entendimento distinto, explanado anteriormente:

[...] aberta estaria a porta para o descumprimento de qualquer meio coercitivo imposto em termos provisórios. A parte, a quem incumbe o cumprimento da ordem, sabendo ser ela passível de mudança com a sentença, não tem estímulo para o cumprimento voluntário da ordem, já que: em cumprindo, não terá nenhum benefício; em não cumprindo, sujeita-se à sorte de suas alegações no processo e à eventualidade de sucesso em sua defesa. Põe-se por terra todo o esforço do jurista no intuito da efetividade do processo. [...] Se a busca é por um processo efetivo e pela preservação da autoridade do juiz – que pode, então, dar ordens com *imperium* –, é necessário desvincular-se totalmente a exigência da *astreinte* do resultado final do processo.

4.2.2.2 As “medidas necessárias” autorizadas pelo § 5.º do art. 461 do CPC

O parágrafo 5º do artigo 461 permite ao 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”. Assim, pela própria redação do artigo é possível inferir que a enumeração das denominadas “medidas necessárias” ou “medidas de apoio” não é exaustiva – foi conferido ao juiz amplo poder para analisar qual medida é mais adequada ao caso concreto. Sobre essa quebra do dogma da tipicidade das formas executivas, cabe transcrever as palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI²¹³:

[...] a tomada de consciência de que os procedimentos não podem ficar distantes do direito material, ou de que devem ser construídas tutelas jurisdicionais adequadas às diversas situações de direito substancial, obrigou ao abandono da ideia da tipicidade das formas executivas, levando às disposições dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC. [...] é imprescindível não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas também que o juiz tenha amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada diante do caso concreto.

Ademais, resta positivo que as providências relacionadas poderão ser utilizadas para a “efetivação da tutela específica” ou para a “obtenção de resultado prático equivalente”. Desta feita, cioso de TALAMINI,²¹⁴ o parágrafo 5º autoriza não só a utilização de medidas subrogatórias, que prescindem da participação do devedor, mas também confere ao juiz poderes para imposição de outros meios coercitivos – além das *astreintes* – destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu e, assim, estimular seu cumprimento espontâneo.

²¹² *Ibidem* p. 203.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Individual e coletiva. 5 ed. (...) p. 193- 194.

²¹⁴ TALAMINI, Eduardo. A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84). (...) p. 268.

Conquanto não constituam número elevado, há casos em que a cominação de multa diária não tem o condão de induzir o destinatário da ordem ao seu cumprimento. Como exemplo, sobressaem os casos envolvendo conflitos de massa. Pode ser que, para a empresa que pretende praticar, repetir ou dar continuidade a determinado ato ilícito, a imposição de multa se torne inócua. Isso porque, mesmo elevado, o valor da multa pode ser repassado ao preço do produto ou serviço oferecido. Em casos como esse, é concebível recorrer a outras formas de pressão, tais como a divulgação diária, em meios de comunicação, de nota informando ao público que o réu descumpra ordem judicial, o sequestro de bens do réu até que cumpra a ordem exarada ou, conforme uma parcela doutrinária, até mesmo, a prisão civil em decorrência da desobediência à ordem judicial.²¹⁵

Ocorre que, nem sempre, as medidas coercitivas serão suficientes para efetivar a tutela inibitória, visto que a atuação de tais mecanismos, além de presumir uma maior dilação temporal, não prescinde da vontade e do ato do obrigado. É necessário, assim, que, mesmo diante da desobediência do réu, o magistrado possa valer-se de medidas que alcancem o “resultado prático equivalente” ao cumprimento da decisão inibitória. Permite-se que medidas executivas sub-roguem o ato do réu por ato do órgão judicial. Ou seja, com o fito de impedir a prática, continuação ou repetição do ilícito “o Estado fará aquilo que deveria o demandado ter feito espontaneamente, ou algo diverso, mas que conduza a relação jurídica tratada nos autos ao mesmo resultado final a que se chegaria com o adimplemento espontâneo”²¹⁶

ADA PELLEGRINI GRINOVER²¹⁷ ressalta que é preciso tomar-se “*cum grano salis*” a afirmação de que as obrigações de não fazer são sempre infungíveis e, por isso, não admitem o emprego de meios de sub-rogação para satisfazer o direito do credor independente da vontade do obrigado. Consoante a autora, somente se a obrigação for fato naturalmente infungível²¹⁸ é que não se poderá sequer cogitar de meios sub-rogorios. Há casos em que, da proibição violada, surge uma obrigação de fazer que carrega o necessário para repor o *status quo ante*.

