

TUTELA CONTRA O ILÍCITO (ART. 497, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015)

Luiz Guilherme Marinoni*

1 – A TUTELA CONTRA O ILÍCITO NO CPC/2015

A mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil está prevista no seu art. 497, parágrafo único. Diz esta norma: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a *tutela específica* ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a *inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

O art. 497, parágrafo único, do novo Código de Processual Civil consagra a necessidade de tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito, ou melhor, de tutela jurisdicional contra o ilícito. A norma elenca duas formas de tutela jurisdicional contra o ilícito: i) a tutela inibitória, que pode ser voltada contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e ii) a tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita.

Mais do que isso, a norma afirma a dissociação entre ato contrário ao direito e fato danoso, deixando claro que tais tutelas não têm como pressuposto o dano e os critérios para a imputação da sanção ressarcitória, ou seja, a culpa e o dolo.

2 – A TUTELA RESSARCITÓRIA PELO EQUIVALENTE COMO RESPOSTA DE UM ESTADO NÃO PREOCUPADO EM GARANTIR A INTEGRIDADE DOS DIREITOS

Existe um dogma – de origem romana – no sentido de que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito. Isso quer dizer que a unificação

* Professor titular da Universidade Federal do Paraná.

entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, já realizada no direito romano, percorreu a história do direito, inclusive do direito processual civil, sem suscitar maior inquietude de parte da doutrina. Pior do que isso: chegou-se a identificar o ilícito com o ressarcimento em dinheiro.

Portanto, é preciso perceber não apenas os motivos que conduziram à unificação entre o ilícito civil, o fato danoso e o ressarcimento em dinheiro, mas também como eles repercutiram sobre o processo civil. Embora essa história seja bastante antiga, é oportuno considerar a questão a partir do direito liberal clássico. Nessa época, diante da ideia de equivalência das mercadorias, o bem objeto do litígio era visto como uma “coisa” dotada de valor de troca. Assim como o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia, entendia-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro¹.

Não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo do século XIX, há um claro nexos entre o princípio da abstração das pessoas e dos bens e a tutela pelo equivalente. Se os bens são equivalentes e, assim, não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada inclusive no plano do contrato –, não há razão para admitir uma intervenção judicial mais incisiva diante do inadimplemento para a obtenção da prestação *in natura*. Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, bastaria ao juiz conferir ao lesado a tutela pecuniária. A sanção pecuniária teria a função de “igualizar” os bens e as necessidades, pois se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela judicial específica. No direito liberal antigo, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo *negativo*, gozando dessa mesma natureza a tutela pelo equivalente².

Portanto, as perdas e danos seriam necessários não só para conservar o dogma da “neutralidade” do juiz, como também para manter em funcionamento os mecanismos de mercado. No “mercado” pouco importam as qualidades do sujeito ou as dos bens, de modo que a tutela pelo equivalente, ao expressar

1 SALVI, Cesare. Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591 e ss.

2 MAZZAMUTO, Salvatore. *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 37.

apenas o custo econômico do valor da lesão, mantinha íntegros os mecanismos do próprio mercado, sem alterar a sua lógica³.

Sendo o princípio da igualdade formal imprescindível para a manutenção da liberdade e do bom funcionamento do mercado, não há como pensar em forma de tutela que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes – ou em “técnica processual diferenciada” –, a revelar a necessidade de conferir “tratamento diferenciado” a situações e posições sociais diversas. A tutela ressarcitória pelo equivalente não se importa com as diferentes necessidades e espécies de bens ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. Esta forma de tutela jurisdicional, na medida em que desejava apenas conservar em funcionamento o mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias⁴.

Se as pessoas e os bens não precisam ser tratados de forma diferenciada, também não há razão para pensar em tutela preventiva – e, muito menos, em tutela contra o ato contrário ao direito –, que assume importância apenas em um contexto de Estado preocupado em cuidar de maneira diferenciada de determinadas situações. Recorde-se que os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal-burguês, eram vistos somente como direitos de defesa contra o Estado. O direito liberal se importava com a defesa da liberdade contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais do grupo. O Estado não dirigia uma política destinada a garantir determinadas necessidades sociais, não interferindo na sociedade e no processo econômico de modo a tutelá-las.

