



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES

A TUTELA INIBITÓRIA DA OBRA MUSICAL

**RECIFE – PE
2005**

FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES

A TUTELA INIBITÓRIA DA OBRA MUSICAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Dr. **João Maurício Leitão Adeodato**

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direitos Fundamentais. Justiça e Processos Constitucionais

RECIFE – PE
2005

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Maria Siméia Ale Girão - UFAM

Lopes, Flávio Humberto Pascarelli

A tutela inibitória da obra musical / Flávio Humberto Pascarelli Lopes.- Recife, PE : UFPE, 2005.

151 f. ; 30 cm

Inclui referências.

Dissertação (Mestre. Direito público). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato.

1. Direitos autorais – Canções e música - Brasil 2. Tutela inibitória – Brasil 3. Brasil. Lei de direitos autorais (1998) 4. Direitos autorais - Brasil I. Título

CDU (1997): 347.78(81)(043.3) / L864t

FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES

A TUTELA INIBITÓRIA DA OBRA MUSICAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Dr. **João Maurício Leitão Adeodato**

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direitos Fundamentais, Justiça e Processos Constitucionais

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Artur Stamford da Silva, Dr. UFPE – Examinador

Julgamento:

Aprovado

Assinatura:

Artur Stamford da Silva

Prof. Vallisney de Souza Oliveira, Dr. UFAM – Examinador

Julgamento:

APROVADO

Assinatura:

Vallisney de Souza Oliveira

Profª. Fabiola Santos Albuquerque, Dra. UFPE – Examinadora

Julgamento:

Aprovado

Assinatura:

Fabiola S. Albuquerque

MENÇÃO GERAL:

A P R O V A D O

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Dedico a minha estimada esposa Giselle Medina
Falcone Pascarelli Lopes, pela paciência e
dedicação. A meus filhos Thiago, Bruno, Felipe e
Flavinho pelas alegrias que trazem ao meu dia-a-dia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pela vida, pela família que me deu.

Agradeço, aos doutores de Recife pela grandiosa importância trazida para o Curso de Mestrado em Direito, convênio UFPE/UFAM, principalmente a meu orientador Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato.

Agradeço, por fim, à Nicinha, secretária do Mestrado em Manaus, pelo profissionalismo e competência nas relações institucionais que manteve com os alunos.

RESUMO

LOPES, Flávio Humberto Pascarelli. **A tutela inibitória da obra musical**. 2005. 151 fls. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A Constituição brasileira e a lei nº 9.610/98 asseguram aos autores a faculdade exclusiva de autorizar ou proibir a utilização das suas obras, com o escopo de fomentar a produção intelectual como instrumento eficaz de política pública geradora de riqueza cultural. Os direitos de autor são considerados direitos fundamentais por sua historicidade e pela sua positivação constitucional, estabelecendo tanto pelo comando normativo constitucional (art. 5º, XXVII), quanto pelo infraconstitucional (arts. 28 e 29), um dever de abstenção para todos, que no caso da obra musical significa a sua não execução pública sem a anuência do compositor. Por conseguinte, diante da simples ameaça de lesão pode o seu titular exigir o direito de proteção judiciária (art. 5º, XXXV, da CF) que compreende a denominada adequada tutela jurisdicional, com a necessária tutela preventiva de direitos. Nesta ordem, procura-se demonstrar que antes da reforma processual iniciada em 1994 o processo civil clássico apoiado na classificação trinária das sentenças, possibilitando apenas a tutela do tipo ressarcitória, não dispunha de uma técnica capaz de cumprir a promessa normativa para esses direitos absolutos. A partir daí, partindo-se da premissa de que o processo deve ser instrumento de realização dos direitos fundamentais, apresenta-se o art. 461 do CPC como instrumento processual apto a fazer valer o princípio constitucional da efetividade da jurisdição, permitindo a construção teórica da tutela inibitória atípica, pela qual o juiz pode decidir emitindo ordens sob pena de multa ou outra medida necessária para que o demandado aja conforme o direito. Essas medidas coercitivas, pela possibilidade da colisão de direitos fundamentais dos litigantes, são examinadas à luz do princípio da proporcionalidade, discutindo-se, inclusive, se entre elas pode ser incluída a prisão civil.

Palavras-chave: Obra musical; Tutela inibitória; Adequada tutela jurisdicional.

ABSTRACT

LOPES, Flávio Humberto Pascarelli. **The Inhibiting Protection of Musical Work**. 2005. 151 f. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The Brazilian Constitution and the Federal Law 9,610/98 assure the authors the exclusive right to authorise or forbid the usage of their work in order to spur the intellectual production as an effective instrument of public policy aimed at the generation of cultural wealth. The author's rights are considered fundamental rights due to their history and their inclusion in the Constitution. These rights establish, either at the constitutional (article 5, XXVII) or infraconstitutional levels (articles 28 and 29 from Law 9,610/98), a duty of abstention for all, which, in the case of musical work, means not to perform it in public without the composer's permission. Therefore, faced with a mere threat to this right, its holder can demand the right of judicial protection (article 5, XXXV from the Constitution) which comprehends the so denominated “adequate judicial protection” and its necessary preventive rights protection. In this order, one tries to demonstrate that before the process reform begun in 1994, the classic Civil Process, based on a classification of sentences in three different sorts, which made only possible the reparative protection, did not hold a technique which was able to accomplishing the legal promise to these absolute rights. From that point, using the premise that the process must be an instrument to effect the fundamental rights, the article 461 from the Civil Process Code is presented as a process instrument apt to accomplish the constitutional principle of jurisdiction effectiveness, allowing the theoretical construction of the atypical inhibiting protection, by means which the judge can, in its decision, order the sued party to act according to the law and use a fine or other means which might be necessary to enforce that decision. Since they can collide with fundamental rights from the litigants, those coercive measures are examined according to the proportionality principle, and there is even discussion about whether the civil arrest can be included among them.

Key words: Musical work; Inhibiting protection; Adequate judicial protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: DIMENSIONAMENTO DO PROBLEMA DA TUTELA JURISDICIONAL DA OBRA MUSICAL.....	11
1 A necessidade de proteção jurisdicional do talento criador.....	11
2. A justificativa do estudo da tutela inibitória como técnica processual a favor da inviolabilidade do direito do compositor musical.....	14
3. A metodologia e o objeto do trabalho.....	15
CAPÍTULO 1: O DIREITO DE AUTOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	18
1.1 A questão da prevalência dos direitos fundamentais.....	18
1.2 Restrição e conformação dos direitos fundamentais.....	25
1.3 A evolução histórica do direito de autor: a positivação de um direito fundamental.....	28
1.4 A música como obra protegida: a questão da execução não autorizada da obra musical.....	33
1.5 A natureza jurídica do direito de autor.....	36
CAPÍTULO 2: A TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA: DIREITO CONSTITUCIONAL DO COMPOSITOR MUSICAL.....	45
2.1 Considerações introdutórias: a origem da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro.....	45
2.2 A necessidade de adequação da tutela jurisdicional: o compromisso com a utilidade do processo.....	49
2.3 A tutela jurisdicional na perspectiva da efetividade do processo.....	53
2.4 A técnica processual a serviço do direito substancial.....	55
2.5 A tutela preventiva como técnica satisfativa de direitos.....	60

CAPÍTULO 3: A FALTA DE COMPROMISSO DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO COM A TUTELA DO DIREITO DE AUTOR..... 63

3.1 A necessária superação da classificação trinária das sentenças.....	63
3.2 A inefetividade da tutela preventiva do direito de autor no Processo Civil clássico: o paradigma patrimonialista.....	68
3.2.1 Os interditos proibitórios: o direito de autor como propriedade.....	70
3.2.2 A ação cominatória diante do dever de abstenção de terceiros.....	76
3.2.3 A inadequação da ação cautelar para a tutela preventiva do direito de autor.....	78

CAPÍTULO 4: A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL DA OBRA MUSICAL..... 83

4.1 O ilícito e a tutela inibitória.....	83
4.2 Fundamentos, pressupostos e modalidades da tutela inibitória.....	85
4.3 A tutela inibitória antecipada.....	97
4.4 A natureza mandamental da sentença inibitória da obra musical e seus instrumentos de efetivação.....	100
4.5 As medidas necessárias à luz do princípio da proporcionalidade.....	103
4.5.1 A origem do princípio e os seus pressupostos.....	105
4.5.2 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.....	109
4.5.2.1 O princípio da adequação.....	109
4.5.2.2 O princípio da exigibilidade.....	110
4.5.2.3 O princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	112
4.5.2.4 A delimitação do âmbito normativo para a determinação da colisão de direitos fundamentais.....	114
4.6 A reforma do art. 461 do CPC: as medidas necessárias e a relativização do princípio da autonomia da vontade.....	115
4.6.1 A atuação da tutela inibitória através das medidas necessárias nominadas: o rompimento do princípio da tipicidade das formas executivas.....	118
4.6.1.1 A multa como meio coercitivo: sanção de natureza preventiva.....	119

4.6.2 As medidas inominadas: a controvérsia sobre a prisão civil como medida coercitiva residual.....	123
---	-----

CONCLUSÃO: A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO AUTOR DA OBRA MUSICAL.....	130
--	------------

5.1 A identificação de uma tutela preventiva idônea.....	130
--	-----

5.2 A aptidão da tutela inibitória para a proteção adequada do direito do compositor musical.....	131
---	-----

REFERÊNCIAS.....	133
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO: DIMENSIONAMENTO DO PROBLEMA DA TUTELA JURISDICIONAL DA OBRA MUSICAL

1 A necessidade de proteção jurisdicional do talento criador

Nesta dissertação pretendemos demonstrar que a recente reforma por que passou o direito processual civil brasileiro fez surgir uma nova modalidade de tutela jurisdicional preventiva capaz de dar adequada e efetiva proteção aos chamados direitos autorais, como os decorrentes da execução pública da obra musical. Trata-se da denominada tutela inibitória, prevista no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC, que permite ao juiz determinar providências que impeçam a prática do ilícito, a sua continuação ou mesmo a sua repetição.