²¹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 206- 211.

²¹⁶ *Ibidem* p. 213-124.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. (...) p. 252.

²¹⁸ Conforme KAZUO WATANBE, estar-se-á diante de *infungibilidade prática* quando ao titular do direito interesse somente o ato do próprio devedor. Nesses casos, a execução específica da obrigação de fazer somente poderá ser alcançada com a colaboração do devedor. Já nos casos de *infungibilidade jurídica*, importa o resultado prático-jurídico equivalente ao ato do devedor, e não o próprio ato deste. Nessas hipóteses, a infungibilidade é meramente aparente. - WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC). (...) p. 41-42.

Como exemplo, pode-se apontar a obrigação de não-poluir, a qual pode ser resolvida mediante a instalação de filtro ou sistema de tratamento no estabelecimento de determinada empresa (obrigação de fazer). Se a obrigação de fazer também não for cumprida pelo réu, ainda restará a possibilidade de determinar a instalação do filtro por um terceiro, ou, ainda, interditar o estabelecimento até que o filtro seja instalado.²¹⁹

Situação semelhante ocorre quando há ameaça de violação de direito autoral ou de direito da personalidade praticada por uma empresa jornalística. Nesse caso, pode o magistrado, se entender cabível, lançar mão de meios sub-rogação que satisfaçam o interesse do credor independente da vontade do obrigado, tais como a apreensão do material impresso, por exemplo.²²⁰

Segundo JOAQUIM FELIPE SPADONI²²¹, há casos em que a própria urgência na proteção do direito da personalidade justifica que se opte por utilizar imediatamente meios de sub-rogação, em vez de meios de coerção ou pressão psicológica como as *astreintes*. O autor toma como exemplo o caso em que é consabido que, no dia seguinte, um jornal irá publicar nota atentatória contra à honra de um indivíduo. Nessa hipótese, conceder ao réu a oportunidade de fazer circular o jornal, mesmo que sob pena de multa, é por em risco a única efetividade que a prestação inibitória pode possuir, qual seja evitar a circulação da publicação. Mais eficaz e seguro, portanto, seria a pronta intervenção fática do Judiciário, adotando providências que impeçam o ato atentatório ao direito à honra.

Destaca-se, por fim, que os mecanismos que permitem o alcance, mediante atividades estatais imperativas, da “situação jurídica final” que o cumprimento espontâneo da obrigação de fazer ou não fazer produziria, não interfere na dignidade da pessoa, tampouco em sua liberdade de querer ou não querer.²²² Nas valorosas palavras de KAZUO WATANABE²²³:

Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente. Não se pode esquecer, porém, que nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela dos direitos patrimoniais, como a ação de despejo [...] E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade. **Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, quais**

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. (...) p. 255.

²²⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. (...) p. 168- 169.

²²¹ *Ibidem*. p. 207.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. (...) p. 202.

²²³ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC). (...) p. 45-46

ligados aos direitos da coletividade à qualidade de vida ou os direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc.) possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? [grifo nosso]

4.3 A proteção dos tribunais aos direitos da personalidade

Conquanto a teorização acerca da tutela inibitória ainda seja razoavelmente nova na doutrina processual brasileira, já há registros, nos Tribunais de Justiça de diversos estados da Federação, de julgados aplicando o artigo 461 do CPC com o fito de evitar a prática e, fundamentalmente, a continuação ou a repetição de ato ilícito relativo a direito da personalidade.