A confusão entre tutela contra o ilícito e tutela ressarcitória pelo equivalente, portanto, tem raízes na monetização dos direitos, acentuada pelos valores do Estado liberal antigo, em que o equivalente em pecúnia, sem pôr em risco a liberdade, mantinha em funcionamento os mecanismos do mercado. A tutela jurisdicional não tinha qualquer preocupação de fazer valer o desejo das normas ou de tutelar os direitos – garantindo a sua integridade ou ripristinação –,

3 Como observa Adolfo di Majo, “le dottrine giuridiche dell’Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com’è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero ‘costo economico’ di siffatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati” (MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 156).

4 MAZZAMUTO, Salvatore. *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

mas apenas de prestar um equivalente ao sinal da lesão, o que significa dizer que a jurisdição não tinha como meta primária a tutela dos direitos. A sanção do faltoso pressupunha a intangibilidade da sua vontade e a equivalência dos bens a evidenciar a liberdade individual e o equilíbrio do mercado como limite e justificativa de uma tutela jurisdicional de natureza negativa.

3 – PRIMEIROS PASSOS EM TORNO DO FUNDAMENTO DA TUTELA CONTRA O ILÍCITO

Uma das mais importantes conquistas da doutrina, para efeito de tutela jurisdicional adequada, está na distinção – elaborada a partir de uma revisão do conceito de ilícito civil – entre ato ilícito e fato danoso⁵.

A necessidade de uma tutela antecedente ao dano levou os estudiosos a tentar explicar o fundamento e a finalidade desse tipo de tutela. Se a tutela não visa reparar o dano, qual seria o seu fundamento e escopo? Esta pergunta foi respondida, no curso da evolução da doutrina, de várias formas.

Afirmou-se, em doutrina elaborada há bastante tempo, que a “ação” (física), em alguns casos, pode não resultar em um evento danoso; lembrou-se, ainda, que podem ser praticados atos preparatórios voltados a uma finalidade, sem que a ação seja praticada e, também, que a ação pode ser apenas anunciada como propósito, sem que qualquer ato seja praticado. Muito embora não verificado o dano ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou o simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre o “ilícito de perigo” e o “ilícito de lesão”⁶.

Essa distinção, realizada por Candian, é uma das tentativas iniciais de se explicar a diferença entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, a primeira

5 “Com’è noto, a partire dalla metà degli anni 60 un consistente orientamento dottrinale ha posto in luce l’importanza della distinzione tra illecito (come condotta antiggiuridica) e danno, come fatto storico, materiale, che può essere (eventuale) conseguenza dell’illecito, o può derivare da fatti non suscettibili di tale qualificazione” (Michele Mòcciola, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367). E eis o que diz Salvi: “Il riferimento all’art. 2043 codice civile ha un significato innovatore, se si traggono tutte le conseguenze dalla revisione che la dottrina più recente ha operato dell’intera materia dell’illecito civile. Uno dei più proficui risultati di tale revisione appare, infatti, la netta distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità civile” (SALVI, Cesare. *Legittimità e ‘razionalità’ dell’art. 844 Codice Civile. Giurisprudenzaitaliana*, 1975, p. 590).

6 CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 119.

voltada contra o ilícito de perigo e a segunda dirigida contra o ilícito de lesão⁷. Candian, ao mencionar uma série de casos que configurariam exemplos de tutela contra o ilícito de perigo, agrupou em uma mesma categoria a tutela cautelar e a tutela inibitória, realizando uma sensível ampliação da noção tradicional de ato conservativo⁸. Porém, transparece da doutrina de Candian uma clara preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito; quando Candian fala em ilícito de perigo, como categoria contraposta à de ilícito de lesão, fica claro que o ilícito de perigo diz respeito a um perigo de dano. É evidente, portanto, que a elaboração de Candian não pode ser aceita como adequada à explicação de tutela contra o ilícito⁹, já que marcada por uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito¹⁰.

