



IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

SÉRGIO ROSSI JÚNIOR

A TUTELA INIBITÓRIA NA VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORA

Brasília – DF

2010

SÉRGIO ROSSI JÚNIOR

A TUTELA INIBITÓRIA NA VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” em Direito Processual Civil no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ciarlini

BRASÍLIA – DF

2010

SÉRGIO ROSSI JÚNIOR

A TUTELA INIBITÓRIA NA VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

**Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” em
Direito Processual Civil no Instituto Brasiliense de
Direito Público - IDP.**

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Sérgio Rossi e Antônia Selma Ramos, pelo incentivo em todos os momentos da minha vida, carinho eterno, apoio e ajuda nos momentos difíceis, ensinamentos da vida formação pessoal e moral e ao meu irmão Angelo Rossi Neto, pelo companheirismo e atenção.

À minha tia Maria das Graças, pelo o incentivo e apoio incondicional.

“Eu acredito que qualquer ferramenta que realça a comunicação tem efeitos profundos nos termos como os povos podem aprender entre si, e como podem conseguir certos tipos de liberdade que os interessam.”

Bill Gates

RESUMO

O presente trabalho englobou uma das principais áreas do Direito Processual Civil e Direito Privado - o Direito Autoral. O foco da monografia é tutela inibitória no âmbito do direito autoral, apresentando jurisprudências pátrias na aplicação do instituto, nesta diapasão o fator segurança patrimonial do executante insipiente ao expor acerca da utilização e sua falta na coibição da veiculação das obras intelectuais sem o devido pagamento conforme análise de decisões judiciais, concomitantemente, ao analisar o pensamento de doutrinadores a criação, ativismo, interpretação e integração da norma pelo juiz ao decidir mediante lacunas jurídicas, bem como da efetividade da norma jurídica e do processo, precisamente, o artigo 105 da lei 9.610/98 que traduz a possibilidade da tutela inibitória na coibição na violação do direito do autor. Dividida em três capítulos, esta monografia oferece uma visão panorâmica do Direito Processual Civil e Direito Autoral, sobre a aplicação da tutela inibitória na coibição e na violação do direito autoral em um “juízo-final” ou “juízo-provisório”, de acordo com a vida social e, ainda, visto que a tutela ressarcitória defendida por alguns tribunais jamais irá compensar o dano patrimonial e moral causado aos autores das obras intelectuais.

Palavras-chaves: Direito Autoral, Tutela Inibitória, Jurisprudência.

ABSTRACT

This work included a major area of Civil Procedural Law and Private Law - The Copyright Law. The focus of the monograph is inhibitory tutelage under copyright, with homelands in the application of case law institute, this pitch is a safety factor of the sheet to expose incipient performer on the use and lack of restraint on the broadcasting of intellectual works without proper payment as analysis of judicial decisions, concomitantly, to analyze the thinking of scholars creation, advocacy, interpretation and integration of standard by the judge to decide by legal loopholes, as well as the effectiveness of the legal process and, specifically, Article 105 of Law 9610 / 98 which reflects the possibility of guardianship in the inhibitory restraint in violation of copyright. Divided into three chapters, this monograph provides an overview of the Civil Procedural Law and Copyright Law, on the application of the inhibitory restraint protection and infringement of copyright in a "trial-end" or "mind-duty," according to social life and also to repay guardianship as advocated by some courts will ever compensate for the damage caused to property and moral authors of intellectual works.

Keywords: Copyright, Inibitory Tutelage, Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO AUTORAL.....	11
1.1 Breve Histórico do Direito Autoral	11
1.2 Conceito, Terminologia e Duração do Direito Autoral	13
1.3 Sujeito e Objeto do Direito Autoral	16
1.4 Direitos Morais e Patrimoniais do Autor	20
1.4.1. Direitos Morais do Autor	22
1.4.2. Direitos Patrimoniais do Autor	26
1.5 A execução pública e comunicação ao público das obras audiovisuais	28
2 TUTELA INIBITÓRIA.....	38
2.1 Conceito	38
2.2 Pressupostos da Tutela Inibitória	41
2.3 Tutela Inibitória Positiva e Negativa	44
2.4 Tutela Inibitória Antecipada e seus Requisitos.....	46
2.4.1. Relevante Fundamento da Demanda	49
2.4.2. Receio de Eficácia do Provimento Final	50
2.4.3. Audiência de Justificação	51
2.4.4. Prova na Tutela Inibitória	52
2.5 Meios Coercitivos e sub-rogatórios ou de apoio para o cumprimento da sentença	56
2.6 Aplicação da Multa(Astreintes).....	58
3 REMÉDIOS PROCESSUAIS A VIOLAÇÃO DE DIREITO DE AUTOR.....	64
3.1 Não aplicação do Interdito Proibitório.....	64
3.2 Ação Cautelar.....	67
3.3 Ação Ordinária	72
3.4 Tutela Inibitória e direito de autor	74

3.5 A interpretação da norma jurídica para a eficácia da tutela jurisdicional e a efetividade da tutela inibitória do direito do autor.....	94
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como tema o Direito Processual Civil, com foco no Direito Autoral e nas dificuldades enfrentadas por este ramo do Direito na sua coibição. A matéria aborda as violações do Direito Autoral, que são explorados inescrupulosamente e merecem uma reparação inibitória. Os Tribunais, ainda, se mostram tímidos quando se trata da defesa destes direitos, o que prejudica a efetividade da prestação jurisdicional. Alguns magistrados ainda se apegam à doutrina tradicional, entendendo que a violação dos direitos de autor deve ser ressarcida patrimonialmente, com a apuração de danos puramente materiais, de difícil aferição. É preciso considerar que só os autores têm o direito de exclusividade, e que a utilização indevida de suas obras constitui intolerável atentado à dignidade humana, que é preciso evitar e reprimir com veemência. Por outro lado é imperioso que adote o Judiciário a tutela inibitória destes direitos, em caráter preventivo, para evitar sua violação.

Se, por um lado, a divulgação, a transmissão e execução de músicas trazem benefícios à sociedade, o acesso imediato ao conhecimento e a disseminação cultural de forma linear, por outro, não protege os direitos dos autores das obras intelectuais que deixam de receber grandes somas em pagamentos pela utilização e execução ilícita realizada e sem a devida coibição.

O art. 68 da Lei autoral permite a transmissão de obras intelectuais com a autorização do autor, entretanto, tal medida vem sendo realizada sem a devida contraprestação pecuniária e, no intuito de impedir a veiculação, tem se recorrido aos tribunais através da tutela inibitória para a sua imediata cessação.

O art. 105 da lei autoral permite a suspensão e interrupção no caso de transmissão ou execução pública, entretanto a jurisprudência vem deixando de

aplicar tal medida inibitória face a possibilidade da contraprestação futura, visto que há liquidez do executante das obras intelectuais.

O objetivo da abordagem deste tema se deu pelo fato de o autor deste trabalho ter um grande apreço pelo ramo do Direito Autoral e já ter abordado tal tema em sua monografia de graduação, percebeu que a tutela inibitória é um meio de medida preventiva no mundo jurídico capazes de proteger o direito autoral em suas mais diversas formas.

O Direito Autoral deve ser notório, respeitado e imposto por força de leis atuantes e cumpridas por toda a sociedade, com o intuito de preservar as obras intelectuais e não fomentar as violações e infrações.

As crescentes e contínuas violações e infrações sem a presença de uma intervenção sócio-jurídica e, mais ainda, a sociedade usufruindo por meios ilícitos para burlar o pagamento de autores pelo uso e transmissão de suas obras intelectuais, prejudicam quaisquer iniciativas para o incentivo e desenvolvimento da arte, cultura e da educação, tendo em vista que os autores ficarão sem incentivos financeiros e desmotivados a título de produzir novas obras, posto que não existe proteção imediata, além de efetiva medida para acabar, inibir, ou pelo menos diminuir a transmissão e troca de seus trabalhos.

A tutela inibitória, por meio do art. 461 do Código de Processo Civil, tem por medida o adimplemento de uma medida que vem a ser tratada como ilícito, o art. 105 da Lei Autoral, tem como uma medida inibitória específica para que nos casos de transmissão sem o devido adimplemento, seja imediatamente cessada tal violação ao direito autoral.

A presente monografia está dividida em três capítulos e busca oferecer uma visão panorâmica do Direito Autoral, da Tutela Inibitória e Jurisprudências correlatas sobre o assunto.

O primeiro capítulo proporciona um breve relato histórico do Direito Autoral, conceito, sujeitos de Direito Autoral e a relação dos direitos patrimoniais e morais do autor. O segundo capítulo discorre sobre a tutela inibitória, conceito, natureza, tutela inibitória antecipada e seus pressupostos, tutela inibitória e o direito de autor. O terceiro e último capítulo vem demonstrar sobre a tutela inibitória no direito autoral e casos em que a jurisprudência teve por analisar o instituto da tutela inibitória no direito autoral.

Por fim, o intuito do autor é apresentar a aplicação da Tutela Inibitória no Direito Autoral e através de uma análise das jurisprudências, demonstrando que é possível se encontrar soluções jurídicas, que realizam uma coibição, nas violações do Direito Autoral.

1 DIREITO AUTORAL

1.1 Breve Histórico do Direito Autoral

A noção de Direito Autoral ao longo da história é muito diferente da que se tem nos dias atuais. Antigamente, os livros eram copiados à mão pelos monges sacerdócios, conseqüentemente, com um custo altíssimo e uma produção ínfima de obras literárias¹ em relação ao investimento utilizado. Mas, uma revolucionária invenção, na primeira metade do século XV, surgiu com a criação da máquina de prensa por meios móveis, de Gutemberg, e se consubstanciou em um grande passo para a evolução do direito de autor. Essa máquina possibilitou o livre intercâmbio de idéias e disseminação dos conhecimentos, além das obras literárias ganharem espaços no mercado de forma industrial, promovendo um amplo acesso à população.²

Com a criação da máquina tipográfica, a indústria literária se profissionalizou e, imediatamente, o governo inglês estabeleceu censuras aos escritores e privilégios aos editores.³ Em 10 de setembro de 1710, entrou em vigor o primeiro dispositivo legal para proteção de obras intelectuais denominado de “Ato da Rainha Anne”, ou simplesmente *Copyright Act*. Apesar da abertura para os direitos de autor, o Estatuto legislava, originalmente, apenas o direito de cópia ou reprodução, um conceito aplicável até os dias de hoje e, também, da palavra *royalty*,

¹EBOLI, João Carlos de Camargo. I CICLO DE DEBATES DE DIREITO DO AUTOR - “DE GUTEMBERG A BILL GATES”, set. 2003, Rio de Janeiro. **Direitos Intelectuais – Noções Gerais – Histórico.** Disponível em :<http://www.iabnacional.org.br/comm/PALESTRA_CICLO_DEBATES_IAB.doc> Acesso em: 09 de maio de 2006.

²JÚNIOR, Nehemias Gueiros. **O direito autoral no show business: A música.** v. 1. Rio de Janeiro: Gryfhus, 1999, p. 465-466.

³EBOLI, João Carlos de Camargo. I CICLO DE DEBATES DE DIREITO DO AUTOR - “DE GUTEMBERG A BILL GATES”, set. 2003, Rio de Janeiro. **Direitos Intelectuais – Noções Gerais – Histórico.** Disponível em :<http://www.iabnacional.org.br/comm/PALESTRA_CICLO_DEBATES_IAB.doc> Acesso em: 09 de maio de 2006.

isto é, uma importância cobrada pelo autor de uma obra, para permitir o seu uso ou a comercialização.⁴

O *Copyright act* previa o direito de cópia dos livreiros, este, concedido após o registro formal pelo período de 21 anos, bem como a patente de impressão, regalia somente concedida às cópias impressas de algumas obras. Caso a obra viesse a ser publicada, essa poderia ser explorada pelo período de 14 anos, prorrogável por outro prazo de igual duração, se o autor ainda estivesse vivo e houvesse registrado a obra.⁵

Seguindo os preceitos da Colônia, os Estados Unidos, em sua Constituição de 1787, previu aos seus autores e inventores um direito exclusivo.

Na Inglaterra, houve a evolução autoral para a proteção da obra intelectual. Já seus vizinhos franceses, durante as revoluções francesa e Industrial, no período de 1789 a 1799 garantiram, além do lema “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, bem assim com a queda da Bastilha, dentre outros, os direitos e liberdade individuais, o verdadeiro princípio do *droit d’auteur* (direito de autor).⁶

Após longos períodos históricos, diversos países legislaram, especificamente, sobre o tema, outros adotaram normas protecionistas, mas a grande maioria das nações só estipulava a proteção, através de lei interna, gerando assim algumas lacunas nas leis nacionais, que foram sanadas através de tratados ou convenções.

⁴SAMPAIO, Maria Mônica de Sousa. **Relato histórico da administração coletiva através do Escritório Central de Direitos Autorais (ECAD)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 863, 13 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7544>>. Acesso em: 09 maio 2007.

⁵ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 29.

⁶EBOLI, João Carlos de Camargo. I CICLO DE DEBATES DE DIREITO DO AUTOR - “DE GUTENBERG A BILL GATES”, set. 2003, Rio de Janeiro. **Direitos Intelectuais – Noções Gerais – Histórico**. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/comm/PALESTRA_CICLO_DEBATES_IAB.doc>. Acesso em: 09 de maio de 2006.

Concluindo, nota-se que a história e o pensamento jurídico mundial entrelaçaram o Direito Autoral à evolução tecnológica. Todos os avanços jurídicos no âmbito do direito de autor são decorrentes, ao longo da história mundial, de alguma ligação com a evolução tecnológica e científica do homem, citando-se, por exemplo: a escrita, a máquina de prensa e, nos dias atuais, a Internet. O Estado deve proteger o autor, mantendo a sua integridade e dignidade pessoal, tendo em vista o controle da exploração ilegal e usurpadora de suas obras, oportunizando, paralelamente o progresso, o acesso e o incentivo cultural da população, sempre respeitando a legislação de quem proporciona e cria as obras intelectuais.

1.2 Conceito, Terminologia e Duração do Direito Autoral

O Direito Autoral é um ramo do Direito Civil, que regula as relações jurídicas pessoal-patrimonial. Adotado nos países de origem franco-romana tem um conjunto de proteções, de cunho moral e patrimonial, que é reconhecido aos autores em virtude de seu esforço intelectual.⁷ Este nasce a partir de uma criação da mente humana e a sua exteriorização em uma forma concreta, faz o autor/criador adquirir a sua titularidade originária.⁸

O direito de autor vem sendo considerado como um direito especial, *sui generis*, que reclama a sua consideração como um direito autônomo. A introdução do Direito do Autor no direito codificado deu-se pela via dos direitos reais, como direito de propriedade imaterial. Mais tarde, evoluiu o seu aspecto pessoal e com a constituição da teoria dos direitos da personalidade, arquitetou-se nova concepção para os direitos do autor, exatamente, neste campo. Defendeu-se a posição de que os direitos autorais consubstanciavam direitos sobre a própria

⁷PEREIRA, Ana Maria, PIMENTEL, Luís Otávio e MEHLAN, Viviane. II CIBERNÉTICA – SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, INFORMÁTICA E ÉTICA, nov. 2003, Santa Catarina. **Direitos Autorais: Estudos e Considerações.** Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/15-57-c3-1.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2006.

⁸BARREIROS, Renato. **O conteúdo de Direito de Autor: Direitos Morais e Direitos Patrimoniais.** Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/ConteudodoDireito.doc>>. Acesso em: 13 de junho de 2006.

pessoa. A defesa dos aspectos personalíssimos que tal relação envolve seria a razão própria do reconhecimento dos direitos.⁹

O direito se constitui de várias terminologias diferentes como: Direito de Autor, Direitos Autorais, Direitos da Propriedade Intelectual, Industrial, Artística, Literária ou Científica, Direitos de Criação, Direitos Imateriais, Autoralismo, *Copyright*.¹⁰ Há, também, a terminologia inversa do Direito Autoral para mudar a situação e adequá-lo à internet, que é o caso do *Copyleft*, que defende totalmente o contrário da legislação do *Copyright*.¹¹

Sobre a dicotomia das expressões Direito Autoral e Direito de Autor expõe Nehemias Gueiros Júnior:

O direito de autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. A expressão direito autoral ainda incluiu os direitos conexos ao direito de autor, tais como os direitos dos artistas, intérpretes e músicos executantes, dos produtores de fonogramas e das entidades de rádio-teledifusão.¹²

A expressão, Direitos Autorais, que é de uso corrente e leigo, é mais apropriada no singular, "Direito Autoral", porque no plural, posto que mais popular, carrega consigo o estigma da ambigüidade pela confusão que se faz dela, com a contrapartida pecuniária, decorrente do cunho pecuniário da criação literária e artística. É certo que os Direitos Autorais não ficam cifrados ao aspecto estritamente econômico. Ocorre, também, a incidência dos chamados direitos personalíssimos do autor com a obra intelectual.¹³

⁹JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p.167.

¹⁰SILVA, Dirceu de Oliveira e. **O Direito de Autor: no teatro, cinema, rádio, televisão, literatura e artes plásticas**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 14.

¹¹JÚNIOR, Nehemias Gueiros. **O direito autoral no show business: A música**. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p. 465-466.

¹²op.cit, p.465-466.

¹³MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antônio(Org.). **O que se deve entender por direito autoral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 249.

O conceito de Direito Autoral é definido pelo jurista Clovis Belvilacqua¹⁴, como: “direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é a manifestação da personalidade do autor; na segunda, é de natureza real, econômica”.

Carlos Alberto Bittar define: “Direito de autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.¹⁵ [...] Diferentes teorias têm procurado explicar a natureza desse direito [...], com reflexos em sua própria denominação. No entanto, inclina-se para a fixação em “Direito de Autor” ou “Direito Autoral” [...]. Ainda não se estabeleceu, em definitivo, a sua conceituação, mas, pela evolução das idéias e da técnica cristaliza-se a sua posição como direito *sui generis* [...], como categoria especial na classificação dos direitos, que ao pensamento jurídico caberá assentar de vez. Permanece, no entanto, vinculado à noção de propriedade no direito anglo-norte-americano, em razão de peculiaridade do sistema [...]”.¹⁶

Henrique Galdeman¹⁷ conceitua: “O Direito Autoral é um dos ramos da ciência jurídica que, desde os seus primórdios e até à atualidade sempre foi e é controvertido, pois lida basicamente com a imaterialidade característica da propriedade intelectual”.

Sofia Rodriguez Moreno expõe:

O direito de autor é um conjunto de prerrogativas, direitos e faculdades de caráter moral e patrimonial que são reconhecidos aos autores em virtude de seu esforço intelectual. Nasce a partir do ato de criação de uma obra sem

¹⁴Apud SILVA, Dirceu de Oliveira e. **O Direito de Autor: no teatro, cinema, rádio, televisão, literatura e artes plásticas**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 15.

¹⁵BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 8.

¹⁶Apud ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 39.

¹⁷GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 28.

necessidade de nenhum tipo de formalidade. A criação é, sem mais requisitos, o modo de adquirir a titularidade original da obra.¹⁸

A duração do direito autoral de exploração econômica da obra é limitada. Enquanto o autor viver seus direitos patrimoniais sobre a obra perduram, mas os direitos morais são eternos. Após a morte do autor, de acordo com a Convenção de Berna em seu art. 7º, a duração da proteção perdura ainda pelo mínimo de 50 anos. Caso os países membros optem por um prazo de duração maior, este será concedido. É o caso do Brasil que tem como prazo um período de 70 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor. Decaindo este prazo, a obra encontra-se em domínio público, ou seja, tornar-se comum a todos, de modo que pode ser utilizada livremente por quem quer que seja, com ou sem intuito de lucro.¹⁹

1.3 Sujeito e Objeto do Direito Autoral

O sujeito/titular originário do direito de autor é a pessoa física que realiza a criação de obra de espírito artístico, literário ou científico e o fixa em qualquer suporte físico ou meio material. Sobre esse assunto conceitua Eliane Y. Abrão:

Para fins da tutela autoral, autor é o criador de obra juridicamente protegida. Portanto, autor de ideia, de método, de projeto, de formato, de sistema não é autor de nada, é judicialmente carecedor de ação, porque inexistente obra. Ainda que o método, por exemplo, esteja inserido na própria obra, o que se protege é esta e não aquele. Autor é aquele que une, na linguagem moderna, inspiração (ideia) a boa dose de transpiração (trabalho) no esforço físico e mental de produzir a base corpórea de sua criação intelectual. Sem obra não há autoria intelectual protegida.²⁰

¹⁸RODRIGUEZ MORENO, Sofía. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p. 27. No original, lê-se que: "El derecho de autor es el conjunto de prerrogativas, derechos y facultades de carácter moral y patrimonial que les son reconocidos a los autores en virtud de su esfuerzo intelectual. Nace a partir de la creación de una obra sin necesidad de ningún tipo de formalidad. La creación es, sin más requisitos, el modo de adquirir la titularidad originaria de la obra.". **tradução nossa**.

¹⁹SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito autoral: legislação básica**. 2.ed. Brasília: Brasília jurídica, 1998, p. 50.

²⁰ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 71.

O objeto do direito de autor visa à proteção da obra originária de espírito do autor, que é suscetível de divulgação. Assim, toda obra é passível de proteção pelo Direito Autoral, independente de seu mérito, forma de expressão, ou mesmo destinação. Dentre as obras protegidas pode-se citar a da legislação da Convenção de Berna, que enumera tais obras intelectuais em seu artigo 2º (1):

Os termos "obras literárias e artísticas" compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais com ou sem palavras; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitectura, escultura, gravura e litografia; as obras fotográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitectura ou às ciências.²¹

Os principais elementos do Direito Autoral compreendem os elencados a seguir, adotados em legislações nacionais e tratados internacionais, que são fundamentais para o reconhecimento da proteção da obra intelectual, como classifica Henrique Galdeman²²:

a) Ideias: as ideias não são protegidas. Para a existência destas para o Direito Autoral são necessárias a fixação e a exteriorização em um suporte ou veículo físico.

b) Valor Intrínseco: a qualidade intelectual de uma obra não constitui critério atributivo de titularidade, isto é, a proteção é dada a uma obra ou criação, independentemente de seus méritos literários ou artísticos.

c) Originalidade: para o Direito Autoral, o que se protege é a originalidade e não a novidade, que demonstra a personalidade do autor e o reflexo

²¹op.cit, p. 71.

²²GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 39-40.

de sua criação pessoal. O autor deve utilizar sua experiência, gosto, seleção, discricção, habilidade, conhecimento e imaginação na criação da obra.

d) Territorialidade: os direitos autorais são a princípio territoriais, protegem o autor e obra nacional, a não ser que o país seja parte em convenção ou tratado internacional que estipule uma reciprocidade internacional.

e) Prazos: os prazos de proteção diferem de acordo com a categoria da obra, como, por exemplo, livros, artes plásticas, obras cinematográficas ou audiovisuais etc.

f) Autorizações: sem a prévia expressa autorização do titular, qualquer utilização de sua obra é ilegal.

g) Limitações: indispensáveis as prévias autorizações dos titulares em determinadas circunstâncias.

h) Titularidade: a simples menção de autoria, independentemente de registro, identifica a sua titularidade.

i) Independência: as diversas formas de utilização da obra intelectual são independentes entre si (livro, adaptação audiovisual entre outras), recomendando-se, pois, a expressa menção dos usos autorizados ou licenciados, nos respectivos contratos.

j) Suporte Físico: a simples aquisição do suporte físico ou exemplar contendo uma obra intelectual protegida não transmite ao adquirente nenhum dos direitos autorais dela.

k) Registro: as criações intelectuais independem de registro formal, basta fixá-la em meio ou veículo físico para autenticar a autoria da obra.²³

l) *Fair use* (Uso Lícito) e *Fair dealing* (Uso Legal): Tal princípio é utilizado no *copyright law* estadunidense, que autoriza a utilização de obras intelectuais sem a permissão do autor²⁴, para fins de crítica, comentários, notícias, reportagens e fins educacionais, conhecimento e investigação, baseados no princípio da boa fé. Caso a obra não esteja situada no *fair use* alguns requisitos devem ser respeitados, dentre estes: a nova obra deverá especificar o seu uso, se é com o intuito lucrativo ou não, a natureza da obra copiada deverá ser protegida, respeitar o volume de informação utilizada e especificar a sua importância em relação à totalidade da nova obra e que o efeito de tal utilização produziu no mercado.²⁵

O *Fair dealing* apresenta as mesmas características do *Fair use*, mas este é utilizado em outros países que adotam o *copyright* como sistema de proteção de obras intelectuais, com a única diferença de que este proporciona uma lista de exceções, assim impossibilitando a utilização da analogia. Como exemplo pode-se citar o uso para paródias, sátiras e obras para fins humanitários que garantem o acesso de obras intelectuais aos menos validos.

²³ABRÃO, Eliane Yachou. **O que é e o que não é Direito Autoral**. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo04.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2006.

²⁴RODRIGUEZ MORENO, Sofia. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p. 105. No original, se lê que: “[...]para fines de crítica, comentarios, noticias, reportajes, docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase), conocimiento e investigación.

[...]

1. El propósito, carácter del uso y su naturaleza comercial o no lucrativa (fines netamente educativos).
2. La naturaleza de la obra protegida.
3. El volumen de la porción usada y su importancia en relación con la totalidad de la obra.
4. El efecto que tal utilización produce en el mercado potencial o sobre el valor de la obra.”. **tradução nossa.**

²⁵Ibidem, p. 106. No original, se lê que: “el uso con fines de parodia o imitación y el uso de obras para fines humanitarios que garantiza el acceso a las obras por parte de minusválidos.”. **tradução nossa.**

1.4 Direitos Morais e Patrimoniais do Autor

Primeiramente, deve-se analisar que existem legislações que integram os direitos morais e patrimoniais, como um direito único, tornando-o um direito totalmente especulativo e pecuniário. É o caso do *copyright*, modelo seguido pelos países anglo-saxões. Sua fundamentação é a proteção objetiva da obra como um direito de propriedade, não mais dos direitos do autor como criador, entendendo que a atividade inventiva e criadora do autor se dá em prol da expansão da cultura e da ciência. Assim, funda-se na reprodução, distribuição, exibição, execução e transformação da obra, ou em parte da obra, exigindo-se uma série de formalidades. Desta forma, deixa de lado qualquer proteção à criação em si.²⁶

Este direito, também, visa à proteção do meio através do qual a obra intelectual é materializada e não a obra propriamente dita. Mas as duas expressões, Direito Autoral e *Copyright*, não se equivalem, o primeiro termo tem origem latina, proveniente das leis francesas de 1791-1793 e estipula que uma vez exteriorizada, a obra existe por si mesma, independente de publicação, registro e divulgação. Já o segundo termo tem origem anglo-americana, criado no Estatuto da Rainha Ana, 1710, e define que a proteção da obra se dá nos exemplares em que ela foi produzida.²⁷

Apesar da promulgação da lei inglesa de 1988 e da adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna, a aproximação desses dois sistemas tem se acentuado, o que é evidente, sobretudo, no domínio do direito moral, que estes países originariamente desconheciam e que só recentemente, embora com importantes lacunas e limitações vêm admitindo. Assim, há uma tendência de uma “conjugação” e “convergência”, de um “ajustamento mútuo”, senão de eliminar, pelo

²⁶LOSSO, Marlus Eduardo Faria. **Noções de Direito Autoral e sua regularização internacional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5806>>. Acesso em: 5 de setembro de 2006.

²⁷BICUDO, Hélio(Org.). **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998, p. 34-35.

menos, atenuar a dicotomia entre esses dois sistemas, cujas dessemelhanças mais flagrantes continuam.²⁸

Voltando-se ao tema abordado neste trabalho, o Direito do Autor nasce com criação da obra. Duas são as relações, ou atributos, que conectam um (autor) a outro (obra). Uma é o Direito Moral, outra é o Direito Patrimonial.²⁹

Com a criação da idéia do autor, sua exteriorização em um meio de suporte físico e a divulgação ao público, a obra ganha vida. O autor, além de obter notoriedade e *status*, obtém todos os direitos morais e patrimoniais relativos àquela obra.

Assim, o Direito Autoral prevê esses dois institutos pela ligação e proteção do autor com a obra: os Direitos Morais, que estão relacionados ao vínculo paternal do autor com a obra, são mais importantes que um filho, pois estes podem ser transferíveis através da adoção, enquanto para aqueles não há instituto equivalente e patrimonial que estabeleça à obra o seu valor pecuniário e econômico. Direitos são definidos por Nehemias Gueiros Júnior:

Temos então que os direitos morais representam o vínculo de natureza eterna, espiritual e inalienável do autor com a sua obra, enquanto que os direitos patrimoniais privilegiam e destacam os liames de caráter temporal, móvel e econômico do criador frente à sua criação. Fica então clara a intenção do legislador de tornar difícil a cessão absoluta, universal, dos direitos de autor, conferindo-lhe uma flexibilidade e uma mobilidade econômicas, mas impedindo sua separação total do espectro criativo espiritual do autor, que resta eternamente vinculado à sua criação. [...] Pudemos então consolidar nossa noção da diferença fundamental entre as características morais (do espírito, da criação) e patrimoniais (da circulação, do tempo e do valor) do Direito de Autor. A primeira, sem ter qualquer valor econômico, perpetua-se no tempo, enquanto que a segunda, com valor monetário, sofre restrição temporal.³⁰

²⁸REBELLO, Luis Francisco. **Introdução do Direito de Autor – vol. I**. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1994, p. 183.

²⁹ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 74.

³⁰GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O direito autoral no *show business*: A música**. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p. 61-62.

Por fim, o Direito Autoral apresenta, fundamentalmente, dois aspectos: o **moral**, que garante ao criador o controle e à menção de seu nome na divulgação de sua obra e o respeito à sua integridade, além dos direitos de modificá-la, ou de retirá-la de circulação; e o **patrimonial**, que visa regular as relações jurídicas da utilização econômico das obras intelectuais³¹. Sobre tal aspecto dá a sua visão a ilustríssima autora Eliane Y. Abrão:

Pode-se concluir, pois, que independentemente de perfilamento a correntes doutrinárias ou ideológicas, ou mesmo de sistemas jurídicos distintos, direitos autorais podem ser entendidos e explicados como um instituto composto por uma dupla ordem de direitos: uma fundamental da pessoa, de características morais, baseadas em sua personalidade, e no exercício da liberdade de expressão, e características patrimoniais, baseadas em relações de caráter real e obrigacional, de uso e gozo das obras intelectuais materializadas; e outra, da sociedade, baseada no direito de todos ao progresso científico, ao acesso ao conhecimento, ao lazer e à cultura.³²

1.4.1. Direitos Morais do Autor

Preliminarmente, vale ressaltar que a expressão Direito Moral é erroneamente e impropriamente aplicada, pois foi importada da língua francesa, sem tradução à língua portuguesa, sendo a terminologia correta Direito Pessoal ou de Personalidade, que segundo Pontes de Miranda:

O que se tutela, no direito autoral de personalidade é a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade, a sua autoria. Essa identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é um vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel, como toda relação causal fática, e entra no mundo jurídico, como criação, como ato-fato jurídico.³³

³¹GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 37.

³²ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 41.

³³PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Campinas: Bookseller, 2000, p. 177.

O Direito Moral ou Pessoal é quando se reconhece aos autores, em virtude da criação, um direito que se liga à pessoa do autor, por ser uma obra de expressão desta personalidade.³⁴

Por oportuno, tem-se utilizado a expressão Direito Moral, ou Direitos Morais, para designar direitos personalíssimos - somente o autor pode exercê-lo, já que as suas principais características são pelo fato de serem: a) irrenunciáveis - não significa que o autor não possa permitir algumas modificações ou adaptações em sua obra quando necessárias. O que o autor não pode é desprezar os seus direitos morais; b) imprescritíveis - não se tratam de objetos de transações comerciais e podem ser reclamados por via judicial a qualquer tempo; c) perpétuos - embora essa característica seja discutida pela doutrina, entendem alguns, como Henry Jessen, que eles existem apenas durante a vida do autor. Outros, como Pierre Massé, são da opinião de que eles se transmitem aos seus herdeiros, ou mesmo, se extinguem juntamente com os direitos patrimoniais; d) inalienáveis - mesmo cedendo seus direitos ou prerrogativas patrimoniais, o autor conserva seu direito ou direitos morais; e) impenhoráveis - pela própria característica de serem inalienáveis; f) absolutos - porque podem ser oponíveis contra todos (*erga omnes*); g) extrapatrimoniais - não podem ser calculados em dinheiro, ainda que influenciem o direito patrimonial (pela maior ou menor notoriedade do autor em questão), não são passíveis de quantificação pecuniária; h) indisponíveis - cabe o autor o direito de inédito da obra intelectual.³⁵

As legislações nacionais e os tratados internacionais atribuem diversos direitos incluídos no campo dos Direitos Morais, cujos principais:

³⁴RODRIGUEZ MORENO, Sofia. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p. 35. No original, lê se que: "Se reconoce a los autores em virtud de la creación um derecho que se liga a la persona del autor, por ser la obra expresión de esa personalidad." **tradução nossa**.