É possível encontrar um número significativo de julgamentos em que a pretensão de uma proteção preventiva do direito à honra ou à imagem da parte autora entra em conflito aparente com o direito à informação ou à liberdade de imprensa, visto que, como é consabido, não há uma prevalência abstrata de um sobre o outro. Sobre o tema, GILMAR FERREIRA MENDES²²⁴ leciona que a Constituição Federal confiou significado especial aos direitos da personalidade, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação deve observar o disposto na Constituição, especialmente, o disposto no art. 5º. Sendo assim, pode-se considerar legítima a concessão de tutela jurisdicional contra a violação dos direitos da personalidade ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação. O Em. Ministro destaca que, no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito, deve o Tribunal esforçar-se para assegurar a aplicação de ambas as normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, alguma acabe sofrendo atenuação.

No Agravo de Instrumento nº 610.551-7, do Tribunal de Justiça do Paraná, os magistrados negaram provimento ao recurso interposto por empresa de radiodifusão, a qual pretendia reformar a decisão que deferiu a antecipação de tutela inibitória postulada pela parte autora. A decisão agravada determinava, sob pena de multa, que os réus se abstivessem de transmitir matérias com conteúdo e palavras pejorativas em relação ao autor, Prefeito Municipal. Comprovada a probabilidade de que os réus voltassem a perpetrar o ato atentatório

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação legislativa, nº 122, ano 31, p. 301, abril/junho, 1994.

à honra do e ao nome do autor até o provimento final da medida inibitória, teve-se por presentes os requisitos para a concessão de antecipação de tutela inibitória. Os magistrados ressaltaram que, no caso, tal medida, não importa em violação ao direito de liberdade de imprensa, tampouco se trata de censura prévia. Em seu voto, o DESEMBARGADOR LUIZ LOPES assevera que:

[...] é evidente que a emissão dos qualificativos pejorativos propalados em seguida pelo radialista para se referir ao Prefeito, em qualquer contexto, mesmo em relação a pessoas públicas ou que desfrutem de notoriedade, se mostram desnecessários, mormente quando não possuem relação com as idéias [sic] e opiniões difundidas, como no caso em apreço, revelando-se dispensáveis para a formação da opinião pública. **Neste panorama, se extrai o fumus boni iuris, ou seja, a probabilidade de que os requeridos voltem a perpetrar, na sua programação, tais adjetivos para se referir ao autor. Da mesma forma, é patente o receio de que tais expressões ditas ofensivas, sejam utilizadas pelos requeridos novamente na programação da rádio, antes do provimento final acerca da concessão ou não da tutela inibitória, ou seja, durante o curso do processo [grifo nosso].**²²⁵

No mesmo sentido, destaca-se o seguinte julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TUTELA INIBITÓRIA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DE CONDOTA. MANIFESTAÇÕES DIFAMATÓRIAS E CALUNIOSAS. DIREITO À HONRA. DIREITO À INFORMAÇÃO. JUÍZO DE PONDERAÇÃO.

1. A tutela inibitória pleiteada possui respaldo no disposto no artigo 461, do CPC, inexistindo qualquer óbice à sua concessão mesmo em sede de antecipação de tutela, conforme garantido pelo artigo 273, §7º, e 461, §3º, do mesmo diploma processual. No caso específico da tutela inibitória, todavia, não se perquire a respeito da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim, unicamente, da plausibilidade de que venha a ser praticado ato ilícito, ou de que esse possa vir a se repetir. Tal pretensão, por outro lado, nunca é demais ressaltar, não resulta em qualquer violação ao direito de liberdade de outrem, mesmo de imprensa, uma vez que visa evitar a perpetuação de ofensa a direito personalíssimo.

2. Especificamente no que se refere ao direito à honra, a *tutela inibitória* é aquela que efetivamente se mostra apta a resguardar os interesses do ofendido em face do ofensor, mormente em razão de sua inviolabilidade, conforme preconizado pelo artigo 5º, inciso X, da CF/88. Hipótese em que os réus, através de diversos meios de comunicação, vêm lançando imputações difamatórias e caluniosas a respeito dos demandantes, sem o mínimo adminículo probatório, excedendo-se no seu direito à informação e à crítica. Tutela inibitória concedida, com cominação de multa por descumprimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.²²⁶

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do PR. Agravo de Instrumento nº 610.551-7. Décima Câmara Cível. Agravante: Rádio Difusão Litoral LTDA. Agravado: Rudisney Gimenes. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 19/11/09.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de Instrumento nº 70027835941. Nona Câmara Cível. Agravantes: Paulo Eduardo de Almeida Vieira e Nilton Luis Elsenbruch Filomena. Agravados: Mauri Martinelli, Vitor Edison Calsado Vieira e João Valdir de Godoy. Relator: Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 19/12/08.