Os direitos autorais fundam-se na necessidade de se proteger o talento criador do indivíduo. São direitos subjetivos outorgados pelo Estado com o escopo de fomentar a produção intelectual como instrumento eficaz de política pública geradora de riqueza cultural de uma sociedade. Por isso, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas deu a conhecer ao mundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo, no seu art. 27, que todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja o autor.

Por seu turno, a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, assegura ao autor de obra intelectual não só o direito exclusivo de sua utilização, publicação ou

reprodução de suas obras mas também, nos termos da lei, o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico da sua produção intelectual.

Atualmente o direito de autor é regulado no Brasil pela Lei nº 9.610/98 que, no art. 7º, diz que são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como as composições musicais, com ou sem letra. Nessa condição, o compositor tem o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da sua criação, dependendo de autorização prévia e expressa, sua ou de seu representante, a utilização da sua obra por quaisquer meios (arts. 29, I a X, e 68 da Lei nº 9.610/98).

Embora afirmado tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional, o direito fundamental do compositor de obra musical é diariamente violado. Isso acontece com a execução não autorizada das suas músicas na mídia, na internet e nos eventos sociais, restando-lhe apenas apresentar em juízo a pretensão ressarcitória, como se fosse possível pela via pecuniária a compensação do dano sofrido.

Há de se perquirir, portanto, se existe apoio doutrinário, legislativo e jurisprudencial, que permita apontar no processo civil brasileiro uma técnica¹ capaz de evitar a violação do direito fundamental do criador intelectual, porquanto a realidade acima colocada contradiz não só a ordem jurídica nacional, mas também as convenções internacionais, representando um motivo de permanente preocupação² para aqueles que entendem que a produção intelectual possui um valor intrínseco como expressão da criatividade e dignidade humana³.

A todo direito material deve corresponder uma adequada tutela jurisdicional. Desta forma, reconhece-se a necessidade de se adaptar o processo civil aos diferentes tipos de

¹ No sentido de predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 658.

³ CHAPMAN, Audrey R. La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto internacional de derechos económicos y culturales. In: **Boletín de derecho de autor**. v. XXXV, n. 3, p. 40-78, jul./set., 2001. Disponível em: <www.portal.unesco.org/culture.html>. Acesso em: 06 jul. 2005.

litígios enfrentados pelo Estado⁴. Isso é possível quando o processo civil é enfocado como instrumento de tutela de direitos.

Nessa linha, tutela jurisdicional adequada é aquela que efetivamente faz valer o comando de direito material, pois há um nexos mais que instrumental entre este e o direito processual⁵. É o caso da tutela jurisdicional preventiva, única capaz de impor o cumprimento do dever de abstenção estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro na questão das obras musicais.

É necessário que se compreenda que o direito deve ser protegido independentemente da ocorrência do dano, deixando-se de lado a concepção do processo como mero instrumento de reintegração dos direitos subjetivos já violados⁶.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, tem esse compromisso, mas o processo civil tradicional com a sua classificação trinária das sentenças é incapaz de responder positivamente à promessa feita pelo direito material, pois dispõe apenas da técnica ressarcitória, que não possibilita ao juiz determinar um não-fazer conjugado com alguma forma de coerção.

Somente a tutela inibitória, incorporada recentemente ao ordenamento jurídico brasileiro por influência do Direito Italiano, permite ao juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, o que resulta na efetividade da decisão judicial.

⁴ CAPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.71.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1958. pp. 66-67.

⁶ RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1980. p. 136.

2 A justificativa do estudo da tutela inibitória como técnica processual a favor da inviolabilidade do direito do compositor musical

A importância do estudo da tutela inibitória como técnica processual capaz de garantir a inviolabilidade do direito do compositor de obra musical decorre da atualidade da questão da efetividade do processo, cuja discussão ganhou impulso no Brasil a partir de uma nova leitura do artigo 75 do Código Civil Brasileiro de 1.916, sem correspondente no vigente, o qual já dizia que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

Justifica-se a pesquisa em virtude da utilização anômala de ações como o interdito proibitório para a tutela preventiva dos direitos autorais junto aos tribunais⁷, o que foi feito com apoio de processualistas como Pontes de Miranda⁸ e Adroaldo Furtado Fabrício⁹, e que acontecia, antes, pela falta de uma tutela jurisdicional adequada ao direito autoral e que acontece, agora, pelo desconhecimento do instrumento processual contido no art. 461 do CPC.

Destarte, não basta o legislador estabelecer a obrigação de não fazer para os que têm interesse na utilização da obra musical, é preciso que a jurisdição possa, uma vez provocada, por meio de uma tutela específica, impedir a violação da norma.

A demonstração de que a tutela inibitória permite que a jurisdição possa dar uma resposta adequada a todo compositor que tem o seu direito subjetivo ameaçado ou lesionado ganha maior importância neste momento pelo reconhecimento da doutrina de que a própria

⁷ BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. **Apelação cível n. 136298-5** Apelante: Hotel Doral Torres Ltda. Apelado. Escritório Central de Arrecadação –ECAD. Relator: Juiz Costa Barros. Curitiba, 13 de outubro de 1999. D.J. 25 de novembro de 1999. BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. **Embargos infringentes na apelação cível n. 21.010**. Embargante: Escritório Central de Arrecadação – ECAD. Embargada: Rádio Del Rey Ondas Médias Ltda. Relator: Juiz Lelis Santiago. Belo Horizonte, 15 de abril de 1.983. D.J 18 de junho de 1982.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. pp. 309-310. Vol. 13.

⁹ FABRICIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. pp. 571-576. Vol. 8, Tomo 2.

existência do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção efetiva dos interesses tutelados, depende do direito processual¹⁰.

Busca-se, portanto, estabelecer a forma mais adequada de se conferir proteção jurisdicional àquela que é, sem dúvida, a mais conhecida das criações intelectuais, e que já nasce com um destino traçado: a sua execução pública ou privada¹¹.

É pela execução musical, estabelecendo o contato com o público através da sonoridade, que o compositor manifesta a sua arte, razão pela qual já se assinalou que ela se configura “no mais importante de todos os direitos do musicista e deve ser defendido com maior empenho, tanto no campo teórico jurídico, como no terreno prático e patrimonial”¹².

3 A metodologia e o objeto do trabalho

Tendo a presente dissertação o objetivo de demonstrar que existe no novo processo civil uma tutela jurisdicional apta a fazer valer o direito subjetivo do compositor musical de não ter a sua obra executada publicamente sem a sua autorização prévia, pretendemos proceder a uma abordagem dogmática e, ao mesmo tempo, crítica do comportamento da doutrina e da jurisprudência, antes e depois da reforma processual, por meio de pesquisa bibliográfica, a partir da premissa de que o direito de autor é um direito fundamental que deve ser atuado, quando necessário, pela jurisdição.

Nos quatro primeiros capítulos em que o tema é desenvolvido, procuramos, sempre na perspectiva dos direitos fundamentais, demonstrar o desenvolvimento do direito de autor,

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do Direito Material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 57.

¹¹ CHAVES, Antonio. O direito de autor nas obras musicais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 457, p. 13, nov./1973.

¹² BOBBIO, Pedro Vicente. **O direito de autor na criação musical**. São Paulo: Lex, 1951. p. 17.

a falta de uma tutela preventiva adequada no denominado processo civil clássico e, finalmente, a importância da tutela inibitória para obstar a prática do ilícito no campo da execução musical. A última parte, por seu caráter conclusivo, serviu para o convencimento de que a tutela inibitória pode funcionar como instrumento de concretização do direito fundamental do compositor musical.

No capítulo 1, apresentamos o direito de autor como direito fundamental, fato que representa o resultado de uma luta que começou a se desenhar ainda na antiguidade e que foi positivado, como hoje se apresenta, a partir da Revolução Francesa, traçando o seu quadro legal no Brasil. Para tanto, começamos tratando da questão da prevalência dos direitos ditos fundamentais.

O capítulo 2 é dedicado ao estudo da tutela jurisdicional, com especial enfoque na questão do princípio constitucional da adequada tutela jurisdicional como forma de demonstrar que a jurisdição dispõe de vários tipos de tutela, o que possibilitaria a necessária aproximação entre as tutelas do tipo processual e material. Enfatiza-se, já neste tópico, a denominada tutela jurisdicional preventiva com a análise das suas formas de manifestação.

O capítulo 3 foi destinado a provar a inefetividade da tutela jurisdicional preventiva da obra musical no processo civil clássico, examinando as ações então recepcionadas pela doutrina e pela jurisprudência, assim como a classificação trinária das sentenças.

No capítulo 4, apresentamos a tutela inibitória como técnica adequada para evitar a violação do direito de autor. Verificamos os seus fundamentos, pressupostos e modalidades, visualizando-a como uma garantia constitucional posta à disposição do jurisdicionado e como instrumento do juiz no seu dever de dar efetividade e dignidade à justiça. Discorremos sob a técnica da antecipação de tutela, com seus requisitos, o momento da concessão, o princípio da fungibilidade. Tratamos dos instrumentos de efetivação da tutela inibitória na execução não autorizada da obra musical, incursionando pela questão da prisão por

desobediência da ordem inibitória. Não sem antes analisarmos a atividade decisória do juiz no campo das medidas instrumentalizadoras da mandamentalidade dos provimentos inibitórios à luz do princípio da proporcionalidade.

Concluímos procurando demonstrar que a jurisdição dispõe de instrumentos processuais capazes de dar efetividade ao direito fundamental dos compositores musicais.

CAPÍTULO 1

O DIREITO DE AUTOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 A questão da prevalência dos direitos fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 emprestou relevo aos direitos fundamentais colocando-os no limiar do texto constitucional ao mesmo tempo em que deixou claro que são direitos de eficácia imediata (art. 5º, § 1º) e afirmou ilegítima qualquer iniciativa legislativa no sentido de suprimi-los (art. 60, § 4º).