³⁵LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 24.

a) Direito de Inédito: este direito atribui ao autor a faculdade de decidir se deverá publicar ou não a sua obra. Caso venha a ser publicada o autor poderá convencionar a localidade e o tempo em que a obra será comunicada ao público. O autor não pode ser obrigado a divulgar, eis que detêm de uma liberdade soberana para disponibilizar a obra ao público ou não.³⁶ A vontade de manter-se inédita a obra deverá ser respeitada mesmo depois da morte do autor por seus sucessores até a queda do domínio público.³⁷

b) Direito de Paternidade: o autor tem o direito de reivindicar a paternidade de sua obra, ou seja, deverá constar como indicado e reconhecido, publicamente, em qualquer citação ou utilização de sua obra: pelo seu nome civil, completo, abreviado ou pelas iniciais, ou seu pseudônimo, ou por sinal identificativo, ou ainda, anonimamente. Ao inverso, poderá retirar a sua paternidade de uma obra que não foi de sua criação.³⁸ Nas palavras de Satanowsky,³⁹ que explica o direito de paternidade “a obra é um filho espiritual do criador. Este tem o direito de proclamar publicamente, em forma direta ou indireta, sua vinculação intelectual com ela.”

Uma das primeiras manifestações do privilégio do autor e de seu monopólio é indicar, obviamente, a sua filiação com a obra e, por fim, o seu próprio nome. Ainda, o direito de paternidade atinge à esfera moral do autor e não se perde por efeito da cessão de direitos ao conteúdo da obra. No direito à paternidade são protegidos: o direito ao nome, honra, a reputação artística e a identidade pessoal, além disso, o direito à paternidade tutela ao interesse público, garantindo à

³⁶LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 25.

³⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 359.

³⁸LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 25.

³⁹Apud. RODRIGUEZ MORENO, Sofía. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p.35. No original, lê-se: “*La obra es un hijo espiritual del creador. Este tiene derecho de proclamar públicamente, en forma directa o indirecta, su vinculación intelectual con el. Una de las primeras manifestaciones del privilegio del autor, de su monopolio, es indicar ostensiblemente la filiación de la obra y por ende su propio nombre.*”. **tradução nossa.**

coletividade uma forma de não enganar-se ou confundir-se na atribuição da autoria da obra.⁴⁰

c) **Direito de Integridade:** o autor é o único que tem o direito de dispor ao público a obra intelectual da forma que ela foi concebida. Este direito protege a reputação e a imaginação do criador. Assim, cabe ao autor: o direito de oposição, controle e prevenção a qualquer deformação, mutilação, destruição ou outras modificações, de qualquer forma feita à obra, que possa causar prejuízo a sua honra ou sua reputação ou a deturpem, pois esta representa a sua personalidade. A tutela do direito moral de integridade deve ser substancialmente respeitada, de tal jeito, que não modifique a obra e resulte em nenhum prejuízo concreto para a personalidade do autor.⁴¹

d) **Direito de Modificação e Arrependimento:** o autor é o titular, com o poder de decidir sobre a difusão de sua obra, dispõe da faculdade de modificá-la ou de retirá-la de circulação comercial a qualquer tempo. Conhecido como direito de arrependimento, geralmente invocado quando o autor muda, expressamente de convicção com a estética, ideologia ou religiosidade que a obra apresenta pelo fato desta não refletir mais a sua personalidade, ou cuja distribuição deixou de parecer-lhe oportuna.⁴² Esses direitos são absolutos, mas caso haja prejuízos lesivos a terceiros com a sua atitude de mudança, ou retirada, deverá o autor, primeiramente, indenizá-los moralmente ou patrimonialmente.⁴³

e) **Direito de Acesso:** é o direito de ter acesso a exemplar único e raro da obra, que legalmente esteja em mãos de outrem, para que seja preservada por meio de fotografia, assemelhado ou audiovisual, a memória do artista, de forma

⁴⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 359.

⁴¹LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 25.

⁴²ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 75.

⁴³Op. Cit, p.75.

que cause menor inconveniente possível ao detentor, o qual será indenizado moralmente e patrimonialmente pelos danos de tal perda.⁴⁴

f) Direito de Repúdio de Projeto: é o direito do autor de projetos arquitetônicos de retirar o seu nome quando o projeto da obra arquitetônica for modificado, sem seu consentimento, em sua construção física. Caso a construção modificada, venha a ter incluído o nome do projetista ou arquiteto, este poderá pleitear seu direito de perdas e danos.⁴⁵

1.4.2. Direitos Patrimoniais do Autor

Os direitos patrimoniais do autor consistem na faculdade de fruir e utilizar, ou autorizar a sua fruição, utilização e exploração econômica da obra intelectual, total ou parcial, em qualquer forma ou modo, originário ou derivado, nos meios ou veículos de fixação disponíveis existentes, com o devido pagamento dos *royalties* que resultarão da exploração da obra.⁴⁶ Somente o autor ou terceiro autorizado podem dispor, pecuniariamente, ou não da obra intelectual a qualquer interessado, exceto com as disposições previstas nas Convenções e Tratados Internacionais que autorizam a livre disponibilidade da obra, ou então, contratualmente.

Os direitos patrimoniais se caracterizam diferentemente dos direitos morais, por serem: alienáveis, pela possibilidade de serem disponíveis no mercado e transferíveis por meio de licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos; conseqüentemente, são penhoráveis, sujeitos à expropriação judicial; temporários, têm um período limitado de uso pecuniário até a obra “cair” em domínio público; e, por tal razão, prescritíveis, ou seja, extinguem-se pela inércia, pelo lapso

⁴⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 121-122.

⁴⁵FURQUIM, Marcos. **Introdução aos Direitos de Autor e a Fotografia**. Disponível em: <<http://www.bancodaimagem.com.br/artigos/html/art10.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2006.

⁴⁶ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 75.

de tempo; independentes, cada utilização da obra resulta em um ato único e restrito.⁴⁷

As mais importantes utilizações que compõe os direitos patrimoniais são:

a) Direito de Reprodução das Obras: a reprodução é a fixação da obra em um meio ou veículo que permita sua comunicação, ou a obtenção de cópias no todo ou em parte, por qualquer modo ou procedimento possível. As formas de reprodução deverão ser prévia e expressamente autorizadas pelo autor original da obra.⁴⁸

b) Direito de Distribuição: a distribuição é a circulação e disponibilização da obra no mercado com o objetivo de atingir o público, nas condições previstas pelo autor como: tempo e território.

c) Direito de Transformação: o autor pode autorizar qualquer modificação que venha ocorrer em sua obra, como tradução, adaptação, arranjos, atualização, compilação, representação, etc.⁴⁹ Caso haja transformações que venham a alterar relevantemente o conteúdo da obra, retirando a personalidade do autor de seu trabalho, este, poderá repudiar e discordar da obra derivada.

d) Direito de Comunicação ao Público: é todo ato pelo qual uma pluralidade de pessoas reunidas em um local público⁵⁰ pode ter acesso à obra sem a

⁴⁷LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 25-26.

⁴⁸RODRIGUEZ MORENO, Sofía. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p.39-40. No original, lê-se: “Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella por cualquier medio o procedimiento. [...] En todos los casos, tanto para hacer dichas transformaciones como para reproducir la obra, debe contarse con la autorización del autor de la obra original.”. **tradução nossa**.

⁴⁹RODRIGUEZ MORENO, Sofía. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004, p.45. No original, lê-se: “Consiste en cualquier modificación que se haga de la obra, ya sea su traducción, adaptación, arreglo, actualización, compilación, etc.”. **tradução nossa**.

⁵⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 47.

prévia distribuição de exemplares, a cada uma delas.⁵¹ Pode-se citar como localidades e meios para essa comunicação: recitais, peças teatrais, cinemas, *shows*, reproduções sonoras públicas, fora do âmbito familiar, em CD, Disquetes, Fita de Vídeo ou DVD, exposições, transmissões ou retransmissões em rádio, televisão ou Internet. A exploração de uma obra deve ser revertida em *royalties*, que deverão ser pagos pelo executante ao titular, salvo se o autor renunciar este direito.⁵²

e) Direito de Seqüência: é o direito inalienável de beneficiar os artistas plásticos das operações de venda, cuja obra é objeto, após a sua venda. Assim, quando se registrar um considerável aumento no preço da obra de arte, reconhece-se o direito de autor na respectiva mais-valia, sob a forma de uma percentagem sobre o aumento do preço da obra.⁵³

1.5 A execução pública e comunicação ao público das obras audiovisuais

O direito autoral de execução pública, estaria incluído dentre os direitos de reprodução, mais especificamente, de reprodução acústica. A “execução pública” em si seria, no seu entender, a forma ou o ato de colocar a obra em contato com o público reprodução acústica em local público, donde relevar a característica de publicidade, primordialmente.⁵⁴ Seu conceito encontra-se previsto na lei autoral no art. 5º, V⁵⁵ da lei 9.610/98, em suma, a comunicação ao público tem pro condão a

⁵¹BARRUFFINI, Natália Liserre. **Algumas considerações sobre a comunicação ao público no direito de autor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3918>>. Acesso em: 16 de abril de 2006.

⁵²ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 85-87.

⁵³LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos. 1996, p. 27.

⁵⁴CHAVES, Antônio. **Direitos de Autor: Princípios Fundamentais**, Rio de Janeiro; Forense, 1987, p.155.

⁵⁵Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

aproximação da obra intelectual criada pelo artista tornando acessível e conhecida pelo público.

A disponibilidade da obra intelectual é um direito exclusivo do autor, que é enquadrado dentro dos direitos patrimoniais do autor, desta forma, o direito de propriedade como *ius utendi, abutendi e fruendi*, previsto no artigo 28 da legislação autoral⁵⁶, a que nada mais é do que o direito de livre disposição do bem, somente os titulares ou que os represente podem autorizar a utilização por outrem mediante pagamento prévio de uma taxa autoral.⁵⁷

O princípio da exclusividade estende-se de maneira imperiosa sobre a seara da execução pública musical.⁵⁸ O artigo 29 da Lei 9.610 dispõe acerca da distribuição e execução das obras intelectuais devendo ser com a prévia autorização do autor:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...)VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário.VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante(...)b) execução musical;

O requisito que depende de autorização prévia e expressa do autor, a utilização da obra, coloca nas mãos do autor um efetivo controle sobre a obra.

No artigo 68 da lei Autoral, dispõe acerca da execução pública, bem como do seu conceito:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e

⁵⁶Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

⁵⁷ DIAS, Maurício Cozer. **Utilização musical e direito autoral**, Campinas: Bookseller, 2000 p.30-31.

⁵⁸CASASSANTA, Eduardo M. de Castro. **Gestão Coletiva dos Direitos Autorais**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009 p.57.

fonogramas, em representações e execuções públicas. (...) § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

Pode-se extrair do texto do art. 68, que o interessado em realizar um evento que executará publicamente obras musicais deverá solicitar expressa e previamente autorização dos titulares de direitos autorais.

Na legislação internacional, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971, ratificada no Brasil sob o decreto de nº 75.699 de 29/04/1975, e do Decreto Legislativo n. 94 de 04/12/1974, em seus art. 11, I, 2º⁵⁹, art.11 bis, I⁶⁰, art. 14, I, 2º⁶¹ trata sobre a autorização prévia sobre qualquer transmissão pública.

A convenção de Roma, texto da Convenção que os contempla resultou da 29ª Conferência Internacional do Trabalho ocorrida em Montreal, em 1946, promulgado no Brasil por meio do Decreto 25.696 de 20/10/1948, tratamento recíproco, o mesmo da legislação do local da execução, a execução difundidas em outro Estado contratante (art. 4º⁶² e art. 7º²⁽¹⁾ ⁶³) a proteção do artista para o

⁵⁹Artigo 11 - 1) Os autores de obras dramáticas, dramático-musicais e musicais gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a representação e a execução públicas das suas obras, inclusive a representação e a execução públicas por todos os meios e processos; 2º a transmissão pública por todos os meios da representação e da execução das suas obras.

⁶⁰Artigo 11 bis - 1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º – a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º - qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º - a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radiodifundida.

⁶¹Artigo 14 - 1) Os autores de obras literárias ou artísticas têm o direito exclusivo de autorizar: 1º - a adaptação e reprodução cinematográfica dessa obra e a distribuição das obras assim adaptadas ou reproduzidas; 2º - a representação e a execução públicas e a transmissão por fio ao público das obras assim adaptadas ou reproduzidas.

⁶²Artigo 4º - Cada Estado contratante concederá o tratamento nacional aos artistas intérpretes ou executantes sempre que se verifique uma das seguintes condições: a) se a execução se realizar num outro Estado contratante; b) se a execução fôr fixada num fonograma protegido pelo artigo 5 da presente Convenção; c) se a execução, não fixada num fonograma, fôr radiodifundida através de uma emissão de radiodifusão protegida pelo artigo 6º da presente Convenção.

impedimento da transmissão por qualquer meio sem o seu pagamento(art. 7º, a)⁶⁴; representação no exercício da execução pública(art. 8º)⁶⁵ pagamento da taxa remuneratória de comunicação ao público(art. 12)⁶⁶; pagamento de taxa remuneratória de comunicação ao público no que se refere transmissão por meio de radiodifusão(art. 13, d).⁶⁷

O acordo TRIPS assinado em 15/04/1994 foi o mesmo promulgado no Brasil através do Decreto 1.355 de 31/12/1994 dentre seus artigos podemos destacar os seguintes: art. 14(1)⁶⁸ (impedimento da comunicação ao público da obra intelectual); art. 14(3)⁶⁹ (proibição da comunicação ao público das transmissões das empresas radiodifusoras).

⁶³Artigo 7º - 1. A proteção aos artistas intérpretes ou executantes prevista na presente Convenção, compreenderá a faculdade de impedir: 2. (1) Compete à legislação nacional do Estado contratante onde a proteção for pedida, regular a proteção contra a retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão e a reprodução dessa fixação para fins de radiodifusão, quando o artista intérprete ou executante tenha autorizado a radiodifusão da execução.

⁶⁴Artigo 7º - 1. A proteção aos artistas intérpretes ou executantes prevista na presente Convenção, compreenderá a faculdade de impedir: a) a radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento, exceto quando a execução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma;

⁶⁵Artigo 8º - Um Estado contratante pode determinar, na sua legislação nacional, o modo como serão representados no exercício dos seus direitos os artistas intérpretes ou executantes, quando vários artistas participem na mesma execução.

⁶⁶Artigo 12 - Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração.

⁶⁷Artigo 13 - Os organismos de radiodifusão gozam do direito de autorizar ou proibir: d) a comunicação ao público das suas emissões de televisão, quando se efetuarem em lugares acessíveis ao público, mediante o pagamento de um direito de entrada; compete à legislação nacional do país onde a proteção deste direito é pedida, determinar as condições do exercício do mesmo direito.

⁶⁸Artigo 14 - 1. No que respeita à fixação de suas apresentações em fonogramas, os artistas-intérpretes terão a possibilidade de evitar a fixação de sua apresentação não fixada e a reprodução desta fixação, quando efetuadas sem sua autorização. Os artistas-intérpretes terão também a possibilidade de impedir a difusão por meio de transmissão sem fio e a comunicação ao público de suas apresentações ao vivo, quando efetuadas sem sua autorização.

⁶⁹Artigo 14 - 3. As organizações de radiodifusão terão o direito de proibir a fixação, a reprodução de fixações e a retransmissão por meios de difusão sem fio, bem como a comunicação ao público de suas transmissões televisivas, quando efetuadas sem sua autorização. Quando não garantam esses direitos às organizações de radiodifusão, os Membros concederão aos titulares do direito de autor, nas matérias objeto das transmissões, a possibilidade de impedir os atos antes mencionados, sujeitos às disposições da Convenção de Berna (1971).

Segundo a legislação pátria, a execução pública somente será possível em locais públicos, onde a obra intelectual atingirá notoriedade e conhecimento em massa. Com base na redação do §3º, do art. 68, da LDA se elenca alguns desses locais:

os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

A comunicação da obra intelectual ao público com qualquer que seja ela, independentemente de sua origem, mérito ou valor, necessita obrigatoriamente de prévia e expressa autorização do autor ou titular dos direitos autorais sobre a obra. Não é lícita a representação da obra sem autorização, isto é, ela deve atenceder à utilização da obra.⁷⁰

Nos casos das empresas de radiodifusão estão autorizadas e asseguradas a transmissão, fixação e retransmissão em locais de frequência coletiva conforme estatui o art. 95 da lei 9.610/98⁷¹. Segundo a Súmula nº 63 do STJ: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais “

O presente artigo teve por bem definir que as obras intelectuais não poderiam ser reproduzidas em locais públicos, definidos no parágrafo 3º do *caput*⁷². Ocorre, ainda, que a disponibilização da obra ao público, deve ser adimplida, mesmo se o local da apresentação for gratuito ou houver ausência de lucro do evento realizado.

⁷⁰OLIVEIRA, Jaury Neponucemo de e WILLINGTON, João. **Anotações a lei do Direito Autoral – Lei. 9610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 p.112.

⁷¹Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo a autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.

⁷²Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

A constiuição federal em seu artigo 5º, XXVIII, *b*, assegura como garantia fundamental à fiscalização de aproveitamento econômico por entidades representativas:

o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos interpretes e às respectivas prestações sindicais e associativas.

A intenção do constituinte foi assegurar os titulares dos direitos autorais (autores, intérpretes, produtores fonográficos, empresas de rádiofusão) o direito de fiscalização e do aproveitamento econômico de suas obras.⁷³

O legislador estabeleceu um princípio centralizador, ao definir que apenas uma única entidade (um escritório centralizando todas as associações que o compõem) a ser criada para a defesa judicial e extrajudicial dos direitos do autor e dirigida pelas associações que a integram⁷⁴:

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais. § 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem. § 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), órgão central da sistemática da gestão coletiva, em respeito ao princípio da exclusividade, cabe àquele que pretender utilizar através da execução pública de obras musicais, solicitar a respectiva autorização do ECAD, mediante pagamento da retribuição autorial.⁷⁵ Nas palavras de Eduardo Monteiro de Castro Casassanta:

⁷³CASASSANTA, Eduardo M. de Castro. **Gestão Coletiva dos Direitos Autorais**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p.30-31.

⁷⁴OLIVEIRA, Jaury Neponucemo de e WILLINGTON, João. **Anotações a lei do Direito Autoral – Lei. 9610/98**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 p.140.

⁷⁵CASASSANTA, Eduardo M. de Castro. **Gestão Coletiva dos Direitos Autorais**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p.103.

Trata-se de uma sociedade civil importante no cenário da economia nacional, administradora de grandes e importantes interesses, já que a Lei de Regência Autoral conferiu-lhe a exclusividade de arrecadar e distribuir no território brasileiro toda a importância econômica a título de direitos autorais de execução pública musical.⁷⁶

Nos dizeres de Paulo Henrique Miotto Donadeli:

O ECAD, situado no Rio de Janeiro, mas com atuação nacional, é uma associação civil de natureza privada sem fins lucrativos, constituída por associações de direitos de autor e dos que lhe são conexos, com personalidade jurídica distinta das associações que o integram, não respondendo pelos atos e obrigações das entidades que o compõem.⁷⁷

Nessa condição, o Escritório Central não possui finalidade de lucro, e é dirigido e administrado pelas associações que o integram⁷⁸. São elas que, em assembléia geral, decidem as atividades e os rumos adotados pelo ECAD, que, em última análise, nada mais representa que um verdadeiro escritório de cobrança posto a serviço das associações, uma *longa manus* executiva, com legitimidade legal para sua atuação.⁷⁹

Por tal legitimidade de representação dos autores, entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 178268/PR pela Colenda 3ª Turma, cujo relator foi o ministro Carlos Alberto Menezes de Direito:

⁷⁶CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. **Direitos autorais de execução pública musical**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6966>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

⁷⁷DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **A tutela jurídica dos direitos autorais e a cobrança realizada pelo ECAD da utilização das obras musicais**. In: Informativo Consulex, v. 21, n. 13, p.7.

⁷⁸São 13 associações no total: Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérprets e Músicos(Abrac), Associação Brasileira de Músicos(Abramus), Associação de Compositores e Intérpretes Musicais do Brasil(Acimbra, Associação de Músicos, Arranjadores e Reentes(Amar), Associação Nacional de Autores, Compositores e Interpretes de Músicas(Anacim), Associação de Intérpretes e Músicos(Assim), Associação dos Titulares de Direitos Autorais(Atida), Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música(Sabem), Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical no Brasil(Sadembra), Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e EscritoresSbacem), Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais(Sicam), Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais(Socinpro) e União Brasileiras de Compositores(UBC).

⁷⁹CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. **Direitos autorais de execução pública musical**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6966>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

Direitos Autorais. Legitimidade do ECAD. Prova de Filiação.1.Já assentou a Corte que o “ECAD é associação civil responsável para promover a cobrança de direitos autorais devidos em razão de retransmissão de músicas, sendo desnecessário provar a filiação dos compositores, bem como sua autorização para ingresso em juízo 2.Recurso especial conhecido e provido.

O STF na ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 2.054-DF⁸⁰, proposta pelo Partido Social Trabalhista, em 24 de agosto de 1999, questionando o sistema unificado de gestão coletiva. O Plenário do STF declarou constitucional o art. 99 da atual Lei de Direito Autoral, Lei nº 9.610/98, mantendo o ECAD como único responsável pela arrecadação e distribuição de direitos autorais. O Escritório, na visão da Corte Suprema, não constitui, portanto, “monopólio privado”.⁸¹

O ECAD atua judicialmente em nome próprio, em regime de substituição processual dos titulares de direitos autorais e suas associações. Essa prerrogativa já pacífica na jurisprudência e descrito no art. 99 da Lei 9.610 citado anteriormente.⁸²

Tal possibilidade de liberdade associativa na manutenção dos direitos autorais, encontra , respaldo, nas ditas garantias constitucionais previstas, respectivamente, nos incisos XVII e XX, do art. 5º, da CF/88.⁸³

⁸⁰I.Liberdade de associação.1. Liberdade negativa de associação: sua existencia, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligencia, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remetaram a lei. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do Ecad(art. 99 da Lei 9.610/98), sem ofensa do art. 5ª, XVII e XX da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei fundamental. 3 . Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas.(Distrito Federal, ADI nº 2.054-DF, DJ 17-10-2003, p . 00013 – ementa transcrita parcialmente)

⁸¹MORAES, Rodrigo. **Como surgiu o ECAD**.Rodrigo Moraes: Advocacia em Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/artigos.php?cod_pub=25&pagina=1>. Acesso em: 1 nov. 2010.

⁸²ABRÃO, Eliane Yachouh. Propriedade Imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens da personalidade. São Paulo Senac, 2006. NETTO, José Carlos Costa. Sujeitos de direitos autorais e gestão coletiv, p. 214.

⁸³"Art. 5º – (...) XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;"

A Lei de Direitos Autorais estabelece, em seu artigo 97⁸⁴, caput, a faculdade dos titulares de direitos de autor e conexos se associarem, sem intuito de lucro, a fim de promoverem o exercício e a defesa de seus direitos.

Entretanto, a livre associação concedida pela lei autoral é aminorada pelo seu parágrafo primeiro, a estabelecer que "*é vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza*", sendo certo que a liberdade constitucional de livre associação encontra-se garantida no parágrafo segundo, que informa que "*pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.*"⁸⁵

Observa-se, ainda, com base no art. 98 da LDA⁸⁶, que a associação tem o condão de representação judicialmente e extrajudicialmente na defesa dos direitos autorais dos associados, *ipsis literis*: "*com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança*". O mandato legal concedido a associação pode ser parcialmente e temporariamente revogado para que pessoalmente o titular dos direitos autorais possa "*praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filial.*"

⁸⁴Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro. § 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza. § 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem. § 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.

⁸⁵CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. **Direitos autorais de execução pública musical**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6966>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

⁸⁶Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança. Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que estiverem filiados.

Vale dizer, o ECAD recebe poderes por meio das associações dos titulares de direitos autorais nacionais e estrangeiros e não diretamente dos titulares, de modo que a centralização da arrecadação e distribuição ocorre com o desempenho do escritório corporificado pela formação da Assembléia Geral como órgão de direção, atribuindo-lhe responsabilidade social corporativa no desenvolvimento de suas múltiplas atividades.⁸⁷

A execução, comunicação e arrecadação devem ser precedidas da autorização do autor, podendo ser representados pelo ECAD, sendo que em caso de inadimplência e eventual transmissão, retransmissão e distribuição da obra intelectual, deverá ser coibida pela forma do art. 105 da Lei Autoral, a ser visto no Capítulo 3 da presente Monografia.

⁸⁷BARRUFFINI, Natália Liserre. **Algumas considerações sobre a comunicação ao público no direito de autor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3918>>. Acesso em: 16 de abril de 2006.

2 TUTELA INIBITÓRIA

2.1 Conceito

A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.⁸⁸

A tutela inibitória destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte, ou seja, diante de um estado de ameaça de prática de ato violador de um direito, pode seu titular pedir ao Poder Judiciário a adoção de medidas que impeçam, de forma definitiva, a prática do ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição, impedindo a concretização dos atos ameaçados, fazendo, assim, com que o autor possa usufruir de seu direito *in natura*.⁸⁹

Ainda, segundo Luiz Guilherme Marinoni, a tutela inibitória é uma tutela específica, pois, objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que vale dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência a primeira.

⁸⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 36.

⁸⁹MALTINTI, Juliana de Camargo. **Tutela Inibitória e Internet: O processo civil aplicado na proteção da privacidade**. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/09_238.pdf> Acesso em: 23 de abril de 2010.

Assim, temos que a tutela inibitória tem o cunho buscar a coibir a prática do ilícito em situações particulares de direito substancial, de maneira célere, adequada e efetiva, sendo que tais ilícitos cometidos não podem ser findados simplesmente com a tutela ressarcitória.

Com efeito, se o processo deve ser pensado como instrumento do direito material, não basta olhar para as técnicas processuais de prestação das tutelas. As sentenças, assim como a coerção direta, a coerção indireta, sub-rogação etc. nada mais são do que técnicas para a prestação das tutelas, e não tutelas. Note-se, ainda, que as sanções são técnicas de controle social, e assim somente podem ser vistas, quando importadas para o processo civil, como técnicas de tutela, sem que possam verdadeiramente explicar as relações do processo com o direito material.⁹⁰

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda dependente de 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.⁹¹

Ressalte-se da cristalina ineficiência da tutela condenatória para atingir esse escopo preventivo diante do mecanismo da execução posterior que se baseia, exatamente, pela inaptidão de a condenação evitar a lesão. A tutela inibitória, ao réves, reclama pronta atuação apoiada por enérgicas medidas de coerção pessoal ou patrimonial capazes de convencer o obrigado a adimplir a sua obrigação de não violar, não repetir ou não continuar. Neste particular é inocutável a inadaptação das medidas de apoio às sentenças condenatórias, iluminadas pela idéia de que o próprio descumprimento, quando muito, implica a conversabilidade

⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 128.

⁹¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 251-253.

em perdas e danos quando versam sobre prestações de fazer infungíveis e de não fazer. Não é essa, positivamente, a aspiração da tutela inibitória.⁹²

O processo é somente técnica para prestação da tutela inibitória, pois essa última já é grantida pelo direito material. No entanto, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva. Resta saber que, o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como concebera existência da norma que outorgue o direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito.⁹³

É fundamental destacar que o direito processual deve não só identificar as necessidades do direito material e da evolução da sociedade, mas também refleti-las. Ora, pensar somente em termos de “tutela” das obrigações, ou dos deveres de fazer e de não fazer, não espelha os reais significados das reformas projetadas no processo civil. É fundamental deixar claro o fato de que o processo civil, através de novos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, pode responder à necessidade de prevenção dos direitos, e assim caminhar ao lado das expectativas sociais.⁹⁴

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

⁹²FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p.1564.

⁹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Procesusal e Tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 182-183.

⁹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 133.

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.⁹⁵

Em verdade, a própria redação do caput do mencionado artigo, com a estrutura que lhe atribuíram as leis acima mencionadas, bem demonstra a disposição do legislador processual, no rumo da efetividade do processo. Nesse sentido a especial ênfase dada no aludido dispositivo legal, à obtenção da “tutela específica da obrigação” ou do “resultado prático equivalente ao do adimplemento”, relegando a transformação da obrigação descumprida em perdas e danos, apenas para a hipótese de o autor assim requerer, ou para o caso de ser impossível o seu adimplemento ou a obtenção de resultado prático equivalente - fazendo-se oportuno lembrar, neste ponto, a clássica divisão de obrigações de fazer em fungíveis e infungíveis, estas últimas passíveis de se converterem em indenização, pela impossibilidade de cumprimento por outrem, ainda assim, se tal infungibilidade for natural, e não meramente jurídica.⁹⁶

Com tal redação em nossa constituição, 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 interpretar normas processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.⁹⁷

2.2 Pressupostos da Tutela Inibitória

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com ressarcimento do dano e, por

⁹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

⁹⁶TOMÉ, Levi Rosa. **O artigo 461 do CPC e a efetividade da prestação jurisdicional**. LEX - Jurisprudência do STJ e TRFs. São Paulo/SP, n. 186, p. 9-17, fev. 2005

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela de direitos**. RT:São Paulo. 4ª edição. 2009, p. 111.

conseqüência os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.⁹⁸

O dano não é elemento constitutivo do ilícito podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Da mesma forma que se pode pedir cessação de um ilícito sem aludir a dano, é possível requerer um ilícito não seja praticado sem a demonstração de um dano futuro.⁹⁹ Razão pela qual ao autor se requer a prova do perigo e da antijuridicidade do ato que se quer evitar, pouco importante se da transgressão resultará prejuízo ou não.

100

A diferenciação de ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com o probabilidade do ato contrário ao direito(ilícito).¹⁰¹

Contudo, como já foi dito, nem sempre há uma identidade cronológica entre o ilícito e o dano – até mesmo porque o ilícito não se confunde com o fato danoso -, de modo que é necessária a predisposição de uma tutela voltada a impedir o ilícito, independentemente do dano que poderá ser eventualmente por ele provocado.¹⁰²

Portanto, o dano não ingressa na esfera de cogitação da tutela inibitória, razão pela qual, ao autor se requer a prova do perigo e da antijuridicidade

⁹⁸Op. Cit, p. 255.

⁹⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 46.

¹⁰⁰FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p.157.

¹⁰¹Op. Cit., p. 47.

¹⁰²MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica arts. 461, CPC art. 84, CDC**. RT:São Paulo. 2ª edição. 2001, p. 90.

do ato que se quer evitar, pouco importando se da transgressão resultará prejuízo material ou não.¹⁰³

É possível observar na tutela inibitória diminuição significativa da dimensão do debate judicial, que estará limitado à discussão sobre a possibilidade futura do ilícito ou não. Com essa restrição natural à cognição do juiz, obviamente, o procedimento tende a acelerar-se, pois os fatos dependentes de prova consistem apenas na probabilidade do dano. Além disso, o procedimento probatório tende a ser mais simples e objetivo, uma vez que reduzidos os elementos dependentes de prova.

A inibição contenta-se com a possibilidade de violação *in re ipsa*, dispensando o autor da comprovação de dolo ou culpa do demandado, uma vez que é contra a portencialidade de violação que a tutela se dirige e a transgressão, por seu turno, pode se operar até por má interpretação do direito.¹⁰⁴

A tutela inibitória não pune quem pode praticar o ilícito, mas apenas impede que o ilícito seja praticado. Se alguém, ainda que sem culpa está na iminência de praticar um ilícito, é cabível a ação inibitória.¹⁰⁵

O dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória. Na perspectiva da cognição, afasta-se, para a obtenção da inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dano e culpa.¹⁰⁶

¹⁰³ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense:Rio de Janeiro. 4ª edição. 2009, p. 111

¹⁰⁴Op. Cit.

¹⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 48.

¹⁰⁶Op. Cit., p. 50.

O que importa, portanto, para a configuração da viabilidade do uso da tutela inibitória é simplesmente a probabilidade da prática de um ilícito, ou da sua continuação ou repetição.¹⁰⁷

Dessa forma, torna-se fácil compreender que a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção, contentando-se, assim, com um não-fazer. O seu objetivo é evitar o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, razão pela qual pode exigir um não-fazer ou um fazer, conforme o caso.¹⁰⁸

De tudo isso, conclui-se que a existência da ameaça de lesão a direito corresponde ao verdadeiro núcleo de debate da ação inibitória, em torno do qual orbitarão todas as demais questões desta tutela. Conquanto, não tenha a parte autora de alegar(e muito menos provar) a existência de um dano no agir do requerido, ou ainda de perquerir da vontade(e do móvel) deste em sua conduta potencial, deve o requerente demonstrar que seu reclamo é justo, o que se faz por meio da indicação da efetiva ameaça de lesão ilegítima a seu interesse.¹⁰⁹

2.3 Tutela Inibitória Positiva e Negativa

O direito anglo-americano conhece as denominadas *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, a primeira consistindo em uma ordem que impõe um não fazer e a segunda em uma ordem que impõe um fazer.¹¹⁰

No direito italiano, costuma-se associar a tutela inibitória a ordem de não fazer; o próprio nome que qualifica a tutela acaba sendo reforço para a idéia de que a tutela inibitória não pode impor um fazer.¹¹¹

¹⁰⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica arts. 461, CPC art. 84, CDC**. RT:São Paulo. 2ª edição. 2001, p. 90.

¹⁰⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela de direitos**. RT:São Paulo. 4ª edição. 2009, p. 111..

¹⁰⁹ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p.167.

¹¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p.134.

¹¹¹Op.Cit., p.134.