De outra banda, nas decisões encontradas, também é possível perceber uma preocupação em não restringir demasiadamente a liberdade de imprensa, de modo a retirar a sua proteção. No AI nº 0256172-61.2012.8.26.2012,²²⁷ do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, entendeu-se pela inexistência de lesão à honra capaz de restringir a liberdade de imprensa. Cosoante os julgadores, a veiculação de notícia incluindo o nome do agravante como suspeito de integrar grupo determinado à dar cabo à vida de um promotor de justiça tratava-se de mera reprodução de achados investigativos do GAECO e da polícia, sem qualquer desvirtuamento. Os desembargadores ressaltaram que a reportagem, inclusive, esclareceu que o suspeito negava qualquer acusação. Entenderam, portanto, ser descabida a concessão de tutela inibitória antecipada para o fim de evitar a repetição de novas veiculações, tanto escritas, como em formato digital, com semelhante conteúdo.

Cabe destacar, ainda, como exemplo representativo de proteção preventiva à imagem e à vida privada, a Apelação 0243511-47.2009.8.19.0001, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Trata-se recurso interposto em ação ajuizada por Sasha Meneghel Szafir, representada por sua mãe, a apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, contra a emissora TV Omega Ltda. Afirmou a parte autora que a ré é produtora do programa “Pânico na TV”, o qual apresentou quadro em que um de seus integrantes representou Sasha de maneira jocosa, com a clara intenção de ridicularizá-la devido erro ortográfico cometido ao escrever em sua rede social. Requereu-se, assim, a concessão de tutela inibitória para que a ré se abstenha de exibir, novamente, em qualquer meio de telecomunicação, quadro que faça menção à menor. A sentença julgou procedente a ação, gerando inconformidade da parte ré. No julgamento do recurso, os magistrados entenderem não assistir qualquer razão à parte ré. Em seu voto, acompanhado pelos demais julgadores, o DESEMBARGADOR GILBERTO DUTRA MOREIRA, destacou que, conquanto as emissoras de televisão tenham o direito de exibir a imagem de pessoas públicas, nunca poderão fazê-lo com a intenção de constranger e desrespeitar a imagem destas, conforme se deu no caso em análise, em que não havia qualquer intenção de informar, e sim de humilhar a menor. Consoante bem consignou o douto julgador:

[...] embora, a atividade jornalística deve [sic] ser livre para informar a sociedade acerca dos fatos cotidianos de interesse público, bem como divertir e entreter, sempre em observância às normas constitucionais, é vedado a exibição de programas, que exponham indevidamente à intimidade ou acarretem danos à honra e a imagem dos indivíduos, como ocorreu, in casu. Ainda que a apelante alegue que se trata de programa humorístico, verifica-se na espécie a situação vexatória e

²²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do SP. Agravo de instrumento nº 0256172-61.2012.8.26.2012. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Luciano Moreira Agravada: Empresa de Publicidade Rio Preto LTDA. Relator: Des. José Joaquim dos Santos. Julgado em: 29/01/13.

humilhante a que foi exposta a autora-apelada [...] Assim, a proibição de exibição determinada no caso em comento não pode ser caracterizada como censura prévia.²²⁸

Dos referidos julgados pode-se perceber que a tutela inibitória tem se mostrado meio bastante efetivo para proteção dos direitos de personalidade. Contudo, o número de julgamentos em que é deferida uma tutela ressarcitória dos direitos da personalidade ainda demonstra-se assaz elevado em relação ao número de julgados em que se alcança a concessão de tutela preventiva. É precípua, portanto, que, cada vez mais se trabalhe em depurar os aspectos dogmáticos envolvendo a ação e a tutela inibitória para que os operadores do direito passem a lidar naturalmente com a tutela preventiva, a única realmente adequada para a tutela de direitos não patrimoniais.