Os direitos fundamentais constituem posições jurídicas subjetivas das pessoas¹³, consideradas individualmente ou institucionalmente, radicadas em um corpo jurídico-político, como resultado da evolução das relações entre o Estado e as pessoas, entre o exercício da autoridade e o clamor natural da liberdade. Por isso, são considerados direitos históricos¹⁴, o que permite identificar o momento correspondente ao nascimento ou ao reconhecimento de cada um deles¹⁵.

Por força dessa natureza histórica, entretanto, entende-se que é impossível o estabelecimento de um conceito conotativo absoluto desses direitos, ao argumento de que não se pode percebê-los a partir de uma única realidade.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 7. Tomo 4.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 72-73.

Nesse sentido, o conceito de direitos fundamentais varia de acordo com o paradigma adotado. Para a teoria liberal eles eram entendidos como meros direitos de defesa oponíveis ao Estado, já para os adeptos da teoria social eles são direitos *a algo*¹⁶.

Pela ótica do Estado Democrático de Direito, porém, apresenta-se como satisfatória a definição de Galuppo para quem “os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático”¹⁷.

Com efeito, direitos fundamentais são todos aqueles que estão inscritos numa Constituição, ainda que se reconheça a existência de direitos fundamentais em sentido material fora dela. Para o reconhecimento destes últimos, torna-se imprescindível a análise de seu conteúdo¹⁸, com o fito de se determinar o grau de repercussão que teriam sobre as relações entre o Estado e a sociedade¹⁹.

Em qualquer dos dois sentidos, o formal ou o material, os direitos fundamentais se destacam dos demais direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico em face de “uma verdadeira nota de fundamentalidade, que consiste em uma especial colocação de tais direitos no conjunto mais amplo de direitos”²⁰.

Cabe esclarecer, ainda, que estando o direito fundamental positivado na Constituição, ele deve ser reconhecido nesta condição tanto no aspecto formal, quanto no material.

Para Müller os direitos humanos não constituem valores, mas verdadeiras normas que carregam em seu conteúdo os postulados de valor da liberdade, igualdade e dignidade da

¹⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 37, v. 147, jul./set., p. 15-25, 2000.

¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 236-237.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 31 jul. 2005.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81.

²⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades, op. cit, p.59.

pessoa humana²¹. De outro lado, Smend afirma que a função dos direitos fundamentais é a de representar os sistemas de valores, dentro de uma realidade social e estatal que busca realizar a integração do ser humano e que está inserido dentro de uma constituição²².

Para Alexy a positivação dos direitos fundamentais em uma constituição significa uma abertura do sistema jurídico ante o sistema da moral, a qual deve ser implementada através de meios racionais²³. Do fato de a norma de direito fundamental estar assente no ápice do sistema normativo constitucional, pode-se concluir que o legislador constituinte traduzindo o sentimento coletivo visou garantir o respeito pela dignidade e emancipação do homem.

Porém, cada direito fundamental encontra seu limite onde termina o seu alcance material²⁴. De fato, não é possível considerar os direitos fundamentais como direitos absolutos, pois, se assim o fosse, uns excluiriam os outros. São direitos relativos, sendo essa relatividade que permite a compatibilidade de todos eles em face da unidade da constituição.

Contemporaneamente os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, o que decorre de uma releitura dos direitos individuais fixados pelo liberalismo. De tal modo, na dimensão subjetiva os direitos fundamentais representam os direitos da pessoa humana, do homem na condição de cidadão, enquanto que na dimensão objetiva comportam os valores da comunidade que, por sua vez, embasam a ordem jurídica²⁵.

Destarte, como os direitos fundamentais expressam os principais valores de uma ordem jurídica dita democrática, não podem ser pensados apenas como direitos de defesa

²¹ MÜLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Trad. Peter Naumann. CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15, 1995, São Paulo. **Anais...** São Paulo: JBA Comunicações, 1995. p. 539.

²² SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 232.

²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 25.

²⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 250.

²⁵ *Idem, ibidem*, p.232.

oponíveis ao Estado, o qual teria o dever de abstenção. Ao contrário, no seu conjunto, eles devem nortear ação positiva dos poderes públicos²⁶.

Conforme Marinoni as duas dimensões dos direitos fundamentais não podem ser confundidas com as suas eficácias horizontal e vertical. Alude à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os poderes públicos e nas relações entre particulares, afirmando que na primeira hipótese existe uma eficácia vertical vinculando o legislador e o juiz, dando-se a eficácia horizontal na segunda hipótese. Diz que surge um problema em relação a esta última na medida em que nas relações entre particulares não existe apenas um titular de direitos fundamentais, razão pela qual seria impossível afirmar uma vinculação (eficácia) como a que incide sobre os poderes públicos. Mesmo assim, entende possível que as normas, como valores objetivos, incidam sobre as relações privadas, com um indivíduo podendo fazer valer o seu direito em relação ao outro, desde que consideradas as particularidades do caso e uma eventual colisão de direitos²⁷.

Por seu turno, Alexy propõe o estudo dos direitos fundamentais em três dimensões, numa tentativa de conciliação de três correntes do pensamento jurídico: o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo²⁸.

Para esse constitucionalista, em opção pela teoria estruturalista, a primeira dimensão do estudo dos direitos fundamentais é a analítica, que compreende o aporte conceitual da investigação; a segunda dimensão é a empírica que se vale das diversas formas de manifestação do direito com predominância na jurisprudência; enquanto na terceira dimensão toma-se como objeto do estudo a doutrina como uma manifestação de poder, a partir de um saber²⁹.

²⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**, p. 3.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 97.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 97-98.

Para a teoria estrutural, os direitos fundamentais constituem normas jurídicas. No entanto, eles não estão completamente descritos no texto da norma jusfundamental. Chega-se a ela através da hermenêutica e da interpretação. Esta teoria está centrada na teoria dos princípios, bem como na teoria das posições.

A teoria das posições, proposta por Alexy, estabelece uma divisão dos direitos fundamentais em três categorias. A primeira delas é constituída pelos chamados direitos a algo. Este tipo pressupõe uma relação triádica entre um titular do direito, um destinatário do direito ou titular do dever e o próprio bem ou objeto do direito. Este direito a algo possui uma faceta positiva e outra negativa. O enfoque negativo trata dos direitos de defesa, que vinculam o Estado a uma prestação na forma de omissão na esfera do indivíduo. Assim, o Estado se obriga a não obstaculizar as ações do titular, a não interferir, e a não destruir posições jurídicas. A faceta positiva constitui-se de ações que o Estado está obrigado a executar, tanto em via fática quanto legislativa. Esta faceta constitui os direitos a ações positivas do Estado: direito de proteção, de organização e procedimento, e ainda os direitos de prestação em sentido estrito, que se consubstanciam nos direitos fundamentais sociais.

A segunda categoria das posições alberga as liberdades. A liberdade jurídica trata da omissão do Estado ante as liberdades que podem ser protegidas ou não através de uma norma.

Na terceira categoria situam-se as competências. Trata-se de normas que outorguem uma alteração à ação do indivíduo. Não se constituem em sinônimos de permissão, pois sua negação equivale a proibir. Na competência, sua negação é a incompetência de agir. As normas de competência criam a possibilidade de atos jurídicos e com eles a capacidade de modificar as posições através dos atos jurídicos³⁰.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

Na abordagem que se faz dos direitos fundamentais, além da questão dos direitos subjetivos, ou conforme Alexy, da teoria das posições, apontam-se alguns princípios de interpretação constitucional, dentre os quais os considerados mais importantes são: o princípio da unidade da Constituição (segundo o qual não existe hierarquia entre as normas constitucionais, pois todas se relacionam de forma a evitar a contradição, assim têm o *mesmo valor*³¹ e igual importância, razão pela qual também este princípio exige um *trabalho de otimização*³² dos direitos e bens jusfundamentais colidentes); o princípio da concordância prática (que determina que nenhum bem constitucionalmente protegido deve ser totalmente sacrificado na ponderação de bens³³ e exige, portanto, o princípio da proporcionalidade para harmonizar os direitos em colisão); o princípio da força normativa da Constituição (que garante que a Constituição atualize-se³⁴ para sua sobrevivência); o princípio da efetividade (segundo o qual a Constituição deve surtir seus efeitos no mundo real, que na preleção de Barroso significa a realização do direito, *a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*);³⁵ e ainda o princípio da interpretação conforme a Constituição (que trata especificamente do controle de constitucionalidade das normas,³⁶ que reza que todas as normas, dentro do ordenamento jurídico, devem estar subordinadas ao sentido constitucional). Muitas vezes estes princípios conseguirão afastar a colisão de direitos, noutras será imprescindível o emprego da ponderação de bens ou do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, ao se admitir o princípio da unidade da Constituição e o da concordância prática, importa referir o princípio integrador, fruto da

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995. p. 269.

³² HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 46.

³³ *Idem, ibidem*, pp. 45-46.

³⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 96.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 220.

³⁶ Dentre os autores nacionais há que se salientar a obra de MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

teoria da integração de Smend, segundo a qual a interpretação da Constituição deve tender a reforçar sua unidade política³⁷.

Adota-se aqui o entendimento de que norma e texto da norma não representam a mesma coisa³⁸. Ainda se reconhece às normas de direitos fundamentais um dúplice caráter: elas podem se constituir em regras e princípios. Mas um modelo puro de princípios ou puro de regras não serve para a estrutura constitucional. Isto porque, segundo Alexy, um modelo puro de princípios faria com que a vinculação jurídica, a rigidez constitucional sucumbissem diante da ponderação, e assim deixaria de conferir à Constituição o respeito que lhe é devido³⁹. De outra sorte, um modelo de regras, a par da evidente segurança jurídica que um modelo deste outorga ao sistema jurídico, também não confere respostas coerentes ao fenômeno da complexidade dos direitos fundamentais, pois esta complexidade acarreta a averiguação das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que, em um sistema de regras, seria impraticável por não conjugar a ponderação⁴⁰, uma vez que as regras, cabe lembrar, funcionam no âmbito da validade, à maneira do tudo ou nada. Por conseguinte, estas condições implicam admitir que um sistema exclusivo de regras ou exclusivo de princípios não se coaduna com a especificidade das normas jusfundamentais que prescindem de um modelo combinado de regras e princípios. Além disso, uma norma-princípio de direito fundamental pode e deve conter uma regra que lhe confira a concreção necessária.

