

AS AÇÕES INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

(na dimensão do direito ambiental)

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

1 Tutela inibitória

1.1 Introdução

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

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

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à idéia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria “certamente la *più energica*”, mas também “la *più preoccupante*, come è di tutte le prevenzioni che possono *eccessivamente limitare l’umana autonomia*”.¹

A ação inibitória é conseqüência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial.² Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de

¹ BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 428.

² No direito brasileiro, sobre o tema da tutela inibitória, além dos livros de nossa autoria, *Tutela inibitória e Tutela específica* (São Paulo, RT, 2003 e 2001), ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000; Idem. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003;

teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.

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

1.2 Fundamentos da tutela inibitória

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

MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. *Revista de Direito Processual Civil* 24; Idem. *Tutela específica do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003; TESSLER, Luciane Gonçalves. A possibilidade da majoração da multa coercitiva para a prestação da tutela inibitória. *Revista de Direito Processual Civil* 21; DEL CLARO, Roberto Benghi. A tutela inibitória na proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Processual Civil* 19; KAZMIERSKI, Cleide. A ineficiência do art. 287 do CPC para a proteção do direito à exclusividade no uso da marca. *Revista de Direito Processual Civil* 20; PEREIRA, Luiz Fernando. Tutela inibitória na proteção de marca comercial. *Revista de Direito Processual Civil* 20; Idem. *Tutela jurisdicional da propriedade industrial*. 2003. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba; AMARAL, Rafaela Almeida do. Tutela inibitória e concorrência desleal. *Revista de Direito Processual Civil* 21. No direito italiano, ver, entre outros: FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974; Idem. Inibitoria (azione), *Enciclopedia del diritto*, v. 21, p. 559 e ss.; Idem. Azione in cessazione, *Novissimo Digesto Italiano* (appendice I), 1980, p. 639 e ss.; Idem, Inibitoria (azione), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1 e ss.; RAPISARDA, Cristina. Inibitoria, *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 475 e ss.; _____; TARUFFO, Michele. Inibitoria, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1 e ss.; MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Milano: Giuffrè, 1987; LIBERTINI, Mario. La tutela civile inibitoria. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989. p. 315 e ss.; MONTESANO, Luigi. Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, p. 775 e ss.; MAUGERI, Maria Rosaria. *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*. Milano: Giuffrè, 1997. No direito argentino, ver, entre outros, PEYRANO, Jorge Walter. La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual. *J. A. Lexis Nexis*, n. 6, p. 6, de 08.05.2002, *Revista de Direito Processual Civil* (Genesis Ed.), v. 29; LORENZETTI, Ricardo Luiz. La tutela civil inibitoria, *La Ley*, 1995-C, p. 1217 e ss.; NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, *La Ley*, 1996-A, p. 1246 e ss.; GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. La tutela inibitoria contra daños. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999, p. 2.

o ressarcimento do dano.

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

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

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

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

A ação *cautel*ar, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero *instrumento* de outra. Imaginar que a ação inibitória é *instrumental* exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como

aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como *instrumento de outra*, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma *ação cautelar* “satisfativa” ou “autônoma”, como era chamada antes da reforma de 1994.

1.3 Pressupostos da tutela inibitória

A ação inibitória se volta contra a probabilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por conseqüência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.³

Além disso, essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do *dano*, contentando-se com a simples probabilidade *de ilícito (ato contrário ao direito)*. Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o *dano* implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma conseqüência eventual do ato contrário ao direito,⁴ os quais (o dano e o ato contrário ao direito), assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam adequadamente tutelados.

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

Alguém, mais apressado, poderia supor que a distinção entre probabilidade de dano e probabilidade de ilícito não tem repercussão prática. Porém, a possibilidade do uso da

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 4. ed., São Paulo, Ed. RT, 2006, p. 34 e ss.; SPOLIDORO, Marco Saviero. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 161 e ss.; Rapisarda, Cristina. Inibitoria. *Digesto delle discipline privatistiche*, p. 479, v. 9; Franceschelli, Remo. Studi sulla concorrenza sleale, La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1958, p. 273; Benucci, Edoardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 579, 1957.

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

ação inibitória, nos casos exemplificados no parágrafo anterior, já seria suficiente para desfazer o equívoco. Ademais, quando se percebe que a matéria da ação inibitória se restringe ao ilícito, verifica-se que o autor *não precisa* alegar dano e que o réu está *impedido* de discuti-lo. Bem por isso, o juiz, em tal caso, não pode cogitar sobre o dano e, dessa forma, determinar a produção de prova em relação a ele.