A tutela inibitória positiva aquela destinada a compelir o réu a realizar determinada atitude, quando se tem o temor de que este sujeito provavelmente ficaria omissos, reiteraria uma omissão ou continuaria se omitindo ilícitamente. A inibitória, neste caso, é utilizada como forma de fazer com que o sujeito, antes de se cometer qualquer omissão ilícita, seja compelido a agir conforme determina a lei; já a tutela inibitória negativa consiste em fazer com que determinado sujeito deixe de praticar ou reiterar a prática ou continuar praticando determinado ilícito. É a obrigação de um não-fazer antes mesmo que o possível violador do direito venha a praticar o ilícito de forma comissiva.¹¹²

A inibitória positiva pode ser utilizada, como é óbvio, quando se receia a reiteração de omissão. Com efeito, tratando-se de violação de eficácia instantânea suscetível de repetição, nada impede que se imponha um fazer para se inibir a repetição do ilícito.¹¹³

A importância da inibitória negativa é insuspeitável, já que na maioria das vezes deseja-se evitar a prática, a repetição ou a continuação de uma conduta comissiva.¹¹⁴

Para Sérgio Cruz Arenhart, importa observar, para bem compreender a extensão adequada da tutela inibitória, afim de não limitar a técnica para á quem do necessário – que não se pode confundir tutela inibitória com simples pretensão negativa. Por vezes, a tutela que busca o ilícito pode necessitar não apenas a abstenção ou a tolerância da parte requerida, exigindo a adoção de alguma atividade contra ela.”¹¹⁵

¹¹²ALVES, André Zamenhof de Macedo. **A tutela preventiva dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/interface/21/artigos/8%20A%20Tutela%20Preventiva%20dos%20artigos%20461%20e%20461A%20do%20C%F3digo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

¹¹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica arts. 461, CPC e 84, CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, 2ª Edição, p.92.

¹¹⁴Op.Cit., p.92.

¹¹⁵ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: RT, 2003, p.167.

2.4 Tutela Inibitória Antecipada e seus Requisitos

A tutela inibitória será balisada em uma “ação de obrigação de fazer ou não-fazer”, portanto, a tutela inibitória antecipada será concedida com base nos art. 461, §3º do Código de Processo Civil, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio da ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutelar liminarmente ou mediante justificação prévia, citando o réu.”

Com base no instituto da antecipação da tutela antecipatória em seu artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva do mérito.¹¹⁶

Temos, ainda que a tutela inibitória não tem o dano entre os seus pressupostos. Se o dano não é elemento constitutivo do ilícito podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Ou seja, da mesma forma que se pode pedir a cessação do ilícito sem se aludir a dano, é possível requerer que um ilícito não seja praticado sem a demonstração de dano futuro.

Enteretanto, para se dar efetividade ao direito, é fundamental impedir a sua violação, pouco importante se o dano não é iminente. Em hipóteses como essa, estando o ilícito caracterizando como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu.¹¹⁷

Quanto a tutela preventiva, sua previsão, na modalidade antecipada não decorre imediatamente do art. 273 do CPC, pois que sua fonte é o art. 461, que, em conjunto com o retrocitado dispositivo, permite a atuação antecipada com a

¹¹⁶ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo:Saraiva. 5º edição. 2007, p. 45.

¹¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003 p. 66.

exigência de que existe relevante fundamento da demanda e receio de ineficácia de provimento final.¹¹⁸

Desta maneira, a prova dita inequívoca deve ser produzido a fim de ser concedida a tutela inibitória, porém, a exibição da prova que é de difícil produção e demonstração face não se tratar de uma dano eminente e sim um possível ilícito a ser cobido pro meio da ação inibitória(situação descrita abordado no título 2.4.4 da presente monografia).

No ensinamento de Dinamarco tem-se que o disposto no art. 273 não se confunde com o art. 461 ambos do CPC, e sim há uma cooperação entre os dois institutos:

O art. 461 não reproduz a hipótese do inc. II do art. 273, para admissibilidade da tutela antecipada em razão da conduta dilatória do réu. Mas da visível relação de espécie a gênero acima considerada deflui razoavelmente a aplicação do inc. II também à antecipação da tutela específica. Nem haveria razão para pretender a lei uma suposta exclusão, quando põe tanto empenho no reforço desta.¹¹⁹

Ainda, expõe Candido Rangel Dinamarco:

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça provável. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez existe e, se existir, é porque na realidade inexistia aquela que era provável. O monografista fala da coexistência entre o princípio da probabilidade e da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetados pela lei vigente(art.273,§2º).¹²⁰

¹¹⁸SARTORO, Elvino Ferreira. **Tutela Preventiva Inibitória Nas Obrigações de Fazer e Não Fazer**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 66.

¹¹⁹DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.156.

¹²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica arts. 461, CPC e 84,CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, 2ª Edição, p.92 Apud DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.144.

Temos, então que a cláusula do art. 273 é, e deve ser, vista como norma genérica, de fechamento do sistema, capaz de ser aplicável em qualquer processo e em qualquer instância – e, por isso mesmo às ações relativas as tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer. Enfim, considerando o art. 273 como norma que completa o sistema de tutelas, garantindo tutela efetiva quem tem urgência e não pode esperar o provimento final, esta sempre terá aplicação subsidiária às demais situações, ainda que estas contemplem (ou contemplassem) regras semelhantes com requisitos distintos.¹²¹

A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461, §3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda(*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final(*periculum in mora*). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court*(CPC 273) É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) prova inequívoca b) convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) *periculum in mora*(CPC 273 I) ou abuso de direito de defesa do réu (CPC 273 II).¹²²

Ademais, como aduz Marinoni, considerando a função precipuamente preventiva da inibitória, fica patente a sua possibilidade de concessão *inaudita altera parte*, mormente quando o aperfeiçoamento do contraditório possa colocar em risco - seja pela demora na efetivação desta

¹²¹ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, Vol.6, 2003, p.298.

¹²²NERYJÚNIOR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 4ª Edição, p.911.

providência, seja, porque o réu ouvido, pode frustrar a atuação da medida – a eficácia do provimento antecipado.¹²³

2.4.1. Relevante Fundamento da Demanda

O art. 461, §3º do CPC prevê como um dos requisitos para antecipação da tutela a demonstração por parte do autor de *relevante fundamento da demanda*.

O fundamento relevante da demanda, como requisito de concessão da medida liminar em ação inibitória, nada mais é do que a probabilidade de o pedido do autor ser julgado, ao final, procedente. É o *fumus boni iuris*, idêntico àquele exigido para a concessão de medidas cautelares.¹²⁴

O que se percebe, e deve ser aqui frisado, é que o art. 461, §3º, do CPC não é tão rigoroso quanto o art. 273, no que diz respeito ao requisito exigido para a concessão da tutela antecipatória, e concernentemente à demonstração do direito que se pretende ver tutelado. Na inibitória, os elementos de cognição do magistrado, que devem estar presentes para se viabilizar a concessão de liminar, são menos amplos. Enquanto a tutela antecipatória concedida com base no art. 273 do CPC exige a demonstração de prova inequívoca do fato título do pedido, o art. 461, §3º exige apenas a demonstração do *fumus boni iuris*. Enquanto neste se exigem apenas alegações que convençam o juiz que o direito pretendido é verossímil, naquele se exige, além disso, prova inequívoca dos fatos que dão base ao pedido.¹²⁵

¹²³MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 153.

¹²⁴SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.234

¹²⁵Op. Cit, p. 234

2.4.2. Receio de Eficácia do Provimento Final

Com base na norma do art. 461, §3º do CPC denomina "justificado receio de ineficácia do provimento final". Esse "justificado receio de ineficácia do provimento final" quer indicar, diante da ação inibitória, "*justificado receio*" de que o ilícito seja praticado antes da efetivação da tutela final. No caso de remoção, o *periculum in mora* é inerente à própria probabilidade de o ilícito ter sido praticado. Ou melhor: como a tutela final, na ação de remoção, objetiva eliminar o *próprio ilícito ou a causa do dano*, não há como supor que a tutela antecipada de remoção exija, além da probabilidade da prática do *ilícito (fumus)*, a probabilidade da prática do *dano* (que seria o perigo nas ações tradicionais). Isso por uma razão óbvia: a simples prática do *ilícito* abre oportunidade à tutela final, sem que seja preciso pensar em *dano*, que já é pressuposto pela regra de proteção e, assim, descartado para a efetividade da tutela jurisdicional, seja final ou antecipada. *Perceba-se que, quando se demonstra que provavelmente foi praticado um ilícito, evidencia-se, por consequência lógica, que provavelmente poderá ocorrer um dano.*¹²⁶

Para a concessão da tutela antecipatória, requer-se que a atuação do juiz, na proteção do direito de autor, seja justificável diante do risco de dano imposto ao réu pela própria concessão da tutela; não se trata, precisamente, de se determinar qual é o "dano maior", mas sim se é justificável, em face dos valores dos bens em jogo e das circunstâncias do caso concreto, a proteção do direito do autor mediante a imposição de um risco de dano irreversível ao réu.¹²⁷

O requisito do "justo receio de ineficácia de provimento final" não é aquele decorrente de apenas uma valoração subjetiva da parte, de uma mera

¹²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

¹²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica arts. 461, CPC e 84, CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, 2ª Edição, p.92 Apud DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.103.

suposição derivada da imaginação pessoal do autor. Este receio deve ser objetivo, fundado em motivos sérios, demonstrável por meio de algum fato concreto. O evento lesivo receado, ao qual se requer um imediato provimento inibitório, deve ser não de remota possibilidade, mas de breve realização; o *iter* que conduz a dito evento deve aparecer se não já iniciado, ao menos direta e inequivocamente preparado.¹²⁸

Em sede de tutela inibitória antecipada, levando o seu caráter preventivo e urgente, pode-se mesmo dizer que a presença do *periculum in mora* é, em regra, implícita na própria natureza da demanda.¹²⁹

2.4.3. Audiência de Justificação

O art. 461, §3º do CPC, em sua redação, afirma que o juiz pode conceder a tutela liminarmente ou por meio de justificação prévia, citando o réu.

Na justificação prévia a que alude o §3º do art. 461, cabe ao juiz averiguar a utilidade da prova, indeferindo-a se não demonstrado o legítimo interesse na prova, como na hipótese de se tratar de pretensão manifestamente descabida ou que conduza a resultado nulo.¹³⁰

A justificação prévia é um instrumento importante dentro da estratégia criada para viabilizar a efetividade da tutela dos direitos, pois torna possível ao autor, que não dispõe de prova no momento da propositura da ação, a imediata formação de prova capaz de convencer o juiz da necessidade de concessão da tutela antecipada.¹³¹

Na audiência de justificação prévia, a função do réu está limitada a tomar ciência e acompanhar a prova a ser produzida sumariamente pelo autor,

¹²⁸SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 213

¹²⁹Op. Cit, p. 215

¹³⁰OLIVEIRA, C.A Alvaro de, e LACERDA, Galeno, **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v.8, Tomo II, p. 264.

¹³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 197.

podendo, quando muito, esclarecer pontos de fato, contraditar testemunhas, fazer e reperguntas a ela ou argüir impedimento ou suspeição de peritos. Eventualmente poderá juntar documentos como contraprova ainda que antes da fase adequada.¹³²

A audiência de justificação prévia tem o cunho de convencer o juiz do deferimento da medida antecipatória com a ampliação do arcabouço probatório por outros meios (oitivas de testemunhas e depoimento pessoal do autor), pelo motivo que as provas apresentadas de plano, não foram suficientes para persuadir o juiz no que tange a verossimilhança das alegações na antecipação dos efeitos da tutela pretendida, ressalte-se que, da decisão poderá ser deferida a liminar ou não, em ambos os casos abrirá o prazo para a defesa do réu..

2.4.4. Prova na Tutela Inibitória

Como elucidado anteriormente, a tutela inibitória busca a impedir a continuação e repetição do ilícito, verificando se o ato ilícito anteriormente praticado realmente seria novamente praticado. Um dos seus requisitos é a relevância do fundamento na demanda, que é comprovada por meio de prova.

Entretanto, em casos em que se pretende a coibir uma pretensão “futura”, a prova para uma antecipação é balisada no sentido de que o ato que vem a ser praticado será ilícito. Com efeito, a grande dificuldade da ação inibitória está na produção da prova de que um ato será praticado, quando nenhum ilícito anterior foi cometido.

A produção de prova se apresenta mais complexa quando o ilícito ainda não ocorreu – e se quer evitá-lo – do que nas hipóteses de perigo de repetição ou continuação, porquanto os antecedentes militam como indícios. A criatividade da doutrina indica que se um comerciante, impedido de usar determinada marca, encomenda embalagens a outrom, determinado estampar aquela interdita, estará

¹³²ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, Vol.6, 2003, p.308.

criando a situação de perigo suficiente ao deferimento da tutela inibitória. Desta sorte, a comprovação da simples “probabilidade do ilícito de perigo”, isto é, de que o ato *contra legem* poderá ser praticado, resulta suficiente para o êxito do demandante à inibição.¹³³

Assim, a prova é de grande valia para chegar-se em um juízo de procedência de uma tutela que irá inibir o ato ilícito de determinada violação. Tal fato que dispende a ser demonstrado em juízo é pertinente e relevante para a definição do mérito. O Código de Processo Civil em vigor, inovando as modalidades da prova judiciária apresentadas pelo Código de Processo Civil de 1939, admite como meios de prova todos aqueles, ainda que não especificados na lei, para provar a verdade dos fatos em que se funda a pretensão ou a defesa, desde que sejam legais ou moralmente legítimos. Temos, conseqüentemente, em nosso ordenamento processual, a liberdade de provar os fatos amplamente e de qualquer modo, a fim de trazer aos autos do processo a verdade, encontrando-se apenas limitações quanto ao modo de se obter a prova, isto é, desde que não viole disposição de lei ou as regras da moral. Soa o art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”¹³⁴

A tutela antecipatória não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. A idéia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, *também não deve se preocupar com o dano*. No caso de inibição, basta a probabilidade de que *venha a ser praticado ato ilícito*, enquanto que, na remoção,

¹³³FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p.157.

¹³⁴SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2005, p. 248.

é suficiente a probabilidade de que *tenha sido praticado ato ilícito*. Porém, tratando-se de ação inibitória nada impede que o autor invoque a probabilidade do dano nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, até porque esse último, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma *concreto* do ilícito.¹³⁵

A produção de prova se apresenta mais complexa quando o ilícito ainda não ocorreu – e se quer evitá-lo – do que nas hipóteses de perigo de repetição ou continuação, porquanto os antecedentes militam como indícios.¹³⁶

No caso em que nada ainda aconteceu, e apenas existe o temor da prática do ilícito, a prova também deve recair no que passou, embora esses fatos não constituam atos de igual natureza ao que se deseja evitar, ou ainda não configurem o início da ação ilícita que se objetiva impedir a continuação. Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. Assim, por exemplo, temendo-se a divulgação de notícia lesiva à personalidade, constituirá relevante indício, capaz de formar um juízo de procedência, a divulgação de anúncio, por parte de determinada rede de televisão, de que será divulgada a notícia. Tal prova indiciária é relevante meio para demonstrar que provavelmente a notícia será divulgada.¹³⁷

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),

¹³⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito** . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

¹³⁶FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense:Rio de Janeiro. 4ª edição. 2009, p. 111.

¹³⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito** . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

permita a formação de um juízo(presunção) de probabilidade de ocorrência de um fato futuro.¹³⁸

Logo, em especial nesta última modalidade de ação inibitória, a prova indiciária deve ter maior aceitação do que em outras espécies de tutelas, culminando na consequência do juiz exigir um menor grau de certeza para concessão da tutela, sob pena de se sacrificar o direito do requerente apenas pela dificuldade da produção de provas, ou melhor, de não se ter um ordenamento jurídico efetivo, com normas que são vazias de conteúdo, uma vez que os bens da vida protegidos são negados pela rigidez do processo.¹³⁹

Em virtude da dificuldade de forma uma prova tangível possível de formar uma convicção do juiz, por meio de um senso comum e valorar um raciocínio correto através da presunção formando a convicção do juiz no deferimento da tutela inibitória, como bem explica as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

O juiz evidentemente raciocina para formar o seu juízo a partir de uma ou mais presunções. Neste caso, ele se apóia também no sentido comum, tal como explicitou o item anterior. Como resulta óbvio, verificando-se que a demonstração do fato indiciário não se realizou, não é possível estabelecer um raciocínio correto através da presunção, para concluir-se no sentido da procedência da pretensão inibitória; o raciocínio judicial neste caso, será falho, ao tomar como premissa um fato que não foi demonstrado efetivamente. Como mencionado, não é necessário que o fato *probandum* seja a única consequência do fato indiciário para que seja possível a formação do juízo de procedência. Se o fato indiciário, uma vez demonstrado, pode colaborar para demonstrar que provavelmente o ato temido se praticará, a prova indiciária evidentemente pode juntar com outra presunção para formar um juízo de procedência. É preciso que fique claro que não é necessária a soma de várias presunções para a formação do juízo de procedência; uma única presunção, dependendo do caso concreto, pode ser suficiente para estabelecer a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido. No entanto, ao existir apenas uma presunção, esta deve ser capaz de formar um juízo de procedência que possa ser plenamente justificável; em outras palavras, se pode dizer que, tratando-se

¹³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 279.


¹³⁹FÓRIO, Milena. **A prova nas tutelas inibitórias individuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Milena%20F%C3%B3rio.pdf>> . Acesso em 25 de outubro de 2010.

apenas de uma presunção, o juiz deve valorá-la com extremo rigor.(tradução nossa)¹⁴⁰

Por fim e diante de todo o exposto, imprescindível reconhecer a necessidade de admissão da prova indiciária nas ações de tutela inibitória, para, através de raciocínio presuntivo (presunções e juízos), possibilitar o justo julgamento pelo magistrado, sob pena de, simplesmente, negar-se o direito constitucional de acesso à justiça àqueles que não podem ou tem dificuldades de demonstrar os seus direitos através da prova direta.¹⁴¹

2.5 Meios Coercitivos e sub-rogoratórios ou de apoio para o cumprimento da sentença

Na reforma do código de processo civil sobreveio uma disposição destinada à efetividade das condenações por obrigações de fazer e de não fazer em geral, com a explícita e especificada indicação dos meios de que o juiz se valerá para conduzir o sujeito a cumprir o que na sentença se contém. Objetiva-se a obtenção dos resultados práticos ditados nesta, ou resultados equivalentes, cabendo ao juiz usar de todos os meios adequados a isso, como imposição de astreintes,

¹⁴⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *La prueba en la acción inhibitoria*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em:  24 out. 2010. Texto Original: El juez evidentemente raciocina para formar su juicio a partir de una o más presunciones. En este caso, él se apoya también en el sentido común, tal como explícito en el ítem anterior. Como resulta obvio, verificándose que la demostración del hecho indiciario no se realizó, no es posible establecer un raciocinio correcto a través de la presunción, para concluirse en el sentido de la procedencia de la pretensión inhibitoria; el raciocino judicial en este caso, será fallo, al tomar como premisa un hecho que no fue demostrado efectivamente. Como ya hemos dicho, no es necesario que el hecho *probandum* sea la única consecuencia del hecho indiciario para que sea posible la formación del juicio de procedencia. Si el hecho indiciario, una vez demostrado, puede colaborar para demostrar que probablemente el acto temido se practicará, la prueba indiciaria evidentemente puede sumarse a otra presunción para formar un juicio de procedencia. Es preciso que quede claro que no es necesaria la suma de varias presunciones para la formación del juicio de procedencia; una única presunción, dependiendo del caso concreto, puede ser suficiente para establecer la convicción del juez a respecto de la procedencia del pedido. Sin embargo, al existir apenas una presunción, ésta debe ser capaz de formar un juicio de procedencia que pueda ser plenamente justificable; en otras palabras, se puede decir que, tratándose de apenas una presunción, el juez debe valorarla con extremado rigor.

¹⁴¹Op. Cit.

busca-e-apreensão, remoção de pessoas e coisas e até uso da força pública (CPC, art. 461).¹⁴²

Daí a legítima possibilidade de, em casos de extrema resistência, descandearam uma série de medidas sub-rogatórias das condutas omitidas. Essas medidas de apoio (apoio à dignidade judicial ultrajada pela desobediência) são aquelas, já referidas, enunciadas §§4º e 5º do art. 461 do CPC. Como consequência do objetivo de se ter a tutela jurisdicional efetiva, o juiz poderá para se obter o cumprimento da sentença "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."

As medidas elencadas §§4º e 5º do art. 461 do CPC tem o cunho de garantir a eficácia de uma tutela específica e de um resultado prático equivalente, ressalte-se, que o rol apresentado na redação do artigo supracitado tem caráter meramente exemplificativo, dentre as medidas citadas podemos destacar as seguintes, comentadas por Humberto Theodoro Júnior:

A busca e apreensão, *in casu*, é providência que pode se referir, no todo ou em parte, ao objeto criado pela execução da obrigação de fazer, bem como a alguma coisa necessária ou útil a tal execução (exemplos: materiais, projetos, ferramentas). As ordens desse tipo são tomadas incidentalmente, dentro do processo em curso, sem instauração de verdadeira execução para entrega de coisa. A entrega de coisa para satisfazer o direito a "resultado prático equivalente" à prestação devida não é de ser descartado. As medidas sub-rogatórias do § 5º tanto são utilizáveis como preparação do julgamento do processo de conhecimento, como podem ser providências que a sentença utilize para determinar o conteúdo da condenação. Nessa última hipótese, a busca e apreensão dar-se-ia, na fase de execução da sentença onde ficaria assegurado ao credor uma *coisa determinada*, cuja entrega lhe proporcionaria o "resultado prático equivalente". Imagine-se o fornecedor de um automóvel que não consegue realizar a contento a garantia de pleno funcionamento da máquina. O juiz pode transformar a obrigação de fazer (reparar o veículo) em obrigação de entregar outro automóvel em condições adequadas de operação.

A "remoção de pessoas e coisas", prevista no art. 461, § 5º, difere da busca e apreensão porque não se destina a proporcionar a entrega do objeto

¹⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 756.

apreendido ao credor. Satisfaz a obrigação de deslocamento daquilo que obsta ao credor o exercício de seu direito (ex.: remoção de placa que viola marca ou nome comercial). Em relação a pessoas, pode-se pensar na remoção de grevistas que se recusam a deixar o recinto de trabalho, por exemplo, ou no empreiteiro que não retira seu pessoal da obra cuja continuidade foi adjudicada a outrem.

O “desfazimento de obras”, também previsto no § 5º, do art. 461, não se restringe ao cumprimento da sentença que o tenha imposto como decorrência de obrigação de não fazer. O que se visa é permitir o expediente mesmo incidentalmente, até mesmo como antecipação de tutela, quando presentes os seus pressupostos legais. Em tais casos a demolição se dará em caráter de urgência, como cumprimento de simples mandado, sem se sujeitar ao processo de execução, como, aliás, ocorre com as medidas cautelares e demais provimentos de urgência.

O “impedimento de atividade nociva”, igualmente autorizado pelo § 5º, do art. 461, pode ocorrer em caráter preventivo ou repressivo e segue o procedimento mandamental, para pronta efetivação. Pode ser coordenado com imposição de multa e outras medidas coercitivas como a remoção de bens e pessoas.¹⁴³

Por fim, no intuito da efetiva prestação jurisdicional, o juiz poderá requisitar a utilização de “força policial” no caso de resistência ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer.

2.6 Aplicação da Multa(Astreintes)

O art. 461 do CPC afirma que o juiz poderá, na tutela antecipatória ou na sentença, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for insuficiente ou incompatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para cumprimento do preceito”.

Dentre as tutelas inibitórias mais utilizadas em processos com esse fim, destacam-se as *astreintes* (multa pecuniária), medida que encontra amparo no disposto no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, introduzido no sistema processual por força da Lei nº 10.444/02, o qual elenca as medidas aplicáveis para a

¹⁴³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, in Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Ano VI, outubro-dezembro, 2001, n. 22, p. 748.

efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, não de forma taxativa, mas apenas a título exemplificativo.¹⁴⁴

Vale ressaltar que, o juiz não está adstrito ao valor ou ao critério estabelecido pelo credor na inicial para cálculo de multa. No caso, a fixação da multa, vale repisar, não depende nem mesmo de pedido expresso do credor, ficando a critério do juiz a aplicação desse meio de coerção.¹⁴⁵

O art. 461, no seu §4º, afirma que o juiz ordenará na sentença, ou, na tutela antecipatória, impor multa diária a ré, independentemente de pedido de autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação. Ressalte-se, que a aplicação da multa no caso de descumprimento da obrigação de fazer e não-fazer, também, está disponível em sede dos juizados especiais, previsto no art. 52¹⁴⁶ da Lei 9.099/95.

A multa cominatória, assim, tem como característica a coerção, não tendo natureza indenizatória na linha do disposto no próprio parágrafo segundo do art. 461 do Código de Processo Civil. Assim, a finalidade da multa é o cumprimento da obrigação (por meio de coerção), não objetivando o ressarcimento de eventuais prejuízos (penalização) que devem, se existentes, ser objeto de ação autônoma.¹⁴⁷

¹⁴⁴CUNHA, Milena Raabe. **A tutela jurisdicional Inibitória Utilizada como meio de acesso ao direito social à saúde.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/MILENE%20RAABE%20CUNHA%20%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 29 de março de 2010.

¹⁴⁵ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda. Coord. **Atualidades do Processo Civil.** RODRIGUES, Fernando A. **A tutela da Obrigação Específica e as hipóteses de incidência da multa como meio de busca da efetividade.** Editora Jurúá: Curitiba, 2006, vol. I, p. 465.

¹⁴⁶Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado; VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária.

¹⁴⁷ Op. Cit, p. 469.

A multa limita-se a *forçar* o réu a adimplir, mas não garante a realização do direito *independentemente da sua vontade*. A sanção, própria às sentenças condenatória e executivas, viabiliza a realização do direito *independentemente da vontade* do réu e por *força da própria execução*, enquanto que a multa se limita a atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir. Como dito anteriormente, a finalidade da multa coercitiva não é essa, mas sim a de dar efetividade à tutela dos direitos – especialmente aos não-patrimoniais -, não há cabimento em se pensar que o juiz, ao impor a multa, *condena* o demandado.¹⁴⁸

A multa é um meio de coerção para alcançar a efetivação da tutela específica, arcando o devedor, sem prejuízo da indenização por perdas e danos, com o pagamento da mesma. Nesse sentido, com o objetivo do cumprimento da obrigação por pagamento de quantia certa, o posicionamento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹, sobre o fundamento de que a multa é um meio executivo de coação, não aplicável à obrigação de pagar a quantia certa, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer a obrigação¹⁵⁰. Assim, a finalidade da multa é o cumprimento da obrigação (por meio da coerção), não objetivando o ressarcimento de eventuais prejuízos (penalização) que devem, se existentes, ser objeto da ação autônoma.¹⁵¹

Hugo de Brito Machado¹⁵², leciona o objetivo e a função da multa e seu caráter punitivo e sancionatório:

¹⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5045>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

¹⁴⁹REsp. 438.003/RS.

¹⁵⁰ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda. Coord. **Atualidades do Processo Civil**. RODRIGUES, Fernando A. **A tutela da Obrigação Específica e as hipóteses de incidência da multa como meio de busca da efetividade**. Editora Jurúá: Curitiba, 2006, vol. I, p. 464-465.

¹⁵¹Op. Cit, p. 469.

¹⁵²MACHADO, Hugo de Brito. **As multas e o imposto de renda**. in *Revista Jurídica*, ano XXXI, vol. 105, 1984, p.54 apud SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E.. **Multas "astreintes": um instituto controverso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4070>>. Acesso em: 30 out. 2010.

Do ponto de vista econômico a multa é despesa. Ninguém ousa afirmar o contrário. Com o pagamento da multa o patrimônio da pessoa jurídica fica diminuído do valor correspondente. Por isto não há como se possa escriturar tal pagamento de outro modo. Há de ser mesmo escriturado como despesa. Do ponto de vista jurídico a multa é sanção pelo cometimento de ato ilícito. A ilicitude é seu pressuposto essencial. Aliás, a distinção entre o tributo e a multa reside precisamente nisto; na hipótese de incidência da norma de tributação não pode figurar a ilicitude, enquanto na hipótese de incidência da norma sancionatória ou punitiva a ilicitude é essencial.

Conforme ensina Humberto Theodor Júnior, "a astreinte é uma condenação condicional, a termo, de valor variável. A multa diária ou astreintes tem por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior retidão, a prestação de uma obrigação, fixada em decisão judicial. Daí dizer que a multa diária é medida coativa (ou coercitiva e não reparatória ou compensatória) e tem características patrimonial e psicológica. É a combinação de dinheiro e tempo. lição da Professora Teresa Arruda Alvim: "a multa pode ser fixada de ofício pelo Juiz, ela não é um pedido da parte-autora, ela é uma ferramenta, uma técnica de tutela que a parte-autora pode sugerir ou não, há, no art. 461, uma aproximação do direito substancial em relação ao direito processual. Vale dizer, através de sanção pecuniária, possível initio litis, verifica-se finalisticamente que se deseja obter o mais rapidamente possível a satisfação do direito substancial."¹⁵³

O valor da multa a ser fixada deve obedecer ao critério da razoabilidade, a fim de desempenhar sua função coercitiva. No entender de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz"¹⁵⁴

¹⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**. Revista dos Tribunais ano 92, n. 814, agosto, 2003, p.63- 70.

¹⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**", 6ª edição, edição Revista dos Tribunais, p. 764

Pode suceder, porém, de o valor acumulado da multa, apesar da revogação da medida, mostrar-se excessivo. Com isso, surge a dúvida: pode o juiz desconsiderar parte do débito já existente por conta do inadimplemento do réu? Luiz Guilherme Marinoni sustenta que sim. No seu entender, "se a multa já assumiu valor despropositado, e assim não se constitui mais em meio de pressão sobre a vontade do réu, não há razão para não admitir a redução do seu valor, tornando-o compatível com a situação concreta posta em juízo". E prossegue: "Reduzindo-se o valor da multa que se tornou despropositado, e dando-se ao inadimplente nova oportunidade de adimplir a sua obrigação, reafirma-se a função da multa, que é a de compelir o demandado a adimplir, e não a de retirar patrimônio do demandado para – o que é pior – permitir o enriquecimento sem qualquer justificativa do autor"¹⁵⁵.

A multa é variável quanto à periodicidade e o valor(art. 461, §6º), caso se verifique que se tornou insuficiente ou excessiva¹⁵⁶, a modificabilidade da multa não ofende a coisa julgada, porque a multa não integra a obrigação exequenda, constituindo simples meio coativo processual. O valor da multa reverte em favor do credor, como no direito Francês.¹⁵⁷

No Brasil, conforme já se apresentou, por um lado, percebe-se a índole de persuasão das astreintes que objetivam compelir a execução obrigacional; de outro, ou seja, na sua aplicação, nota-se sua contradição. Fundamentemos: em princípio não há limitação para a fixação de multa, e sua imposição deve ser de valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação e

¹⁵⁵Op. Cit., p . 794.

¹⁵⁶**Art. 644** - A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo. **Parágrafo único** - O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo. **Art. 645** - Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. (Alterado pela L-008.953-1994) **Parágrafo único** - Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo. (Acrescentado pela L-008.953-1994)

¹⁵⁷GRECO, Leonardo. **Tutela Jurisdicional Específica**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 23, 2005, p. 77.

sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária.¹⁵⁸

A medida coercitiva represtada pela multa, concebida para induzir o devedor a cumprir espontaneamente as obrigações que lhe incumbem, principalmente as de natureza infugível, não é de natureza reparatória. Vale dizer, sua imposição não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, ou ainda à postulação das perdas-e-danos. A multa, em suma, tem natureza puramente coercitiva.¹⁵⁹

¹⁵⁸SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E.. **Multas "astreintes": um instituto controvertido**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4070>>. Acesso em: 30 out. 2010.

¹⁵⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil; São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 509 apud WATANABE, Kazuo e GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante projeto nota 4 ao art. 84,p. 525.

3 REMÉDIOS PROCESSUAS À VIOLAÇÃO E COIBIÇÃO DO DIREITO AUTORAL

3.1 Não aplicação do Interdito Proibitório

O interdito proibitório, em nossa lei, temo-lo como uma medida de caráter exclusivo e eminentemente possessório, no campo dos direitos reais, destinado a evitar que se consume turbação ou esbulho possessório justo receio de ser molestado.¹⁶⁰

A concessão do mandato proibitório implica necessariamente o reconhecimento, pelo juiz, da pertinência do justo receio demonstrado pelo autor em ver sua posse na iminência de ser molestada pelo réu.¹⁶¹

O atual Código de Processo Civil prevê o instituto do interdito proibitório no art. 932:

“O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse. Poderá impetrar ao juiz que segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso, transgida o preceito.”

Esse remédio jurídico, instituído especialmente para a defesa de direitos reais, geralmente, relativos aos bens imóveis foi inicialmente alvo de pertinaz resistência da doutrina e da jurisprudência no que tange à possibilidade de sua utilização para a defesa de direitos pessoais, crescendo-se ainda a controvérsia sobre a própria natureza do direito de autor, se o direito real(propriedade), se pessoal, ou mesmo *sui generis*.¹⁶²

¹⁶⁰MARTELOZZO, Antônio. **O interdito proibitório no direito brasileiro**. Ed.Forense: Rio de Janeiro, 1992, p.22-23.

¹⁶¹MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. Ed. Atlas: São Paulo, 2004, 10ª Edição, p. 176.

¹⁶²ARAÚJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. LTR: São Paulo, 1999, p. 78.