Lodovico Barassi, outro conhecido civilista italiano, tratando da “prevenzione del fatto dannoso”, perguntou se é possível admitir uma ação destinada “a prevenir as lesões jurídicas”. Segundo Barassi, uma ação desse tipo objetiva fazer cessar um estado atual de coisas que necessariamente deve conduzir a uma futura lesão; uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique¹¹. Ao descrever alguns casos que constituiriam exemplos de tutela preventiva, adverte Barassi que as situações às quais as ações preventivas fariam referência constituiriam o ilícito de perigo, que se distinguiria, assim, do ilícito de lesão¹².

Barassi deixa transparecer com toda nitidez que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, o que não o impede, portanto, de aderir à terminologia utilizada por Candian, e de falar de “ilícito de perigo” e de “ilícito de lesão”. A tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita (ilícito de perigo) teria na-

7 *Idem, ibidem.*

8 *Idem, ibidem*, p. 120-121.

9 Ver, nesse sentido: FRIGNANI, Aldo. Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654; RAPISARDA, Cristina. Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 480.

10 É interessante ressaltar, porém, que Candian fala em prevenção do ilícito como princípio geral do ordenamento jurídico: “Quanto alla ragione determinante delle autorizzazioni e delle iniziative, rispettivamente impartite e consentite dall’ordinamento, essa risiede in una immanente esigenza di economia. A parte, infatti, le ipotesi in cui il danno è per sua natura (come quello proveniente dalla insolvenza del debitore) insuscettibile di riparazione, l’ordinamento manifesta, con numerose disposizioni, la tendenza a preferire le misure della prevenzione, dovunque siano possibili, a quelle della riparazione o della pena o del risarcimento, cioè in genere alle misure repressive (inteso il termine in senso lato). Appunto la varietà delle situazioni alle quali, con le numerose norme citate, ed altre ancora, si è voluto provvedere, dà per certo che non tanto si tratta di singole disposizioni da applicare ai casi di volta in volta preveduti, quanto di un principio generale dell’ordinamento giuridico: di un principio, appunto, ispirato alla ora cennata esigenza economica” (CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 121).

11 BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 429.

12 *Idem, ibidem*, p. 429.

tureza preventiva, porque destinada a impedir um futuro dano. De acordo com Barassi, a tutela preventiva pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro, e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado algum dano, provavelmente pode ocasioná-lo¹³.

A posição de Barassi merece a mesma crítica que foi endereçada à doutrina de Candian. Barassi, ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita) *que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano.*

4 – O TEMA DA TUTELA CONTRA A CONCORRÊNCIA DESLEAL

O tema da tutela contra a concorrência desleal contribuiu para a doutrina italiana estabelecer a diferença entre ilícito e dano para efeito de tutela jurisdicional. Para que se perceba a razão pela qual a doutrina foi obrigada a aprofundar o estudo do conceito ilícito é necessário considerar a estrutura normativa italiana da tutela contra a concorrência desleal, que deu origem a diversas espécies de tutelas voltadas à proteção do empresário¹⁴.

O Código Civil italiano, ao tratar do assunto, além de estabelecer quais são os atos que configuram concorrência desleal, prevê três espécies de tutela jurisdicional: a tutela inibitória, a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória. Afirma o art. 2.599 que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos. O art. 2.600, complementando o leque da tutela jurisdicional contra a concorrência desleal, dispõe que, se os atos são praticados com dolo ou culpa, o seu autor fica obrigado a ressarcir o dano. Note-se que o art. 2.600, ao disciplinar a tutela ressarcitória, exige a

13 *Idem, ibidem*, p. 430.