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RJ. Apelação nº 0243511-47.2009.8.19.0001. Décima Câmara Cível. Apelante: TV Omega LTDA. Apelada: Sasha Meneghel Szafir. Relator: Des. Gilberto Dutra Moreira. Julgado em: 25/08/10.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou, primeiramente, uma digressão sobre o tema da tutela jurisdicional dos direitos e sua relação com as mudanças sociais e com o desenvolvimento do Processo Civil como ciência. Posteriormente, adentrou-se no delineamento da tutela inibitória, baseada nos estudos da doutrina italiana e brasileira, capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni. Seguiu-se uma análise dogmática dos direitos da personalidade, demonstrando os motivos de sua natural afinidade ao instituto da tutela inibitória. Por fim, estudaram-se os aspectos centrais no que tange a operativização da tutela inibitória, bem como analisou-se como os tribunais estaduais vem aplicando, na prática, a tutela preventiva dos direitos da personalidade. Vencida a exposição do tema, cabe resumir as principais conclusões alcançadas ao longo do trabalho, dentre as quais destacam-se:

1. O modelo de processo civil clássico, centrado na tutela pelo equivalente monetário, instrumentalizada por meio da sentença condenatória e da execução por expropriação, não responde a uma sociedade complexa e conflitual, que conta com a presença de inúmeros direitos além dos meramente privatísticos. O advento de “novos direitos” de índole não patrimonial, como direitos da concorrência, direito ambiental, direitos da personalidade, dentre outros, despertaram, na processualística contemporânea, a preocupação em aprofundar o estudo no tema da tutela dos direitos e propor-se, assim, uma nova classificação de tutela dos direitos, permeada pelo direito material.

2. Nesse contexto, exsurge a relevância da tutela ressarcitória na forma específica. Tal espécie de tutela visa proporcionar a restituição *in natura* do bem lesado, e não simplesmente seu equivalente pecuniário. Ademais, entendemos, que, no caso de alguns direitos, principalmente em relação aos que envolvem obrigações de não fazer, para que a tutela seja realmente efetiva, é necessário evitar a consumação da lesão. Isso porque caso ocorra ato ilícito seguido dano, este não poderá ser ressarcido de maneira que interesse para o titular do direito atingido. Devido essa constatação, advém a importância de uma tutela preventiva, que pode denominar-se inibitória, capaz de impedir a prática, a continuidade ou a repetição de ato antijurídico.

3. Institutos como a ação comonitória e a cautelar inominada não são adequados para a prestação de uma tutela preventiva genérica. A primeira, em síntese, porque somente permite a cominação da pena pecuniária no caso de descumprimento da *sentença* (art. 287 do CPC). A segunda, por sua vez, porque objetiva tão somente preservar o direito a outra tutela, e não efetivamente realizá-lo.

4. Temos que já é possível encontrar, no ordenamento brasileiro, fundamentos normativos capazes de legitimar a postulação de uma tutela preventiva genérica. Destacam-se, no caso da tutela inibitória individual: (i) o artigo 461 do Código de Processo Civil, (ii) o artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal e (iii) o artigo 12, *caput*, do Código Civil – no caso específico de tutela inibitória dos direitos da personalidade.

5. Para a concessão da tutela inibitória, deve estar presente a ameaça de ato ilícito, a qual deve ser comprovada mediante aspectos fáticos objetivos que consubstanciem o justo receio de lesão a direito. Não há espaço, na ação inibitória, para discussão do dano ou da culpa. Ademais, compartilhamos do entendimento segundo o qual, no caso dos direitos da personalidade – em que, por vezes, é extremamente difícil a demonstração concreta da ameaça – é adequada a utilização da teoria da “redução do módulo de prova”. Isso porque, em diversos casos, exigir mais que elementos indiciários equivale a impossibilitar-se, totalmente, a tutela preventiva de tais direitos.

6. No que tange as hipóteses de tutela inibitória expressas no ordenamento brasileiro, é cediço que evidenciam uma excessiva preocupação do legislador com direitos patrimoniais e fundamentalmente, com o direito de propriedade. Diferentemente do ordenamento italiano, não há, no direito brasileiro, menção textual expressa acerca da tutela inibitória de direitos extrapatrimoniais. Pensamos que tal constatação reflete uma inversão de valores da sociedade contemporânea, que, equivocadamente, acabou refletindo nas opções político-legislativas que orientaram a criação do Código de Processo Civil.