Os direitos fundamentais têm, portanto, a qualidade de verdadeiros princípios, uma vez que ordenam sua realização na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, traduzem os próprios valores sociais, exigindo, assim, a ponderação. Ainda dos

³⁷ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 78.

³⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 69. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 239.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 115-117.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 118-129.

princípios jusfundamentais não expressos pode-se extrair a argumentação correta que remete a uma regra jusfundamental já existente para regular o caso em questão.

Ao se estabelecer que os direitos fundamentais constituem normas que trazem consigo valores fundamentais, que possuem o caráter principal por estarem em uma posição constitucional superior, e considerando que o sistema jurídico trata de um todo coerente, pode-se afirmar que toda aplicação normativa deve radicar em uma unidade de sentido orientada pela prevalência e respeito aos direitos fundamentais. Assim, a questão da interpretação sistemática⁴¹ remete à interpretação conforme a Constituição e aos direitos fundamentais, quando, então, constitui-se em interpretação material, apesar de requererem procedimentos formais para viabilizar a racionalidade das decisões. Além disso, cumpre salientar que a doutrina comumente aceita a tese de que os direitos fundamentais constituem em si mesmos *pautas carecidas de preenchimento*⁴², seja pela sua abertura semântica, seja pela regulação incompleta ou insuficiente⁴³.

1.2 Restrição e conformação de direitos fundamentais

É importante frisar que a colisão entre direitos fundamentais e/ou bens constitucionais juridicamente protegidos pode ocorrer tanto no âmbito legislativo infraconstitucional quanto no âmbito judicial.

No âmbito legislativo, opera-se através de restrição (ou limitação) e configuração (ou conformação). A restrição realiza-se através de normas legais que limitam ou restringem

⁴¹ FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁴² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 514.

⁴³ “[...] o texto normativo genérico previamente dado não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece o ponto de partida para sua construção diante do caso concreto.” Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 222.

posições *prima facie* de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, as normas conformadoras são aquelas que definem, em uma relação de complementação, o conteúdo dos direitos fundamentais⁴⁴.

No tocante às normas restritivas de direitos, verificam-se dois aspectos: os limites internos, ou restrições diretamente constitucionais, conforme Alexy, que nega o caráter de limite interno, aqueles limites impostos pelo próprio legislador constituinte. Para ele a norma aqui significa uma regra que transmuta um direito *prima facie* em um *não direito definitivo*⁴⁵. O outro aspecto diz respeito aos limites externos. Diz respeito a restrições indiretamente constitucionais, limites ou restrições impostas pelo legislador ordinário, previamente autorizado pelo legislador constitucional. Tais reservas de lei não constituem restrições, mas a sua própria fundamentação⁴⁶.

Ressalte-se que toda e qualquer restrição somente se justifica pela necessidade de preservar a unidade da Constituição e harmonizar os direitos e bens constitucionalmente protegidos⁴⁷. Não obstante, os direitos fundamentais servem como limites à atuação do legislador ordinário, ao qual cumpre apenas explicitar e interpretar o conteúdo jusfundamental⁴⁸, não lhe sendo lícito criar, ampliar ou reduzir o teor do direito fundamental numa posição *prima facie*. Seriam restringíveis tão somente os bens protegidos pela norma jusfundamental e as posições *prima facie* concedidas pelos princípios de direitos fundamentais. Assim, a restrição constitui-se em norma que restringe os direitos fundamentais a partir da posição mencionada⁴⁹.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995, p. 131.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales., 1993, pp. 277-279.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, pp. 272-273.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 88.

⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 226.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 272.

Diferentemente da restrição de direito fundamental, a conformação não necessita de prévia autorização constitucional, uma vez que ela deriva diretamente da estrutura de repartição de competências determinada pela própria Constituição⁵⁰. Cabe, ainda, ressaltar a teoria dos limites imanentes⁵¹. Numa certa acepção, ela visa justificar as restrições de direitos fundamentais que não contenham uma reserva de lei. Consideram-se, então, estes limites como implícitos no sistema constitucional devido à sua unidade e à possível tensão *in concreto* dos direitos e bens constitucionais.

Para Müller, tais limites constituem-se em aspectos do próprio conteúdo material do direito⁵². Outra posição entende os limites imanentes não como parte do conteúdo do direito, mas como seus limites mesmos. Mormente as divergências doutrinárias, a tese da existência dos limites imanentes é amplamente aceita, contrariamente ao que se constata na sua fundamentação⁵³. Alexy esclarece que os limites imanentes são resultados da ponderação de bens ou de direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais sem reserva de lei não são passíveis de restrição apenas em uma ótica *prima facie*⁵⁴. De fato a restrição pode ocorrer quando dois direitos ou bens constitucionalmente protegidos colidem. Além disso, ilustra que a ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade é uma restrição, e nunca de uma

⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 226.

⁵¹ GUERRA FILHO, W. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 68. “A doutrina da limitação imanente da restrição de direitos fundamentais, pelo respeito à dignidade humana é de origem alemã, remetendo ao imperativo categórico da ética kantiana, com sua determinação de que a boa conduta seja aquela universalizável, donde decorre, entre outras, a proibição de que, nas relações humanas, os sujeitos sejam tratados como objetos, como meios para a consecução de certos fins, sejam eles quais forem. [...] Entre nós, já antes de vigorar a atual Constituição do país, já se defendia que “o núcleo dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”.

⁵² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 43.

⁵³ A discussão acerca das divergências acerca da justificação doutrinária dos limites imanentes, entre outras, cláusula da comunidade, da medida ou o abuso de direito, não é objeto central deste trabalho, por isso remete-se à obra de Juan Carlos Cavara de Cara, constante da bibliografia.

⁵⁴ ALEXY, *idem*, pp. 119-124.

configuração de direito⁵⁵, pois a configuração não se refere às normas do tipo mandamentos e proibições, mas normas de competência⁵⁶.

A Constituição brasileira de 1988 não prevê a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais, porém, segundo Mendes, admite-se a possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem reserva de lei pelo legislador ordinário, decorrente dos denominados limites imanentes⁵⁷.

Contudo, cabe alertar que a teoria dos limites imanentes serve à restrição legislativa, todavia a restrição na esfera judicial, no caso concreto, faz-se por meio do princípio da proporcionalidade⁵⁸. Desta forma, os limites imanentes convêm apenas à restrição legislativa de direitos sem cláusula de reserva de lei, mas não à restrição *in concreto*.

Entendeu-se apropriada a incursão na questão dos direitos fundamentais, que será retomada mais adiante, porque a partir da constatação de que o direito de autor se insere nessa categoria especial de direitos pode-se discutir a sua proteção no âmbito jurisdicional, especificamente na colisão com outros direitos fundamentais do cidadão.

1.3 A evolução histórica do direito de autor: a positivação de um direito fundamental

Como antecedente de qualquer análise sobre a evolução histórica do direito de autor, faz-se necessário lembrar que no mundo existem duas doutrinas legais de proteção a esse

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p.328.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 324.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 1998. pp. 86-87.

⁵⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

direito, as quais apesar de terem pontos em comum decorrem de filosofias diferentes. São elas: o *copyright* e o direito de autor. A primeira, ligada ao *commow law*, tem como premissa filosófica a utilidade, pela qual se procura estimular da forma mais ampla possível a criação de bens decorrentes da atividade intelectual dos indivíduos ao custo mais baixo possível. A segunda, ligada ao direito civil, de tradição franco-romana, teria como substrato a idéia, própria do direito natural, de que a proteção da obra intelectual é uma questão de justiça. É desta última que faremos aqui uma síntese histórica.

O direito de autor era desconhecido na antiguidade, embora a doutrina identifique entre os romanos uma manifestação desse direito numa perspectiva moral⁵⁹⁶⁰, podendo o autor dispor da publicação da sua obra, com os plagiadores sendo discriminados socialmente. Havia, então, a *actium injuriarum*, que permitia a defesa dos interesses da personalidade intelectual, mas, segundo Bittar, invocando Eduardo J.V. Manso, tratava-se de direito sem sanção prática, com efeito apenas infamante ao violador⁶¹.

O que mostra a diferença entre o *copyright*, de ascendência anglo-saxônica, e o direito de autor, de ascendência franco-romana, é exatamente esse direito moral que era concedido ao intelectual romano. Como se sabe, os gregos, que influenciaram fortemente os conquistadores romanos, não se preocupavam com a manifestação patrimonial das suas obras literárias, produzindo por puro amor à arte. Nesse ponto, aliás, era importante a figura do mecenas, o qual oferecia proteção econômica aos artistas que, livres das questões econômicas do dia-a-dia, dedicavam-se à criação.

Com o aparecimento da imprensa no ano de 1450, a produção intelectual passou a ser textualizada e reproduzida mecanicamente de forma ilimitada. Percebeu-se, com isso, que

⁵⁹ CASELLI, Piola. Diritti di autore. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. 5, 1957. p. 676.

⁶⁰ GOLDSTEIN, Paul. **International copyright, principles, law and practice**. Oxford: Universidade Press, 2001. pp. 3-4.

⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 6.

havia uma disparidade de custos entre a primeira cópia e as que se seguiam, fazendo surgir o aspecto econômico da obra intelectual.

Por força dessa questão econômica, a produção intelectual passou a depender de privilégios que eram concedidos pelos monarcas da época. O privilégio, que consistia na possibilidade de exploração econômica da obra por prazo determinado, dependia do exame e aprovação do Conselho do Rei Ricardo XV, ao qual cabia, inclusive, o estabelecimento do respectivo preço⁶². Era, porém, um privilégio em favor das editoras que faziam e comercializavam as obras, e não dos autores.