14 Sobre a problemática da tutela contra a concorrência desleal, ver: BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 563 e ss.; SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982; ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milano: Giuffrè, 1957; SANTINI, Geraldo. Concorrenza sleale ed impresa. *Rivista di Diritto Civile*, 1959, p. 125 e ss.; JAEGER, Pier Giusto. Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale. *Rivista di Diritto Industriale*, 1970, p. 38 e ss.; GHIDINI, Gustavo. La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. cod. civ. Le sanzioni. *Rivista di Diritto Civile*, 1970, p. 329 e ss.; FRANCESCHELLI, Remo. Studi sulla concorrenza sleale. La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 269 e ss.; AULETTA, Giuseppe. Divieto di concorrenza e divieto di concorrenza sleale. *Diritto e giurisprudenza*, 1956, p. 279 e ss.; MINERVINI, Gustavo. *Concorrenza e consorzi*. Milano: Vallardi, 1965. p. 51 e ss.; SERTORIO, Marco. Illecito civile, concorrenza, prescrizione. *Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno*, 1964, p. 122 e ss.; MOSCO, Luigi. *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956. p. 188 e ss.

culpa ou o dolo, enquanto o art. 2.599, ao disciplinar a tutela inibitória e a tutela que tem por fim remover os efeitos dos atos praticados, prescinde de tais elementos subjetivos.

O art. 2.043 do Código Civil italiano afirma que qualquer fato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano. Uma vez que a tutela contra a concorrência desleal, fora a tutela ressarcitória, não requer dano, culpa ou dolo, tornou-se necessária a separação das tutelas inibitória e reintegratória contra a concorrência desleal da tutela contra o dano (por ela produzido), *que até então era vista como a única tutela contra o ilícito*.

Parte da doutrina, ainda ligada à ideia de que o dano constitui elemento imprescindível à configuração do ilícito, chegou a propor uma dicotomia dos atos de concorrência desleal, os quais, quando culposos e danosos, ficariam enquadrados no conceito de ato ilícito, e em hipótese diversa, classificados de modo totalmente autônomo¹⁵.

Uma outra parte da doutrina, porém, distanciou conceitualmente o ilícito que abre ensejo para as tutelas inibitória e reintegratória do ilícito que requer necessariamente o dano. Esta doutrina estabeleceu algumas premissas que são fundamentais dentro do esforço de revisão do conceito de ilícito. Afirmou-se que o art. 2.043 do Código Civil não descreve o ilícito – como supunha a doutrina mais antiga –, mas apenas configura a responsabilidade pelo dano. Deduziu-se, nesta linha, que a tutela ressarcitória não é a única forma de tutela contra o ilícito¹⁶ e que a culpa é uma condição (geralmente) necessária para o ressarcimento do dano, mas não para a ilicitude do ato¹⁷.

Para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumentou-se que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se

15 Ver: BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957. p. 565. Ver, também, MOSCO, Luigi. *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956. p. 188 e ss.

16 É o que admite Bonasi Benucci no mais importante trabalho sobre o ilícito dentro do tema da concorrência desleal: “Ci sembra indubbio che l’art. 2043 si limiti a porre in forma generalissima le condizioni cui è sottoposta l’insorgenza dell’obbligo a risarcire il danno conseguente all’illecito, ma che esso non descriva l’illecito, né esaurisca la specificazione dei mezzi di tutela che l’ordinamento offre a colui che sia vittima dell’illecito stesso” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

17 “Essendo quindi anche la colpa una condizione normalmente necessaria (salvo eccezioni che si vanno facendo sempre più numerose, ma che, appunto per il loro carattere di eccezioni, non capovolgono ancora il principio generale) della risarcibilità del danno e non della illiceità dell’atto, illiceità che si perfeziona con la mera violazione della norma quale consegue all’atto stesso” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência, e isto ocorreria apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico¹⁸.

Bonasi Benucci distinguiu perigo e dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e de sua capacidade de provocar dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto o dano, por ser uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva¹⁹.