7. Embora a doutrina não seja pacífica na conceituação dos direitos da personalidade, tampouco na exposição de suas características, é possível encontrar alguns pontos de convergência. Todos estudiosos do tema, seja eles constitucionalistas ou civilistas, identificam os referidos direitos como ligados à condição de ser humano como tal e, por conseguinte, relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana. São, assim, direitos essenciais ao

desenvolvimento da pessoa, sem os quais os outros direitos subjetivos ficam sem qualquer interesse.

8. Devido essa ímpar importância dos direitos da personalidade e a impossibilidade de “monetização” destes, conclui-se que é preciso consagrar a tutela inibitória como a espécie de tutela capaz de prestar-lhes a adequada proteção. A indispensabilidade de uma tutela preventiva, a nosso ver, decorre de três motivos centrais. Primeiramente, resta evidente que a tutela ressarcitória não satisfaz o interesse daquele que foi lesado em um direito da personalidade, porquanto não se pode pagar por algo que não tem preço, como o direito à imagem, à honra, ao nome, etc. Em segundo lugar, no mais das vezes, os direitos da personalidade envolvem deveres de abstenção, que, se descumpridos, não podem ser recompostos. Nesses casos, resta apenas o reestabelecimento de nova obrigação, cujo conteúdo consistirá no pagamento de quantia, configurando verdadeiro “prêmio de consolação”. Por fim, a tutela preventiva dos direitos da personalidade relaciona-se à necessidade social de garantir a observância das normas jurídicas. Não é razoável que os direitos de personalidade, amplamente prestigiados no ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro, somente possam ser alcançados mediante observância espontânea da conduta.

9. No que tange a operativização da tutela inibitória, cabe ressaltar que se dará mediante provimento mandamental – que conjuga a ordem à possibilidade de utilizar medidas coercitivas –, bem como mediante provimento executivo *lato sensu*, que, em alguns casos, é conjugado ao provimento mandamental.

10. Evidenciou-se, ainda, a necessidade de que a ação inibitória autônoma comporte a utilização da técnica da antecipação de tutela, já que há risco considerável de que o ato ilícito que se visa evitar consuma-se antes mesmo de exarada a sentença – o qual se apresenta ainda mais expressivo quando em questão os direitos da personalidade. Em nosso entendimento, está com razão a parcela da doutrina que acredita ser necessário demonstrar, para concessão da antecipação de tutela, (i) a probabilidade de ato contrário ao direito e (ii) o justo receio de ocorrência do ato ilícito durante o trâmite processual.

11. Restou clara, também, a importância das *astreintes*, previstas no § 4º, do art. 46, do CPC, bem como das denominadas “medidas necessárias”, expostas no § 5º, do art. 461, do

CPC, como instrumentos de coerção indireta, e no caso das “medidas necessárias”, também como meios de sub-rogação da vontade do réu.

12. Por fim, a análise de julgados de Tribunais de Justiça estaduais, nos permitiu verificar que já existe um número significativo de casos em que há concessão de tutela inibitória quando identificado risco de violação do direito à honra, ao nome, à imagem e à vida privada. Ocorre que, de regra, tais casos se limitam evitar a continuação ou a repetição do ato antijurídico, não a inibição *tout court* do ilícito. Ademais, o número de casos em que se verifica a tutela preventiva dos direitos da personalidade ainda é bastante inferior em relação aos casos em que se identifica a tutela ressarcitória do dano causado.