A luta pelo reconhecimento do direito de autor e a conseqüente proteção da obra intelectual culminou com a sua positivação numa lei ordinária. Foi na Inglaterra, em 10.04.1710, por ato da Rainha Ana, que o Estado passou a reconhecer o direito de autor, instituindo o *copyright*, direito sobre as cópias impressas de livros⁶³. Inicialmente destinada à proteção somente das obras literárias, a lei sofreu alterações ao longo do tempo, passando a proteger, por exemplo, as obras dramáticas, em 1833, e as obras musicais, em 1842.

As idéias contidas no Estatuto da Rainha Ana acabaram por influenciar o mundo todo. Na França, os monopólios de impressão terminaram com a Revolução, com a Lei de 13 de janeiro de 1791, considerada a primeira Lei francesa a tutelar os interesses do autor, reconhecendo o direito de representação. A ela, seguiu-se a lei de 19 de julho de 1793, a qual regulou a questão da reprodução não autorizada das obras intelectuais, inclusive as musicais. Assim, pela primeira vez os autores viram os seus direitos de propriedade sobre a obra, artística, literária ou científica, serem reconhecidos pelo Estado, perdendo, com isso, os editores que passaram à condição de adquirentes.

⁶² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 7.

⁶³ CHAVES, Antonio. **Direito autoral de radiodifusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1952. p.17.

Com a proteção legal, inclusive do direito de herança, gerou-se a expectativa de que o futuro não repetiria os dramas dos filhos de Strauss e de Milliet, cujas obras rendiam milhões aos empresários e negociantes de artes, enquanto os herdeiros morriam de fome⁶⁴.

Mas foi a Convenção de Berna de 1886 que fixou um sistema de proteção internacional dos direitos de autor, estabelecendo uma ponte entre as tradições jurídicas do *copyright* e do direito de autor, abrindo a porta para uma série de tratados internacionais que passaram proteger a então chamada propriedade intelectual. Prestigiada até hoje, ela foi revisada nas convenções de Paris (1896), de Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971).

A 10 de dezembro de 1948, foi proclamada solenemente, em Paris, pela Assembléia das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagrando o direito de autor como direito fundamental no art. 27, em que se afirmou primeiro que “Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”, e depois que “Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja o seu autor”.

Foi por ocasião da criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1827, no art. 7º. da Lei Imperial, que se incluiu pela primeira vez uma norma protetiva do direito de autor, porquanto estabelecia que os autores de compêndios teriam o privilégio exclusivo da obra por dez anos. Em seguida sobreveio a legislação penal, em 1830, tipificando o crime de violação ao direito de autor, enquanto a Lei nº 496, de 1898, foi a primeira a tratar sistematicamente o direito de autor no nosso país, ela compunha-se de vinte e oito artigos que diziam quais as obras protegidas, os prazos de duração, regulando até os seus direitos patrimoniais.

⁶⁴ SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do direito autoral**. Rio de Janeiro: Gráfico Mangione, 1946. p. 15.

A matéria foi finalmente consolidada no Código Civil de 1916, o qual classificou o direito de autor como bem móvel (art. 48, III), regulando-o nos arts. 649-673, sob o título “Da Propriedade Literária, Científica e Artística”. Seguiram-se vários decretos e leis tratando das mais diversas questões relacionadas com a questão autoral, como a outorga de licença para a realização de representações e execuções públicas e para as transmissões pelo rádio ou televisão, caso da Lei nº 2.415, de 1955.

Marco importante na evolução do direito de autor no Brasil foi a Lei nº 5.988, de 14.12.1973, na medida em que reuniu num só diploma os direitos de autor e os direitos conexos que até então eram tratados separadamente e avançou em questões como a gestão coletiva da obra musical, impondo a criação de um órgão centralizador que se denominou “Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD”, existente até hoje.

Atualmente o direito de autor é regido pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a qual utilizou a expressão genérica “direitos autorais” para abarcar os direitos de autor, que conferem dois direitos ao criador da obra, um pessoal e outro econômico, e também os direitos conexos, protetores dos interesses dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas, e dos organismos de radiodifusão. Com essa lei, em razão da nova realidade internacional, houve uma atualização necessária da revogada Lei 5.988/73, cujos preceitos básicos foram preservados.

A nível constitucional, o direito de autor só veio a ser garantido na de 24/2/1891, onde se recepcionou o princípio da exclusividade, por influência da Convenção de Berna, ocorrida poucos anos antes, tendo sido mantido em todas as constituições que se seguiram com exceção da de 1937, que, além de se omitir sobre a questão autoral instaurou a censura prévia.

Restaurada a proteção na Constituição de 1946, no parágrafo 19 do art. 141, como direito fundamental da pessoa humana, ela foi mantida em todas as demais, estando consagrada no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da atual Carta Constitucional.

Atualmente, em razão da chamada “indústria do lazer” e da importância que é atribuída a todas as produções intelectuais, com um sistema de comunicação que ultrapassa fronteiras na velocidade da Internet, o direito de autor vem sofrendo forte ingerência do Estado. Não é por outra razão que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais sobre o tema, tendo firmado o Tratado Sobre Registro Internacional de Obras Audiovisuais e TRIP’S no âmbito do GATT⁶⁵.

1.4 A música como obra protegida: a questão da execução não autorizada da obra musical

A Constituição protege a obra musical não só materialmente, mas também processualmente. Tal conclusão decorre do disposto nos incisos XXVII e XXXV do art. 5º. O primeiro estabelece um dever de abstenção para terceiros que queiram fazer uso da obra musical, na medida em que exige, para isso, a autorização do autor ou do seu representante legal; o segundo garante o acesso à justiça quando o direito encontra-se ameaçado, abrindo a possibilidade de uma tutela que previna o próprio ilícito, independentemente da ocorrência de dano.

No campo infraconstitucional, dispomos da Lei nº 9.610, que repete a proibição constitucional nos artigos 28 e 29, e o art. 461 do CPC, com a tutela inibitória de natureza

⁶⁵ PIMENTA, Eduardo S. **Código de direitos autorais e acordos internacionais**. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 20.

preventiva, como meio de fazer valer os direitos do compositor afirmado nos dois planos legais.

A tutela preventiva de direitos, portanto, consiste numa garantia do cidadão, numa regra geral e não numa excepcionalidade como já se afirmou em épocas passadas⁶⁶.

De tal modo, é importante trazer à colação o que dispõem os preceitos protetivos relacionados diretamente com a obra musical.

Na Lei nº 9.610, de 19.2.98, o art. 24 diz que entre os direitos morais do autor estão (I) o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; (II) o de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o autor, na utilização de sua obra; (III) o de conservar a obra inédita; (IV) o de assegurar a integridade, opondo-se a quaisquer modificações ou práticas que possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; (V) o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; (VI) o de retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem. O art. 28 da mesma lei diz que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, enquanto o art. 29, também do mesmo diploma legal, é claro ao estabelecer que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, como (inciso VIII) a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante (b) execução musical, e depois de exemplificar várias situações, conclui estendendo o dever de abstenção para quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

A Lei nº 9.610 também trata das sanções às violações dos direitos autorais, o que faz a partir do art. 101, sendo relevante para o nosso trabalho a disposição do art. 105, que permite ao autor pedir a um juiz a imediata suspensão da execução da obra musical quando

⁶⁶ VON TUHR, Andreas. **Derecho civil**: teoria general del derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, 1948. p. 165. Vol. 3.

esta estiver sendo utilizada mediante violação dos direitos autorais, ressalvando que isso acontecerá sem prejuízo de multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis.

O direito de autor, como se viu, confere ao criador da obra intelectual dois grupos de prerrogativas: o direito moral, também denominado direito personalíssimo, e o direito patrimonial. São dois aspectos do mesmo direito. Embora a Constituição tenha realçado o aspecto patrimonial do direito de autor, ali também se encontra o fundamento dos direitos morais positivados na Lei nº 6.910/98, com o rol de direitos que inclui a honra, a dignidade humana e a imagem.

Torna-se necessário que se proceda à identificação da tutela substancial do direito de autor, nos dois planos do ordenamento jurídico, a natureza, o objeto, e o conteúdo desses direitos, o regime da obra musical e as hipóteses de execução não autorizada da obra musical.

Nos termos da lei que rege a matéria, a obra musical protegida corresponde à melodia original, com ou sem letra. Em se tratando da violação do dever de abstenção, no sentido da sua não-execução pública, independentemente do intuito de lucro, não há nenhuma interferência na natureza da obra.

A violação diz respeito, e nisso consiste, ao necessário consentimento do autor ou do seu representante para a comunicação pública da obra. Trata-se, lamentavelmente, de situação bastante comum, pois quase que diariamente pode-se perceber a utilização pública de obras musicais, até pelos próprios entes públicos, sem a devida autorização. Nesses casos, resta ao autor a tutela ressarcitória, porque o seu direito absoluto de decidir sobre esse tipo de utilização da sua criação já foi violado sem qualquer possibilidade de restauração. Por isso, a tutela inibitória que evita a ocorrência do próprio ilícito e, por consequência, do dano, é a técnica processual mais adequada para proteção do direito de autor.

Essa proteção conferida pelo Estado ao compositor musical, como acontece com qualquer criador intelectual, não visa atender apenas o seu interesse individual, mas também o interesse do público destinatário. Assim, procura-se equilibrar a exclusividade do direito de autor, necessária para estimular a produção intelectual, com o interesse público da coletividade pela divulgação dessas obras pelos mais diversos meios de comunicação⁶⁷.

1.5 A natureza jurídica do direito de autor

Um dos maiores problemas teóricos do direito de autor é o de se determinar a sua natureza jurídica, razão pela qual foram elaboradas as mais diversas teorias para explicá-la sem que se possa dizer que uma delas foi universalmente aceita.