Note-se que esta elaboração doutrinária difere daquela construída por Candian²⁰, já que a concepção de Benucci fala apenas em ilícito que guarda em si o perigo de dano. Há uma unidade conceitual para o ilícito, que seria, em poucas palavras, o ato *contra ius* que pode causar dano²¹.

Bonasi Benucci, contudo, ao inserir o perigo na constituição do ilícito, refere-se ao perigo como uma “potencialidade danosa”, concluindo que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra o perigo de dano²².

Nessa dimensão, embora o tema da tutela contra a concorrência desleal tenha permitido identificar um ilícito que não se confunde com o ilícito danoso, a tutela contra o ilícito foi compreendida como tutela contra o perigo de dano, o que significa que a tutela contra o ilícito não chegou a ser inteiramente dissociada do dano.

18 BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957. p. 569.

19 *Idem, ibidem*, p. 575.

20 CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 119 e ss.

21 Giuseppe Auletta, ao analisar a estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, igualmente conclui que o requisito do dano é substituído pelo de perigo de dano (Attività. *Enciclopedia del Diritto*, v. 3, p. 987).

22 “La individuazione dell’elemento della *potenzialitàdannosa* come completamento della *fattispecie* costitutiva dell’illecito civile consente di riunire in unica categoria quelle molteplici ipotesi di illecito in cui il danno non è ancora occorso, ma sussiste già una situazione di pericolo determinata da atti la cui prosecuzione o ripetizione porterà (secondo un calcolo di probabilità) alla produzione di un danno, se non tempestivamente interrotta ed inibita con rimozione altresì di quegli effetti già determinati dall’atto e che potrebbero essere fonte autonoma di danno” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 575).

5 – A PROTEÇÃO NORMATIVA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A função das normas de proteção dos direitos fundamentais facilita ainda mais a distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela jurisdicional adequada. Quando o Estado assume novas preocupações sociais e, assim, passam a importar a proteção, entre outros, do meio ambiente, da saúde, da educação e da posição do consumidor no mercado, surgem normas que, objetivando tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor condutas positivas e negativas.

O direito do consumidor, por exemplo, constitui direito fundamental que requer proteção normativa. Perceba-se que o direito ambiental também pode ser pensado – dentro da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – como um direito à proteção, ou melhor, o bem ambiental, visto como fundamental para a organização social, deve ser protegido por meio de normas impositivas e proibitivas de condutas.

Para a efetiva proteção desses direitos, ou melhor, para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Ora, se o ordenamento jurídico dos dias de hoje deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a atuá-las.

Perceba-se, enfim, que a possibilidade de se requerer uma tutela independentemente da existência de dano tem relação com o próprio conceito de norma jurídica, uma vez que se a única sanção contra o ilícito fosse a obrigação de ressarcir, a própria razão de ser da norma estaria comprometida. Só isso demonstra a necessidade de o processo abandonar a indevida associação entre ilícito e dano, que até hoje faz pensar que a tutela contra o ilícito futuro é tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra o ilícito passado é tutela ressarcitória²³.

6 – TUTELA INIBITÓRIA DE ILÍCITO E TUTELA DE REMOÇÃO DOS EFEITOS CONCRETOS DERIVADOS DA CONDUTA ILÍCITA

Como já dito, imaginou-se que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciasse ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitoria*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 65 e ss.

como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito²⁴. Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito²⁵.

Se a tutela contra o ilícito danoso não exclui a tutela para evitar o dano, como se viu mediante as elaborações doutrinárias que inicialmente se preocuparam em explicar o fundamento da tutela contra o perigo de dano, também não há motivo para associar tutela contra a probabilidade de dano com tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito.

A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano.