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

1.4 Modalidades

A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar, para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina.⁵ Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita.⁶

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

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

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

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

Note-se que as três ações se diferenciam na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado. Isso não quer dizer, como é óbvio, que a *necessidade* de ação inibitória possa ser vista de forma diferenciada diante das três hipóteses elencadas. A *necessidade* de ação inibitória não tem nada a ver com a *questão da prova*. A *dificuldade da prova* não pode constituir *obstáculo* à ação inibitória, *seja ela qual for*.

Lembre-se que a modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Assim, por exemplo, no direito alemão, não obstante o teor da letra do §1.004 do BGB, que se refere expressamente a “prejuízos ulteriores”,⁸ e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunction*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito.⁹ Na Itália, a Lei sobre Direito do Autor admite expressamente o uso da ação inibitória em suas três modalidades, pois, ao lado de prever a tutela destinada a impedir “la *continuazione* o la *ripetizione* di una violazione già avvenuta”, frisa que “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto (...) può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione” (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor – Lei 633/41).¹⁰ A doutrina italiana mais moderna¹¹ não só sustenta que a melhor definição legislativa de ação inibitória está presente na norma que acaba de ser referida, como também admite que essa ação, diante

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ MEDICUS, Dieter. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986. v. 4, p. 963 e ss.; LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972. p. 528 e ss.

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

¹⁰ Art. 156 da Lei 633/41: “Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione...”.

¹¹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, p. 92; FRIGNANI, Aldo. *Inibitoria, Enciclopedia del diritto*, , p. 560.

de sua evidente necessidade para a efetividade da tutela dos direitos, é garantida pelo art. 24 da Constituição,¹² que funda o princípio da efetividade, garantindo a todos uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.¹³ Com isso, como é óbvio, a doutrina italiana reconhece a imprescindibilidade da ação inibitória anterior a qualquer ilícito.¹⁴

1.5 Ação ilícita continuada

Quando se pensa em repetição do ilícito, supõe-se um intervalo entre um ato e outro, e assim a possibilidade de se impedir a prática de um “novo” ilícito, independente do primeiro. No entanto, a questão se complica quando a atenção se volta para o ilícito continuado. Isso porque é possível supor uma ação com eficácia ilícita continuada e uma ação continuada ilícita.

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

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

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

¹³ ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990. p. 89; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca)*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1981. p. 1 e ss.; DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, p. 1; PROTO PISANI, Andrea. Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria, *Foro Italiano*, 1983, p. 128 e ss.; TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, p. 635 e ss.; TOMMASEO, Ferruccio. *Appunti di diritto processuale civile*, p. 169 e ss.

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

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

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

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

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

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

Entretanto, quando se percebeu o dever do Estado de editar normas para proteger os direitos fundamentais – por exemplo, o dever de proteger o consumidor e o meio ambiente –, as normas jurídicas “civis” também assumiram *função preventiva*,¹⁵ que até então era reservada às normas penais. Essa *função preventiva* passou a ser exercida mediante normas proibitivas e *impositivas de condutas*. Na verdade, com a evolução da

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

sociedade, cada vez mais surgiram direitos dependentes *de algo que deveria ser feito*, não mais bastando a simples abstenção (ou não-violação). Ou seja, o próprio direito material passou a depender de *ações positivas*. Essas últimas passaram a ser *imprescindíveis para a prevenção dos direitos*.

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

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

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

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

Todavia, *quando é o próprio direito material*, com o objetivo de assegurar a prevenção, que estabelece um dever de fazer, a violação da norma já configura violação de dever positivo. Assim, a diferença é que, na hipótese do parágrafo anterior,

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

estabelece-se dever negativo e, nesta última, dever positivo. Entretanto, se o dever negativo pode levar a uma ordem de fazer (em razão da legislação processual), e nesse caso há prestação de tutela inibitória positiva, é pouco mais do que óbvio que a ordem judicial de fazer, que objetiva impor a observância do dever positivo, constitui tutela inibitória positiva.