Entre as mais antigas temos a que vê o direito de autor como um privilégio, podendo-se encontrar a sua origem nas graças concedidas pelos monarcas, que é lembrada aqui apenas para efeito histórico. Por ela o autor não teria um direito com base na sua criação intelectual, mas como decorrência de uma concessão legal do Estado em razão do interesse da sociedade em estimular as criações do espírito.

Vamos procurar nos fixar nas mais importantes, que podem ser divididas em personalistas e patrimonialistas. Pelas primeiras, derivadas das idéias de Kant, a atividade criadora do homem seria inseparável da sua exteriorização, ou seja, a personalidade não poderia ser dissociada da sua inteligência. De tal modo, qualquer violação ao direito de autor representaria um obstáculo ao exercício da sua liberdade pessoal. Essa teoria deu origem ao que hoje se conhece como direito moral do autor.

⁶⁷ DUVAL, Hermano. **Violações dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. pp. 224-225.

As teorias patrimonialistas, propriedade, quase-propriedade, bens jurídicos imateriais, estabelecem a nota mercantilista do direito de autor, o que acontece com fulcro na idéia de exploração exclusiva da obra, com aplicação dos atributos da propriedade ao direito de autor.

Observa-se, entretanto, que o direito positivo tem prestigiado a orientação que resultou da Convenção de Berna, consagrando uma proteção dualista ao autor da obra intelectual, reconhecendo-lhe prerrogativas morais e patrimoniais.

Pretende-se aqui chegar a uma conclusão sobre a natureza do direito de autor, pelo lado do seu reconhecimento como direito fundamental positivado na Constituição brasileira, com o objetivo de determinar o tipo de técnica processual mais adequado à sua realização no plano fático. Para tanto, partimos da discussão que há a respeito da sua inclusão na classificação romana de direitos.

Como ponto de partida, podemos considerar os direitos de autor como aqueles direitos conferidos pela lei ao criador de toda obra intelectual ou artística. Por estes direitos a lei define com clareza o reconhecimento jurídico dos criadores outorgando-lhes a qualidade de autor, assim como o direito a que suas obras não sejam levadas ao público sem a sua autorização.

Não se desconhece, por outro turno, que o ordenamento jurídico protege o autor contra a possibilidade negativa de ofensa à sua honra, ao seu privilégio ou à sua reputação. Para alguns⁶⁸, os direitos de autor são um sinônimo de propriedade intelectual e consistem em uma série de direitos que se exercitam sobre bens incorpóreos, como uma produção científica, artística ou literária, uma música, ou correspondência, reservando-se o termo “propriedade industrial” para todos os inventos, marcas e nomes comerciais.

⁶⁸ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil**: segun el tratado de planiol. Traducción de Delia Garcia Daireaux, t. I. Buenos Aires: La Ley, [s.d]. p. 402. CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1951. pp. 313-314. Vol. 1.

Esses distintos direitos têm sido erroneamente denominados com o nome genérico de “propriedades intelectuais” designando-se respectivamente as espécies com os nomes de propriedade científica, literária, artística e dramática.

Quando o direito civil e a legislação positiva falam da propriedade, se referem a todos os bens corpóreos, compreendendo todos os que são suscetíveis de posse material e exclusiva. Em relação aos bens incorpóreos, diz-se que não são suscetíveis de posse material, obviamente porque não têm um corpo, nem de posse individual tampouco exclusiva como consequência de não serem corpóreos. A rigor, não constituem formas de propriedade, senão direitos de natureza distinta.

Resta, agora, determinar se ante este tipo de direito estamos na presença de um direito pessoal. Pois bem. Os direitos pessoais implicam relação jurídica entre duas pessoas determinadas, como acontece entre um credor e um devedor, e simultaneamente uma faculdade nascida dessa relação para exigir do devedor uma prestação ou uma abstenção. Resulta claro que, no caso dos chamados bens imateriais, torna-se inadequado qualificá-los de direitos pessoais.

Costuma-se dizer que nesse tipo de direito acontece uma situação similar à dos direitos reais, o que acontece em razão do poder jurídico que se exercita por uma pessoa específica ou determinada (o autor da obra) com o fito de aproveitá-la de forma total ou parcial, segundo as circunstâncias, e desde logo para opor esse direito a terceiros⁶⁹.

Nessa linha, já se afirmou que a distinção entre os direitos pessoais e os direitos reais se faz a partir do tipo de oponibilidade do direito e do poder que lhe conferem. Depois de ressaltar que isso só se aplica aos direitos patrimoniais, essa doutrina reconhece que os direitos não patrimoniais se aproximam dos direitos reais, diferindo apenas quanto ao poder que se confere ao titular do direito⁷⁰.

⁶⁹MORAIS, Walter. **Questões de direito de autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 43.

⁷⁰RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil**: segun el tratado de planiol, cit., p. 467.

Cumpra observar que não mais se insiste na distinção entre direitos absolutos e relativos, indetificando-os, respectivamente, entre situações reais e situações de crédito, pelo reconhecimento de uma terceira geração de direitos a impor o dever de solidariedade⁷¹, pelo qual “todos devem respeitar qualquer situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação em relação a todos”⁷².

Então, temos até agora pelo estudo dos direitos reais sobre bens corpóreos, como poderes jurídicos que se exercitam sobre coisas materiais, mudando, desde logo, não a natureza do direito, senão a natureza do objeto sobre o qual se exercita o direito. No lugar de exercer-se um poder jurídico sobre um bem corpóreo determinado, se exercita um poder jurídico sobre um bem incorpóreo⁷³.

Por conseguinte, o poder se exerce sobre algo incorpóreo, produto da inteligência e da criatividade sobre uma idéia, mas que é suscetível também de render economicamente, de traduzir-se em uma exploração pecuniária, porque se trata de idéias que podem ser exploradas comercialmente. Isso não significa, entretanto, que a obra intelectual seja um bem patrimonial, porquanto não pode ser substituída por pecúnia, sendo, em si mesma, um bem inestimável economicamente.

Por outro lado, apenas o autor pode decidir sobre a conveniência ou não da divulgação da sua produção intelectual, configurando-se assim o direito de inédito reconhecido por todos como uma faculdade moral⁷⁴.

Desde o momento em que uma idéia pode ser matéria de um poder jurídico que se traduza em uma exploração, logo o direito vem proteger os interesses do autor, para regulamentar a forma como o desfruta, para impedir que os demais tratem de se aproveitar

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 10, jan./mar./2000.

⁷² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 141-142.

⁷³ Entende-se que o bem incorpóreo constitui a idéia do autor de uma obra literária, artística ou dramática, incluída especificamente a música.

⁷⁴ MORAIS, Walter. **Questões de direito de autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 66.

dessa idéia. Por essa ótica foi que surgiu o que se tem designado, até agora, equivocadamente, como propriedade intelectual.

Atualmente, porém, só se pode aceitar os termos “propriedade intelectual”, “propriedade imaterial” ou “propriedade literária, artística e científica” em um contexto de discurso histórico. Não se pode negar, entretanto, que se trata de uma terminologia fundada na tradição, tendo sido deveras importante para a afirmação do direito de autor como direito fundamental.

De fato, conforme já foi colocado neste capítulo, a proteção dos interesses do autor começou com base no direito de propriedade, o que aconteceu logo após a Revolução Francesa. O novo regime, acabando com o sistema de privilégios concedidos somente aos editores, instituiu por lei uma proteção em favor do autor. A intenção do legislador francês de 1793 em localizar o direito de autor no instituto romano da propriedade pode ser aferida pelo modo como se expressou o relator, Le Chapelier: “a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se assim posso dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra, fruto do pensamento de um autor”⁷⁵.

Não obstante, o autor de uma obra opõe seu direito a todo mundo. No caso, com grande clareza, a relação jurídica exposta se estabelece entre um sujeito ativo e um sujeito passivo universal, o que se coloca apenas de forma provisória. Desde logo se verifica que se trata ademais de um dever geral de abstenção, ou seja, de não publicar a obra sem a permissão do seu autor, de não reproduzi-la, de não imitar a obra artística, de não executar publicamente uma obra musical sem a autorização do autor ou do seu representante, configurando um dever negativo de abstenção.

Todo o problema relacionado com a natureza do direito de autor reside na insistência em enquadrá-lo numa das categorias oriundas do direito romano, o que já foi identificado na

⁷⁵ JESSEN, H. **Direitos intelectuais dos autores, artistas produtores de fonogramas e outros titulares**. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967. pp. 24-25.

sua origem. Tentou a doutrina, até utilizando o princípio excludente, colocar o direito de autor no âmbito dos direitos reais. Para isso, passou a considerar a propriedade sobre dois aspectos. No primeiro deles, no sentido amplo, a propriedade abarcaria toda e qualquer coisa que possuísse um valor pecuniário. No segundo, mais restrito, a propriedade abrangeria somente as coisas corpóreas, tangíveis, e, portanto, passíveis de domínio. Evidentemente, não é mais possível se diferenciar propriedade e domínio, na medida em que o legislador não faz nenhuma distinção, empregando os dois vocábulos para designar o mesmo conteúdo, o que acontece desde o Código Civil revogado⁷⁶.

Na verdade, os direitos autorais não podem ser inseridos nem nos direitos reais, nem nos direitos pessoais. Há de se separar a essência da aparência, porquanto se trata de um bem imaterial, incindível, mas com dupla conotação: moral e patrimonial⁷⁷. Revela-se, assim, um direito especial, *sui generis*, porquanto nele se alojam tanto direitos morais, quanto direitos patrimoniais⁷⁸.

Com essa natureza, já se afirmou com propriedade que a maneira pela qual os direitos autorais são utilizados, com remuneração ou sem remuneração, não descaracteriza a sua natureza extrapatrimonial⁷⁹. Assim porque, como, aliás, já se frisou, a sua proteção decorre do fato de que os autores intelectuais desempenham uma função espiritual cujo benefício se estende a toda humanidade, se perpetua no tempo e influi essencialmente na evolução da civilização, conforme consta no primeiro artigo da Carta da Confederação Internacional de Sociedades de Autores e Compositores (CISAC).