Na verdade, o dano é realmente o sintoma ou o indicativo da probabilidade do ilícito e importa para efeito de tutela voltada para o futuro apenas por constituir a evidência concreta do ato contrário ao direito, ou seja, não é correto imaginar que não há interesse de agir em obter tutela preventiva quando o dano é uma mera possibilidade do ato contrário ao direito e não uma probabilidade indissociavelmente ligada a ele. Se fosse assim, haveria apenas pretensão à inibição do dano e não pretensão à inibição do ilícito. Note-se que o titular de marca comercial tem o direito de inibir que terceiro a utilize, pouco importando eventual dano derivado da infração. Do mesmo modo a tutela inibitória pode ser requerida para impedir a comercialização de produto com substância proibida por norma, não tendo qualquer relevo perguntar sobre provável dano ao consumidor.

Ora, 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. A moderna doutrina italiana já deixou claro que a tutela inibitória tem por fim

24 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 413.

25 *Idem, ibidem*.

prevenir o ilícito e não o dano²⁶. Frignani²⁷ e Rapisarda²⁸, que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ato contrário ao direito (ilícito)²⁹.

Embora a probabilidade do ilícito possa constituir a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separá-los cronologicamente, para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito.

Pois bem, se o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito e não há pretensão preventiva apenas em face do dano, mas também em face do ato contrário ao direito, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito – visto como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano³⁰. O parágrafo único do art. 497 do CPC/2015 bem compreendeu o ponto, pois fala claramente em “tutela

26 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law el'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 417 e ss.; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

27 Frignani, referindo-se à distinção, formulada por Candian, entre ilícito de perigo e ilícito de lesão, diz o seguinte: “Secondo questa impostazione ogni contravvenzione della legge dovrebbe risolversi in un illecito di danno o in un illecito di pericolo (di danno). Come si vede, il danno rimarrebbe il metro di misura, il perno centrale di tutto il sistema della responsabilità. Ma non sembra corretto impostare il problema in questi termini, perché il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l'illecito soltanto dalla presenza del danno” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

28 RAPISARDA, Cristina. Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 7; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

29 De acordo com Frignani, “l'elemento del pericolo entra in gioco anche nell'inibitoria, ma ad altri fini. Mentre nella distinzione di cui sopra esso era riferito al danno, qui il pericolo è riferito alla lesione. In questo senso, l'inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l'illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l'illecito venga commesso, se ancora non si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui si dice dell'inibitoria che è un'azione essenzialmente preventiva” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

30 Frignani, analisando a teoria de Bonasi Benucci, diz o seguinte: “Alle stesse critiche può essere sottoposta anche la teoria che, nel tentativo di superare la dicotomia candiana tra illecito di danno e illecito di pericolo, ha ritenuto che l'illecito sia sempre individuato dalla sua 'potenzialità danosa'; in altri termini, anche questa dottrina imposta il suo ragionamento sul danno, seppure eventuale o possibile. (...) A prima vista tale formulazione sembra presentare una notevole aderenza alla realtà, ma la sua debolezza sta nel considerare l'*id quod plerum que accidit* come elemento essenziale di una fattispecie, e non invece come elemento accidentale. Non si tiene però in considerazione che il legislatore contempla tanti tipi di condotta, proibiti dal diritto e perciò costituenti una fattispecie di illecito, che non porteranno necessariamente ad un danno, e dove perciò l'illiceità prescinde anche dalla potenzialità dannosa” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 655).

específica destinada a *inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito*”.

Além disso, há ilícito que, *já praticado*, reclama tutela jurisdicional independentemente do dano. A conduta ilícita pode produzir efeito concreto que não significa dano, mas a realidade que a norma proíbe para que o dano não se configure. Nesse caso, o ilícito não se exaure com a prática da conduta contrária à norma; o ilícito, visto como realidade concreta que se desliga da conduta humana, tem eficácia continuada. Por conta dessa eficácia continuada do ilícito torna-se necessária tutela jurisdicional voltada a remover os seus efeitos concretos. Perceba-se que esta forma de tutela jurisdicional não se destina a inibir o ilícito, uma vez que o ilícito já foi praticado, mas também não se dirige contra o dano. A tutela jurisdicional se destina a remover ou a eliminar a realidade concreta que a norma proíbe para que o dano não ocorra.