O interdito prático teve larga utilização no passado, fundado nos direitos possessórios que teria o autor sobre sua obra, sua *res*. Os direitos autorais, à época, e depois do advento da Lei 5.988/73, passaram a ser considerados bens móveis para efeitos civis.¹⁶³

Pontes de Miranda, escrevendo sobre o Código Civil de 1916, e, analisando o seu art. 485 afirmou: “Onde o sistema jurídico admite que haja propriedade de bens corpóreos, admite que haja posse de bens incorpóreos.”¹⁶⁴ O que levou a larga aplicação do instituto da interdito proibitório na proteção de direitos autorais.

O interdito proibitório teve sua procedência reconhecida na defesa dos direitos autorais, por força da decisão do STF no Rec. Extraordinário 14.144 de 20/06/49, do qual consta a seguinte ementa: “O interdito proibitório é meio próprio para a defesa de direitos autorais.”¹⁶⁵

Entretanto, mais tarde, no julgamento do Rec. Extraordinário n. 103.058-DF, julgado em 11/9/84, o mesmo STF entendeu incabível o interdito da tutela dos direitos autorais, sinalizando a ação ordinária de preceito cominatório como via própria. Nas palavras do Ministro Relator em seu voto: “No caso, o autor quer pôr fim ao uso indevido que o réu vem fazendo de irradiação de músicas sem o pagamento das contribuições devidas aos compositores. Cuida-se na verdade, de ação ordinária de preceito cominatório, admitida no art. 287 do Código de Processo Civil e, como tal, não alcançável pelo veto regimental. A transformação da ação própria adequada exige, na espécie sub júdice, apenas retificação de sua

¹⁶³ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 181.

¹⁶⁴Op.Cit, p. 181.

¹⁶⁵ALVIM, Eduardo Arruda. **O art. 461 do CPC(tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação**. In: Revista Forense, v. 106, n. 408, março/abril, 2010, p. 122.

denominação e, por isso, pode ser operada, inclusive, em grau de recurso, seja qual for.¹⁶⁶

Vale aqui enfatizar, as observações do Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, a respeito do tema: “A nosso ver, as criações de espírito(que dão origem , inclusive, ao direito autoral) em si mesmas não podem ser objeto de posse.” Ainda, o ministro cita José de Oliveira Ascensão para quem: “A obra bñ é pois suscetível de posse. Ressaltando que, os meios de tutela desta dispensam o recurso aos meios possessórios.”¹⁶⁷

Equívocos levaram à conclusão do cabimento, na espécie, de ações possessórias. Perceptivelmente, foram eles os que seguem. Desde logo, encartar-se, pura e simplesmente, o direito autoral como se constituindo em direito de propriedade – que foi a primeira opção da doutrina e das leis- revelou-se com o não verdadeiro. Os direitos autorais são uma categoria de direitos imateriais que do direito de propriedade se aproximam, mas que com esse direito não se confundem. Historicamente resultaram abrigados dentro dessa classificação, à falta de outra. Com o evoluir do pensamento, contudo, veio a perceber-se que se constituem direitos autorais, numa forma de titularidade, em relação a qual está implicado o respeito de todos, sem ser, todavia, um verdadeiro direito de propriedade. Basta ter presente que o direito de propriedade diz-se perpétuo, ainda que mude o titular, ao passo que os direitos autorais são delimitados no tempo.¹⁶⁸

Ademais, o direito autoral não unifica as características da concepção romana da propriedade, pois tem limitação temporal, é imprescritível, nasce concomitantemente com a obra intelectual e é divisível, seja em razão do

¹⁶⁶Op.Cit, p.182.

¹⁶⁷PIMENTA, Eduardo Salles. **Direito Conexo da Empresa de Radiodifusão**. São Paulo: Lejus, 1999, p. 136.

¹⁶⁸ALVIM, Eduardo Arruda. **O art. 461 do CPC(tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação**. In: Revista Forense, v. 106, n. 408, março/abril, 2010, p. 122-123.

conteúdo moral ou patrimonial, seja em razão das diversas formas de utilização da obra intelectual.¹⁶⁹

Nesta senda, em 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 228¹⁷⁰, que encerrou a controvérsia, entre os inúmeros debates sobre o tema sobre a impossibilidade de utilização do ajuizamento do interdito proibitório na defesa da posse do direito autoral.


3.2 Ação Cautelar

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 ilícito¹⁷¹.

A *ação cautelar*, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero *instrumento* de outra. Imaginar que a ação inibitória é *instrumental* exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como *instrumento de outra*, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma *ação cautelar* "satisfativa" ou "autônoma", como era chamada antes da reforma de 1994.¹⁷²

¹⁶⁹PIMENTA, Eduardo Salles. **Direito Conexo da Empresa de Radiodifusão**. São Paulo: Lejus, 1999, p. 135.

¹⁷⁰ Súmula nº 228 É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

¹⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em:  23 out. 2010

¹⁷²MARINONI, Luiz Guilherme. **As ações inibitórias de Remoção do Ilícito (na dimensão do direito ambiental)**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/artigos/arq_12_30_16_09_10_09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

Realizando um parâmetro com o direito italiano, Vitorio Denti ao analisar o fenômeno do uso não cautelar do art. 700 do CPC italiano(similar ao art. 798 do CPC) para a obtenção da tutela inibitória imediata em favor dos direitos da personalidade. Com efeito, no estudo que intitulou *Diretti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, Denti concluiu com a segurança que lhe era peculiar que as pressões sociais por tutela jurisdicional adequada dos direitos de personalidade conduziram ao surgimento de uma tutela de urgência que, embora chamada de cautelar exerce “*funzione non cautelare*”, não se vinculando “*strumentalmente com la tutela che l’art. 700 definisce ordinaria*”.¹⁷³

Note-se que a ação em que se deseja impedir a violação de um direito da personalidade, quando pensada a distância da teoria da ação inibitória, certamente receberia o rótulo de cautelar, pois esse seria única ação – para aqueles que desconhecemos a ação inibitória – capaz de conferir tutela preventiva. Contudo, se essa ação fosse concebida como cautelar, tendo sido concedida a tutela para impedir a violação, seguramente surgiria a problemática da finalidade da “ação principal”. Ora, seria impossível encontrar fim para a “ação principal” pela simples razão de que o único objetivo do autor foi “satisfeito” com a ação rotulada de “cautelar”. Tal ação, ainda que denominada cautelar, por ser “satisfativa” é, por consequência autônoma. E daí a conclusão final: toda ação autônoma – que evidentemente não seja uma ação de execução – é uma ação de conhecimento, e não uma ação instrumental ou cautelar. De modo que a ação inibitória, especialmente nos dias de hoje, não pode ser compreendida ou confundida com uma ação cautelar.¹⁷⁴

Como é óbvio, não é o caso de se utilizar, aí, ação cautelar, pois o juiz, através de uma só ação, pode atender ao desejo de prestação jurisdicional, sendo completamente irracional pensar em duas ações, como se existissem duas

¹⁷³MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,p. 112.

¹⁷⁴Op. Cit,p. 303.

pretensões no plano do direito material. Ora, o que se pretende, como tutela jurisdicional final, é a inibição da atividade em razão da ausência do estudo de impacto ambiental. Se essa tutela, diante da urgência, pode ser antecipada, isso deve ocorrer, como é óbvio, na própria ação inibitória, sendo inadequado pensar em instaurar uma ação (cautelar, que então seria autônoma ou satisfativa?!) apenas para esse fim.¹⁷⁵

Diferentemente da tutela inibitória, a ação cautelar não é adequada para a inibição do ilícito, eis que a tutela inibitória não pode ser considerada instrumento de nenhuma das tutelas que podem ser prestadas no final do processo do conhecimento.¹⁷⁶

Não há dúvida, assim, de que o uso satisfativo, e assim desvirtuado, da ação cautelar decorreu do fato de que tal ação, tendo sido pensada em outro contexto, não foi imaginada para inibir ou remover o ilícito.¹⁷⁷

Todavia, o direito à prevenção não pode ser considerado um acessório do direito à reparação do dano, e sim autônomo e também exercido por meio autônomo. A ação cautelar, além de ficar limitada à cognição sumária, visa garantir a efetividade de um processo principal, sendo, portanto, acessória. Desta forma, o direito material à prevenção não pode ser exercido através de uma ação acessória, por isso deve-se criar um instrumento autônomo, que seria através de uma ação inibitória, com procedimento próprio, incluindo o instituto da tutela antecipada e consagrando a sentença mandamental.

Apesar de possuir requisitos semelhantes com o que se pretenda utilizar de uma tutela preventiva(tutela inibitória), invocando-se por ora os

¹⁷⁵Sobre a ação coletiva na proteção do direito ambiental, ver Marcelo Buzaglo Dantas, Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental, in *Aspectos processuais do direito ambiental* (organizado por José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 201-229.

¹⁷⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 78.

¹⁷⁷Op. Cit., 79

pressupostos genéricos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a prática forense, especialmente em razão das particularidade dos novos direitos, passou a conceber um uso não cautelar da ação cautelar.¹⁷⁸

Porém, durante toda esta evolução do direito processual, a ação cautelar inominada foi utilizada como “válvula de escape,” nas palavras de Marinoni, pois a doutrina não vislumbrava outro meio de se inibir o ilícito devido à lacuna do legislador processual, o que ocasionou diversas complicações desnecessárias, a exemplo de se buscar o fundamento jurídico normativo do direito a prevenção na mesma origem do direito geral de cautela.

Contudo, atendendo as críticas dirigidas ao antigo artigo 287 do Código de Processo Civil, sua redação, com o advento da lei 10.444/02, sofreu diversas modificações, passando a admitir a antecipação da tutela e a efetivação desta sob pena de multa, provando mais uma vez o total descabimento da ação cautelar para se alcançar a tutela inibitória, conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni: “O novo artigo 287 mostra de vez por todas a impropriedade absoluta do uso da ação cautelar para obtenção da tutela inibitória antecipada”.¹⁷⁹

Não se pode incidir no engano de pensar que a tutela inibitória tem natureza cautelar que visa proteger outro processo e não visa a realização do direito material que será pedido no processo principal. A tutela inibitória é postulada através de ação principal, que constitui ação de cognição exauriente e permanente. Pode eventualmente ser concedida via cautelar ou tutela antecipada durante o curso da ação principal de inibição.

Não há que se relacionar tutela inibitória com a tutela cautelar, engano que vem sendo equívoco doutrinário que vem sendo cometido pelo fato de

¹⁷⁸Op. Cit., 89.

¹⁷⁹GOMES, Antônio Victor Assed Estefan. **A tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Discente/01.pdf>> . Acesso em: 24 de outubro de 2010.

ambas dotarem de um provimento provisório, vejamos a visão de Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela inibitória é prestada por meio de um provimento, que pode ser provisório ou definitivo. Quando o provimento é provisório, a tutela inibitória é antecipada; quando é definitivo, há tutela inibitória final. Como se vê, é evidente o equívoco da doutrina que afirma que a tutela inibitória, concedida, através de um provimento provisório possui natureza cautelar. A tutela inibitória como óbvia, não perde a sua natureza somente pelo fato de somente ser concedida de um provimento provisório.¹⁸⁰

As ações inibitória e de remoção do ilícito são autônomas, e assim devem ser veiculadas através do processo de conhecimento, especificamente por intermédio de um procedimento dotado de técnica antecipatória e das sentenças mandamental e executiva. Atualmente, diante de uma leitura adequada dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, não há como ignorar que os direitos à inibição e à remoção do ilícito podem ser efetivamente exercidos através de ação de conhecimento, o que não mais justifica o uso distorcido da ação cautelar.¹⁸¹

Assim, contrariamente a outras espécies de tutela preventivas, como a tutela cautelar e a tutela antecipada, a tutela inibitória não visa proteger o resultado de outro processo, mas sim afastar a ameaça evitando o ilícito protegendo deste modo, o próprio direito material da parte.¹⁸² Como afirmado por Luiz Guilherme Marinoni, a ação inibitória não pode se confundir com a tutela cautelar. A tutela cautelar tem ligação estreita com o processo principal, não sendo instrumento adequado para a coibição de um ilícito, tem a função de uma tutela provisória a fim de assegurar a pretensão do processo principal, não visando assegurar definitivamente o direito, apenas assegurá-lo o seu cumprimento para a atuação de

¹⁸⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 4ª Edição, p. 251.

¹⁸¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 335, 7 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5046>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

¹⁸²BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 166.

uma outra medida definitiva; a tutela inibitória visa prevenir atuação contrária ao direito e tem conotação de direito material.¹⁸³

3.3 Ação Ordinária

A sanção privada compreende não só a indenização que não é instrumento específico de proteção dos direitos da personalidade, como a pretensão cominatória, a que alude o art. 287 do CPC, inclusive com antecipação da tutela (art. 461, §3º). No caso, harmoniosamente com a lei civil, o Código de Processo Civil expressamente prevê a viabilidade de cumulação de indenização por perdas e danos com a multa do descumprimento da determinação judicial de cessação da ameaça ou lesão(art. 461, §2º).

Em se tratando de processo como meio de alcançar objetivos desejados mediante o seu emprego, Dinamarco assevera que “todo instrumento, como tal é meio e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina.”¹⁸⁴

Temos que, antigamente era utilizada a técnica do procedimento cautelar para a obtenção da tutela preventiva. Hoje, em razão dos instrumentos processuais implantados pelos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil, é possível pensar em uma ação de conhecimento com tutela antecipatória e sentença capaz de permitir a tutela preventiva, vale dizer, em uma espécie de ação de conhecimento capaz de conferir a tutela preventiva, não sendo mais necessário o uso distorcido da ação cautelar inominada.

Com o advento da Lei 8.952 de 1994, o panorama foi substancialmente modificado: sem eliminar os mecanismos de tutela já existentes, deu-se nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil, em cujo *caput* ficou

¹⁸³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 166.

¹⁸⁴CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 277.

estabelecido que “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”. E nos termos do § 1º “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requereu se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. Para tornar possível a prestação de tutela específica, o legislador conferiu aos juízes poderes para “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 (§4º). Estabeleceu, mais ainda, que, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção de resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar “as medidas necessárias”, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (§5º). A possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso” como meio coercitivo foi expressamente reafirmada com a nova redação do §5º dada pela Lei n. 10.444, de 2002, que também acrescentou o §6º, segundo o qual “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”¹⁸⁵

No mesmo sentido, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, afirma que : Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A tutela inibitória é requerida via ação inibitória, que constitui ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória. Tal ação de conhecimento é denominada de inibitória, e, em virtude do seu conteúdo marcadamente preventivo e muito mais ligada a ação cautelar (que sabidamente

¹⁸⁵ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. Saraiva. 5ª edição. 2007, p. 169.

permite a tutela contra uma situação de perigo do que à mera ação em que ao juiz é possível impor uma ordem ou uma medida necessária para que seja observado um fazer ou um não-fazer). Falar apenas que é possível uma “ação para o cumprimento de não-fazer” quando se deseja obter tutela preventiva de um direito de personalidade, por exemplo, é esconder o caráter essencialmente preventivo da ação inibitória, e principalmente o fato de que ela tem pressupostos próprios, em razão da sua necessária característica preventiva.

3.4 Tutela Inibitória e direito de autor

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, através da ação de obrigação de fazer ou não fazer, principalmente de direitos de cunho imaterial, visto que a prevenção na repressão do ilícito é mais importante do que o seu ressarcimento, o que equivale a dizer que no confronto entre tutela preventiva e tutela ressarcitória deve dar-se preferência a primeira.¹⁸⁶

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.¹⁸⁷

A alusão a uma tutela inibitória não induz à idéia de uma forma de prestação pro si só, senão a uma espécie de tutela necessária a determinadas pretensões para as quais não são adequadas as formas tradicionais de resposta

¹⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, 4ª Edição.

¹⁸⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

judicial. É que há direitos que necessitam de uma forma especial de intervenção do Estado-juiz.¹⁸⁸

Por outro lado, afirma-se, no direito italiano, que a melhor definição legislativa de tutela inibitória está presente na Lei sobre Direito de Autor, que assim dispõe no seu art. 156: “Quem tem razão para temer a violação de um direito de conteúdo econômico a si pertencente em virtude desta lei, ou mesmo deseja impedir a continuação ou a repetição de uma violação já ocorrida, pode agir um juízo para pedir que o seu direito seja declarado e inibida a violação...”.

Não é difícil compreender a razão pela qual a doutrina entende que esta é a melhor definição legislativa de inibitória. O art. 156 da Lei sobre Direito de Autor na Itália, ao afirmar que “chi ha ragione di temere la violazione” pode agir em Juízo, admite expressamente a tutela inibitória independentemente de um ilícito anterior, o que, aliás, é confirmado quando a própria norma acrescenta que a tutela também é cabível nos casos em que se pretende impedir “la continuazione o la ripetizione de una violazione già avvenuta”.¹⁸⁹

Alguns julgados italianos tem admitido a inibitória, ainda que a partir do art. 700 do CPC(portanto a inibitória antecipada), para obrigar empresas cinematográficas a indicar em seus filmes, ou em publicidade referente a eles, os nomes dos atores e atrizes. Em um outro caso concedeu-se tutela inibitória positiva, também fundada no art. 700 determinando-se a supressão de partes de um filme em que aparecia a imagem de uma célebre atriz.¹⁹⁰

¹⁸⁸FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p.154.

¹⁸⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **As ações inibitórias de Remoção do Ilícito (na dimensão do direito ambiental)**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/artigos/arq_12_30_16_09_10_09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, 4ª Edição, pág. 138.

O que importa, porém, é justamente o fato de a doutrina entender que a melhor definição legislativa de inibitória é aquela que admite a tutela na forma pura, e não apenas para impedir a continuação ou a repetição do ilícito. Isto revela a sensibilidade da doutrina italiana mais moderna para a imprescindibilidade de uma tutela inibitória.

Nesta diapasão, não é necessário que um ilícito venha a ocorrer ou já tenha ocorrido para que a tutela seja conferida, assim, qualquer ameaça de ilícito deve ser coibido por meio de uma medida inibitória.

Na Constituição Federal do Brasil, existem preceitos cuja finalidade básica é garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Estabelecem as condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Trata-se dos princípios fundamentais, que são encontrados no artigo 1º da Carta Magna. Desses princípios decorrem prerrogativas que visam a assegurar seu cumprimento. São os chamados direitos da personalidade, cujas características, presentes no Código Civil em seu artigo 11, são: a irrenunciabilidade, intransmissibilidade e indisponibilidade. E os direitos morais de autor são inalienáveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, impenhoráveis e irrenunciáveis, exatamente por serem direitos da personalidade.¹⁹¹

Os direitos respeitantes ao liame pessoal entre autor e obra são inseridos, pela doutrina, na categoria dos direitos da personalidade, muito embora decorram, por força do poder de exploração econômica da criação, proventos considerados direitos patrimoniais, ou seja, de cunho real.¹⁹²

¹⁹¹PAULA, Gáudio Ribeiro de. **O caso Cicarelli: Liberdade de Imprensa e Direito de Informação VS. Direito à Privacidade ou Imagem.** Disponível em: <<http://www.webadvisor.com.br/sites/900/993/00000514.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

¹⁹²BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais.** Editora RT: São Paulo, 2ª Edição, p. 19.

Vemos desta forma que com base no art.12¹⁹³ do Código Civil, autoriza medidas inibitórias, desde que demonstrado o justo receio de iminente violação.

Deste modo, consagrado está, tanto em nível constitucional(art. 5^a, XXXV) como em nível infraconstitucional, à tutela preventiva ou inibitória, carecendo, contudo, a verificação de suas particularidades teóricas e pragmáticas. Portanto, resta que, toda ameaça de violação a um direito de personalidade gera um estado de ilicitude que necessita de proteção processual, independentemente da existência de um dano. ¹⁹⁴

Na ordem de valores fixada pelo legislador constituinte introduziu-se a titularidade do direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado a fim de prevenir, reparar ou reprimir lesões aos bens jurídicos da personalidade, nos termos do art. 12 do Código Civil de 2002, em consonância com os preceitos constitucionais que preconizam a máxima salvaguarda à dignidade humana. ¹⁹⁵

O art. 12, *caput*, do CC, ao reafirmar o direito à tutela inibitória dos direitos da personalidade convoca abertamente o doutrinador do processo e os operadores do direito a encontrar na legislação procesual uma via que realmente seja capaz de permitir a prestação da tutela inibitória dos direitos da personalidade¹⁹⁶, sendo por meio da ação inibitória, o melhor caminho para resguardar tais direitos.

¹⁹³Art. 12 do CC: “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.”

¹⁹⁴MURITIBA, Sérgio Silva. **Tutela Inibitória e os direitos da personalidade**. In: Revista do Processo, v. 30, n. 122, 2005, p. 34-35.

¹⁹⁵RIBEIRO, Valério Augusto. **Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado**. In: FIUZA, César. (coord.) Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thomson, 2004. p. 98.

¹⁹⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, 4^a Edição, p. 92.

Configura-se a tutela inibitória, como espécie do gênero tutela preventiva. Trata-se, em verdade, de mecanismo jurisdicional que tem o fito de impedir o acozamento da lesão:

A tutela dos direitos da personalidade deve ser integral, garantindo a sua proteção em qualquer situação. O artigo 12 responde a esta necessidade de ampliação da tutela com um mecanismo que já vinha sendo utilizado para minimizar ou evitar danos à personalidade, que é a tutela inibitória.¹⁹⁷

No mesmo posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni, afirma ser a tutela inibitória o meio adequado para a coibição da violabilidade dos direitos da personalidade:

O direito à adequada tutela jurisdicional – garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República – corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na “dignidade da pessoa humana” e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade.¹⁹⁸

A tutela judicial de direito de personalidade atua em dois âmbitos. No primeiro âmbito, localizam-se os meios de tutela da personalidade destinados a protegê-la preventivamente, isto é, a tutela deverá ser exercida antes da ocorrência da efetiva lesão ou do exaurimento do atentado ao direito de personalidade. Neste mesmo âmbito, encontramos os meios necessários de se obter a cessação da perturbação que já se iniciou. Trata-se da hipótese em que terceira pessoa viola direito de personalidade de outrem sendo que o ato atentatório se protarai no tempo ou, em outras palavras, a execução do atentado não se exaure instantaneamente, mediante um só ato por parte do autor do atentado. A vítima terá por escopo obter, por parte do judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através da tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se

¹⁹⁷DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade do Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

¹⁹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, 4ª Edição, p. 253.

protaem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor.¹⁹⁹

O direito à adequada tutela jurisdicional corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade.²⁰⁰

Vem à baila, também, o art. 75 do CC/2002, que pela redação do seu texto traduz que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”, o que resta por concluir que toda ação tem uma tutela própria e técnica processual adequada na legislação pátria.

A análise da tutela jurisdicional à luz do objeto imediato do pedido ou em confronto com os resultados alcançados não deixa a menor dúvida de que a tutela condenatória é a mais imperfeita de todas as espécies de resposta judicial. Em primeiro lugar porque voltada para fatos pretéritos e por isso comprometida, apenas, com o escopo ressarcitório, revelando-se ineficiente para com o desígnio preventivo. Por outro lado, indadequada à defesa de interesses não imediatamente patrimoniais, como v.g, a necessidade de se impedir uma lesão aos direitos imateriais da personalidade.²⁰¹

Deslinde a Constituição Federal, temos que dentro os princípios previstos no art. 5º, definindo os direitos fundamentais, estão incluídos os direitos autorais, mais precisamente o art. 5º XXVII, define que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras,

¹⁹⁹SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2005, p. 248.

²⁰⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2003, p.298.

²⁰¹FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006, p.155.

transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” Com tal fundamento, coaduna o inciso XXVIII do art. 5º da Constituição Federal: “são assegurados, nos termos da lei) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;” Estes direitos fundamentais, segundo a Constituição Federal, de acordo com o art. 5º, §1º, tem aplicabilidade imediata.

No inciso XXVII, reconheceu o direito exclusivo do autor de utilizar sua obra intelectual. A utilização exclusiva concentra o núcleo dos preceitos firmados pela LDA, estando aqui também incluso o direito de utilização econômica – fruição que permite ao autor o recebimento dos proventos pela utilização da obra intelectual(art. 104, parágrafo único, da LDA). No verbo utilizar encontram-se as espécies de uso, gozo e fruição. Aos autores foram ampliadas as faculdades constitucionais sobre as suas obras. Antes lhe era fixado, exclusivamente, o direito de reprodução, em seguida o da utilização, e, atualmente, também, o da publicação, reconhecendo o direito moral como constitucional, pois o autor compete a prerrogativa de manter a obra inédita(art. 24, III da LDA), sendo abrangente ao se referir à obra inédita, não as definindo, subentendendo tratar-se de qualquer tipo de obra intelectual(artística, literária e científica).²⁰²

Dessa forma, os direitos autorais previstos como direitos fundamentais por terem eficácia imediata prevista pela Constituição, deverão ser aplicadas pelo Legislativo e Judiciário, não só com o objetivo de resguardar tais direitos, mas também para tutelar a manutenção quando violados, no intuito de restabelecer a ordem e proteger de lesões e ameaças advindas de violações que venham a ferir os direitos fundamentais.

²⁰²PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Um século de proteção autoral no Brasil 1898-1928**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 224.

A norma de proteção dos direitos fundamentais pode vir exposto na própria norma de direito material. Nesses casos, a norma de direito material presta a tutela primária do direito fundamental, sendo que a norma processual só atuará em caso de descumprimento(ou ameaça de descumprimento) da norma material. Conforme destaca Marinoni, “esse dever do Estado[dever de proteção] deve ser implementado, antes de tudo, por meio de normas de direito material, e apenas em um segundo plano por meio de normas processuais.”²⁰³

Cabe, portanto, o Judiciário suprir a omissão de normas materiais e processuais diante do caso concreto afim de dirimir e proteger através de uma medida processual adequada, um eventual direito que venha a ser lesado.

Assim, temos que, o campo de aplicação da inibitória é amplo. O que nos parece é que ela é, por excelência, aplicável para a proteção de situações que se podem abrigar debaixo da denominação ampla de direitos absolutos e a outras situações denominadas por alguns de *novos direitos*, mas com isto não restam excluídas outras situações. Antonio Gambaro, ilustro civilista, considera a tutela inibitória em relação a situações que, ao lado de exigirem remédios preventivos, são utilizáveis em relação àquele “Che ha creato una situazone de pericolo”, cujo objetivo é o de que o réu se abstenha ou que haja por bem adotar determinadas cautelas. Observa, com propriedade, que “os remédios preventivos não podem ser tipificados em hipóteses rígidas, senão que corporificam uma atribuição de poder ao juiz de emanar as ordens de fazer ou de não fazer na presença de determinados pressupostos.”²⁰⁴

Em que pese nossa legislação constitucional e infraconstitucional que regula a matéria(tutela inibitória), precisamente o artigo 105 da Lei de Direitos Autorais(Lei 9.610/98), vem com o papel de fazer a tutela inibitória pode ser

²⁰³CASTOR, Ingrid Aparecida Leão Guedes. **A tutela inibitória dos direitos fundamentais**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 224.

²⁰⁴ALVIM, Eduardo Arruda. **O art. 461 do CPC(tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação**. In: Revista Forense, v. 106, n. 408, março/abril, 2010, p. 111-112.

requerida, antes da violação do direito de autor ou para inibir a repetição ou a continuação da transmissão, retransmissão ou comunicação ao público em violação à lei 9.610/98.

Em compasso, com a tutela do direito de autor, o art. 105 da Lei 9.610/98, em sua redação:

A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Segundo Eduardo Salles Pimenta, que tem a seguinte interpretação do art. 105 da Lei 9.610/98 que visa por objetivo:

O artigo em questão garante a prerrogativa ao autor de exercer a medida cautelar diretamente à autoridade judicial, quando a obra intelectual for utilizada sem a devida autorização. Surge apenas um complicador que é a comprovação da autoria à autoridade judicial. O que deve ser feito com a cópia da obra com a indicação com o nome do autor, ou com registro, para que o autor, possa exercer tais direitos. Porém o registro não é condição para a tutela autoral (art. 18 desta lei). Detecta-se a tutela antecipada do art. 273 do CPC.²⁰⁵

Nos ditames de Plínio Cabral, em seus comentários acerca do art. 105 da Lei 9.610/98:

O art. 105 é bastante amplo e abrangente. Ele se refere à transmissão ou retransmissão de obras protegidas através de qualquer meio ou processo, o que inclui o espaço cibernético. Essas transmissões deverão ser “imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente”. Segundo esse artigo, a suspensão ou interrupção deverá ser feita “sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis”. O legislador procura dar os instrumentos legais necessários para que se ponha fim à lesão, suspendendo-se a comunicação da obra ao público, seja qual for o meio utilizado, ao incluindo-se a Internet e as fontes de acesso remoto via computador. Trata-se, obviamente, de medida cautelar a ser tomada de plano independente do

²⁰⁵PIMENTA, Eduardo Salles. **Código de direitos autorais**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 270.

curso da ação, inclusive com o estabelecimento da multa diária. O legislador não fixou o *quantum* dessa multa, mas esta deverá, evidentemente, ser estipulada pelo juiz, de tal forma que iniba o contrafator a prosseguir em seu ato delituoso.²⁰⁶

Pese-se, ainda que a expressão utilizada pelo legislador na redação do artigo 105 traduz, sem sombra de dúvida, a imposição de um poder-dever ao julgador, além de indicar o tipo de tutela impeditiva eleita para a adequada proteção autoral.²⁰⁷

O art. 105 prevê uma tutela inibitória específica para a proteção do direito autoral. Tal norma seria desnecessária se não fosse a ignorância em relação à teoria da tutela inibitória e em face das virtudes do art. 461 do Código de Processo Civil (tutela das obrigações de fazer e/ou não-fazer), que institui técnicas processuais hábeis à prestação da tutela dirigida a inibir a violação da norma jurídica.

O disposto no art. 105 deve ser interpretado de forma a dar tutela na imediata suspensão e/ou interrupção, caso haja a utilização sem a autorização do autor ou sem o pagamento dos direitos autorais concernentes a obra intelectual. Dessa forma, a tutela ressarcitória não é suficiente para a coibição, porém, além disso, a cessação da atividade ilícita que corrompe o previsto na legislação autoral e a proteção ao direito fundamental de exclusividade do autor sobre suas obras, estariam totalmente violadas e sem fundamentação.

Os direitos intelectuais, dentre eles o autoral, em razão de suas peculiaridades necessitam de uma efetiva tutela diferenciada para alcançar os objetivos previstos pelo legislador e para dar garantia eficaz aos seus titulares.²⁰⁸

Nessa diapasão, temos a jurisprudência correlata ao definir que a utilização da tutela inibitória, fundada em medidas coercitivas com base no art. 105

²⁰⁶CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais - Comentários**. São Paulo: Editora Harbra, 2003, p. 136-137.

²⁰⁷DIAS, Maurício Cozer. **Direito Autoral**. LZN Editora: Campinas, 2006, 4ª Edição, p. 384.

²⁰⁸Op.Cit., p. 381.

da Lei 9.610/98, no caso do não pagamento das taxas referentes a veiculação das obras lítero-musicais e seu intuito de utilizar gratuitamente:

“Processo nº: 36402-6/2008 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Origem: Cachoeira. Agravante: ECAD -ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADACAO E DISTRIBUIÇÃO Advogado: Bel. Ruyberg Valenca da Silva OAB/BA 11.300 Agravado: MUNICÍPIO DE CACHOEIRA Procurador: Não constituído Relator: Des. Sinesio Cabral Filho. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINARIA. DIREITOS AUTORAIS. TUTELA INIBITORIA. VEICULAÇÃO E REPRODUÇÃO DE OBRAS LÍTERO-MUSICAIS SEM AUTORIZAÇÃO DO ECAD. VIOLAÇÃO A DIREITO EXTRAPATRIMONIAL. TUTELA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DE DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS DE TAL ESPECIE. PERIGO DE REITERAÇÃO E IRREVERSIBILIDADE DA LESÃO PELA NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. NEGATIVA DO JULGADOR A QUO EM ATENDER A MEDIDA INIBITORIA VEICULADA. ERROR IN JUDICANDO. NECESSIDADE DE REVISÃO DA DENEGAÇÃO. A Constituição em seu art. 5º, inc., XXVII, bem como a lei 9.610/98, em seus arts. 28, 29 e 68, tutelam os direitos autorais, de caráter eminentemente extrapatrimonial, bem como os arts. 105 da Lei 9.610/98 e 461, CPC, autorizam o judiciário a providenciar a suspensão do ilícito autoral, permitindo-lhe lançar mão de ferramentas que entender próprias e adequadas a tal desiderate. A irreversibilidade da utilização desautorizada de direitos autorais e sempre certa porque tal espécie de direito tem duplo aspecto: o intelectual, relacionado a criatividade do autor - e aqui se encontra a irreversibilidade, porquanto intangível e imensurável tal faceta desta espécie de direito - e o patrimonial, que é a sua fruição. No caso em apreço, facilmente se verifica que a legislação mencionada vige de forma a favorecer o Agravante, como também ainda resta existente o risco de reiteração do ilícito, haja vista a persistência da situação enunciada na obras lítero-musicais em festejos municipais. Por essas razões, imperiosa a manutenção do quanto decidido liminarmente por esta relatoria. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.”