Se assim não fosse, o direito à imagem poderia ser descaracterizado de sua natureza não patrimonial, pois com ela o seu titular pode auferir vantagem pecuniária no campo da

⁷⁶ FRANÇA, Rubem Limongi. **A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. p. 53. DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. p. 50 (tese não publicada).

⁷⁷ GRECO, Paolo. Beni immateriali. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, v. 2, 1957, p. 357.

⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4 ed. rev. atual. e ampliada em conformidade com a Lei. 9.610, de 19.02.1998, por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. pp. 10-11.

⁷⁹ DUARTE, Simara Carvalho, *idem*, pp. 65-66.

publicidade, como se percebe todos os dias com relação a determinados artistas, esportistas e “celebridades”.⁸⁰

A renovação científica proposta pelo movimento de constitucionalização do direito civil⁸¹ oferece uma saída para a *prisão conceitual* da classificação romana de direitos, proporcionando que se analise o direito fundamental do autor buscando-se o valor que a norma visa proteger. Nessa linha, existe autorizada orientação no sentido de que “[...] é preciso compreender que certos direitos possuidores de uma feição de direitos personalíssimos podem ter outra feição, simultaneamente, como de alguma natureza patrimonial-pecuniária, como é o caso do direito autoral [...] Há certos direitos personalíssimos que têm dupla feição, sentidos em que um fim não anula o outro”⁸².

Ora, funcionalmente o direito de autor assim se apresenta e assim é protegido. Com efeito, ele foi estruturado a partir de dois interesses aparentemente conflitantes, que correspondem ao interesse individual do autor e o interesse geral da coletividade. O primeiro, gira em torno da proteção e da retribuição pecuniária do resultado do seu talento criador; o segundo, para o uso da obra pela coletividade⁸³.

Tal estruturação, pode-se dizer, foi informada pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF) e pelos princípios de participação e proteção contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, especificamente em seu art. XXVII, onde se afirma que todos têm o direito de participar livremente da vida cultural da humanidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios, assim como à proteção dos *interesses morais e materiais* decorrentes da sua produção intelectual.

⁸⁰ . DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. p. 66 (tese não publicada).

⁸¹ FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 123.

⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 124.

⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor**. 2. ed. rev., atual. e ampliada em conformidade com a Lei. 9.610, de 19.02.1998, e de acordo com o novo Código Civil por Eduardo Calos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138-139.

A releitura do direito sob a luz da Constituição autoriza a conclusão de que os direitos fundamentais não podem mais ser visualizados na forma tradicional, isto é, como meros direitos de defesa, com o fito único de proteger algumas posições subjetivas contra a intervenção do Estado⁸⁴.

De fato, o direito contemporâneo contempla valores totalmente diferentes dos que marcaram as concepções do fim do século XIX. A Constituição brasileira estabeleceu como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como forma de promover o bem de todos (art. 3º, I e IV). Consagra, portanto, os valores da igualdade e da solidariedade como instrumentos da dignidade social do cidadão⁸⁵.

Nessa linha, a do homem solidário, a norma jurídica não pode mais ser simplesmente considerada como uma relação direito/obrigação entre dois sujeitos⁸⁶, porque isso representa uma visão individualista incompatível com o atual sistema constitucional, que concebe a comunidade em função do homem e não o contrário⁸⁷. Conseqüentemente, o direito subjetivo pode ser considerado, para efeito de tutela concreta, independentemente da noção de relação jurídica⁸⁸.

Na dimensão conceitual que se dispensou à relação jurídica, em que existe um sujeito ativo, a quem é conferido uma vantagem, e um sujeito passivo, a quem é imposta uma desvantagem, ela não serve aos direitos reais, relacionados com a utilidade da coisa, como diz Marinoni⁸⁹ com base na doutrina civil italiana⁹⁰. Na primeira hipótese, o adimplemento depende da atuação do sujeito passivo, o que não ocorre na segunda hipótese, por isso o

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**, p. 2.

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p. 37.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p. 377.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro, *idem*, p. 38.

⁸⁸ COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. Milano: Giuffrè, 1980. p. 21.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, *op. cit.* 378.

⁹⁰ COMPORTI, Marco. **Diritti reali**, p. 36.

mesmo autor conclui no sentido de que o conteúdo do direito real não há de ser encontrado no dever jurídico de abstenção, mas sim naquele de utilidade da coisa.

Tendo como fio condutor do seu raciocínio a idéia de que todos os direitos são relativos em relação ao objeto e absolutos no que diz respeito à sua inviolabilidade, Marinoni distingue a oponibilidade da exigibilidade⁹¹, demonstrando que a primeira implica inviolabilidade do direito por terceiros, enquanto a segunda compreende o poder que tem um sujeito de conseguir uma prestação de um outro sujeito em determinada relação jurídica.

Seguindo com base na doutrina de Comporti, Marinoni anota que no que tange à sua existência e à sua tutela perante terceiros, todos os direitos são absolutos, residindo a diferença no âmbito de sua realização, porquanto alguns realizariam o seu conteúdo independentemente da atuação de um terceiro, podendo ser tidos como absolutos. Outros direitos, porém, só realizariam o seu conteúdo na relação (jurídica) com outros sujeitos⁹².

Segundo Marinoni, portanto, “[...] todo direito é inviolável; o conteúdo particular de cada direito é que pode dispensar, ou não, uma colaboração alheia”⁹³. De fato, o compositor musical não precisa da atuação de um terceiro para que o seu direito se realize, pois cada execução pública da sua obra depende unicamente do seu consentimento. Se uma pessoa individual ou coletiva, ou mesmo um Poder Público, ameaça esse direito, nasce para o titular do direito de autor a possibilidade de se opor ao eventual agressor, pela via jurisdicional, para que este se abstenha de praticar o ato ilícito. Isso é possível por uma única razão, qual seja, a de que o ordenamento jurídico tem um compromisso com a inviolabilidade dos direitos autorais, conferindo-lhe a tutela preventiva adequada⁹⁴.

⁹¹ Sobre a distinção entre oponibilidade e exigibilidade ver: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 173-175. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 140-141. COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. Milano: Giuffrè, 1980. p. 26.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p. 378.

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 379.

⁹⁴ Marinoni utilizou como exemplo o direito à imagem.

CAPÍTULO 2

A TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA: DIREITO CONSTITUCIONAL DO COMPOSITOR MUSICAL

2.1 Considerações introdutórias: a origem da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro

Uma breve incursão na história do direito processual brasileiro permite localizar a tutela preventiva à época das Ordenações do Reino que disciplinavam de forma clara a tutela inibitória dotada de instrumentos de coerção voltados para fazer valer a pretensão inibitória. É o que se percebe nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título LXXX, § 6º.) no tratamento dispensado à prevenção de direitos, pois ali se dizia que “a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juízes da terra, improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal aggravo”. O não cumprimento da ordem pelo demandado permitia ao magistrado tomar medidas no sentido da restituição das coisas ao estado anterior e, ao mesmo tempo, punir o infrator. Dispositivos semelhantes podem ainda ser encontrados nas Ordenações Manuelinas, mais especificamente no Livro III, Título LXII, § 5º a 7º⁹⁵.

Indica a doutrina que a origem das ações preventivas está nos interditos proibitórios do direito romano (*uti possidetis*), ressaltando-se, como acima ficou claro, que o direito luso-brasileiro ampliou a aplicação da tutela preventiva, que entre os romanos ficava restrita à questão possessória. Não obstante, cumpre ressaltar que apesar das Ordenações do Reino

⁹⁵ Sobre a inibitória no direito brasileiro vale conferir: ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d]. p. 213-225.

possibilitarem tanto ações de cunho possessório, quanto de cunho pessoal, respectivamente o interdito proibitório e a ação de preceito cominatório, em ambas se fazia presente a tradição romana de conferir poder de *imperium* ao juiz.⁹⁶

O Código de Processo de 1939, adotando melhor técnica, tratou separadamente a tutela preventiva (inibitória) com as ações de natureza possessória e as ações de natureza pessoal. Com efeito, o art. 302 desse código estabelecia um rol de hipóteses específicas de ação cominatória, contendo no seu último inciso, o décimo segundo, a possibilidade do ajuizamento desse tipo de demanda toda vez que alguém, com base em lei ou convenção, tivesse pretensão no sentido de que outrem se abstivesse de praticar algum ato ou que prestasse fato em determinado lapso temporal. Visando dar efetividade a uma eventual decisão favorável ao demandante, o art. 303 permitia que este requeresse na inicial o estabelecimento de multa diante do descumprimento da ordem. Tal dispositivo, entretanto, acabou perdendo a sua força face ao entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que a multa em questão só poderia incidir após o trânsito em julgado da decisão.

A tutela preventiva também foi objeto de preocupação do legislador do Código de Processo Civil de 1973, o qual, consagrando o princípio da incoercibilidade das obrigações, decorrente da idéia liberal de prevalência da liberdade individual em contraposição à autoridade estatal, inseriu no seu art. 287 a ação cominatória consagrando o entendimento esposado pela doutrina anterior no sentido de que a pena pecuniária só poderia incidir em caso de descumprimento da sentença, possibilitando, assim, o que é conhecido como “condenação para o futuro”.

Além da ação cominatória cuja decisão tem natureza condenatória, pode-se identificar na legislação processual civil brasileira pelo menos duas ações que possibilitam a tutela inibitória, inclusive por suas decisões se caracterizarem pela mandamentalidade, são elas: o

⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, passim. Tomo 1.

interdito proibitório que na forma prevista no art. 932 do Código de Processo Civil permite a cominação de multa em caso de transgressão do preceito, e o mandado de segurança preventivo, o qual pela disposição contida no art. 1º. da Lei 1.533/51 tem por objetivo prevenir a prática de ilegalidades ou arbitrariedade daqueles que se enquadrem no conceito de autoridade. Alguns incluem, ainda, a nunciação de obra nova, esta destinada à proteção da propriedade.