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

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

Imaginar que a tutela inibitória somente pode impor um não-fazer é esquecer que o

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

Se a tutela inibitória pode ser usada para impor um fazer quando a norma já foi violada, a sua oportunidade é ainda mais evidente nos casos em que se teme a violação ou a repetição da violação. Exemplificando: se uma norma obriga as indústrias de cigarro a informar o consumidor sobre os efeitos nocivos de seu produto, e determinada indústria já veiculou propaganda sem conter essa informação, é lógica a possibilidade de o legitimado à ação coletiva requerer, mediante ação inibitória coletiva (ver a seguir), que o juiz ordene, sob pena de multa, que a informação seja realizada quando da próxima propaganda, dando-se efetividade à norma que objetiva *proteger a saúde dos cidadãos*.

Há direitos fundamentais que não podem ser vistos como direitos de defesa (direitos que se contentam em afastar a intromissão do Estado), mas como *direitos a algo*, ou seja, como *direitos a prestações*. Dentro do gênero direitos a prestações estão incluídos os direitos à proteção.

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

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

É certo que nem todo dever de prestação fática configura dever de prestar algo para

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

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

Se o processo serve para permitir a obtenção da tutela do direito, e o direito material, visando à preservação do meio ambiente, confere ao Poder Público determinado dever de fazer, é certo que a ação processual, ao tomar em consideração esse dever, objetiva *evitar que a omissão ilícita se perpetue como fonte de danos*. A não ação, quando o Estado possui dever de atuar para proteger um bem, *configura “ação” que precisa ser suprimida para que a fonte dos danos não fique aberta*. *O ilícito, assim como a fonte dos danos que não foi secada em virtude da omissão, perpetua-se no tempo, constituindo um não-agir continuado*. Assim, a tutela jurisdicional que objetiva obrigar a Administração a praticar o ato necessário para que o ilícito não se perpetue possui a mesma natureza do dever de fazer não observado. Não há dúvida que essa tutela jurisdicional determina o adimplemento de um dever. *Mas, se o próprio dever possui o fim de evitar a violação do meio ambiente, a ação voltada a efetivá-lo logicamente presta tutela inibitória, ou melhor, a própria prevenção desejada pelo direito*

¹⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Limites e controle dos atos do Poder Público em matéria ambiental. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 1995. p. 56.

*material.*¹⁸

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

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

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

Nesse caso, as costumeiras alegações de conveniência e oportunidade são mais do que descabidas, e a mera afirmação de indisponibilidade orçamentária não pode desonerar o Estado do seu dever, sob pena de se admitir que ele pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito afirmado inviolável pela própria Constituição Federal. É por isso que a ação coletiva – fundada no art. 84 do

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 109.

¹⁹ *Idem*, p. 110.

CDC –, voltada à obtenção dessa prestação, objetiva evidente tutela preventiva ou inibitória do direito ambiental,²⁰ que não pode ser vista como uma simples e neutra tutela de um dever legal.

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

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

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

2 Tutela de remoção do ilícito

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

2.1 *Introdução*

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

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

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

A dificuldade de compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito e, além disto, que não há cabimento em esperar pelo dano para poder invocar a prestação jurisdicional.

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

2.2 *Fundamentos da tutela de remoção do ilícito*

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

Determinadas situações, quando contrárias a certos direitos, devem ser removidas. É

o caso da divulgação, por meio de *outdoor*, de propaganda que configura concorrência desleal. A divulgação dessa propaganda constitui ilícito, embora esse último possua efeitos que caminham no tempo.

No entanto, a evidência da necessidade da remoção do ilícito está na necessidade de dar efetividade às normas de direito material que, objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Se o direito material, para evitar dano, proíbe uma conduta, é evidente que a sua violação deve abrir ensejo a uma ação processual a ela ajustada. Ora, *essa ação somente pode ser a de remoção do ilícito, uma vez que o direito material, nesse caso, apenas pode ser reavivado com a remoção dos efeitos concretos do ato contrário ao direito.*

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

2.3 *Ilícito de eficácia continuada*

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

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

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

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

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

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

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

Como essa ação se volta contra o ilícito, ela logicamente não tem como pressupostos o dano e o elemento subjetivo relativo à imputação ressarcitória.²¹

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

Como o ilícito não se confunde com o dano, constituindo-se em um primeiro degrau no caminho que pode gerá-lo,²² fica fácil demonstrar que a supressão do ilícito nada mais é do que a eliminação da fonte do dano.

A remoção do ilícito constitui a remoção da *causa* do eventual dano.²³ Portanto, não há como confundir a reparação do dano com a remoção da sua causa. A remoção da causa do dano elimina a possibilidade da sua produção, ao passo que o ressarcimento tem por objetivo corrigir o estrago por ele ocasionado.