13. Desta feita, acreditamos que é precípua que a utilização ação inibitória ganhe cada vez maior amplitude na prática jurisdicional, porquanto essa é instrumento imprescindível para efetivação de direitos extrapatrimoniais, dentre os quais sobressaem os direitos da personalidade. Mesmo não havendo um dispositivo tratando especificamente acerca tutela inibitória, temos que a atual configuração do Código de Processo Civil já permite, como denotado ao longo do trabalho, a adequada utilização da tutela inibitória – única capaz de tutelar preventivamente todas as situações as de direito material carecedoras de proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza. **A tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, n. 80, ano 20, p. 103-110, outubro/dezembro, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito civil. Introdução**. 4 ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 e outras**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo**. 6 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. Vol I.V. Processo Cautelar**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança. Comentários às Leis n. 1.533/51, 4348/64 e 5.021/66**. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. (Código de Processo Civil de 1939)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. Lei nº. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm> Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. Lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do PR. Agravo de Instrumento nº. 610.551-7. Décima Câmara Cível. Agravante: Rádio Difusão Litoral LTDA. Agravado: Rudisney Gimenes. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 19/11/09.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RJ. Apelação nº. 0243511-47.2009.8.19.0001. Décima Câmara Cível. Apelante: TV Omega LTDA. Apelada: Sasha Meneghel Szafir. Relator: Des. Gilberto Dutra Moreira. Julgado em: 25/08/10.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de instrumento nº. 70027835941. Nona Câmara Cível. Agravantes: Paulo Eduardo de Almeida Vieira e Nilton Luis Elsenbruch Filomena. Agravados: Mauri Martinelli, Vitor Edison Calsado Vieira e João Valdir de Godoy. Relator: Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 19/12/08.

BRASIL. Tribunal de Justiça do SP. Agravo de instrumento nº. 0256172-61.2012.8.26.2012. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Luciano Moreira Agravada: Empresa de Publicidade Rio Preto LTDA. Relator: Des. José Joaquim dos Santos. Julgado em: 29/01/13.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana, 2004. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12 ed. rev. e a atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A reforma da reforma.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Processual Civil.** Vol. I. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Tutela jurisdicional.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 334, ano 92, p. 19-41, abril/maio/junho 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais.** 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Manual de Direito Civil. Vol. I.** 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GIANESINI, Rita. **Ação de nunciação de obra nova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Orlando. **Introdução do Direito Civil.** 12 ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela preventiva das liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança.** Revista AJURIS, Rio Grande do Sul, v. 22, ano VIII, p. 102-116, julho, 1981.

_____. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ITÁLIA. Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262). Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>> Acesso em: 06 dez. de 2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. Procedimentos Especiais.** 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAFFINI, Rafael de Cás. **Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito material e o processo.** Revista AJURIS, Rio Grande do Sul, v.76, ano XXVI, p. 263-283, dezembro, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos direitos.** 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela Inibitória. Individual e coletiva.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo.** 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; _____ e SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.** Revista dos Tribunais, v. 789, ano 90, p. 21-47, julho, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem.** Revista de Informação legislativa, nº 122, ano 31, p. 301, abril/junho, 1994.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid.** Revista de Processo, n. 183, ano 35, p. 165-194, maio, 2010.

_____. **Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória.** Revista de Processo, v. 197, ano 36, p. 27-66, julho, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas.** Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, v. 20, ano V, p. 61-79, 4.º trim., 1979.

_____. **Processo civil e direito a preservação da intimidade.** In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil.** Revista dos Tribunais, v. 436, ano 61, p. 13-19, fevereiro, 1972.

_____. **Tutela sancionatória e tutela preventiva.** Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 18, ano V, p. 123-132, 2º trim., 1979.

MUNIZ, Antônio Severino. **Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1983.

MURITIBA, Sérgio Silva. **Tutela inibitória e os direitos da personalidade.** Revista de Processo, n. 122, ano 30, p. 22-39, abril, 2005.

NEVES, Alessandra Helena. **Direito de autor e direito à imagem.** À Luz da Constituição Federal e do Código Civil. Curitiba: Juruá, 2011.

NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica- Problemas Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Direitos da personalidade.** Revista Pensar, Fortaleza, v. 3, nº 3, p. 5-19, janeiro, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Franciso Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo VII.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado das ações. Tomo I.** Campinas: Bookseller, 1998.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitória.** Padova: CEDAM, 1987.

_____. **Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C ed inibitoria finale.** Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 1, XLI, p. 138-149, gennaio-marzo, 1986.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. 3. Processo Cautelar (Tutela de urgência).** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica.** 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Sentença e Coisa Julgada.** 3 ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1995.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84).** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos.** *Revista de Processo*, n. 59, ano 15, p. 72-97, julho-setembro, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil. Vol 1. Parte Geral.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 CPC).** *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.