No caso em que a norma proíbe a exposição à venda de produto com determinada substância, a tutela jurisdicional direcionada à busca e apreensão do produto não é tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito (inibitória), tutela de reparação do dano (ressarcitória), nem muito menos tutela contra a probabilidade de dano ao consumidor. É tutela jurisdicional destinada a fazer valer o desejo da norma violada, ou seja, é tutela de remoção dos efeitos que não estariam presentes na realidade se não fosse a violação da norma. Tem a mesma natureza a tutela voltada à retirada de cartazes publicitários ou à busca e apreensão de propagandas que configuram concorrência desleal. Nessa última hipótese a tutela jurisdicional também não se volta contra um ilícito ou um dano futuro, nem contra um dano já ocorrido. Atinge, isso sim, os efeitos concretos derivados da concorrência desleal, constituindo tutela jurisdicional que não requer dano nem culpa ou dolo. Mais claramente: trata-se de tutela não preocupada em ressarcir um dano, para o que o critério da culpa ou do dolo é importante, mas de tutela destinada a remover os efeitos concretos de um ato contrário ao direito.

A decisão que determina a demolição, em caso de construção realizada em desacordo à legislação urbanística, já foi qualificada de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela reparatória *in natura* na Itália³¹ e de tutela cautelar no Brasil, em conformidade com o próprio art. 888, VIII, do CPC de 1973. Na

31 “Cosi nella nota sentenza delle sezioni unite della cassazione penale, relativa alla legittimazione del comune a costituirsi parte civile in processi per reati di abusivismo edilizio, a proposito dell’ordine di demolizione, la Suprema corte definisce quest’ultimo ‘misura risarcitoria in forma specifica di *restitutio in prestinum* del turbato assetto urbanistico del territorio comunale’” (MÓCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 378).

raiz dos equívocos das doutrinas italiana e brasileira está a *confusão entre os conceitos de ilícito e de dano*. Ora, a construção que desrespeita a legislação urbanística é, simplesmente, uma conduta *contra ius*, de modo que a determinação de demolição, nessa hipótese, *não objetiva ressarcir o dano sofrido em virtude da construção irregular nem tutelar contra a probabilidade do dano, mas simplesmente remover o ilícito*³². Note-se que, se construir em desacordo com a lei é ilícito, as *consequências* que daí decorrem *é que configuram dano*³³.

A tutela de remoção do ilícito objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano. A tutela pressupõe apenas a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano³⁴. Como diz Michele Mòcciola, em ensaio publicado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, a consequência lógica da distinção entre dano e ilícito conduz à formulação do critério segundo o qual todas as vezes em que a intervenção judiciária tem por objeto a *fonte do dano* não há tutela ressarcitória³⁵. Há aí tutela de remoção (dos efeitos concretos) do ilícito.

O parágrafo único do art. 497 igualmente percebeu a necessidade desta tutela jurisdicional e, por isso, depois de fazer menção às três modalidades de tutela inibitória, descreveu a tutela destinada à “remoção” do ilícito. Portanto, a diferenciação entre ato contrário ao direito e dano não só evidencia que tutela contra o ilícito não é sinônimo de tutela ressarcitória. No direito brasileiro, tal distinção permitiu a configuração de tutelas jurisdicionais que, sem nada dever ao dano, dirigem-se contra os ilícitos futuro e passado.

7 – A IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE CULPA OU DOLO

Supunha-se, exatamente porque se fazia uma identificação entre ilícito e dano, que o elemento psicológico (dolo ou culpa) fosse absolutamente necessário para a configuração do próprio ilícito. Na verdade, se o ilícito é compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural não só

32 MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 379. Ver também: SFORZA, Gianfrancesco. *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica*. Foro Italiano, 1978, p. 615-619.

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

34 Ver GIORGIANNI, Michele. Tutela del creditore e tutela “reale”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 e ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 e ss.; MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 e ss.

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

a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa ou do dolo como componente do ilícito³⁶.