Nesse mesmo sentido, cabe destacar a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que confirmou a aplicação da tutela inibitória em casos em que houve o flagrante uso sem o pagamento pecuniário dos direitos de execução pública por parte do Município executante:

“Trata-se de denominada tutela inibitória negativa prestada àqueles que recorrem ao Poder Judiciário para evitar uma conduta ilícita comissiva. No presente caso, é fato público e notório que, a cada ano, o Município de São Mateus promove festividades carnavalescas no balneário Guriri. Não é razoável aguardar-se que o referido Ente Público, todo ano, descumpra ou ameace descumprir a Lei de Direito autoral, forçando o Apelado a ingressar em juízo pleiteando liminares para suspender a reprodução em público de obras musicais até que o Apelante obtenha a devida autorização ou pleiteando a indenização respectiva após o ocorrido evento.”(TJ/ES, Apelação Cível e Reexame Necessário n. 47020002615, decisão de 15.02.2008).”

Entretanto, em contrapartida, temos a posição do Juízo da 2ª Comarca do Rio de Janeiro a proferir a seguinte decisão:

“Assim sendo, rejeito por ora a antecipação da tutela nos termos do artigo 273 da Lei Processual Civil, destacando-se que a inicial revela: ‘... no exercício de sua atividade...vem se utilizando habitual e continuamente de obras...não vem diligenciando desde julho de 1992 frente ao ECAD...’, situação que salvo melhor juízo revela a ausência do requisito do fundado receio de ocorrer dano iminente, grave, irreparável ou de difícil reparação”(Processo n. 2007.001.009771-8, decisão de 09.02.2007).

Vemos que tal medida, não merece prosperar, de acordo com a legislação autoral, temos que a contraprestação pecuniária de exibição de obras lítero-musicais devem ser realizada previamente a execução pública das obras intelectuais, com base no §4º do art. 68 da Lei 9.610/98, ou, quando depender da freqüência do público, poderá ser realizado o pagamento posteriormente a realização da execução pública com fundamento no §5º do art.68 da Lei 9.610/98.

Nas palavras de Plínio Cabral, precisamente sobre o art. 68, §4º da Lei 9.610/98:

Quando a remuneração depender da freqüência do público o empresário poderá pagar o preço após a realização da execução pública, o que facilita seu empreendimento devendo, para tanto, formalizar esse propósito em convênio com o escritório arrecadador. Mas o empresário é obrigado a entregar relatório completo daquilo que foi utilizado no espetáculo.

Portanto, temos que o receio de fundado dano ou de difícil reparação é medida que se impõe para a concessão da tutela específica, disposta no art. 105 da Lei 9.610/98, quando flagrante a utilização indevida da obra previsto no art. 68 da Lei 9.610/98.

Nesta dimensão, torna-se importante ressaltar o equívoco do Juízo da 24ª Vara Cível Central de São Paulo, ao concluir que a cobrança de parcelas devidas pela exibição de obras exclui a pretensão de suspender ou interromper a sua divulgação. Eis o raciocínio desta decisão²⁰⁹:

²⁰⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória do Direito Autoral – Direito do Autor – Lei nº 9610/98 – Artigos 68 e 105 – Proibição de Utilização de obra sem a prévia e expressa autorização do autor – Previsão de tutela jurisdiccional de suspensão ou interrupção de**

É que a questão da indevida utilização da obra, sem a correspondente contraprestação pecuniária, já está sendo objeto de punição em razão da indenização estabelecida na sentença. E, como se percebe, a indenização atingirá inclusive os meses subseqüentes enquanto não forem pagos os valores exigidos pelo ECAD até o trânsito em julgado. (...) Assim, na medida em que, por aqui, a requerente pretende a cobrança do percentual sobre o rendimento bruto da ré pela exibição das obras, não vejo como reconhecer, concomitantemente, a pretensão de suspender ou interromper imediatamente essa divulgação se já existe sanção em caso de não pagamento do valor devido”(2ªVara Cível Central de São Paulo, Juiz Alexandro Carvalho e Silva de Almeida, decisão de 01.09.2008).

Em caso de utilização indevida de obra há duas tutelas jurisdicionais que não se confundem ou excluem. A tutela inibitória e a tutela ressarcitória. As duas tutelas obviamente não significam dupla sanção. A tutela inibitória sanciona a violação da norma, obstaculizando a continuação ou a repetição do ilícito, enquanto que a tutela ressarcitória ou de cobrança sanciona o dano ou o incumprimento do dever de pagamento de direito autoral.²¹⁰

A ignorância do significado da tutela inibitória, assim como a não compreensão da necessidade de distinção entre ilícito e fato danoso, impedem a percepção de que a tutela inibitória, por ser voltada contra o ato contrário ao direito, deve ficar alheia à questão do dano.²¹¹

No entanto, reiteradamente os Tribunais Pátrios vem indeferindo a tutela antecipada, afim de coibir a a suspensão da veiculação das obras intelectuais visto que, não existiria “ameaça de dano irreperável ou de difícil reparação” ou mesmo acarretaria em lesão ao funcionamento da empresa difusora da execução pública sem a devida contraprestação pecuniária das taxas referentes aos direitos autorais:

divulgação da obra não autorizada – Tutela da norma jurídica- Ilícito compreendido como ato contrário ao direito – Tutela Específica Inibitória – Autonomia diante da tutela de cobrança de prestações relativas aos direitos autorais – Ameaça da violação, da repetição ou da continuação do ilícito como único requisito para a sua concessão – Impossibilidade de se exigir demonstração de receio de dano. Revista Forense, vol. 105, n. 401, Editora Forense, jan-fev/2009, pág. 395.

²¹⁰Op. Cit, pág. 396.

²¹¹Op. Cit, pág. 397.

Agravo de instrumento nº 2008.002.05034. Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Agravada : Belém Radiodifusão Ltda. – Super 92,9 FM. Relator: Desembargador Luis Felipe Salomão. Agravo de Instrumento AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO. Ação Proposta pelo ECAD, objetivando cobrança de direitos autorais decorrentes da utilização de obras musiciais por emissora de rádio. Decisão que indefere antecipação de tutela visando impedir a recorrida de executar qualquer música em sua programação. No entanto, inexistente ameaça de dano à recorrida, porquanto eventual procedência permitirá a execução do débito. A medida, caso deferida, implicaria em sério gravame à recorrida, podendo, inclusive, inviabilizar seu funcionamento. Ausência dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela(Art. 273 CPC). Precedentes desta Egrégia Corte. Recurso que nega seguimento.

No mesmo sentido, temos decisão do TJ/MS, Medida Cautelar na Apelação Cível n. 2007.036329-5, decisão de 03.04.2008, em que:

Para a obtenção da tutela cautelar, é preciso demonstrar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo a caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão ajuizada e o perigo fundado de dano à ação futura que se pretende ajuizar. No vertente caso, as entidades réus (Município de Campo Grande e Acrissul) têm patrimônio suficiente para garantir futura execução de sentença, se mantida a decisão de procedência da ação principal. Quanto ao perigo da demora, tal requisito também não restou demonstrado, uma vez que, caso o Tribunal confirme o posicionamento de instância singela, quando do julgamento de apelação interposta, poderá o requerente providenciar a cobrança da retribuição autoral, inclusive com dados mais concretos acerca do público pagante na feira agropecuária e nos demais eventos realizados no município.

Ora, em tais decisões supracitadas, optou-se pela inaplicabilidade do instituto aludido a tutela inibitória com fundamento no art. 105 da Lei 9.610/98, em virtude da futura execução da cobrança da retribuição autoral sem prejuízo da anterior execução pública. Assim, é absurdo pensar que o fato de o demandado ter patrimônio bastante para garantir o pagamento dos direitos autorais possa ter qualquer interferência sobre a tutela de suspensão ou de interrupção de divulgação da obra.²¹² Tal realização é um contrasenso com a tutela que visa inibir este tipo de conduta, disposta no art. 105 e art. 68, §§s da Lei 9610/98, portanto, resta concluir que a execução pública só deverá ser permitida com o pagamento da taxa autoral com a autorização prévia do seu autor.

²¹²Op. Cit, pág. 398.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria vem aplicando a inteligência da tutela inibitória prevista no art. 105 da Lei 9.610/98, bem como o art. 68 que prevê o pagamento da retribuição autoral previamente a execução pública, na coibição de eventuais execuções públicas sem o pagamento das contribuições pecuniárias.²¹³

²¹³“Agravado de Instrumento. Ação de Cumprimento de preceito legal c/ pedido de liminar c/c perdas e danos. Tutela inibitória concedida liminarmente. Proibição da agravante à abstenção de transmissão de obras musicais em sua programação sem autorização prévia do ECAD, sob pena de multa diária. Alegação da agravante de ausência dos requisitos do *fumus boni iuris* e perigo de lesão de incerta reparação a amparar a liminar concedida. E, ainda de não obrigatoriedade de autorização prévia do ECAD por se tratar de emissora comunitária sem objetivo de lucro alegações não acolhidas. Tutela inibitória que independe dos requisitos dos arts. 273 e 798, ambos do CPC, para a sua concessão, em face do expressamente disposto no art. 105 da lei 9.610/98. Lei autoral que não distingue a obrigatoriedade de autorização do titular da obra musical entre empresas e eventos com ou sem objetivo de lucro. Inteligência do art. 68 e §§ da lei nº 9.610/98. Posicionamento Jurisprudencial, em esteio na atual lei autoral (Lei nº 9610/98) Obriga à prévia autorização do ECAD, para veiculação de obras musicais, independentemente da lucratividade. Decisão Agravada Corretamente lançada. Agravado de Instrumento. Conhecido e não provido. (TJPR – Agr. De Instrumento: AI 5919602 PR 0591960-2, Relator(a): Ruy Francisco Thomaz, Julgamento: 25/07/2009, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 23)”.

“A execução pública de obras artísticas, sem a expressa autorização do autor, deve, nos termos do art. 68 da Lei Federal n. 9610/98, ser precedida do pagamento dos respectivos direitos dos titulares. Não o fazendo, há de ser concedida liminar, para o fim de determinar à agravada que se abstenha de realizar a execução de obras, sem o pagamento prévio dos direitos autorais respectivos, sob pena de multa diária. (TJSE – Agravado de Instrumento nº 424/99, decisão 13.06.2000)”.

“Processual Civil. Agravado de Instrumento contra decisão que indeferiu tutela antecipada. Pedido de tutela inibitória. Transmissão de músicas sem autorização dos titulares dos direitos autorais. Dispensa de demonstração do *periculum in mora*. Probabilidade de cometimento de ato ilícito. Concessão da medida antecipatória da tutela inibitória, nos termos dos artigos 105, da Lei 9.610/98 e 461, do CPC. Recurso a que se dá provimento. (TJRJ - 0011354 71.2010.8.19.0000 – Agravado de Instrumento – Des. Alexandre Camara - Julgamento: 14/04/2010 – Segunda Câmara Cível).”

“Agravado de Instrumento. Direito autoral. Ação de obrigação de não fazer proposta pela ECAD em face de rádio que não providenciou autorização para execução/transmissão de obras musicais. Decisão interlocutória que indeferiu a antecipação da tutela. Art. 105 da Lei nº 9.610/98. A transmissão e a retransmissão de obras em violação aos direitos de seus titulares devem ser imediatamente suspensas ou interrompidas, cabendo na hipótese a concessão da tutela inibitória específica de modo a cessar a violação ao direito autoral, sobretudo porque o agravado, devidamente intimado para o exercício do contraditório, mas não apresentou resposta. Provimento do recurso para suspender a transmissão de obras musicais enquanto não providenciar a prévia e expressa autorização do agravante. Reforma da decisão. (0038688-17.2009.8.19.0000 (2009.002.25499) – Agravado de instrumento – Des. Monica Tolledo de Oliveira – Julgamento: 06/10/2009 – Quarta Câmara Cível)”.

“A jurisprudência da Corte, com judiciosos precedentes desta Câmara, entende que a antecipação de efeitos da tutela com fundamento no artigo 105 da Lei 9610/98 não tem o condão de afastar a obrigatoriedade da presença dos requisitos do artigo 273 do CPC. Neste sentido: "EMENTA: Agravado de instrumento - Ação de cumprimento de preceito legal - Pedido de deferimento da tutela específica prevista no artigo 105 da Lei dos Direitos Autorais - Indeferimento da liminar – Tutela mencionada na Lei dos Direitos Autorais não pode ser vista de forma isolada dos requisitos gerais atinentes à antecipação da tutela ou das liminares em caráter geral - Alerta para o âmbito estreito do agravado de instrumento - Ausência de dano de difícil reparação - Necessidade da

formação do contraditório - Tema que envolve aspectos de razoável complexidade - Recurso improvido" (AI - 561.385-4/2-00 Rei. Oldemar Azevedo, 6a T.)" "Não se olvida que o aludido artigo 105 prescreve que: "A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas,

realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro."Entretanto, o v.acórdão interpretou referido dispositivo legal em consonância com o art. 273 do estatuto processual, já que se está na fase inicial do processo, sem que tenha ocorrido o contraditório para que a questão seja melhor examinada, preservando-se a ampla defesa, mesmo porque não demonstrada de plano a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, mesmo porque eventual débito já é objeto de cobrança. Sobre a questão, com expressa análise do referido art. 105, já se decidiu: "Direitos autorais. ECAD. Art. 105 da Lei nº 9610/98. A aplicação do texto legal se dá, em regra, quando se reconhece a injusta ausência de pagamento dos direitos autorais. A providência em antecipação de tutela reclama prova da verossimilhança da inadimplência injusta que ainda inexistente no início do processo. Indeferimento acertado. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado" (AI nº 590.927-4/4-00, rei. MAIA DA CUNHA, j.08/08/08)"(Embargos de declaração nº 501.498.4/0-01, Relator Desembargador SÉRGIO GOMES)."

"Direito autoral - Decisão que denegou tutela específica, deixando de suspender a reprodução de obras musicais - Inconformismo - Desacolhimento - Tutela específica, prevista no art. 105, da Lei nº 9.610/98, que não se coaduna com a hipótese em que há prévia autorização, mas falta o pagamento - Caráter emergencial mitigado, diante do alegado inadimplemento, há mais de 5 anos - Ausência de perigo de dano ou de circunstância a ensejar que a drástica medida assegurará, ao menos por ora, o resultado prático equivalente ao do adimplemento - Decisão mantida - Recurso desprovido"(Agravo de instrumento nº 665.344-4/4-00, Relator Desembargador GRAVABRAZIL).

"DIREITO AUTORAL. DEMANDA VISANDO REPARAÇÃO DE DANO. USO INDEVIDO E HABITUAL DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E FONOGRAMAS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INIBITÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 105, DA LEI Nº 9610/98. POSSIBILIDADE. REFORMA DA DECISÃO.Com efeito, não há impedimento legal na outorga da tutela antecipada, pelo contrário, a Lei nº 9610/98, por meio de seu art. 105, veda a transmissão ou retransmissão de obras musicais que violem os direitos autorais de seus titulares.Nas circunstâncias não vislumbro, ainda, nenhum prejuízo à agravada com o deferimento da medida de urgência, o mesmo não ocorrendo ao agravante, posto que a divulgação da obra sem licença prejudica o direito dos autores a cada momento de divulgação ilícita.É forçoso admitir que os dispositivos acima tornem dispensáveis os requisitos da tutela antecipada, ou seja, o perigo de prejuízo e a verossimilhança, eis que têm como escopo coibir os abusos e impor o licenciamento da difusão das obras sejam quais forem suas naturezas em favor dos seus titulares.Provimento liminar do recurso. Reforma da decisão, para deferir a antecipação de tutela, nos moldes requeridos. (TJRJ, 0042677-94.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 03/09/2010 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL)."

"Agravo de Instrumento. Ação de Cumprimento de Preceito Legal. Direitos Autorais. Comunicação pública de obras protegidas. Autorização prévia. Necessidade. Indeferimento da liminar requerida para proibir a realização de espetáculos públicos sem o prévio recolhimento pela utilização das obras. Aplicação do art.105 da Lei dos Direitos Autorais. Contumácia da agravada no desrespeito aos direitos autorais dos artistas. Aplicação de multa diária. A execução pública de obras artísticas, sem a expressa autorização do autor, deve, nos termos do art.68 da Lei Federal nº9.610/98, ser precedida do pagamento dos respectivos direitos dos titulares. Não o fazendo, há de ser concedida liminar, para o fim de determinar à agravada que se abstenha de realizar a execução das obras, sem o pagamento prévio dos direitos autorais respectivos, sob pena de multa diária. Recurso provido. Decisão por unanimidade..(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0106/2003, 1º VARA CIVEL DE ESTÂNCIA, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, Julgado em 26/08/2003)."

"Processo Civil - Ação de Cumprimento de Preceito Legal c/c Perdas e Danos - Direito autoral - Aplicabilidade dos artigos 68 e 105 da Lei 9.610/98 - Espetáculos gratuitos - Cobrança dos direitos autorais - Finalidade de lucro - Decisão liminar - Requisitos para a concessão presentes - Recurso provido. I - É imprescindível a expressa autorização do autor para fins de utilização de obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em execuções públicas de obras artísticas, consoante estipulado no art. 68 da Lei 9.610/98, ainda que não haja o intuito de lucro, seja direto ou indireto, pela municipalidade. Precedentes do STJ; II - Concretizando-se as hipóteses preconizadas

no artigo 105, da Lei 9.610/98, resta assente a verossimilhança do direito alegado, ao passo que o periculum in mora se configura na medida em que os eventos festivos são recorrentes na localidade, perpetuando a violação aos direitos autorais; III - Recurso que se conhece, para lhe dar provimento.(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0300/2004, NEÓPOLIS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 07/04/2005).”

“Agravo de Instrumento. Ação Cautelar. Direitos autorais. Decisão que concede liminar para suspender festejos juninos enquanto não fosse pago o valor correspondente aos direitos autorais. Requisitos para a concessão presentes. Improvimento do agravo. A execução pública de obras artísticas, sem a expressa autorização do autor, ainda que não seja cobrada a participação do público, deve, nos termos do art. 68 da Lei Federal nº9.610/98, ser precedida do pagamento dos respectivos direitos dos titulares. Não o fazendo, há de ser concedida liminar, para o fim de determinar à agravada que se abstenha de realizar a execução das obras, sem o pagamento prévio dos direitos autorais respectivos, sob pena de multa diária. Recurso improvido. Decisão unânime.(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0635/2003, LARANJEIRAS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, Julgado em 01/12/2003).

“TUTELA DO ART. 105 DA LEI Nº 9.610/98 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL -, COM PEDIDO DE LIMINAR, C/C PERDAS E DANOS – EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS PELA MUNICIPALIDADE, CONDICIONADA A PRÉVIO PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS – INCIDÊNCIA DO ART. 105 DA LEI Nº 9610/98 E ART. 273 DA LEI DE RITOS – CONFIRMAÇÃO DO DECISÓRIO – IMPROVIMENTO DO AGRAVO. Cuida-se de dirimir controversia em torno de providência judicial adotada em desfavor de Municipalidade, com esteio no art. 105 da Lei 9.610/98, c/c art. 273, do CPC, após notícia do ECAD-ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRAÇADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO, quanto à utilização, pelo ente público, de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, promoção de shows, sem o pagamento dos direitos autorais devidos, sequer autorização dos respectivos titulares dos direitos. A medida resguarda o direito. Com efeito, é cláusula pétrea inscrita no art. 5º, XXVII, da CF que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” E a realização de shows artístico-musicais, assim como rádio-fonográficos, pressupõe autorização prévia e pagamento de contribuições fixadas pelo autores ou associações mantenedoras do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, cumprindo o ECAD, como órgão legítimo de defesa dos compositores, coibir programas artístico-musicais e radiofônicos que violem a Lei de direitos autorais(Tribunal de Justiça da Bahia – Agravo de Instrumento nº 51.512-4/1999 – Relator: Desembargador João Pinheiro)

TUTELA DO ART. 105 DA LEI 9.610/98 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL – DIREITOS AUTORAIS – DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR – REQUISITOS PARA A CONCENSSÃO PRESENTES – INCABIMENTO. A execução pública de obras artísticas, sem a expressa autorização do autor, deve, nos termos do art. 68 da Lei Federal nº 9.610/98, ser precedida do pagamento dos respectivos direitos dos titulares. Não o fazendo, há de ser concedida liminar, para o fim de determinanr à agravada que se abstenha de realizar a execução das obras, sem o pagamento prévio dos direitos autorais respectivos, sob pena de multa diária.(Tribunal de Justiça de Sergipe – Acórdão nº 1.064/2000 – Relatora: Desembargadora Clara Leite de Rezende)

TUTELA DO ART. 105 DA LEI Nº 9610/1998 – DIREITOS AUTORAIS. Execução musical condicionada a pagamento – Fumaça do bom direito reconhecida pela adequação da norma ao caso concreto – Periculum in mora resultada da execução confessada pela agravante que independe do objetivo final da recorrente se é ou não a realização de shows – Decisão mantida – Recurso impróvido(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Agravo de Instrumento nº 363.485.4/5-00 – Relator: Desembargador Salles Rossi – Agravante: Bar SP Restaurante Ltda. – Agravado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição –ECAD).

TUTELA DO ART. 105 DA LEI Nº 9.610/98. Agravo de Instrumento interposto de decisão concessiva de liminar proferida em ação de cumprimento de preceito legal com pedido de liminar combinados com perdas e danos, ajuizada à vista de alegada violação de direitos autorais. Improcedência do incoformismo recursal. A decisão atacada se acha em consonancia com a legislação específica que disciplina a matéria, considrada a imperatividade do comando do art. 105 da Lei 9.610/98. Improvimento do agravo, decisão unânime. Em tais circunstancias, se impunha, uma vez que o comando do mencionado art. 105 é imperativo, a imediata suspensão da transmissão das obras musicais e de outras por ventura veiculadas em desacordo com a previsão legal, como aliás determinado pelo MM. a quo. Considere-se que, em situações como tal, o legislador optou por liminar

específica, a teor do que ocorre em outras ações, a exemplo das possessórias. Houve assim, na hipótese que ora se parecia, observância ao quanto estabelecido em lei especial, que rege a matéria, a qual se acha, também, sob o amparo de preceito constitucional (Tribunal de Justiça da Bahia – Agravo de Instrumento nº1039-1/2002 – Desembargadora Lucy Lopes Moreira).

TUTELA DO ART. 105 DA LEI Nº 9.610/98 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL COM PEDIDO DE LIMINAR COM PERDAS E DANOS – DIREITOS AUTORAIS – DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR – REQUISITOS PRESENTES PARA SUA CONCESSÃO A TEOR DO ART. 105 DA LEI Nº 9.610/98 – AGRAVO PROVIDO. A execução pública de obras artísticas, sem a expressa autorização do autor, deve ser precedida do pagamento dos respectivos direitos dos titulares. Não o fazendo, há de ser concedida liminar, para o fim de determinar à agravada que se abstenha de realizar a execução das obras, sem o pagamento prévio dos direitos autorais respectivos, sob pena de multa diária. (Tribunal de Justiça da Bahia – Agravo de Instrumento nº 10.685-5/2001 – Desembargador Antônio Pessoa Cardoso)

TUTELA DO ART. 105 DA LEI Nº 9610/98 – DIREITO AUTORAIS – MEDIDA CAUTELAR – EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS EM EVENTOS PROMOVIDOS PELA AGRAVANTE – LIMINAR DEFERIDA – DEPÓSITO JUDICIAL – ADMISSIBILIDADE – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – CARACTERIZAÇÃO. Tendo em vista a natureza do direito reclamado, que se mostra plausível diante da inexistência de controversia a respeito da efetiva utilização de obras musicais, sem prévia autorização de seus autores, e do não recolhimento da retribuição devida – Inteligência dos arts. 28,29, 68 e 99 da Lei nº 9.610/98 e art. 5º XXVII, XVIII, letra “b”, da CF c/c os arts. 797, 798, 799 e 804 do CPC – Recurso não provido (Agravo de Instrumento nº 282.581-4/3 – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Comarca: Ubatuba 0 Agravante: Daft Lounge Restaurante Ltda – Agravado: Escritório Cnetral de Arrecadação e Distribuição –ECAD)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – DIREITOS AUTORAIS – TUTELA INIBITÓRIA – VEICULAÇÃO E REPRODUÇÃO DE OBRAS LÍTERO-MUSICAIS SEM AUTORIZAÇÃO DO ECAD – VIOLAÇÃO A DIREITO EXTRAPATRIMONIAL – TUTELA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DE DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS DE TAL ESPÉCIE – PERIGO DE REITERAÇÃO E IRREVERSIBILIDADE DA LESÃO PELA NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR – NEGATIVA DO JULGADOR A QUO EM ATENDER A MEDIDA INIBITÓRIA VEICULADA- ERROR IN JUDICANDO – NECESSIDADE DE REVISÃO DA DENEGAÇÃO. A constituição em seu art. 5º, inciso XXVII, bem como a LEI nº 9.610/98, em seus arts. 28, 29 e 68, tutelam os direitos autorais de caráter eminentemente extrapatrimonial, bem como os arts. 105 da Lei nº 8610/98 e 461 do CPC, autorizam o judiciário a providenciar a suspensão do ilícito autoral, permitindo-lhe lançar mão de ferramentas que entender próprias e adequadas a tal desiderato. A irreversibilidade da utilização desautorizada de direitos autorais e sempre certa porque tal espécie de direito tem duplo aspecto: o intelectual, relacionando a criatividade do autor – e aqui se encontra a irreversibilidade, porquanto intangível e imensurável tal faceta desta espécie de direito – e o patrimonial, que é a sua fruição. No caso em apreço, facilmente se verifica que a legislação mencionada vige de forma a favorecer o Agravante, como também ainda resta existente o risco de reiteração do ilícito, haja vista a persistência da situação enunciada na origem: ausência de autorização ao Município para veicular obras lítero-musicais em festejos municipais. Por essas razões, imperiosa a manutenção do quanto decidido liminarmente por esta relatoria. **AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.** (TJBA – Processo nº 36402-6/2008 – Agravo de Instrumento – Relator Sinesio Cabral Filho) Também o Tribunal do Espírito Santo tem notadamente apreciado de forma brilhante a matéria, reconhecendo a tutela inibitória, de forma antecipada, como meio eficaz para a proteção do direito fundamental de autor, bastando para tanto a demonstração de desrespeito ao art. 68 da Lei Autoral. Destaca-se, neste aspecto recente acórdão proferido em AC n. 2004.50.01.001911-0, em que o Relator Des. Federal SERGIO FELTRIN CORRE da 7ª Turma Especializada do TRF, 2ª Região, confirmou a natureza da tutela pretendida, com fulcro no artigo 105 da Lei de Direitos Autorais, mantendo decisão antecipatória e sentença, a fim de inibir a perpetuidade do ilícito cometido pelos Correios e Telégrafos, diante da constante utilização desautorizada de músicas nas dependências de suas agências, em locais direcionados ao público.

Em Santa Catarina, tem-se observado, com frequência, o deferimento da tutela específica, a fim de impedir a prática continuada da violação aos direitos autorais, em especial em usuários permanentes, como nas Casas de diversão, em que a violação torna-se notória, uma vez que a música é inerente às suas atividades. A exemplo, citam-se as recentes decisões interlocutórias proferidas pelo Juiz Fernando de Medeiros Ritter, da Comarca de Içara - SC, Processo n. 028.09.001407-0, e pela Juíza

Havendo decisões opostas sobre a aplicação do direito ao caso concreto, segundo Marinoni reconhece que “não é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Porém, a circunstância dessa impossibilidade não pode retirar do juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é racional e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades em cada caso concreto.”²¹⁴

Com relação às tutelas prometidas pelo direito material, Marinoni destaca que “para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, o juiz, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da idoneidade da regra processual exige a previa análise da tutela prometida pelo direito material e das necessidades concretas das partes.”²¹⁵

Ao postergar o pagamento dos *royalties* (remuneração pelo uso das obras intelectuais) posteriormente a execução pública, sob o fundamento da idoneidade e liquidez financeira interpretou a norma no sentido de dar uma solução equânime para ambas as partes, mesmo não havendo qualquer previsão da conduta realizada pelo juiz, entretanto, tal medida é uma função jurisdicional de se conceber uma tutela devida e eficaz, como expõe, Luiz Guilherme Marinoni: “o juiz tem o dever de encontrar uma técnica processual ou um “modo” processual que seja capaz de atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Mas, como esse “modo” é a expressão da concretização de uma norma aberta – que obviamente não se preocupa apenas com o direito do autor, mas igualmente com o direito do réu -, o juiz deve argumentar que o “modo” encontrado, além de dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional, é o que gera a menor

Maria Teresa Visalli Da Costa Silva, da 4ª Vara Cível da Capital-SC, no Processo n. 023.08.076599-0.

²¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Constitucional**. RT: São Paulo, p.84/85.

²¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela de direitos**. RT: São Paulo. 4ª edição. 2009, p.229.

restrição possível ao demandado. Na hipótese de omissão de regra processual ou de inexistência de técnica processual adequada ao caso concreto, a diferença, em termos de argumentação, é a de que o juiz deverá demonstrar que as necessidades de direito material exigem uma técnica *que não está prevista pela legislação processual*. Porém, ao juiz não bastará demonstrar a imprescindibilidade de determinada técnica processual não prevista pela lei, mas também argumentar, considerando o direito de defesa, que a técnica processual identificada como capaz de dar efetividade à tutela do direito é a que traz a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.²¹⁶

Dessa forma, não havendo a eficácia da tutela inibitória com base no art. 105 da Lei 9.610/98, o autor poderá cobrar o pagamento dos direitos autorais posteriormente a execução, na simples fundamentação que o executante tem suposta liquidez financeira. Resta concluir, que tal medida não merece prosperar, visto que a decisão que venha seguir esse fundamento não E, se, não houver o pagamento, haverá uma lesão patrimonial, transgressão continuativa da violação dos direitos autorais por parte dos executantes além de violação direitos morais dos autores. Nesse sentido, faz-se patente a aplicação da tutela inibitória, demonstra-se nos presentes casos citados que certo a iminência do ato ilícito e possibilidade futuro de dano e violação de regra do direito substancial.

Não se pode deixar de apreciar a tutela inibitória em virtude de uma eventual condenação reparatória, tais pedidos são totalmente independentes, assim, conclui-se que a tutela inibitória resulta medida necessária com fundamento na lei 9.610/98.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 21 out. 2010.

3.5 A interpretação da norma jurídica para a eficácia da tutela jurisdicional e a efetividade da tutela inibitória do direito do autor

O direito processual é caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O direito processual possui um conjunto de princípios e normas que tem como função instruir e dar eficácia no cumprimento por meio do Estado-Juiz do direito material, portanto, chegando ao conceito de instrumentalidade do processo ao se concluir que há uma interdependência entre a norma processual e material no intuito de pleitear a tutela jurídica pretendida. Deve-se buscar a efetividade do processo, a aptidão deste instrumento para alcançar seus objetivos. O processo efetivo é aquele que respeitado o equilíbrio entre os valores de celeridade e segurança, oferece as partes o resultado desejado pelo direito material.²¹⁷

Na definição de Cândido Rangel Dinamarco acerca da instrumentalidade do processo:

O processo é instrumento a serviço do direito substancial e isso justifica a preocupação de oferecer meios eficazes e seguros para que a busca seja produtiva e o direito substancial seja cumprido. Isso constitui, afinal, culto ao princípio lógico que quer meios mais seguros e expeditos para descobrir a verdade e evitar o erro.²¹⁸

Segundo Giuseppe Chiovenda, no sentido de que o processo deve “dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.²¹⁹ A concepção de tutela

²¹⁷SOUZA, Rafael Tadeu Santos de. **Análise Teórica da Efetividade do Processo como Direito Fundamental**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1966.html> . Acesso em: 12 de outubro de 2010.

²¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 9ª ed., São Paulo: Ed Malheiros, 2001, p. 233..

²¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. Editora Malheiros: 2002, 5ª Ed, p. 593.

diferenciada e a união do direito material e processual, com ditames de Arruda Alvim "a tutela diferenciada deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo. Ou ainda, configura-se o instituto processual especificamente em função de dada situação de direito material".²²⁰

Por isso, parece importante a visão da tutela jurisdicional, ângulo de análise do processo a partir do direito material, pois possibilita adequar melhor o instrumento ao seu objeto. Conferir mais eficácia à visão instrumentalista do processo, uma vez que procura adequar a ciência processual à realidade material que constitui seu objeto, permitindo verificar as vantagens e desvantagens de determinadas soluções propostas, com o fim de melhorar a a efetividade do processo.²²¹

O objeto pretendido que é a tutela, segundo Luiz Guilherme Marinoni: "tutela" significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material. Quando se teoriza o tema das "tutelas" se tem em mira exatamente a imprescindibilidade da identificação das situações de direito material para a compreensão crítica da lei processual e para o delineamento das técnicas processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional e, assim, colocá-la em uma dimensão realmente capaz de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.²²²

Nesta diapasão, a finalidade do processo tem o escopo e objetivo do processo e sua relação com o direito material, além do mais tem sua finalidade intrinsecamente relacionada com a pacificação social:

²²⁰ALVIM, Arruda. **Obrigações de fazer e de não fazer – Direito Material e Processo**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

²²¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. Editora: Malheiros, 1995, 1ª Ed, p.39.

²²²MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 21 out. 2010.

“Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações como a lei material. O estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício de jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão instrumentalidade do processo em sua conceituação e endereçamento social e político.”²²³

Seguindo a mesma fundamentação, pretendendo que o processo concretize o que realmente se pretenda com a tutela jurisdicional, temos as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “que ele não é um fim em si mesmo e, portanto, as suas regras não têm valor absoluto que sobrepujem as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflito e conflitantes.”²²⁴

Nas palavras de Rafael Tadeu Santos de Souza “para se alcançar este escopo é necessário a existência de um processo efetivo, no qual haja o respeito ao equilíbrio entre os valores da celeridade e da segurança, oferecendo-se às partes o resultado desejado pelo direito material. Busca-se, assim, a efetividade do processo, detectando imperfeições no sistema jurídico que criem obstáculos ao seu pleno e regular desenvolvimento e, conseqüentemente, à prestação da tutela jurisdicional efetiva. Atenta-se, também, pela necessidade de se interpretar e aplicar as normas processuais norteadas pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. Essa concepção é um reflexo do Estado Constitucional que deu novo conteúdo ao princípio da legalidade, considerando-o substancialmente.”²²⁵

Em questão, a tutela inibitória tem por condão garantir a não atuação de um interesse específico no qual se invoca a tutela que tem por característica ser

²²³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. Editora: Malheiros: São Paulo, 1995, 1ª Ed, p.39.

²²⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros Editores: São Paulo, 2009, 26ª Ed., p.45.

²²⁵SOUZA, Rafael Tadeus Santos de. **Análise Teórica da Efetividade do Processo como Direito Fundamental**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1966.html> . Acesso em: 12 de outubro de 2010.

precisa a um determinado caso ou situação, segundo Calvão da Silva, eminente Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, “é a mais idônea das tutelas do domínio dos direitos de personalidade por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcitória.”²²⁶

A interdependência do direito material com direito procesual e a condução com poder diretivo do juiz, que tem a obrigação legal de suprir eventuais lacunas no processo, tem arrimo no texto constitucional e direitos fundamentais, assegurando a efetiva prestação da tutela jurisdicional:

“(...)os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como “diretor do processo”, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito.”²²⁷

A pontencialização do poder do juiz em causas assim é reflexo da garantia jurisdicional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que “não somente possibilita o acesso formal aos órgãos judiciários como também assegura a tutela efetividade contra qualquer forma de denegação de justiça”.²²⁸

Dentro os poderes auferidos pelo juiz, podemos destacar, que os princípios constitucionais tem o intuito de realizar a aplicação e interpretação do direito formando uma norma jurídica. Segundo Eros Grau a norma jurídica é formada

²²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. Editora RT: São Paulo, 1993, 1ªed, p. 90.

²²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 133.

²²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. Editora Malheiros: 2002, 5ª Ed, p. 600.

pelo significado dado a lei escrita pelos intérpretes, e o juiz chamado por Hans Kelsen de intérprete autêntico, tem a autoridade de ir além visto que da sua interpretação resultará normas para a aplicação em decisões judiciais, vejamos o seu entedimento:

A norma é produzida pelos intérpretes. Interpretar o direito é uma relação entre duas expressões a primeira que porta uma significação que é o objeto da interpretação e a segunda que chamamos a "interpretação" que cumpre a função a primeira de interpretante, eu pego o art. 317 do Código Civil e aquilo não é uma norma é um texto, eu interpreto o texto e dessa minha interpretação resulta a norma, quer dizer a norma é o resultado da interpretação[...] Nós só chegamos a forma do direito após a mediação do intérprete[...] Sempre interpretamos os texto, interpretamos o direito tendo em vista a solução, a decisão de um determinado litígio[...] A interpretação é a aplicação de textos em normas para tomada de uma decisão jurídica em determinado caso. Vou usar uma metáfora que nem todos sejam capazes de captarem imediatamente, mas os mais velhos lembrar do bombom Sonho de Valsa, quando eu abro um bombom daquele e desnudo do seu papel celofane vermelho, eu retiro o bombom de dentro do seu papel celofane vermelho, eu retiro o bombom de dentro do seu invólucro, exatamente o que acontece com a norma o que o interprete faz o interprete que faz isso em última instancia é um interprete autêntico de Kelsen, quando se fala em intérprete autêntico de Kelsen é o legislador, não estou usando o intérprete autêntico de Kelsen é o juiz, é aquele que além de compreender celebra o ato de vontade, a compreensão é essa[...] O que faz o intérprete autêntico? Ele desvencilha a norma do seu invólucro, assim como eu desvencilho o bombom, ele tira a norma do invólucro e ele a produz, um passo adiante eu dizia a norma é produzida pelo intérprete, e eu repetiria a interpretação é uma atividade que se presta a transformar disposições, textos, enunciados, conceitos e normas, as normas resultam da interpretação e o ordenamentos é um conjunto de interpretações, se eu tivesse o Código Civil ou o Código Penal diria isso aqui não é o conjunto de normas, isso é um conjunto de possibilidade de normas, é um conjunto de textos, as normas só virão depois que o intérprete as produzir. Isso num primeiro momento pode ser assustador, pois poderia dizer que cria as normas é o intérprete, não é isso que eu estou dizendo, ele as expressa, as normas preexistem no invólucro do texto, no invólucro do enunciado, quer dizer elas estão lá em estado de potência e há um determinado momento que elas desabrocham não são uma criação, não é um intérprete autêntico que subjetiva arbitrariamente as produz ele simplesmente cumpre a função de fazê-las brotar.²²⁹

Por isso alguns juristas, como Pérez Luño, chega a dizer que a norma jurídica não é o presuposto, mas o resultado do processo interpretativo, enquanto outras asseveram – a afirmativa categórica é feita, com frequência, por

²²⁹GRAU, Eros. Palestra. Palestra **Tema: Interpretação do Direito** realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara em 29 de maio de 2009. (informação verbal) Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=sN8yeFURLBE>> Acesso em: 21 de outubro de 2010.

Miguel Reale – que o direito é norma e situação normada e que uma norma é sua interpretação.²³⁰

Com esta concepção dada por Miguel Reale e sua constante mutação por aspectos agregados a apanhados valores da norma, além do contraste entre ser(norma escrita) e dever-ser(norma aplicada e em uso), dessa forma estatui que, as normas jurídicas são modelos operacionais, porque articulam fatos e valores. Os valores inerentes à norma não são dados, mas postulados, isto é, tais valores não são *entes in se*, não são objetos, são qualidades do objeto, dão-lhe um significado; não são, portanto, independentes, mas fatores que se determinam num processo global, no qual os valores postulados preliminarmente podem sofrer mutações, pelo aparecimento de novos valores. É preciso esclarecer, uma vez mais, que as normas jurídicas não são valores. A norma não é, sob o prisma ontológico, um *dever-ser*, mas um *ser*. Aqui o termo *dever-ser* deve ser entendido como algo que vale e não como algo que existe em oposição ao *ser*. A norma não é valor; o valor vale não é objeto existente. Se tudo o que é realidade é um ente, se a realidade pertencente à região do ser, uma realidade é um ser. Assim sentido, a norma jurídica é real, é algo que tem consigo seu valor. A norma é um *ser* cultural a que corresponde um valor *dever-ser*. A norma é um ser devido. A norma não é valor mas pode ter valor. O elaborador da norma é razão do *dever-ser*, é o elemento da referência, a medida para a determinação dos valores, pois é ele que dá valor às normas. Como a norma é um objeto cultural, ela se situa no mundo “ser” – “dever-ser”, da integração do valor no fato. Como a norma jurídica tem por escopo dirigir a atividade humana na sociedade, a autoridade que a estabelece opera por via de valores ao decidir o que deve ser permitido ou não, guiada pela prudência política. A prudência política é a virtude pela qual o órgão se vale para descobrir normas e promulgá-las. A autoridade que elabora as normas assume uma atitude de quem relaciona fatos e valores, sem, contudo, valorar os fatos; não lhe interessa saber

²³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 41 apud LUÑO, Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución** /REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 594; **Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual**. São Paulo, Saraiva, 1986; **Fontes e Modelos do Direito – Para um novo paradigma hermenêutico**, cit., p. 33.

qual o valor determinando. Sua função não é estimar, positiva e negativamente, a norma de direito, mas a relacionar a fatos e valores, dando-lhe um sentido, sem lhe atribuir um valor. O sentido da norma é ser ela um instrumento dirigido à liberdade humana, procurando realizar a justiça, dando a cada um o que lhe é devido, segundo uma certa igualdade.²³¹

Nos termos expostos por Karl Larenz, dispõe especificamente à respeito da interpretação da norma jurídica e seu papel para a fundamentação da norma aplicada a realidade:

“... a lei só é direito real enquanto é aplicada ao caso e se converte desse modo em sentença. Dissociada da sua aplicação, pensada como simples regra geral, não passa de uma abstração. Só o juiz, enquanto personalidade que pensa e decide responsabilmente, dá à norma, na aplicação ao caso - na sentença, portanto - a sua realidade; tal como por outro lado, só ele dá ao caso concreto o seu Direito, pelo acto de o julgar objectivamente, ou segundo o Direito. O direito só é objectivo no juiz que o pensa, e que o pensa, afinal, na sua objectividade. Tomado objectivamente, desligado do jurista prático e da sua subjectividade, o Direito é uma abstração morta e sem esperança - só a subjectividade, se cumpre a objectividade, e vice-versa. Mas isto significa: só na interpretação ele (o Direito) se concretiza em Direito, na sua realidade.”²³²

Ascarelli, num artigo escrito em 1957, observou não ser a norma que constitui objeto da interpretação, mas o texto - o qual, uma vez interpretado, revela a norma. O trabalho do intérprete é, assim, como que uma conexão entre o passado e o futuro, pois com a aplicação concreta ele projeta em direção deste a formulação abstrata, que é um dado pretérito. Mas continua, o ex-professor da Universidade de São Paulo, em sua indagação histórica o intérprete é obrigado a fazer escolhas, seja determinando a *ratio* do texto analisado ou identificando a hipótese legal abstrata em que o fato acertado se enquadra. E a formulação concreta da norma nasce justamente do concurso dessas escolhas, através das

²³¹DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282.

²³²GARCIA, Juvêncio Gomes. **A função criadora do Juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 1ª edição, p. 35. Apud LARENZ, Karl. Op. Cit., págs. 126-127.

quais o intérprete se insere na produção do direito e os princípios se *positivam*, tornando-se imperativos.²³³

Obsta-se, ainda, que a norma jurídica não deve ser interpretada e aplicada solitariamente e, sim, em um contexto de ordenamento jurídico fundamental e um sistema normativo como um todo, nos dizeres de Hans Kelsen:

“O direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento da validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada com uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segunda essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a orden jurídica cuja personificação é o Estado, é portanto, não um sistema de norma coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma - a inferior - é determinada por outra - a superior - cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da orden jurídica inteira, constitui sua unidade.”²³⁴

Ainda no saber e conhecimento relatado na Teoria Pura do Direito, pondera Hans Kelsen relativamente sobre as normas fundamentais e sua interpretação na concepção positivista do ordenamento jurídico que, essa norma fundamental tem o caráter de um fundamento hipotético. Suposta sobre ela se baseia(...) Só debaixo do suposto da norma fundamental se pode interpretar como Direito, ou seja, como um sistema de normas jurídicas, o material empírico que se oferece à interpretação jurídica(...) Tal norma não é senão expressão do pressuposto necessário de toda concepção positivista do material jurídico.²³⁵

²³³MARINONI, Luiz Guilherme. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros Editoras, 2001, 4ª edição, p. 48-49.

²³⁴KELSEN, Hans tradução Luis Carlos Borges. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, 2ª edição, p. 129.

²³⁵REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, 20ª edição, p.466-467. Apud KELSEN, Teoría Pura Del Derecho, 1ª ed, trad. De Tejerina, Buenos Aires, 1941, pág.99. Cf 2ª ED.M TRAD. CIT., p. 217-251.

De fato, a norma consegue sua última determinação de conteúdo somente ao processo de sua aplicação. O principal problema para o operador da norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto. Neste caso, a interpretação da norma, para aplicá-la a fatos concretos, é completada pela aplicação como um processo dialético; a aplicação é um momento inerente a todo compreender, pois o compreender tem lugar por ocasião da aplicação do texto à situação presente do intérprete. Aplicação é um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou interpretar.²³⁶

O ordenamento jurídico é um texto constituído por “atos da fala” que denominamos de decisões jurídicas.²³⁷ O direito é gerado mediante decisões, e sem decisões não há vida jurídica. A “lei” é um mito, que deve ser “interpretada” e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.²³⁸ Utilizando palavras de Gregorio Robles, observamos seu posicionamento acerca da interpretação jurídica:

O ordenamento é o texto que resulta da linguagem criativa das autoridades, que são plurais em muitas vezes sem contato entre si. É um texto submetido à “motorização e à pressa. Sua linguagem é deficiente e necessitada de um reelaboração reflexiva que ponha este material diversificado em uma ordem acabado. Isto é precisamente o sistema, a construção do ordenamento em ‘linguagem científica’. Os juristas não são pessoas que descrevem a realidade do direito, sim ‘construtores criativos’ dessa realidade. A linguagem do direito é a linguagem dos juristas.²³⁹

²³⁶ GARCIA, Juvêncio Gomes. **A função criadora do Juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 1ª edição, p. 35. Apud ANDRADE, Christiano José de. “O problema dos Métodos...”, cit. Pag. 15.

²³⁷ PASSOS, J.J. Calmon, O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?, p. 221. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coord. José Miguel Garcia Medina *et al.* São Paulo : RT, 2008.

²³⁸ Mauro Cappelletti. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 102.

²³⁹ PASSOS, J.J. Calmon, O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?, p. 221. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coord. José Miguel Garcia Medina *et al.* São Paulo : RT, 2008. apud ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p.26.

No processo interpretativo, o jurista “não reproduz ou descobre o verdadeiro ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político”. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônimo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.”²⁴⁰ Com essas palavras, afirma-se que o intérprete é quem dá vida e verdadeiro significado ao texto da legislação que encontra-se seca em sentido abstrato a ser dada um significado único pelo intérprete.

O direito, em verdade, não só na norma vive; mas também no fato ao qual a norma se aplica e nova lei que motiva a enunciação da norma abstrata e que deve presidir a interpretação dos textos em que ela se consubstancia. O direito insere-se na vida do Estado como um instrumento para a realização dos valores considerados essenciais à coesão do grupo social e à caminhada em direção aos fins comuns: a emoção atrativa ou repulsiva com que a opinião dominante recebe certa massa de fatos(os quais são, desse forma, considerados lícitos e ilícitos- ou seja, favorecedores da coesão ou desagregação social) é um juízo de valor que tende a cristalizar-se em norma jurídica.²⁴¹

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, na concepção do “ativismo judicial”, afirma que o juiz tem grande graude participação na realização do processo é também um “ponto sensível” relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas políticos-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicitas que impõe a presença do juiz atuante. E assim é o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo

²⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 96. apud Cfe. Marques Neto, Agostinho Ramalho. **Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise**. In: **Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar**. Marques Filho, Agostinho Ramalho et alli. Curitiba, Edibej, 1996, p. 29

²⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros Editoras, 2001, 4ª edição, p. 48-49.

momento é preciso enfatizar que os juízes são condutores do processo e o sistema não lhe tolera atitudes de espectador.²⁴²

Acompanhando tal entendimento, existem casos em que o magistrado julga sem lei, até mesmo contra lei (na hipótese de lacuna ontológica ou axiológica), para preenchê-la, atendendo às necessidades emergentes da vida social, é o sistema, em seu todo, que o autoriza a criar norma individual sem relação lógicade subalternação a uma lei. Anorma individual possui, portanto, um limite que seria a sua plena e pacífica compatibilidade com o ordenamento jurídico, a fim de que nele possa penetrar sem causar traumas ou incongruências. Se assim não fosse, a Ciência do Direito não poderia considerar a norma individual do juiz que julga caso inédito como válida.²⁴³

Nesse sentido, ao analisar um caso *in concreto*, o juiz ao expressar e fundamentar a sua decisão, não atua como mero aplicador literal da lei, mesmo porque não há como aplicar a lei sem interpretá-la, o que quebra com o disposto no brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio* (Desde que a norma esteja clara, dispensável a interpretação), tem por bem realizar todo um arcabouço interpretativo e hermenêutico para fundamentar uma interpretação ideal da lei para se atender a justiça, equanimidade, o bom senso e seus fins sociais, assim vejamos de acordo com a exposição de Aido F. Bertocchi, a atividade judicante e análise jurídica elaborada no intuito de se chegar em uma decisão nos parâmetros e características supracitados:

“No cotidiano, no exercício de sua atividade judicante, o Juiz confronta-se com multiformes controversias pelas pulverizações de conflitos que os interesses individuais propagam. É a busca do Direito ameaçado ou mencionadamente violado. É o que consagra a Carta Magna, como garantia individual, A lei civil ordinária tutela(at. 75): ‘A todo o direito corresponde a uma ação que o assegura’. Revela notar, inexistente causa igual a decidir. Parecida sim. Daí exsurge a importância da função judicial. O enfrentamento de caso concreto. Com efeito, o Juiz tem diante de si uma questão a resolver. Por evidência, não pode saber, de antemão, como a

²⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. Editora Malheiros: 2002, 5ª Ed, p. 410.

²⁴³DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

julgará, alegando, simplesmente, a ‘decisão está na lei’. Induvidosamente, a negativa. A decisão não se encontra sistematicamente na lei. Aí a difícil missão de julgar. Inicia-se o trabalho intelectual do Juiz na vontade incontida de buscar a decisão consentânea à realidade social. Na sua consciencia projeta-se o *decisum*. Cabe-lhe a tarefa de julgar a lei, dando-lhe o sentido exato. A interpretação à luz do caso que lhe cumpre julgar. Brota, então, a dificuldade que deve ser resolvida. Posta-se no interior do processo, sozinho. Esse isolar corresponde à responsabilidade única do veredito. Cabe-lhe a exclusividade de declarar a verdade do caso concreto, do fato que lhe é submetido à apreciação. Por óbvio, há que se ter lei para orientar o julgamento. Exigência de norma a ser aplicada, porquanto, paralelamente, os direitos correm o risco de prenização de violação. Poder-se-ia aventar de arbítrio imperante e de falta de controle objetivo à atividade jurisdicional. Entrementes, não significa julgamento injusto. A propósito, o veredito deve ser justo, expressando a verdade do caso concreto. O juiz não contrasta o Direito. Dá-lhe, porém, a precisa interpretação, aplicando-o de molde a traduzir o caráter finalístico da Justiça. Transparecem limites condicionantes. Contudo, repise-se, a decisão não está só na lei positiva. Se o fosse, o Juiz não passaria de mero aplicador. Lidaria tão-só com a lei fria, divorciando-se, distanciando-se do calor das mutações sócio-econômicas que vicejam consequências, fruto da própria evolução da sociedade, dentro da qual estão os jurisdicionados. O juiz parte, como um arquiteto, à elaboração de uma decisão capaz de estruturar o justo, prestando-se da argamassa fática norteadora dos fatos levando à colação, *ut* meios pertinentes à espécie *deducta in iudicio*. O julgar é precedido de inúmeros atos processuais, às vezes simples, outras, complexos, incidentais carecendo dissecação e e solução. Tudo ressaí do sopesar dos argumentos. No pleito, mormente no contencioso, imprescindível a profunda avaliação dos articulados, das teses e antíteses. Há que se prescitar a prova coligida, e não, por existir uma norma legal, de recortes nítidos, se tenha de seguir, necessariamente, idêntica esteira. É a reafirmação de que ‘cada caso é um caso’. O vital é dar justeza, colocando a situação controvertida nos seus extos lindes, frente à hipótese concretizada nas entranhas dos autos. A razão fundamental de decidir sob a égide do bom senso e da verdade real.”²⁴⁴

O juiz tem a liberdade de criar o direito diante de casos em que não seja prevista uma tutela específica de direitos a fim de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, visto que não é possível a legislação prever tutelas para todos os casos existentes. Com a constante evolução da sociedade, o juiz deverá adaptar o alcance do direito, as novas realidades fundamentando-o e interpretando-o inclusive utilizando-se de mecanismos adequados das normas de direito processual para o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional.

Face a incompletude do ordenamento jurídico, resta ao juiz utilizar uma de suas atribuições, enunciada por Gény como “livre investigação científica”

²⁴⁴ BERTOCCHI, Aido F. **O juiz e o seu poder criador**. *Ajuris*: v.17, n.48, março, 1990, p. 204/205.

que serve para guiar o juiz em casos de lacuna, como também para o orientar na aplicação de normas já formuladas, não oferecendo uma única solução, mas a possibilidade de várias decisões. O juiz deverá eleger uma dentre elas. A lei é incapaz de solucionar muitos problemas. A solução depende da ponderação do magistrado sobre as realidades sociais concretas. Opondo-se Gény, radicalmente, a Escola de Exegese, acreditava dever o juiz recorrer, necessariamente, a fontes suplementares: costume, autoridade dos mestres e tradição, quando consagradas pela doutrina e jurisprudência e, finalmente, a livre investigação científica.²⁴⁵

Destaque-se que toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, criatividade pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado a discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade dos juízes.²⁴⁶

Nas palavras de Inocêncio Martires Coelho, o intérprete realiza uma nova leitura do dispositivo legal que chega a criar uma nova norma, além tem o condão de aplicar e integrar o conteúdo da norma em um caso específico desintrinçando o texto legal, que contexto do ordenamento possui a vestimenta de um significado abstrato e geral, que ao se aplicar a um caso singular e concreto chega-se a um novo significado, colocando em movimento o processo de ordenação jurídico-normativa, papel realizado pelo juiz no objetivo de compreender, aplicar e interpretar ordenamento jurídico, no intuito de diminuir a barreira interposto entre norma e realidade jurídica:

No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções para os conflitos de interesses muito mais rápidas do

²⁴⁵DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54-55.

²⁴⁶Mauro Cappelletti. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.

que as respostas formuladas pelo legislador-, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito sob a forma de novas *leituras* dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos. Se, como em geral se afirma, o problema fundamental para o aplicador do direito não é a distância que alguns juristas consideram *irredutível* -, então o trabalho do intérprete apresenta-se não apenas como uma tarefa de *desocultamento* de significados que, até certo ponto, permanecem ocultos, mas também como uma tentativa de conciliação, de mediação e de superação daquela distância maior, que estrema o geral e o particular, o abstrato e o concreto.²⁴⁷

Alf Ross, que em seu trabalho buscava dar um enfoque lingüístico à problemática da interpretação, em seus âmbitos sintático, semântico e pragmático²⁴⁸:

Toda interpretação do direito legislado principia como um texto, isto é, uma forma lingüística escrita. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei são capazes de influenciar o juiz, assim, é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. Esse significado é conferido ao impresso pela pessoa que por meio da faculdade da visão experimenta esses caracteres. A função destes é a de certos símbolos, ou seja, eles designam(querem dizer) ou apontam para algo que é distinto deles mesmos.²⁴⁹

Segundo Sílvio Rodrigues seguiu similar forma explicativa: “Para resolver os casos que lhe são apresentados o Juiz procura, dentro da sistemática do Direito, a lei que se deve aplicar... Esta é uma função do Estado, de que ele se desincumbe através do Poder Judiciário.” Tal operação consiste, segundo Claude de Pasquier, e, transferir para um caso particular e concreto, a decisão que se encontra na regra abstrata. Esta é a premissa maior de um silogismo e, partindo dela, o Juiz aplicará a lei o caso concreto.” Porém, se a Ordem Jurídica, por ser lacunosa, não contiver a regra jurídica expressa para incidir sobre um dado fato o Juiz estará livre para formular a regra(sem fugir do sistema) mesmo que somente isto se faça para solucionar aquele determinado caso. Poderá, então, o Magistrado inclinar-se de

²⁴⁷COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 36-37.

²⁴⁸NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.83.

²⁴⁹Op.Cit., p.83.

acordo com a sua ideología para a “Interessenjurisprudenz, “Jurisprudência Teórica”, etc.”²⁵⁰

Entretanto, vale ressaltar que a criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.²⁵¹

A interpretação passa a ser aplicação do direito. Para Clóvis Beviláqua²⁵², *interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras*, e, nos dizeres de Espínola²⁵³, *interpretação é a declaração precisa do conteúdo e do verdadeiro sentido das normas jurídicas*. Há produção (não reprodução) do direito. A linguagem deixa de ser secundária para assumir seu papel de fio condutor da compreensão e tradição humanística continuada pela linguagem. O texto é um sujeito que fala ao leitor: dá-se um diálogo hermenêutico.²⁵⁴ Em suma, “a incidência terá sempre o sentido que o homem lhe der. Melhor: a incidência é realizada pelo homem. A norma não incide por força própria é incidida.”²⁵⁵ O jurista, não interpreta apenas a partir de sua esfera subjetiva, nem tampouco interpreta apagando o seu mundo interno, devendo ao contrário, “colocar-se na fronteira que une” sua “subjetividade da objetividade da coisa a ser interpretada. Nesse sentido, interpretar é uma arte.”²⁵⁶

²⁵⁰SOBRINHO, Elício de Cresci. **O juiz criador do direito e a interpretação razoável**. Revista Trimestal de Jurisprudência dos Estados, v.11, n. 42, jan/fev, 1987, p.12-13.

²⁵¹ Mauro Cappelletti. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 26..

²⁵²BEVILÁQUA, Clóvis. *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, Rio de Janeiro: Forense, 15ª edição, 1995, p. 18

²⁵³ESPÍNOLA. *Apud* MAXIMILIANO, **Hermenêutica e aplicação do direito**, Rio de Janeiro: Forense, 15ª edição, 1995, p. 18.

²⁵⁴ALENCAR, Rismar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Linguagem, **Interpretação e Decisão Judicial**. Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, V.23, N.89, 2º sem. 2008., p. 245.

²⁵⁵IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. P. 61-62.

²⁵⁶STRECK, Lenio. **Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta**. In: A Filosofia “no” Direito e a Filosofia “do” Direito. Porto Alegre: IHJ, 2007, p. 131.

A interpretação circular da inter-relação entre o intérprete e os textos normativos não tem por fim a reconstrução do que o autor ou o poder legiferante queria dizer, ou seja, de qual seria a intenção histórica do autor ou do legislador, porém seu intento é de revitalizar a efetividade histórico dos textos normativos no que diz respeito à situação nova, atual na qual a interpretação ocorre. O intérprete não objetiva ratificar as pressuposições que anteriormente foram formuladas, mas tem por propósito contrariar estas ao complexo de possibilidades que emergem dos textos normativos.²⁵⁷

Afirma Hans Kelsen, nesse sentido, da necessidade da interpretação do juiz a fim de se obter uma interpretação frente ao caso concreto apresentado, assim explicita: “A necessidade de interpretação deriva justamente do fato de que a norma aplicada ou o sistema de normas deixam abertas várias possibilidades, não contendo nenhuma decisão sobre qual dos interesses em jogo possui um valor mais alto. Ao contrário, essa decisão, essa hierarquização dos interesses fica melhor assegurada quando entregue a um novo ato de criação normativa, como é o caso de sentença judicial”²⁵⁸

Entretanto, o intérprete não está livre para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois o processo interpretativo está preso umbilicalmente ao enunciado normativo(texto). Assim, a conclusão a que se chega é que devemos levar o texto a sério.²⁵⁹

Como afirmado, a interpretação do texto legal não será exercida de maneira livre e arbitrária, sendo um elemento discricionário da escolha por meio do juiz, tendo-se por base certos limites, segundo Mauro Cappelletti: “Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora

²⁵⁷ FERREIRA, Nazaré Socorro do Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.111.

²⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

²⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. Ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005, p. 404. .

inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”²⁶⁰

O conjunto de regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.²⁶¹

Em suma, diz-se que a interpretação judicial é o caminho para o entendimento e aplicação da lei pelo juiz, vez que o principal poder jurisdicional do juiz é o de “garantir a eficácia do direito no caso concreto e, em última instância, tarefa que realiza mediante o exercício da função jurisdicional. O dever fundamental do Estado e, portanto, do juiz no exercício da função jurisdicional é o de garantir aos indivíduos e à sociedade a prestação jurisdicional.”²⁶²

Caminhando neste entendimento do poder discricionário do juiz em detrimento de uma nova regra jurídica, Ronald Dworkin, tem por aplicar a chamada teoria dos casos difíceis que “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, “o poder discricionário “ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993, p.24.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

²⁶² MARTINS, Nelson Juliano Schaefer Martins. **Poderes do juiz no processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p.178.

partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos(*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.”²⁶³

De acordo com a explanação de Ronald Dworkin, o juiz deve aplicar a norma jurídica agindo “como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de um compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política.”²⁶⁴

Porém, deve-se observar que, ao interpretar as leis, muitas vezes o juiz precisa fazê-lo ***cum grano salis***,(literal: como um grão de sal. Figurado: com perspicácia, com sagacidade, meticulosamente) de modo a dar à hipótese submetida a julgamento uma solução, ao mesmo tempo, legal e justa. Na interpretação de uma norma, porém, como adverte o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “não pode o juiz, em regra modificá-la para aplicá-la ao caso concreto como se fosse livre o direito embora possa adaptá-la à realidade.”²⁶⁵

Para a devida prestação da tutela jurisdicional e correta interpretação e aplicação da lei, entretanto, não basta que o juiz tenha

²⁶³DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

²⁶⁴Op. Cit., p. 128.

²⁶⁵PEREIRA, Aúrea Pimentel. **A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis**. Limites. Revista EMERJ, v. 5, n.18, p.106 apud “Decisão Judicial” – estudo prático publicado in Revista da EMERJ, v. 3, nº 11 – ano 2000 – p.24/42.

compreendido a vontade ou as intenções do legislador(se é que essas noções tem um sentido). Ele deve ainda transformá-las em uma decisão que lhe seja própria ao mesmo tempo que aplica a lei. O que, na falta da melhor, é denominado interpretação não tem por objeto um texto isolado mesmo apreendido em seu contexto, outro lugar-comum das doutrinas clássicas. O texto não é um quadro datado e assinado, mesmo inserindo-se na galeria do colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar no interior de um caleidoscópio uma sucessão de operações interpretativas.²⁶⁶

A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O juiz, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar ao interpretar a lei.²⁶⁷

A criação do juiz Hércules pela ilustração dada por Ronald Dworkin um magistrado que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios e vê os elementos do direito vigente ligados por "fios argumentativos". Desde essa perspectiva, os juízes são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo ao Direito) e críticos (porque o interpretam). Por isso a analogia que faz entre a atividade interpretativa do juiz e um romance escrito em cadeia, onde cada autor escreve um capítulo da história (e para isso tem de ler os antecedentes).²⁶⁸ O método de interpretação aplicado pelo juiz Hércules decorre da evolução do direito

²⁶⁶RIGAUX, François; tradução Edmir Missio, revisão da tradução Maria Emantina Galvão; revisão técnica Gildo Leitão Rios. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 313-314.

²⁶⁷DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito** São Paulo: Saraiva, 2007, 8ª edição, p. 279.

²⁶⁸BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 21 out. 2010.

em si, ao longo da história com novos acontecimentos, bem como defende a interpretação e criação do direito por outras instituições que não ao poder legislativo:

“Hércules respeita a integridade do texto legal, de modo que não irá pensar que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções; respeita a equidade política, por isso não irá ignorar totalmente a opinião pública tal como esta se revela e exprime nas declarações ligadas ao processo legislativo. O argumento decorrente da equidade nos faz avançar um pouco na explicação de por que Hércules dedicará uma atenção considerável às convicções concretas que os legisladores expressam(...)O método de Hércules desafia esse aspecto da teoria da intenção do locutor juntamente com todo o resto. Rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem em todo – e o único – significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também a sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível desse desenvolvimento contínuo e por isso sua interpretação muda a medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como os “criadores” exclusivos de uma lei, para em seguida considerar somente suas esperanças, expectativas, convicções concretas, declarações e reações. Cada uma das considerações políticas que examina em sua pergunta geral – como melhorar ao máximo a análise da lei – identifica uma multiplicidade de pessoas, grupos e instituições cujas afirmações ou convicções poderiam ser relevantes de diferentes maneiras.²⁶⁹(...) Hércules interpreta a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível, é o relato inteiro através da sua decisão e para além dela.²⁷⁰

O juiz Hércules surge então para mostrar que o argumento de que, na prática, é difícil e, por vezes, impossível encontrar tal resposta não invalidada a idéia de que essa resposta não existe. Dworkin quis, na verdade, encorajar os magistrados a emitirem seus próprios juízos sobre determinado caso, sem que para isso haja abuso de seu poder. Na tarefa de decidir, o juiz procura um equilíbrio por meio da racionalização do material normativo já existente. Não há somente pura cognição passiva simples subsunção do fato à norma, lembrando o bordão “lei é lei”, nem somente a pura vontade ativa(criação de um novo direito).²⁷¹

²⁶⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 416.

²⁷⁰Op.Cit., p. 419.

²⁷¹FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. Os poderes do juiz e seus limites – Uma análise em matéria probatória e a questão do Juiz Hércules de Ronald Dworkin, p. 147. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coord. José Miguel Garcia Medina *et al.* São Paulo : RT, 2008.

No ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, não simples critérios para orientação do magistrado, haja vista que decorrem de norma imperativa que obrigatoriamente o juiz tem que cumprir, ou seja, na interrelação da norma jurídica o juízo deve sempre atender ao interesse, à necessidade, ao equilíbrio e à harmonia social (“fins sociais” e “bem comum”). O magistrado, baseado na sua visão do mundo, deve interpretar a norma de forma sistematizada, considerando o ordenamento jurídico como um todo (legislação vigente, princípios gerais do direito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outros), de modo a aplicar a norma jurídica em concomitância com a sua finalidade social e com o bem comum.²⁷² Impende acrescentar, ademais, que o aludido dispositivo hoje encontra ressonância na Lei nº 9.099/95, disciplinadora dos Juizados Especiais, que, no seu art. 6º, dispõe, *verbis*: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, em uma demonstração inequívoca da aplicação do respaldo legal à função criativa do magistrado, aliás, igualmente encontrável nos arts. 126²⁷³, 127²⁷⁴ e 460²⁷⁵ do Código de Processo Civil.²⁷⁶

A equidade descrita no artigo 127 do CPC significa a criação de uma norma aplicada a um caso concreto. Nos ditames de Miguel Reale, “quando há efetivamente lacuna no sistema, e dada a natureza do caso, impõe-se que a sua integração se faça por equidade; a equidade, nessa circunstância, dá origem ao *direito do caso particular*, preenchendo a lacuna”. Ainda sim, diz que: “Na realidade,

²⁷²JÚNIOR, Francisco Milton Araújo e RIBEIRO, Luis José de Jesus. **A hermenêutica e o magistrado**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v.35, nº70, jan/jun. 2003, p. 121/123.

²⁷³ Art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

²⁷⁴ Art. 127 do CPC: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

²⁷⁵ Art. 460 do CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional

²⁷⁶ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **O problema da criação judicial do direito**. Univerista/JUS, n. 7, jul/dez, 2001, p. 53.

o que se dá, na hipótese de preenchimento de lacuna, é o emprego da equidade para elaborar-se o ‘modelo normativo’ adequado ao caso particular, o que, repito, só é admissível *praeter legem*, e jamais *contra legem*”²⁷⁷

Em face do art 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a atividade do juiz tem um caráter criador; é onde se universaliza o pensamento do julgador, levando-o à sua função criadora. Direciona a lei às exigências do mundo que o circunda, sem dela se afastar. E é neste passo que a lei sempre diz mais que o legislador. É a *volunta legis* controlado, na sua interpretação e aplicação, pela prudência do julgador. Surge, pois, assim, a interpretação e a devida adequação da lei ao caso *sub judice*, na busca do justo, uma vez que a adaptação da lei ao caso liga-se especialmente à idéia de justiça.²⁷⁸

Ora, se o próprio legislador admite a omissão da lei, isto é, a sua falta de dispositividade em certos casos e determina ao Juiz decidir assim mesmo, não para denegar o pedido, mas para solucioná-lo de acordo com elementos diversos, tirados da própria lei, da repetição dos fatos ou da análise de princípios, como toda a certeza, está acometendo ao magistrado um poder equivalente ao do legislador, qual sejam o de deduzir um preceito particular, aplicável a um caso concreto *sub judice*.²⁷⁹

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

²⁷⁷ Reale, Miguel. “A equidade no Direito do Trabalho”. Revista da Faculdade de Direito, v. LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974, p. 12-16.

²⁷⁸ Juvêncio Gomes. **A função criadora do Juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 1ª edição, p. 35. Apud LARENZ, Karl. Op. Cit., págs. 126-127.

²⁷⁹ ALVES, Odete de Almeida. **Limites ao Poder Criativo do Magistrado**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v. 25, n. 48, jan/jun, 1992, p. 141.

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.²⁸⁰ A potencialidade dessas técnicas somente pode ser descortinada mediante uma interpretação que tome em consideração as necessidades do direito material e do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional.²⁸¹

Para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, o juiz, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da idoneidade da regra processual exige a prévia análise da tutela prometida pelo direito material e das necessidades concretas da parte. Se a conclusão for no sentido de que a omissão ou a regra processual, diante das exigências do direito material e da realidade social, impedem a prestação jurisdicional na forma efetiva, o juiz não pode fugir do dever de aplicar a técnica processual adequado ao caso concreto, uma vez que o juiz, perante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tem o dever de aplicar a técnica processual hábil à tutela do direito material.²⁸²

Ou seja, o juiz, diante o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter o dever de rejeitar as interpretações que a ele não correspondem, deve optar expressamente pela interpretação que lhe confira a maior efetividade.²⁸³

²⁸⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **As ações inibitórias de Remoção do Ilícito (na dimensão do direito ambiental)**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/artigos/arq_12_30_16_09_10_09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

²⁸¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela de direitos**. RT:São Paulo. 4ª edição. 2009, p. 446.

²⁸²Op. Cit, p. 229.

²⁸³Op. Cit., p. 232.

A decisão do juiz não é incondicionada, pois as suas valorações ou estimativas não são projeções do seu critério axiológico pessoal, uma vez que ele emprega como critérios avaliativos as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação com as situações fáticas que deve solucionar tendo em vista o momento atual. Não há uma criação livre, sem freios, porque o próprio direito é uma projeção necessária da estrutura social, valorativa e normativa em que se integra. Toda sentença pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico(entendido em seus subconjuntos) em que se apoiou. Acrescenta o juiz a esse sistema a norma individual que edita ao julgar o caso sub judice, nele inspirando-se.²⁸⁴

O meio executivo adequado é um dos reflexos do direito fundamental à tutela jurisdicional, o qual exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material, e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. O direito fundamental à tutela jurídica incide sobre a atuação do magistrado, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais seu potencial máximo necessário para dar efetividade a qualquer direito material e, se necessário, suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito. Diante da maior subjetividade dada ao juiz, a própria Constituição estabelece uma forma de controle da atividade jurisdicional, exigindo que toda decisão correta para o caso concreto deve ser fundamentada, uma argumentação fundada em critérios racionais, e.g., art. 93, IX, CRFB/88.²⁸⁵

Ante a dinamicidade do direito as lacunas são uma realidade inquestionável, devido às próprias e naturais limitações da condição humana que

²⁸⁴ALENCAR, Rismar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Linguagem, Interpretação e Decisão Judicial**. Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, V.23, N.89, 2º sem. 2008., p. 238-239.

²⁸⁵SOUZA, Rafael Tadeus Santos de. **Análise Teórica da Efetividade do Processo como Direito Fundamental**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1966.html> . Acesso em: 12 de outubro de 2010.

impedem, como já dissemos, ao legislador a possibilidade de prever todas as situações presentes e futuras que podem cair sob a égide da norma, e, como se isto não fosse suficiente, a contínua criação que a vida, de *per si*, contém implicitamente pelo seu desenvolvimento deixa sempre fora de adequação as pautas normativas ditadas pelo Legislativo; daí os conflitos dentro do complexos sistemas jurídicos.²⁸⁶

Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.²⁸⁷

Quando o legislador afirma que a melhor resposta ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional é conferir ao juiz, diante de cada caso concreto o poder para a escolha do meio executivo mais idôneo, a preocupação não será destruir presunção ou evidenciar omissão(até porque elas não existem), mas sim controlar o poder de escolha do juiz por meio da regra da “necessidade”. Nesse último caso, tanto o autor quanto o réu podem controlar a escolha do juiz, pois se o autor tem o direito à efetividade da tutela do seu direito, e assim ao meio executivo idôneo, o réu tem direito que esse meio seja aquele que lhe cause a menor restrição possível.²⁸⁸

A propósito, ao se sentenciar o juiz realiza a sua influência na criação e integração da norma jurídica, a sentença atua como mecanismo dos novos poderes que foram atribuídos ao juiz, por essa razão, se evidencia, ainda mais, a importância da fundamentação, como um dos elementos da sentença²⁸⁹, a

²⁸⁶DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

²⁸⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 235.

²⁸⁸Op. Cit, p. 247.

²⁸⁹SAMPAIO, Rogério Marrone *de Castro*. **A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. SP: Atlas, 2008, p. 184-185.

motivação atribuída à decisão judicial deverá ser embasada por meio de princípios jurídicos que se adequem ao caso *in concreto*, leia-se a passagem de Aulis Aarnio, a ressaltar a importância, cada vez maior, que o dever de justificar as decisões vem assumindo na vida contemporânea:

“Em uma sociedade moderna, as pessoas exigem não somente decisões dotadas de autoridade mas pedem razões. Isso vale também para a administração da justiça. A responsabilidade do juiz se converteu cada vez mais na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal do poder que pode ter. Nesse sentido, a responsabilidade oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade maximizar o controle público da decisão (...) Por outra parte, e especificamente através da justificação como tomador de decisão – sem que importe que se trate de um juiz ou de uma autoridade administrativa – cria a credibilidade em que repousa a confiança que os cidadãos tem do mesmo(tradução nossa)”²⁹⁰

Em conclusão, neste ponto, a exigência de motivação, que se impõe ao intérprete-autor do Direito, é condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante e se obtiver o consenso social, que, no caso, funcionará, senão como prova, pelo menos como sintoma de racionalidade.²⁹¹

A ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja feita a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras da adequação e da necessidade e mediante o seu indispensável complemento, a justificação judicial. Em outros

²⁹⁰COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 50 apud AARNIO, Aulis. **Los Racional como Razonable**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29. Texto Original: “En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de la justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. (...) Por otra parte, es específicamente através de la justificación como el decisor – sin que importe que se trate de un juez o de una autoridad administrativa – crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él.”

²⁹¹COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, p. 14.

termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por consequência, a *adequada* justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.²⁹²

Hart²⁹³ afirmando que o legislador, devido à sua natureza humana, não consegue prever todas as situações fáticas que necessitam ser legisladas. Diz que, ao próprio legislador, é impossível, em última análise, a determinação concreta da finalidade das regras, eis que sempre lhes serão opostas situações anteriormente não previstas.

Hoje, a propósito da doutrina do processo civil, pode-se falar de uma *multinacional* que tem em cada um dos países suas características peculiares, mas, tem também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que é que deve ser o processo e sobre os princípios fundamentais que o governam.²⁹⁴

O papel do juiz não se resume somente a aplicação literal do preceito de lei, vem a ser uma interpretação axiológica desta aplicada ao caso concreto resultando na vontade concreta da lei. Cândido Rangel Dinamarco segue o posicionamento:

“Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse *iter* lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto(ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente,

²⁹²MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 21 out. 2010.

²⁹³HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141-142.

²⁹⁴LIEBMAN, “*Ai lettori brasiliani*” – palavras de apresentação da tradução brasileira do seu *Manual de direito procesual civil*, pp. 9-10.

legitimam a disposição, chega-se à vontade *concreta da lei*, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame.”²⁹⁵

Com o pensamento delineado acima, resta-se concluir que, o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.²⁹⁶

A atividade declaratória do juiz constitui exercício de típica *função reveladora*, equiparável à do técnico fotográfico que com os banhos químicos a que submete os filmes já expostos à luz, provoca o surgimento de retratos ou paisagens que lá estavam previamente, mas não eram visíveis. Tão grande é a relevância social da certeza dos direitos, que a sua obtenção fascina e tende a favorecer a aceitação da tese constitutivista, ou unitária. Tal não é uma postura racional, porém. É ilusória a idéia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando de mera promessa antes disso. Essa postura expressa, no fundo, as angústias e incertezas caracterizadoras do estado de insatisfação que antecede e motiva os pronunciamentos jurisdicionais; parte, portanto, de dados sociológicos e não jurídicos, cometendo então a impropriedade de inserir na análise jurídica da função jurisdicional algo que não pertence estritamente ao campo do direito. A própria *lide*, conceito sociológico substancialmente definido como *conflito de interesses*, é algo trazido do contexto social para ávida jurídica do processo, sem comportar perfeita acomodação na realidade do exercício da jurisdição.²⁹⁷

Dessa forma, o juiz deverá interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade e que pretenda apegar-se a um

²⁹⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed., São Paulo : Malheiros, 1994, p. 42.

²⁹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores. 13ª Edição. 2008. p. 59.

²⁹⁷Op. Cit. p. 234

exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a ponto intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fosse portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladores de preferência personalíssimas. Não se tolera, porém a indiferença.²⁹⁸

Segundo a concepção gadameriana de interpretação, por Nazaré de Socorro Conte Ferreira, primeiramente há que se destacar que Gadamer ignora o entendimento do texto originário e o atual, entretanto “o intérprete deve estar consciente que a circunstâncias estão em constante mutação e que por isso existe a necessidade, no momento da interpretação do texto legal, de renovar a função normativa da lei, atualizá-la face o caso concreto.” Sendo que sua aplicação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é em sua aplicação”, desta feita com a interpretação realizada a norma assume um significado e se revela no mundo jurídico, vez que o interprete utiliza-se de suas condições reais interligadas com meio cultural e uma tradição para a formulação da construção do significado pretendido pela texto normativo.²⁹⁹ Nas palavras de Gadamer, a interpretação tem a função de guiar e dar uma perspectiva de atuação da norma em um sentido concreto:

“A interpretação tem a ver, aqui, não tanto com o sentido intencional do mas com o sentido oculto, e que tem de ser revelado. E nesse sentido cada texto representa não somente um sentido compreensível, mas também um sentido necessitado de diversas perspectivas de interpretação.”³⁰⁰

²⁹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 19 out. 2010.

²⁹⁹FERREIRA, Nazaré Socorro do Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de gadamer e dworkin.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.91.

³⁰⁰Op. Cit, p. 91 apud GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 1997, p. 498.

A concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição decorre, evidentemente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual, e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, individualizar a técnica procesual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito. A lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados, conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro da sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.³⁰¹

O ponto importante a fixar é o que o intérprete já encontra uma norma concreta consumada e sua atividade é meramente recognitiva: as escolhas que sua tarefa lhe impõe situam-se exclusivamente no plano teórico e nunca no axiológico – de modo que lhe cabe apenas investigar a verdade dos fatos ocorridos, acertando depois se estes recebem de tal norma a sua disciplina concreta, além de esclarecer qual o sentido atual da norma(ou seja, qual o valor a opinião atualmente dominante na sociedade pretende tutelar através dela e de que forma quer tutelá-lo). Não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre o fato e a norma, nem dar a este o significado que ditarem seus sentimentos pessoais.. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada – o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, significado axiológico desta e, enfim, a norma concreta que brotou do encontro do fato com a norma. E ser fiel a essa realidade é um dever de todo intérprete, do qual se exige que a refira sem distorções

³⁰¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Palo: Malheiros Editores, 2008, 13ª Edição, p. 235.

históricas(quando ao fato) ou axiológicos(quando ao valor expresso da norma). Daí resulta que ocorre a concretização da norma, e, é a sua aplicação ao caso concreto, não só independentemente da inserção do intérprete mas também independentemente da inserção do intérprete mas também independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e seu comportamento(controvérsia, satisfação voluntária etc).³⁰²

Essa colocação, coincide, fundamentalmente com a observação de Haberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada(*Es gibt keine Rechtsnormen, Es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública(*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die offentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Haberle introduz o conceito de pós-compreensão(*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionado com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A pós compreensão nada, mais seria, para Haberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de pré-compreensão.³⁰³

Entretanto, descontados os casos em que o envelhecimento da lei torna obsoleto o seu sentido gramatical e indispensável a descoberta de outros sentidos compatíveis com as exigências axiológicas atuais, o que se tem como ordinário é a correspondência da lei à realidade sócio-político da nação. Os louvores à interpretação evolutiva não podem chegar a algo que se pareça com as idéias da escola do direito livre. A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é impedimentiva de livre invenção jurídica, tendo o governo das leis

³⁰²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores.,2008, 5ª Edição, p. 60.

³⁰³COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 16.

como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos como “imperativo axiológico da segurança jurídica”.³⁰⁴

Cabe ao juiz, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.³⁰⁵

Nesse sentido, na lei dos juizados especiais foi recomendado aos juízes essa sistemática opção pela solução mais justa que o ordenamento jurídico comportar: “Entre duas possíveis interpretações, ambas razoavelmente encontradas nas palavras da lei, as recomendações trazidas no art. 5º farão com que o juiz prefira a que melhor satisfaça às exigências do bem comum e aos fins sociais da própria lei-ou seja, farão com que ele opte pela solução que atenda ao seu senso de justiça.”³⁰⁶

A independência intelectual do juiz não autoriza o arbítrio e a lei é limitativa das escolhas do juiz, como fase de um afunilamento que parte da Constituição e que ainda é menos estreito quando passa pela fase da legislação(o juiz não é legislador e a sentença não é *Lex specialis*)³⁰⁷

Nesse sentido, a atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz. Deve ele servir como canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la à realidade e às

³⁰⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores. 13ª Edição. 2008. p. 235.

³⁰⁵Op. Cit, p. 228-229.

³⁰⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Princípios e criterios no processo das pequenas causas**. n.7, esp. p. 116.

³⁰⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros Editores. 13ª Edição. 2008. p. 249.

necessidades de seu tempo. Esse escopo social, todavia, configura fenômeno muito mais próximo do direito material. Resulta da interpretação a ser dada pelo juiz³⁰⁸

Dessa forma, as teses que sustentam a discricionariedade judicial apontam apenas para a ausência de regras, não de normas, quando diante de um caso difícil. Uma análise da história institucional daquela sociedade pode indicar princípios jurídicos capazes de fornecer soluções para o caso *sub judice*. Por essa razão, a “função criativa” dos tribunais, defendida por Hart para os casos difíceis – ou seja, diante de um caso para o qual não exista uma resposta imediata nem na legislação, nem nos anais do Congresso ou de qualquer outra instituição, é rechaçada por Dworkin, o qual compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito. Essa afirmação expressa uma vedação importante à atividade jurisdicional: a possibilidade de que os tribunais, se tomados como representantes do Poder Legislativo, também devessem ser competentes para proceder à adesão de argumentos de política e à adesão de tais programas gerados. Em casos abarcados pela legislação, fica fácil vislumbrar o uso de argumentos de princípio; todavia, nos casos difíceis, muitas vezes o que se percebe é que os juízes acabam lançando mão de razões justificadas à luz de diretrizes políticas.³⁰⁹

Ainda, segundo Ronald Dworkin, a lei coístitui parte de um argumento que se desdobra, incrementa, estende e materializa na sua aplicação, constituindo esse o momento em que a peculiaridade do direito se evidencia, uma vez que requer para sua materialização uma postura argumentativa em relação a lei.³¹⁰

³⁰⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. Malheiros Editores: São Paulo, 1ª Edição, 1995, p.51.

³⁰⁹PEDRON, Flávio Quinad. **Esclarecimentos sobre da tese única “resposta correta”, de Ronald Dworkin**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

³¹⁰FERREIRA, Nazaré Socorro do Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.96.

Temos que a correta interpretação do juiz da lei substancial bem combinado com o conjunto visa a garantir a efetividade do processo, como aduz às lições de Alexandre Freitas Câmara, que:

“O processo brasileiro é estruturado de forma a ser verdadeiramente efetivo (...) Assim é que, por exemplo, temos em nosso sistema instrumentos como o mandado de injunção, capaz de permitir a tutela, em juízo, de posições jurídicas de vantagem que não poderiam, em princípio, ser exercidas por falta de norma regulamentadora do direito previsto sem sede constitucional; outros, como a “ação popular” e a “ação civil pública”, permitem a tutela em juízo de posições de vantagem cujos titulares são indeterminados ou indetermináveis; os poderes instrutórios do juiz permitem a reconstrução dos fatos, tornando possível a descoberta da verdade; instrumentos como a tutela jurisdicional específica das obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 639 e 641 do CPC) e a tutela jurisdicional específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC) são capazes de assegurar ao titular de um direito o gozo específico daquilo a que faz jus; e, por fim, institutos como a tutela antecipada permitem a observância do princípio da economia processual, assegurando o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio.³¹¹

Segundo os sistemas interpretativos analisados por Hart e Dworkin, há a permissão da utilização da discricionariedade por parte do juiz, de acordo com o sistema interpretativo monofásico proposto por Ronald Dworkin que alude a interpretação extensiva da lei, senão vejamos, o entendimento de Daniela R. Ikawa:

O sistema interpretativo bifásico de Hart permite, mesmo com a inclusão de princípios convencionais pela regra social de reconhecimento, a utilização da discricionariedade judicial em sentido forte na decisão de casos difíceis. Não reconhece, portanto, para esses casos, qualquer dever legal do juiz em buscar uma análise holística da lei que forneça critérios mais objetivos, e que, conseqüentemente, diminua a possibilidade de erros judiciais. Embora concorde que vigorarão, no caso, princípios meramente morais, esses princípios, por não possuírem caráter vinculante na teoria positivista, poderão ou não ser considerados pelo juiz. Nesse sentido, o sistema interpretativo monofásico de Dworkin se sobrepõe ao de Hart. Ao permitir a escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”, propondo, ao mesmo tempo, a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais abrangente as fontes da lei, inclusive no que toca a princípios não convencionais; torna a lei capaz de alcançar mesmo casos difíceis, fornecendo a esses casos critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em

³¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, volume I**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 12ª edição, rev. e atual. 2006. p. 225.

sentido forte. Torna, ainda, a lei capaz de alcançar casos difíceis, sem retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco.³¹²

Logo, cada vez mais, o juiz terá de aceitar o desafio de ponderar através do princípio da proporcionalidade, ambos os direitos fundamentais processuais nas tutelas de urgência, fazendo com que prevaleça o de maior peso diante do caso concreto; pois delas “o direito processual não pode prescindir para realizar o anseio de efetividade” e para cumprir sua missão instrumental, de forma eficaz e em tempo adequado.³¹³

Em meio a essa realidade tem-se a tutela específica concebida como mecanismo hábil a resgatar a credibilidade e utilidade do sistema ao oferecer ao credor o próprio resultado prático que constitui objeto da obrigação descumprida. É sinteticamente falando, a concretização da promessa constitucional do *welfare state*. Não se pode descurrir do fato de os mecanismos previstos no art. 461 do CPC tratarem-se de normas de processo de conhecimento a despeito de não se limitarem apenas à atividade de “acertamento”. Isto se dá na medida em que guardam em si eficácia executivo-mandamental, ocorrendo casos nos quais “os provimentos antecipatórios e as medidas de apoio se concretizarão ainda na pendência do processo de conhecimento, eliminando-se, praticamente, a separação, em processos autônomos e distintos, entre cognição e execução. Referido instituto alberga em si o da tutela inibitória, correspondente à tutela específica voltada a coibir a prática, a continuidade ou a repetição da prática do ilícito. Por oportunidade, repise-se que não necessariamente deve advir um dano da prática de um ilícito. A inibitória servem inclusive, para obstar a atuação ilícita que não gere, em si, um prejuízo “tangível”.

Nasce, então, o instituto da tutela específica como o ponto culminante de semelhante evolução para um processo civil que prima pela

³¹²IKAWA, Daniela R.. **Hart. Dworkin e Discricionariedade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>> Acesso em 12 de outubro de 2010.

³¹³RIGHI, Eduardo. **Tutelas de Urgência e Efetividade do Processo**. *Revista Forense*, v. 105, n.401, jan/fev, 2009, p. 183.

efetivamente e instrumentalidade de seus provimentos, vez que a tutela jurisdicional deve ser prestada de forma efetiva, eficaz e útil.

Falar de efetividade significa, por isso, falar de eficácia jurídica e social, das normas que se projetam, no campo material, a partir do exercício de jurisdição; significa perscrutar, usando outros termo, sobre a (in)capacidade que tais normas ostentam de extravasar os muros do processo penetrando os domínios do direito material(eficácia jurídica) de modo a modificar, factualmente, a conduta de seus destinatários(eficácia social).

Em relação, a tutela inibitória, não pode ser esquecida a magnífica construção a respeito da tutela inibitória do Direito brasileiro, que resultou na demonstração incontestável da existência de uma modalidade genérica de tutela preventiva, destinada a evitar a ocorrência do dano, e que se opõe à tutela reparatória. Trata-se de importantíssima contribuição para efetividade do processo, entendida esta como aptidão do instrumento para tutelar os direitos que necessitam de proteção. A preocupação com a admissibilidade de uma tutela destinada a impedir a verificação do dano é resultado de concepção do sistema processual feita à luz do direito material.³¹⁴

De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades do presente, obviamente, o que ele teme em vista é resolver um problema, desempenhar uma tarefa prática; por isso é que com os olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei e não o significado histórico de sua promulgação.³¹⁵ Obviamente, diga-se que não é a interpretação da lei que leva ao arbítrio, mas a arrogância de quem pretende se substituir ao legislador, criando

³¹⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. Malheiros Editores: São Paulo, 2ª Edição, 2007, p. 85-86.

³¹⁵COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pág. 47.

personalisticamente o direito, quase sempre levado a isso por interesses escusos ou dissimulados.³¹⁶

Portanto, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é o dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional. Pois o processo é uma técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.³¹⁷

³¹⁶SILVEIRA, Eustáquio Nunes. **Função do juiz na interpretação das leis**. In: Contribuições à literatura jurídica, Brasília: TRF 1ª Região, 1996, p. 153.

³¹⁷MALTINTI, Juliana Camargo de. **Tutela inibitória e internet: o processo civil aplicado na proteção da privacidade**. Disponível em: <http://www.epm.sp.gov.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=3090#_ftn23pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo principal a análise e efetividade da aplicação do instituto da tutela inibitória no âmbito do direito autoral, sendo que podemos concluir que, erroneamente, os Tribunais não o aplicam por uma segurança patrimonial dada pelos executantes das obras intelectuais, deixando à míngua os detentores dos direitos sobre as músicas. Entretanto, há de ressaltar, que alguns Tribunais vem aplicando o instituto corretamente inibindo e proibindo a execução pública e comunicação ao público das músicas sem o pagamento da devida contribuição com a aplicação da multa(astreintes).

Desta feita, a efetividade da tutela jurisdicional e a instrumentalidade do processo, com a vasta citação de autores na presente monografia, é de grande importância para uma garantia eficaz do processo, vez que somente por uma tutela específica que atenda aos interesses do tutelado será possível atingir o escopo do direito material e do processual, que tem íntima relação com ambos institutos.

O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória , pois essa última já é garantida pelo direito material. No entanto, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.³¹⁸ Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima

³¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela processual e tutela de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 182-183.

potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.³¹⁹

O processualista moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal, conforme equacionado nos tratados tradicionais. Por isso procura extrair da formal garantia da ação algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que se reduzam os resíduos dos conflitos não-jurisdicionáveis e, no processo, ofereçam-se aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter ou evitar situações injustas desfavoráveis. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, conicidente com a da plenitude do acesso à justiça. A reabilitação do conceito da tutela jurisdicional, contemporânea à relativização do binômio direito-processo, tem o valor sistemático de permitir afirmações como essa, de inclusão dos bons resultados justos do processo no contexto metodológico do direito processual. O dogma da autonomia deste, cultuado com obsessão durante um século, já produziu os resultados científicos desejáveis e não merece ser erguido em pedestal capaz de isolar o processo da realidade.³²⁰

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis, possa o sistema procesual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados. Em suma,

³¹⁹Op. Cit., 189.

³²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo II**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 844-845.

falar em tutela jurisdicional, nesse contexto moderno, consitui legítimo desdobramento do postulado da instrumentalidade do processo.³²¹

O juiz é, realmente na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante no universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individualizada, suscetível de execução. É ele, portanto, que outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso do seu poder criador. É ele que, duplamente, inserido no social, como pessoa e como profissional, haure diretamente o do ambiente que o envolve, todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transportar ao nível de suas emissões decisivas, visando à diluição dos conflitos à sua órbita de resolução. Isto, principalmente no que tange ao juiz de primeiro grau, que é, sem dúvida, o verdadeiro criador do direito, uma vez que compõe a primeira linha de contato com a realidade social. O juiz, esse “ente inanimado” de que fala *Montesquieu*, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional.³²²

O relacionamento do juiz com o processo consiste no constante exercício dos poderes que ao órgão judicial é conferido pelo Estado para dirigir o processo que ao órgão judicial é conferido pelo Estado para dirigir o processo de modo a que este seja efetivamente *instrumento* a serviço da realização do direito material. Para tanto, os ordenamentos jurídicos modernos ampliam a gama de poderes do juiz, não para que este se torne um ditador em detrimento dos direitos das partes, mas para equilibrar o interesse privado destas, de verem satisfeitas suas

³²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo II.**São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 798-799.

³²²GARCIA, Juvêncio Gomes. **A função criadora do Juiz.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 1ª edição, p. 35 .Apud LARENZ, Karl. Op. Cit., págs. 154-155.

pretensões, com o interesse público inerentes ao escopo máximo da jurisdição: a solução pacífica e justa dos conflitos interesubjetivos.³²³

Modernamente, a superação do mito de um irreal e ilegítimo confinamento do processo no campo dos fenômenos puramente jurídicos e com a missão única de dar atuação ao direito material vem permitindo que se tome essa consciência e, conseqüentemente, vai conduzindo o legislador e o processualista à preocupação dos resultados. Tal é o método representado pelo processo civil de resultados, que consiste precisamente em uma adequação de seus instrumentos e suas técnicas aos objetivos a realizar, de modo que os efeitos substanciais externos da experiência processual sejam justos e efetivos(sem uma técnica adequada, a efetividade é impossível).³²⁴

O juiz, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da inidoneidade da regra processual exige a prévia análise da tutela prometida pelo direito material e das necessidades concretas da parte. Se a conclusão for no sentido do direito material e da realidade social, impedem a prestação jurisdicional na forma efetiva, o juiz não pode fugir do dever de aplicar a técnica processual adequada ao caso concreto. Pouco importa a omissão ou a idoneidade da regra processual, uma vez que o juiz, perante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tem o dever de aplicar a técnica processual hábil à tutela de direito material.³²⁵

Em termos de nada adianta uma norma de direito material que permite a manutenção do direito violado, se não existe uma forma de aplicação

³²³GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil brasileiro**. São. Paulo: Forense, 1995, p.67

³²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 757.

³²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela processual e tutela de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 229.

desse fazer ou não-fazer através do direito processual. Da mesma forma que inexistente tutela jurisdicional em quanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juizes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos.³²⁶

Acerca do papel do juiz na interpretação da norma jurídica, Cândido Rangel Dinamarco, faz relação da interpretação com o soneto musical por diferentes músicos com a interpretação da norma jurídica dada pelo juiz e, ainda, trata da impessoalidade e pessoalidade no proferimento de decisões judiciais pelo magistrado, senão vejamos:

É uma figura bonita, mas que não passa de habilidoso expediente retórico, a comparação entre o intérprete jurídico e o maestro-arranjador. Dizem alguns unitaristas que, assim como uma sonata de Beethoven não é igual a si mesma na interpretação de Von Karajan, Zubin Mehta ou Loren Maazel, assim, também a norma jurídica varia na interpretação de cada juiz. Há, no entanto, uma grande diferença: os músicos lidam com impressões puramente estéticas, não com o direito ou destino das pessoas. Ao julgador não é lícito impor na sentença os seus próprios gostos pessoais, dada a nota de impessoalidade que rege o exercício da jurisdição. É dever de todo juiz operar como autêntico canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e os casos em que atua, captando de sua própria cultura os sentimentos dominantes na população e abstendo-se de usar o cargo para fazer vingar os seus próprios sentimentos.³²⁷

No trabalho do juiz, de que ora se trata, há uma função criadora, que atualiza a norma jurídica. A lei é geral e passa do geral à especificidade, mediante uma operação axiológica, uma valoração comparativa de caráter global. A realizabilidade ou praticabilidade da norma, ou seja, a validade formal ou vigência, validade social ou eficácia se correlacionam e se completam, exigindo previamente a interpretação da norma jurídica, para que esta seja aplicada. A interpretação é feita praticamente para preparar futuras aplicações da norma nas palavras de Werner

³²⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os fundamentos do Processo Civil**. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, 5ª edição, p. 318.

³²⁷Op. Cit., p. 60.

Goldschmidt. Ou como diz Giovanni Tarello: sempre que aplica o direito interpreta o direito. Daí, então, dizer-se que os métodos de interpretação são estratégias alternativas possíveis à disposição do juiz, para que este chegue a uma solução objetiva e razoável(racional).³²⁸

Sob a fundamentação de Sérgio Nojiri e a criação judicial do direito para a efetiva e “boa” decisão judicial, a elaboração e interpretação do direito na conjectura da decisão é feita, nos seguintes termos:

Assim, creio que nesses casos de criação judicial do direito, o que move os juízes a manipularem o sentido literal das normas jurídicas, descobrindo novos significados para esses textos legais, está intimamente relacionado com o sentimento de justiça que carregam. Não satisfeitos com os resultados que poderão advir de uma aplicação ortodoxa da lei, esses juízes procuram manejar o sentido da norma a ser interpretada a que se conforme com seus padrões de justiça, ainda que o legislador tenha imaginado ou querido resultado diversos. Há, por parte do juiz, um descontentamento com a opção previamente dada pelo legislador, fazendo com que ele (o juiz) busque uma outra opção que se ajuste melhor ao que se espera uma “boa” decisão judicial.³²⁹

Destarte, na sociedade atual, espera-se do juiz uma atitude ativa ao conduzir o processo. Almeja-se, sobretudo, que na direção formal e material do processo o juiz esteja imbuído de uma visão *instrumental* do processo, ciente do fenômeno da *publicização* que deu faceta publicística a este instituto e dos *escopos* que a jurisdição tem a realizar por meio dele(jurídicos, políticos e sociais). A concretização de tais fins depende acentuadamente do modo pelo qual o juiz utiliza os poderes que lhe são processualmente conferidos.³³⁰

Os resultados úteis a serem produzidos em juízo segundo os ditames do direito objetivo material e mediante as técnicas do processo constitui projeção da idéia-maior que é a predisposição do direito processual moderno à efetiva realização da justiça, pacificando os litigantes. Tal é a efetividade do

³²⁸GARCIA, Juvêncio Gomes. **A função criadora do Juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, 1ª edição, p. 160 .

³²⁹NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164.