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

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

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

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

estrago provocado pelo fato danoso.

O ressarcimento não pode se resumir ao mero restabelecimento da situação anterior à do ilícito. Ressarcir é estabelecer o que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido.²⁴ O dano deve ser sancionado com a sua integral eliminação, ou mediante a correção da totalidade do prejuízo cometido. Todavia, no caso de mero ilícito, basta a sua supressão, ou melhor, a eliminação da fonte do eventual prejuízo que deve ser reparado.²⁵

Se há casos em que é impossível o estabelecimento de uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, certamente será possível gerar uma *situação que satisfaz, em parte, a necessidade de sua reparação*.²⁶ Assim, por exemplo, se somente é possível, no caso da poluição de um rio, o estabelecimento de uma situação *parcialmente* equivalente àquela que existia antes da poluição, apenas *parcela do dano* será ressarcida por meio da tutela ressarcitória na forma específica. A outra parcela do dano, *que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida por meio do pagamento de dinheiro*.²⁷ No caso de corte de árvores, a determinação do plantio de pequenas árvores, evidentemente não equivalentes àquelas que existiriam caso o corte não houvesse ocorrido, configura apenas ressarcimento parcial do dano, sendo necessária, também nesse caso, para que o dano seja adequadamente sancionado, a cumulação da tutela ressarcitória na forma específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.²⁸

Perceba-se que, no caso de remoção do ilícito, descabe imaginar uma tutela que, por atender *apenas parcialmente* a necessidade de remoção, deve ser complementada com

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

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

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

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

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 474-475.

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

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

3 Aspectos comuns às tutelas inibitória e de remoção do ilícito

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

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

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

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

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

Mas o que mais importa são as normas que, também por intermédio da proibição de condutas ou ações, protegem direitos transindividuais (direito ao meio ambiente, direito do consumidor etc.). Ora, se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa

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

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

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

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

Tem-se, a partir daí, a idéia de que devem existir ações processuais destinadas apenas a dar atuação ao desejo das normas, seja evitando (ação inibitória negativa) ou

impondo (ação inibitória positiva) condutas, seja eliminando o ato que, embora proibido, foi praticado (ação de remoção do ilícito).

Nesse exato momento é que entra em jogo o labor da doutrina que liga o dever de proteção estatal à norma de direito material, ou que é consciente de que a atuação do ordenamento jurídico requer a atuação das normas protetivas. As ações inibitória e de remoção do ilícito constituem resultados de uma construção dogmática preocupada em dar ao processo a possibilidade de atuação das normas. Para tanto, essa elaboração *dogmática não só parte de uma interpretação das regras processuais (arts. 461, CPC e 84, CDC) à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, como ainda é obrigada a pensar no procedimento como algo materialmente sumarizado, ou melhor, em procedimento que não admite a discussão do dano, e assim deve possuir cognição parcial, *a qual é plenamente legitimada pela necessidade de atuação das normas de proteção*.

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

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

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

O fato de as ações inibitória e de remoção do ilícito pressuporem, em princípio, regras proibitivas de conduta, não significa que elas não possam ser utilizadas perante a

inexistência dessas regras.

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

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

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

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

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

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

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

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

Frise-se que, quando basta evidenciar o alto grau de nocividade ou de periculosidade ou a ilegalidade do licenciamento para a concessão da tutela jurisdicional, a

probabilidade do dano não importa nem mesmo em relação à tutela antecipatória. Para a obtenção dessa última, basta demonstrar a probabilidade de alto grau de nocividade ou periculosidade ou ainda a probabilidade da ilegalidade do licenciamento.

3.3 A prova

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

No caso em que nada ainda aconteceu, e apenas existe o temor da prática do ilícito, a prova também deve recair no que passou, embora esses fatos não constituam atos de igual natureza a aquele que se deseja evitar, ou ainda não configurem o início da ação ilícita que se objetiva impedir a continuação. Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. Assim, por exemplo, temendo-se a divulgação de notícia lesiva à personalidade, constituirá relevante indício, capaz de formar um juízo de procedência, a divulgação de anúncio, por parte de determinada rede de televisão, de que será divulgada a notícia. Tal prova indiciária é relevante meio para demonstrar que provavelmente a notícia será divulgada.²⁹

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

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

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

de direito”.

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

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