Entretanto, dentro da noção de ilícito antes delineada, que se afasta da ideia de dano, não há razão para se cogitar sobre culpa ou dolo. De lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposo ou doloso³⁷. Esses elementos constituem critérios para a imputação da sanção ressarcitória³⁸.

O próprio Barassi, ainda que ligando a tutela inibitória à probabilidade de dano, percebeu que “la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione”³⁹. Como é óbvio, a tutela jurisdicional pode impedir alguém de praticar um ato contrário ao direito sem qualquer cogitação sobre culpa⁴⁰.

É importante sublinhar que os tribunais brasileiros têm decidido que a tutela inibitória prescinde de culpa ou dolo. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou ser irrelevante, para efeito de tutela da marca, “a existência de dolo ou culpa de comerciante que utiliza em seu nome comercial marca registrada de outrem”⁴¹.

O dano e, por consequência, a culpa e o dolo não integram a causa de pedir das ações contra o ilícito. Não estão presentes não só na causa de pedir da ação inibitória – voltada contra o ilícito futuro –, mas também na causa de

36 “Il motivo per il quale la dominante dottrina intravede nella colpa un elemento costitutivo dell’illecito civile va ricercato, a nostro avviso, nel fatto che l’illecito si è sempre esaminato sotto l’angolo visuale della responsabilità per i danni ad esso conseguenti: e poiché la sussistenza della responsabilità per tali danni è normalmente condizionata alla colpa (art. 2.043 c.c.), si è costruito l’illecito su base soggettiva ossia sulla base della colpa dell’agente.” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 579)

37 Remo Franceschelli, estudando a tutela contra a concorrência desleal, observa que a tutela que tem por fim inibir a continuação do ilícito, ao contrário da tutela ressarcitória, prescinde da culpa: “Se nonostante che si sia accertato che un atto di concorrenza esiste, colui che lo ha compiuto provi che egli è esente da colpa, ciò avrà per effetto che si escluda il risarcimento del danno. Ma l’attività potrà pur sempre essere fatta cessare e il giudice potrà pur sempre dare i provvedimenti necessari o utili perchè ne vengano eliminati gli effetti” (Studi sulla concorrenza sleale, La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 273).

38 “Parlando di presupposti della inibitoria, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel rilevare che essa prescinde dal dolo o dalla colpa dell’agente e dall’essersi verificato un danno nel patrimonio del soggetto passivo.” (SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 161-163)

39 BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 431.

40 Segundo Rapisarda, a ação inibitória, por ser voltada ao futuro, exclui a possibilidade objetiva de se valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro (RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria. Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 479).

41 TJSP, Ap. 83.073-1, Rel. Des. Moretzsohn de Castro, *Jurisprudência Brasileira*, v. 132, p. 181/182.

pedir da ação de remoção do ilícito. Com efeito, quando se deixa claro que a tutela de remoção do ilícito visa eliminar o ilícito, e assim não tem relação com o dano, esclarece-se, igualmente, que esse tipo de tutela, à semelhança da tutela inibitória, *não tem entre os seus pressupostos a culpa ou o dolo*. Como escreve Cesare Salvi, a tutela ressarcitória (seja pelo equivalente ou na forma específica) pressupõe que o ofendido prove a responsabilidade do sujeito ao qual o dano é imputado (a não ser, obviamente, nos casos de responsabilidade sem culpa), o que não acontece no outro âmbito de tutela, em que está presente a tutela que visa liminar o ilícito⁴².

O juiz, para prestar tutela de remoção, não precisa, nem pode, indagar sobre culpa ou dolo. A culpa ou o dolo não apenas não precisam ser alegados, como não podem ser questionados pelo réu e investigados pelo juiz. Precisamente não há como determinar prova sobre dano e, bem por isso, a respeito de culpa ou dolo nas ações voltadas contra o ilícito. É nesse sentido que deve ser interpretado o parágrafo único do art. 497 quando diz que, “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, *é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

42 SALVI, Cesare. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989. p. 587.