³³⁰Op. Cit, 67.

processo, que não se obtém com a simples emissão de provimentos jurisdicionais, mas com a cabal influência na vida das pessoas.³³¹

Com o intuito a se chegar em tutela jurisdicional efetiva, o magistrado ideal deve aplicar de forma completa a vontade da lei, não se contentando em declará-la, mas efetivamente impondo-o no caso concreto, tornando-a visível aos jurisdicionados que, muitas vezes, não percebem qualquer efetividade nas decisões judiciais. Valendo-se dos poderes postos à sua disposição, o juiz deve tornar efetivas suas decisões, restando claro que de nada adiante decidir bem, de forma justa e equânime se as decisões proferidas, não forem efetivadas, seja através das formas indiretas de execução, seja através da emissão de provimentos mandamentais e executivos lato sensu, seja, ainda, através da concretização da sentença condenatória em sede de execução. Só assim estará cumprido o preceito máximo da jurisdição mencionado (efetivação da vontade da lei), sob pena de se instaurar a insatisfação social. É o completo repúdio à figura do juiz Pilatos, ou seja, que “lava as mãos”, escondendo-se na ideia de busca da verdade formal e de uma efetividade apenas aparente.³³²

Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que a instrumentalidade não se compatibiliza com a neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado para uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo

³³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os fundamentos do Processo Civil – Tomo II**. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, 5ª edição, p. 836.

³³²Amendoeira Junior, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional : a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo : Atlas , 2006, p. 3-4.

imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de técnicas processuais que servem as funções sociais.³³³

Não se deve estranhar o fato de tal conclusão partir de um processualista. Nem se pense que este processualista renunciou às conquistas técnicas de sua ciência, ou renegou toda evolução do direito processual . Não. As conclusões aqui expostas são resultado de um profundo amadurecimento. E também de uma certeza quanto ao definitivo papel do processo no mundo do direito. Hoje não se discute mais sua independência e autonomia. Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, e cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. Fala-se, hoje, em adequada proteção jurídica como um dos direito inalienáveis da pessoa humana, incluindo-se nesse rol o direito a um processo adequado e justo, que assegure ao titular do interesse protegido possibilidade de tutela efetiva.³³⁴

Somente há que se falar em tutela efetiva se tutela jurisdicional efetivamente entregue for plena, ou seja, não se tratar de mero provimento jurisdicional concedido a quem tem razão, mas da necessária entrega ao jurisdicionado detentor de um direito do bem da vida solicitado (não qualquer um, mas especificamente o bem da vida solicitado de modo que a tutela só é efetiva se também for específica quanto este for o provimento solicitado) e adequada crise de direito material lamentada.³³⁵ Na medida em que, conceder a tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material. O objetivo é sempre a obtenção do resultado prático que deveria ter sido produzido mediante o adimplemento, ou seja, mediante a

³³³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. Editora: Malheiros, 1995, 1ª Ed, p.49.

³³⁴Op. Cit., p.56.

³³⁵Amendoeira Junior, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional : a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo : Atlas , 2006, p. 3-4.

conduta do obrigado. As atividades jurisdicionais, nesses casos, são substitutivas do adimplemento e, na medida do possível, buscam realizar as situações finais desejadas pela ordem jurídica.³³⁶

Quanto mais tivermos procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste. Embora instrumento, o processo constitui importantíssimo fator no desenvolvimento das relações substanciais. Daí não se poder falar em um direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades das verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para o escopo do processo.³³⁷

Deve-se destacar que o juiz tem o papel na criação do direito não somente de um mero conhecedor jurídico intelectual, mas sim valorações que tangem à sua personalidade:

O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura oral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é autônomo que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa

³³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1995, p.153.

³³⁷BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. Editora: Malheiros, 1995, 1ª Ed, p.58.

social, tomando decisões que sente serem corretas de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos, a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação de ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos *tradição cultural*(...). Sob o nome de consciência jurídica material essa tradição vive no espírito do juiz e cria um motivo passível de entrar em conflito com a consciência jurídica formal e sua exigência de obediência do direito. A crítica do juiz pode dirigir-se assim contra a decisão no caso específico que ele sente como injusta, não obstante aprove a regra; ou pode dirigir-se contra a própria regra. A crítica pode surgir na consciência do juiz como uma reação emocional espontânea; ou resultar de uma análise consciente dos efeitos da decisão, realizada em relação a padrões pressupostos. Em todos os casos, essas atitudes atuam participativamente na mente do juiz, como um fator de que sua decisão possa ser aceita não só como correta mas também como justa ou socialmente desejável. Se a divergência entre a consciência jurídica formal e material exceder certo limite, pode até ser que o juiz prescindir de restrições obviamente impostas pelas palavras ou intenção do legislador. Sua interpretação construtiva, neste caso, não se reduz a buscar uma interpretação da lei que simplesmente averiguasse o que esta significa.

Enfim, são imensos os poderes que o juiz deve exercer com o objetivo de motivar o obrigado a cumprir a própria obrigação que motivara a condenação ou a produzir o resultado equivalente que venha a ser determinado. Bem exercidos, esses poderes serão capazes de produzir resultados melhores que os do processo de execução e mais rapidamente, nesta concepção³³⁸, aduz Kazuo Watanabe e a função da tutela específica prevista no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor:

o legislador deixa claro que, a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não-fazer, o que importa, mais que a conduta do devedor é o resultado prático assegurado pelo direito. E, para obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação para conformá-lo ao comando emergente da sentença(Kazuo Watanabe, discorrendo sobre o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor)³³⁹

Diante disto, fez-se necessário um breve apanhado da efetivação do processo de forma tempestiva, elucidando ainda os seus escopos com o fito de se vislumbrar uma forma de tutela que proteja o jurisdicionado em qualquer

³³⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição, p. 316-317.

³³⁹Op. Cit., p. 317 apud WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, nota 2 ao art. 84, p. 524.

situação e a qualquer tempo. Destarte, foi realizada uma oportuna incursão teórica acerca das tutelas urgentes existentes de forma a demonstrar as suas respectivas aplicabilidades, o que acabou por evidenciar o espaço da tutela inibitória quando visa à inibição da prática, repetição ou continuação de um ilícito.³⁴⁰

Quer no momento da feitura da lei, quer no da construção e da sistematização dogmáticas, o Direito não poderá deixar de ser compreendido senão como realidade histórico-cultural.³⁴¹ A interpretação do direito deve pautar-se pela observância do devido processo legal e guardar conformidade com a consciência jurídica geral, porque a utilização desses controles permite referenciar os voluntarismos sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos.³⁴²

Noutras palavras, a de se dizer que o direito será sempre uma obra inacabada frente as mais diversas inovações trazidas pelo homem, que somente pode ser estancada frente as lacunas que surgem diuturnamente no mundo jurídico através da hermenêutica e interpretação do direito, vez que o ordenamento jurídico, por mais vasto que seja, será sempre inacabável e incompleto.

Dessa forma, a natureza da tutela pretendida nas ações de cumprimento de preceito legal com pedido de tutela específica, com fulcro no artigo 105 da Lei Autoral em vigor, de forma a deferir, de forma antecipada, a suspensão ou interrupção da execução pública de música desautorizada, diante da demonstração nos autos de ilícitos anteriores cometidos pelo violador, que dão mostras da probabilidade de continuidade do ilícito. Contudo, pela vasta jurisprudência acostada nesta monografia, a 2ª Vara Cível de Salvador³⁴³ tem a

³⁴⁰BÔAS, Rodrigo Lessa Villas e JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Aplicabilidade da Tutela Inibitória no Sistema Processual Civil Pátrio**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8007>. Acesso em: 03 de outubro de 2010.

³⁴¹REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, 20ª edição, p. 585.

³⁴²COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, p. 99.

³⁴³Processo n. 2733629-2/2009, 2ª Vara Cível da Comarca de Salvador-BA

inteligência de se pronunciar sobre o deferimento de forma antecipada, a tutela específica do art. 105, a fim de impedir nova violação ao direito de autor no evento programado para este ano. Para tanto, fundamentou a nobre Julgadora: *“o Judiciário não pode ser conivente com a exibição ou reprodução de obras sem a devida autorização de seus titulares, sendo tal questão de máxima relevância para o direito autoral brasileiro, que deve ser protegido”*³⁴⁴

Embora, ainda, com alguma resistência, vislumbra-se uma evolução na compreensão da tutela jurisdicional específica do direito autoral, como tutela adequada e efetiva para resguardar e proteger a propriedade intelectual, como consectário do novo perfil do Estado contemporâneo, que exige, portanto, a prestação jurisdicional correspondente à tutela capaz de evitar a inviolabilidade de direitos, o que no campo da propriedade intelectual, corresponde à tutela específica para a proteção do direito autoral (art. 105 da Lei 9.610/98).³⁴⁵

O magistrado possui um papel político de importância inenarrável para a sociedade, ao ter o processo como instrumento da tutela de direitos analisando no contexto(processo, direito e realidade), o qual consideramos facilitado e sem dúvidas exequível quando em contato com o conteúdo dos artigos supracitados, podendo inclusive de ofício encontrar medidas compatíveis para dar o bem da vida que lhes são colocados em suas mãos, mesmo que quebrantando o princípio da congruência como esmiuçado algures. Nesta senda, a tutela inibitória como mecanismo processual serve como verdadeiro paradigma para a efetiva tutela dos direitos, e para que se coloque em prática a chamada hermenêutica-concretizadora, sem contar sua relação umbilical com o escopo da efetividade processual, se tratando de uma arma indispensável aos tutelados e conseqüentemente aos magistrados para cessação do ilícito e no afã que potenciais danos sequer venham a se concretizar, o que só vem a atingir a efetividade processual.

³⁴⁴ALBUQUERQUE, Alessandra Vitorino de. **A evolução da compreensão do instituto da tutela inibitória no direito autoral, no estado contemporâneo.** Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/12969.htm>>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

³⁴⁵ Op. Cit.

A tutela específica e as medidas antecipatórias e sub-rogatórias que a completam não podem falhar, seja por omissão do órgão judicial, seja por uso injustificado e, portanto, abusivo. Em qualquer caso o que se desmerecerá, perante o jurisdicionado e ainda no consenso social, será a própria justiça a quem a ordem constitucional confiou a manutenção da ordem jurídica e a realização da tutela a todos os direitos subjetivos violados ou ameaçados. Perder-se a confiança na justiça é o último e pior mal que pode assolar o Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, o diploma autoral vigente aduz preceitos idôneos a dar guarida ao homem na condição de titular de direitos quanto aos frutos de seu intelecto com espeque no sentido social próprio do paradigma axiológico da ordem democrática do Estado Brasileiro que se coaduna com a disciplina internacional do tema em estudo.

Finalmente, pode-se asseverar que a lei de direitos autorais é satisfatória, mais precisamente o art. 105 da lei autoral, no sentido de integrar supedâneo para a máxima efetivação dos direitos fundamentais do homem em consonância com os ditames constitucionais, respaldando por definitivo as prerrogativas acima indicadas

Todas essas conclusões decorrem de uma nova postura metodológica, consistente, conforme defendemos, em considerar que o processo deve sim responder ao objetivo de tutelar direitos. E a melhor prova da adequação dessa postura está justamente na riqueza dos seus desdobramentos teóricos. Os processualistas que a adotam chegam facilmente à conclusão de que o processo civil precisa ser diuturnamente revisado, não só para alcançar o objetivo de tutelar direitos como para tutelá-los da melhor forma possível. Se estão corretas as premissas de que partiu Dinamarco, a predisposição de meios capazes de tornar o

processo mais efetivo só pode decorrer da prévia admissão da idéia de que a tutela dos direitos constitui o mais importante escopo do processo civil.³⁴⁶

Para a efetividade e correta aplicação de uma tutela inibitória que irá atender os interesses da parte, o juiz deverá interpretar a norma jurídica de forma à integrar a norma ao caso concreto com uma fundamentação e utilização dos meios necessários para a coibição do ilícito, obviamente, realizando de maneira equânime e eficaz, no intuito de se garantir, realizando alusão ao tema debatido na presente monografia, uma tutela inibitória ao direito de autor que vem a ser violado por falta de pagamento dos direitos autorais.

A aplicação do estabelecido no art. 105 da Lei 9.610/98 deve ser primado face ao não pagamento, com a aplicação de uma multa ou até mesmo pelo embargo do evento/local que irá ocorrer o evento, não podendo falar em pagamento posterior a realização do evento, sem qualquer caução, com a simples falácia e quimérica garantia da suposta condição financeira do executor das obras intelectuais. A atuação do juiz no decorrer do processo deve ser conduzida de maneira a se dar a maior segurança jurídica aos litigantes, que ingressaram no judiciário realizando uma pretensão de coibir uma conduta ilícita e não convalidá-la e postergar o seu eventual cumprimento, abandonando os detentores dos direitos autorais do seu recebimento da prestação pecuniária da utilização das obras intelectuais.

³⁴⁶MACHADO, Fábio Cardoso. **Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 343, 15 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5330>>. Acesso em: 31 out. 2010.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

_____. **O que é e o que não é Direito Autoral**. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo04.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2006.

ABRANET. **História da Internet – O começo**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/ocomeco.htm>>. Acesso em: 12 de agosto de 2006.

_____(Org.). **Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade**. São Paulo: Senac, 2006.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALBUQUERQUE, Alessandra Vitorino de. **A evolução da compreensão do instituto da tutela inibitória no direito autoral, no estado contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/12969.htm>>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

ALENCAR, Rismar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Linguagem, Interpretação e Decisão Judicial**. Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, V.23, N.89, 2º sem. 2008.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Jurisdição e tutela específica**. In: Revista dialética de direito processual, n.48, mar., 2007.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Os poderes introdutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo**. In: Revista de informação legislativa, v.38, n.150, abr./jun., 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Os poderes do juiz e seus limites – Uma análise em materia probatória e a questão do Juis Hércules de Ronald Dworkin**. In: **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos**

em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coord. José Miguel Garcia Medina et al. São Paulo : RT, 2008.

ALVES, André Zamenhof de Macedo. **A tutela preventiva dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.ccsa.ufrn.br/interface/21/artigos/8%20A%20Tutela%20Preventiva%20dos%20artigos%20461%20e%20461A%20do%20C%F3digo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ALVES, Odete de Almeida. **Limites ao Poder Criativo do Magistrado.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v. 25, n. 48, jan/jun, 1992.

ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda.(Coord) **Atualidades do Processo Civil.** Editora Jurúa: Curitiba, 2006, vol. I.

ALVIM, Arruda. **Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo.** Revista de processo, v.25, n.99, jul/set, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. **O art. 461 do CPC(tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação.** Revista forense, v. 106, n.408, mar/abr, 2010.

ALVIM, J. E. Carreira (José Eduardo Carreira). **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional : a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva.** São Paulo : Atlas , 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor.** LTR: São Paulo, 1999.

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton, e RIBEIRO, Luis José de Jesus. **A hermenêutica e o magistrado.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, v.35, nº70, jan/jun. 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 385, nov., 2009.

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

_____.**Perfis da tutela inibitória coletiva.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, Vol.6, 2003.

_____. **Tutela Inibitória Coletiva.** São Paulo: RT, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Princípios constitucionais do direito do autor**. Revista brasileira de direito constitucional, n.5, 2005, p. 429-442.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3588>>. Acesso em: 21 out. 2010.

BAPTISTA, Raimundo Barbosa de Carvalho. **Da interpretação e integração de textos legais: hermenêutica**. São Paulo: Iglu, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelecual**. Rio de Janeiro: Ed. júris : 2003

BARREIROS, Renato. **O conteúdo de Direito de Autor: Direitos Morais e Direitos Patrimoniais**. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/ConteudodoDireito.doc>>. Acesso em: 13 de junho de 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRUFFINI, Natália Liserre. **Algumas considerações sobre a comunicação ao público no direito de autor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3918>>. Acesso em: 16 de abril de 2006.

BASILICO, Giorgetta. **In tema di tutela inibitória e diritti di liberta**. *Rivista di Diritto Processuale*, v.63, n.2, mar/apr.,2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência(tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Discricionariedade Judicial**. Revista Forense, v. 97, n. 354, mar/abr., 2001.

_____. **Efetividade do Processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Da Tutela específica : art. 461, do CPC**. In: Genesis ;Revista de Direito do Trabalho, v.6, n.36, dez, 1995.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Tutela jurídica dos direitos de personalidade**. Questões controvertidas no código civil, São Paulo: Método, 2004.

BERTOCCHI, Aido F. **O juiz e o seu poder criador**. Ajuris: v.17, n.48, março, 1990.

BESEK, June M. **What Makes a Use "Fair"?**. Disponível em: <www.educause.edu/ir/library/pdf/erm0368.pdf> Acesso em: 15 de agosto de 2006.

BICUDO, Hélio(Org.). **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito de autor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. Editora RT: São Paulo, 2ª Edição.

BÔAS, Rodrigo Lessa Villas e JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. **Aplicabilidade da Tutela Inibitória no Sistema Processual Civil Pátrio**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8007>. Acesso em: 03 de outubro de 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **A multa atrelada à tutela específica no CPC (arts. 461 e afins)**. In: Revista jurídica, São Paulo, v.54, n.350, dez., 2006.

BORGES, Marcos Afonso. **Novos tipos de tutela no moderno direito processual**. São Paulo: Revista Jurídica, v. 48, n. 275, set, 2000.

BRAGA, Glória. **A gestão coletiva dos direitos autorais**. In: Consulex: revista jurídica, v.2, n.16, abr., 1998, p.52-55.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

_____. **Revolução tecnológica e direito autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, volume I**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 12ª edição, rev. e atual. 2006..

CAMPAZ, Walter. **Direito, interpretação, aplicação e integração**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** . Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

CARBONI, Guilherme. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2000.

CARDOSO, Oscar Valente. **A tutela jurisdicional dos direitos da propriedade intelectual**. Revista da ABPI, n.97, nov/dez, 2008.

CARNEVALE, Valentina. **Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitória**. Revista di Diritto Processuale, v.62, n.1., genn./febr.,2007.

CASSASANTA, Eduardo Monteiro de Castro. **Gestão Coletiva dos direitos autorais: Análise da Lei 9.610/98**. Porto Alegre: S.A. Faris, 2009.

_____. **Direitos autorais de execução pública musical**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6966>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

CASTOR, Ingrid Aparecida Leão Guedes. **A tutela inibitória dos direitos fundamentais**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

CHAVES, Antônio. **Direitos de Autor: Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro; Forense, 1987.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 11ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A criação judicial do direito e a autonomia do objeto**. Revista de Direito Administrativo, n.208, abr./jun, 1997.

_____. **A criação judicial do Direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes**. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n.134, abr/jun, 1997.

_____. **Ativismo Judicial ou criação judicial do direito?** . Consulex: Revista Jurídica, v.14, n.329, out., 2010.

_____. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

_____. **Jurisdição Constitucional [i.e constitucional] e criação judicial do direito:estado constitucional de direito ou estado judicial de direito?** Fórum administrativo, v.1, n.10, dez, 2001.

CONRADO, Paulo César. **“Efetividade” do processo, segurança jurídica e tutela jurisdicional diferenciada.** Revista Tribunal Regional Federal: 3ª Região, n.76, mar/abr.

COSTA, Fábio Silva. **Tutela Antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual.** São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

DIAS, Maurício Cozer. **Direito Autoral.** LZN Editora: Campinas, 2006, 4ª Edição.

_____. **Utilização musical e direito autoral.** Campinas: Bookseller, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Execução Civil.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo II.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 5ª edição.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil .** São Paulo, Malheiros, 2001

_____. **Instrumentalidade do Processo.** 9ª ed., São Paulo: Ed Malheiros, 2001.

_____. **Nova Era do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Princípios e criterios no processo das pequenas causas.** n.7, esp.

_____. **Tutela Jurisdicional.** In: Revista Forense: comemorativa - 100 anos, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade do Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **A tutela jurídica dos direitos autorais e a cobrança realizada pelo ECAD da utilização de obras musicais.** Informativo jurídico Consulex, v. 21, n.13, 2 abr, 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAHEL, Samuel. **STJ e o direito do autor.** Correio Braziliense, Brasília, n. 17225, 19.07.2010, Direito & Justiça.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação das normas constitucionais.** Coletânea de estudos jurídicos, Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

FERREIRA, Nazaré Socorro do Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de gadamer e dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

FERNANDES, Júlio. **Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (artigo 461 do Código de processo civil)**. In: Revista brasileira de direito processual, v.18, n.70, abr./jun., 2010.

FISHMAN, Stephen. **The Copyright Handbook**. 7th edition Nolo: 2003.

FÓRIO, Milena. **A prova nas tutelas inibitórias individuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Milena%20F%C3%B3rio.pdf>> . Acesso em 25 de outubro de 2010.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FURQUIM, Marcos. **Introdução aos Direitos de Autor e a Fotografia**. Disponível em: <<http://www.bancodaimagem.com.br/artigos/html/art10.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2006.

FUX, Luiz. **A reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Editora Impetus, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense: Rio de Janeiro. 4ª edição. 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. Ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005 .

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Execução imediata da tutela específica**. In: Revista dos tribunais, São Paulo, v.91, n.803, set., 2002.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função Criadora do Juiz**. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela Específica das obrigações de fazer**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Antônio Victor Assed Estefan. **A tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Discente/01.pdf>>

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil brasileiro**. São. Paulo: Forense, 1995.

GONÇALVES, Simone Cruxen. **Integração ou aplicação do direito positivo**. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, v. 15, n. 55, jan/mar, 1991.

GRAU, Eros Roberto. Palestra. **Palestra Tema: Interpretação do Direito realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara em 29 de maio de 2009**. (informação verbal) Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=sN8yeFURLBE>> Acesso em: 21 de outubro de 2010.

GRECO, Leonardo. **Tutela Jurisdicional Específica**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 23, 2005.

GREGGIO, Bruna. **Tutela Constitucional do direito de imagem**. Direito em movimento, Curitiba: Juruá, 2007.

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business: A música**. Rio de Janeiro: Gryfhus, 1999.

GUTEMBERG A BILL GATES”, set. 2003, Rio de Janeiro. **Direitos Intelectuais – Noções Gerais – Histórico**. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/comm/PALESTRA_CICLO_DEBATES_IAB.doc>. Acesso em: 09 de maio de 2006.

HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de direito autoral**. Porto Alegre: Universidade, 1984.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans tradução Luis Carlos Borges. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, 2ª edição.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 6ª ed., 1984.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Revista Esmafe/ Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n.12, mar, 2007.

LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LIEBMAN, **Ai lettori brasiliani – palavras de apresentação da tradução brasileira do seu Manual de direito procesual civil**.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **O problema da criação judicial do direito**. Universitas/Jus, n.7, jul/dez, 2001.

LOURENÇO, Frederico Ricardo Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

LOSSO, Marlus Eduardo Faria. **Noções de Direito Autoral e sua regularização internacional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5806>>. Acesso em: 5 de setembro de 2006.

LUGNO, Renato. **Lei: a boca do juiz**. Faculdade de direito da PUCRS, Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 343, 15 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5330>>. Acesso em: 31 out. 2010.

MALTINTI, Juliana de Camargo. **Tutela Inibitória e Internet: O processo civil aplicado na proteção da privacidade**. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/09_238.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

MANSO, Eduardo Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. Ed. Atlas: São Paulo, 10ª Edição, 2004.

MARCHETTI, Maurizio. **Analogia e criação judicial**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **As ações inibitórias de Remoção do Ilícito (na dimensão do direito ambiental)**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/artigos/arq_12_30_16_09_10_09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____, **A jurisdição no Estado Constitucional**. RT: São Paulo.

_____. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 21 out. 2010.

_____. **A prova na ação inibitória**. In: Revista Jurídica, v.50, n.294, abr, 2002.

_____. **Ação abstrata e uniforme à ação adequada.** In: *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v.32, n.100, dez, 2005.

_____. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5045>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

_____. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **CPC: comentado por artigo.** São Paulo: RT, 2010.

_____. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 335, 7 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5046>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

_____. **La prueba en la acción inhibitoria.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5043>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

_____. **O direito efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v.8, n. 28, abr/jun, 2003.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT, 2010.

_____. **Tutela Específica arts. 461, CPC art. 84, CDC.** RT:São Paulo. 2ª edição. 2001.

_____. **Tutela Inibitória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2006.

_____. **Tutela Inibitória do Direito Autoral – Direito do Autor – Lei nº 9610/98 – Artigos 68 e 105 – Proibição de Utilização de obra sem a prévia e expressa autorização do autor – Previsão de tutela jurisdicional de suspensão ou interrupção de divulgação da obra não autorizada – Tutela da norma jurídica – Ilícito compreendido como ato contrário ao direito – Tutela Específica Inibitória – Autonomia diante da tutela de cobrança de prestações relativas aos direitos autorais – Ameaça da violação, da repetição ou da continuação do ilícito como único requisito para a sua concessão – Impossibilidade de se exigir demonstração de receio de dano.** *Revista Forense*, vol. 105, n. 401, Editora Forense, jan-fev/2009.

_____. **Tutela Inibitória: Individual e coletiva.** São Paulo: RT, 2006.

_____. **Tutela inibitória e tutela de prevenção de ilícito.** In: Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, v.1, n.2, maio/jun, 1996.

_____. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

MARTELOZZO, Antônio. **O indertido proibitório no direito brasileiro.** Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992.

MARTINEZ, Fernando Rey. **¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos.** Interesse Público, v.11, n.54, mar/abr, 2009.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer Martins. **Poderes do juiz no processo Civil.** São Paulo: Dialética, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 15ª edição, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antônio (Org.). **O que se deve entender por direito autoral.** 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

MORAES, Rodrigo. **Como surgiu o ECAD.** Rodrigo Moraes: Advocacia em Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/artigos.php?cod_pub=25&pagina=1>. Acesso em: 1 nov. 2010.

MOTA, Lise Nery. **Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade.** Revista brasileira de direito processual, v.17, n.65, jan./mar., 2009.

MULLER, Eugélio Luis. **Gestão coletiva de direitos autorais e reprografia.** In: Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v.34, n.91, maio/ago., 2001.

MURITIBA, Sérgio Silva. **Tutela inibitória e os direitos de personalidade.** Revista do Processo, v. 30, n.122, abr.. 2005.

NERY JÚNIOR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 4ª Edição.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O Magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa.** Revista Trabalhista: direito e processo, v.2, n. 5, jan/mar, 2003.

OLIVEIRA, Adriana Tolfo de. **Os critérios praticados pelo ECAD na arrecadação e distribuição dos direitos autorais advindos das obras musicais.** Revista Forense, v.106, n.410, jul/ago, 2010.

OLIVEIRA, C.A Alvaro de, e LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, v.8, Tomo II.

OLIVEIRA, Jaury Neponucemo de e WILLINGTON, João. **Anotações a lei do Direito Autoral – Lei. 9610/98.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Paulo Rogério de. **Aspectos da tutela inibitória.** Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 20, n. 230, out, 2008.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de (José Joaquim Calmon de). **O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?** In: Revista brasileira de direito público - RBDP, v.7, n.24, jan./mar., 2009.

PAULA, Gáudio Ribeiro de. **O caso Cicarelli: Liberdade de Imprensa e Direito de Informação VS. Direito à Privacidade ou Imagem.** Disponível em: <<http://www.webadvisor.com.br/sites/900/993/00000514.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

PEDRON, Flávio Quinad. **Esclarecimentos sobre da tese única “resposta correta”, de Ronald Dworkin.** Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

PEREIRA, Ana Maria, PIMENTEL, Luís Otávio e MEHLAN, Viviane. II CIBERNÉTICA – SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, INFORMÁTICA E ÉTICA, nov. 2003, Santa Catarina. **Direitos Autorais: Estudos e Considerações.** Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/15-57-c3-1.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2006.

PEREIRA, Aúrea Pimentel. **A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites.** Revista EMERJ, v. 5, n.18, p.106 apud “Decisão Judicial” – estudo prático publicado in Revista da EMERJ, v. 3, nº 11 – ano 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Aplicação, interpretação e integração das normas jurídicas: equidade, função do interprete e lacunas da lei. Livro de estudos jurídicos.** Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, v.8, 1991.

PIMENTA, Eduardo Salles. **Código de direitos autorais.** São Paulo: Lejus, 1998.

_____. **Direito Conexo da Empresa de Radiodifusão.** São Paulo: Lejus, 1999.

_____. **Princípios de Direitos Autorais – Um século de proteção autoral no Brasil 1898-1928.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **A tutela específica do art. 461, do Código de processo civil**. In: Revista de processo, v.20, n.80, out./dez., 1995.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo VII: Direito de Personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento)**. Campinas: Bookseller, 2000.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo : J. de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. **A eqüidade no Direito do Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito, v.LXIX, fasc. I, São Paulo: USP, 1974.

_____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, 20ª edição.

REBELLO, Luis Francisco. **Introdução do Direito de Autor – vol. I**. Lisboa: Publicações D. Quixote, 1994.

RIBEIRO, Valério Augusto. **Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado**. In: FIUZA, César. (coord.) Curso avançado de direito civil. São Paulo: Thomson, 2004.

RIGAUX, François; tradução Edmir Missio, revisão da tradução Maria Ermantina Galvão; revisão técnica Gildo Leitão Rios. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIGHI, Eduardo. **Tutelas de Urgência e Efetividade do Processo**. Revista Forense, v. 105, n.401, jan/fev, 2009.

ROCHA, Daniel. **Direito do autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

RODRIGUEZ MORENO, Sofía. **La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2004.

ROESLER, Claudia Rosane. **O poder judiciário e a criação do direito: breve esboço histórico de uma controvérsia e suas implicações atuais**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: Nova Série, v. 11, n. 22, jul/dez, 2008, p. 7-19.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica: sobre relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAMPAIO, Maria Mônica de Sousa. **Relato histórico da administração coletiva através do Escritório Central de Direitos Autorais (ECAD)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 863, 13 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7544>>. Acesso em: 09 maio 2007.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **A atuação do juiz no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2008..

SANCHES, Hércoles Tecino. **Legislação Autoral. Crítica de Hércoles Tecino Sanches**. São Paulo: Ltr, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima, Bogotá: Palestra, 2007.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. **Atualização constante da interpretação constitucional**. Revista de direito constitucional e internacional, v. 16, n. 63, abr/jun, 2008.

SARTORIO, Elvio Ferreira. **Tutela preventiva(inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Dirceu de Oliveira e. **O Direito de Autor: no teatro, cinema, rádio, televisão, literatura e artes plásticas**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

SILVA, Lécio Resende da. **O problema da criação judicial do direito: origem, limites e legitimidade**. Revista da doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, n. 63, maio/ago, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da(Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Eustáquio Nunes. **Função do juiz na interpretação das leis**. Contribuições à literatura jurídica, Brasília: Tribunal Regional Federal 1ª Região, 1996.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Jurisdição e aplicação do direito em Jurgen Habermas**. Revista de processo. v.32, n. 154, dez. , 2007.

SIMÕES, Geraldo Beire. **A Tutela específica do art. 461 do CPC**. In: Boletim Legislativo Adcoas, v.30, n.15, maio, 1996.

SOARES, Sávio de Aguiar. **Direitos autorais morais e sua tutela no Estado Democrático de direito brasileiro**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, v.36, n.82, jan/jun, 2006.

SOBRINHO, Elício de Cresci. **O juiz criador do direito e a interpretação razoável**. Revista Trimestal de Jurisprudência dos Estados, v.11, n. 42, jan/fev, 1987.

SOUZA, Allan Rocha de. **A reformulação da lei nº 9.610/98**. Consulex: revista jurídica, v.14, n.328, set, 2010.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito autoral: legislação básica**. 2.ed. Brasília: Brasília jurídica, 1998.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. **Breves considerações acerca da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Informativo jurídico Consulex, v.17, n.31, 4 ago., 2003.

_____. **Multas "astreintes": um instituto controvertido**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4070>>. Acesso em> 21 de Junho 2010.

SOUZA, Rafael Tadeu Santos de. **Análise Teórica da Efetividade do Processo como Direito Fundamental**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1966.html>. Acesso em: 12 de outubro de 2010.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **A Tutela específica e suas garantias**. In: Boletim Legislativo Adcoas, v.30, n.29, out., 1996.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta**. In: **A Filosofia “no” Direito e a Filosofia “do” Direito**. Porto Alegre: IHJ, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXERA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Ainda a tutela inibitória: a efetividade da multa coercitiva em razão da possibilidade da alteração de seu valor**. Genesis: Revista de Direito Processual, v.6, n.22, out/dez, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**, in **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Ano VI, outubro-dezembro, 2001, n. 22.

TOMÉ, Lévi Rosa. **O artigo 461 do CPC e a efetividade da prestação jurisdicional**. Genesis: revista de direito do trabalho, n.24, dez, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Direitos da personalidade e sua tutela processual**. Revista Dialética de Direito Processual, n.77, ago, 2009.

VIEIRA, Jair Lot. **ECAD e direitos musicais: interpretados pelos tribunais: repertório de jurisprudência e legislação**. São Paulo: Edipro, 2010.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer : art. 273 e 461 do CPC**. In: Reforma do Código de processo civil, São Paulo : Saraiva,1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**", 6ª edição, edição Revista dos Tribunais.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**. Revista dos Tribunais ano 92, n. 814, agosto, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Aspectos ideológicos na criação jurisprudencial do direito**. Ajuris, v.12, n. 34, jul, 1985.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela específica e a reforma do código de processo civil**. In: Revista do Advogado, n.46, ago., 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo:Saraiva. 5º edição. 2007.