Pode-se, assim, com segurança, inferir que temos tutelas inibitórias específicas no direito brasileiro, todas comprometidas com o liberalismo, pois foram imaginadas como “remédios” garantidores do homem com patrimônio e para evitar interferências do Estado na esfera jurídica individual.

O art. 105 da Lei 9.610/98, que regulou o direito de autor e os que lhe são conexos, também permite a visualização de uma tutela do tipo inibitório ao permitir que se recorra ao judiciário para a suspensão ou interrupção imediata de qualquer tipo de comunicação feita ao público de obras artísticas, literárias ou científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante a violação aos direitos de seus titulares, o que será explorado mais adiante.

O que qualquer pesquisa pode constatar, porém, é que antes das reformas operadas no Código de Processo Civil a partir de 1994, este não dispunha de uma tutela jurisdicional inibitória apta à proteção de direitos que não podem ser aferidos por pecúnia, de direitos que pelos valores neles encerrados foram reconhecidos pelo legislador constituinte como invioláveis, como se apresentam o direito de autor, o direito à intimidade, o direito ao meio ambiente e outros.

Não havia percebido o legislador ordinário que não é só o indivíduo patrimonializado que merece a tutela preventiva dos seus direitos, ou, ainda, que não é somente o homem dotado de autoridade que pode praticar lesões a direitos subjetivos, deixando, assim, de

observar um princípio fundante da Constituição de 1.988 que é o da “dignidade da pessoa humana”, cuja compreensão impõe a efetiva proteção, e não apenas a proclamação, de direitos não patrimoniais.

Necessita-se, portanto, de tutelas preventivas (inibitórias) que possam conferir efetividade a qualquer direito reclamado e demonstrado no processo, principalmente aqueles que não tenham natureza patrimonial ou exclusivamente patrimonial, como é o caso do direito de autor, que não se pode dizer tutelado pela técnica ressarcitória, já que esta pressupõe a ocorrência da lesão, o que importaria no reconhecimento da falência do próprio ordenamento jurídico.

De tal modo, como já se afirmou, foi a partir do novo art. 461 do Código de Processo Civil, que Marinoni, com absoluto pioneirismo, apresentou a tese da tutela inibitória atípica, com a qual conquistou o cargo de professor titular de direito processual civil da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, e que aqui vai ser apresentada como a tutela jurisdicional mais adequada à proteção do direito do compositor musical no que tange à execução pública da sua obra.

Adianta-se que a tutela inibitória pode, hoje, ser classificada em tutela inibitória típica (mandado de segurança e interdito proibitório, por exemplo) e atípica, sendo que esta última quanto ao seu escopo específico pode dividida em positiva ou negativa. Na primeira, busca-se a imposição de um agir conforme o direito, o que tem sido exemplificado com base nas questões ambientais, onde o juiz pode determinar a uma empresa que adote providências que evitem a poluição de um rio, dando cumprimento a uma norma ambiental. Na segunda, a pretensão é sempre no sentido de que o juiz determine que alguém tolere um ato ou se abstenha de praticá-lo, sempre no cumprimento determinada norma que imponha um dever de abstenção ao demandado, hipótese apropriada ao tema aqui tratado.

A tutela inibitória atípica, que será delineada com mais precisão no capítulo quarto, se apresenta como um instrumento processual que realmente pode justificar o que se denomina de ordenamento jurídico, o qual só pode ser entendido como aquele capaz de conferir efetividade aos valores considerados fundamentais da sociedade que regula..

2.2 A necessidade de adequação da tutela jurisdicional: o compromisso com a utilidade do processo

Um dos direitos fundamentais do cidadão é, sem dúvida, o de ter o seu direito tutelado pelo Estado de forma adequada, seja ele qual for, pois não basta mais se afirmar que o direito é garantido constitucionalmente, é preciso que ele saia do plano abstrato para o concreto.

Nessa linha, tutela jurisdicional adequada é aquela que faz valer o direito prometido na norma de direito material. Seu fundamento está no art. 5º, XXXV, da CF, onde fica claro “que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal dispositivo consagra o princípio constitucional do acesso à justiça, pelo qual se possibilita a realização concreta de todos os outros direitos. Vale, assim, a observação de Marinoni no sentido de que se deve entender por acesso à justiça “o direito à preordenação de procedimentos capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva”⁹⁷.

Trata-se da construção de tutelas que atendam às necessidades do direito material, pois para poder assegurar a ordem jurídica, mantendo a paz social, o direito processual deve colocar à disposição dos jurisdicionados todos os meios necessários para que possam fazer

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 50.

valer os seus interesses⁹⁸, como contrapartida da proibição da autotutela. Em outras palavras, a decisão deve ser construída num ambiente procedimental adequado a cada tipo de direito controvertido, tendo-se em conta que os direitos devidamente evidenciados pelo demandante ainda no limiar do procedimento não podem ser tratados da mesma forma que os direitos que assim não se apresentam⁹⁹.

Por esse viés, da aproximação do direito processual com o direito material, é que deve caminhar este trabalho a fim de justificar a imprescindibilidade da tutela inibitória, por aplicação do art. 461 do CPC, na defesa da execução não autorizada de obra musical.

É que na hipótese do direito de autor há que se distinguir, como faz Ascensão, entre a violação do direito e a violação ilícita do direito. Assim porque a execução não autorizada da obra musical pode ser obstada independentemente da boa ou má-fé do usuário¹⁰⁰, o que aconteceria por uma tutela preventiva capaz de manter a integridade do direito do autor.

Apesar do doutrinador português reconhecer a necessidade do direito de autor ser tutelado preventivamente em face apenas da probabilidade do ilícito, prescindindo, inclusive, da intenção do eventual demandado, ele incidiu em erro ao apontar as ações cautelares e a ação cominatória como aquelas que poderiam realizar esse direito¹⁰¹. Como será demonstrado adiante, as duas ações indicadas nunca possibilitaram uma adequada tutela jurisdicional ao direito em questão.

Com efeito, a tutela jurisdicional posta à disposição do jurisdicionado deve estar comprometida com um resultado útil, o que só é possível quando o sistema dispõe de instrumentos processuais diferenciados que possam fazer frente a todas as situações conflituosas que são levadas ao Estado-juiz¹⁰².

⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 28.

⁹⁹ Nesse sentido ver FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva: 1996.

¹⁰⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 537.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 535.

¹⁰² PISANI, Andréa Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982. p. 11.

Necessária, portanto, é a percepção de que o ordenamento jurídico não pode comportar uma proteção apenas abstrata, pena de sua incompletude.

Trata-se, por conseguinte, de se implementar a idéia de que cabe ao Estado não só garantir os direitos individuais em face do Poder Público, mas também em relação aos atos de terceiros, como esclarece Mendes discorrendo sobre os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal¹⁰³.

Essa nova mentalidade é encontrada também entre os processualistas de todo o mundo, para os quais o processo pode ser pensado como instrumento político capaz de conferir efetividade aos direitos¹⁰⁴. Entre eles podemos citar como um dos mais representativos, pela influência que exerceu para que ocorresse a mudança de paradigma, o italiano Mauro Capelletti, para quem os direitos sociais de liberdade corresponderiam à obrigação do Estado de remover todos os obstáculos que pudessem impedir a livre expansão moral e política do ser humano¹⁰⁵.

¹⁰³ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan./2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2004.

¹⁰⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedade**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. 9.

Daí a relevância da dogmatização de uma tutela inibitória atípica¹⁰⁶ capaz, por seu caráter preventivo, de dar efetividade aos novos direitos, como os da personalidade, do meio ambiente e da saúde, e aos direitos com nova feição, como se apresenta especificamente o direito de autor definida a sua característica extrapatrimonial, imprescindíveis para a dignidade do homem na sociedade contemporânea¹⁰⁷.

Nesse contexto argumentativo, vale trazer à colação o que disse Alvim, como o fez Duarte em sua tese de doutoramento¹⁰⁸:

A sociedade e o direito que disciplina as relações sociais evoluem como um todo e não somente em uma dada disciplina jurídica, o que, conquanto curial, deve ser sublinhado. Essa evolução global demonstra, não poucas vezes, uma insuficiência operativa generalizada do instrumental existente para a concreção de determinados novos valores perseguidos a que aspira a sociedade, com que os antigos valores, ou senão, mais precisamente, aqueles valores envelhecidos resultam sucedidos com novo perfil ou renovados¹⁰⁹.

Nessa ordem, o direito de autor pode ser enquadrado como um direito de perfil renovado, na medida em que não se enquadra na divisão clássica dos direitos subjetivos, divididos em patrimoniais e não patrimoniais. Sabendo-se que os patrimoniais são separados em direitos reais, tendo por objeto as coisas, e direitos de obrigação, cujo objeto é qualquer prestação de coisa ou fato, enquanto os não patrimoniais subdividem-se em direitos da personalidade, direitos de família e direitos corporativos,

De fato, como já foi colocado o direito de autor possui uma dupla feição, ele apresenta, ao mesmo tempo, aspectos patrimoniais e não-patrimoniais, que, pela sua fundamentalidade são invioláveis, gerando por comando constitucional um dever geral de abstenção.

¹⁰⁶ O interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo são exemplos de tutela inibitória típica.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil. **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

¹⁰⁸ DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. p. 56 (tese não publicada).

¹⁰⁹ ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer –direito material e processo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, jul-set, 2000, pp. 37-38.

Sendo assim, diante de uma eventual ameaça de lesão a esse direito o seu titular deve se valer da tutela preventiva prevista no art. 461 do CPC, para que o juiz possa via de uma decisão inibitória conferir-lhe o que se chama de adequada tutela jurisdicional.

2.3 A tutela jurisdicional na perspectiva da efetividade do processo

A doutrina contemporânea entende que a norma jurídica além dos três planos tradicionais, ou seja, existência, validade e eficácia, pode também ser analisada por um quarto plano: o da sua efetividade. Isso significa que todas as normas, notadamente a constitucional, devem realizar o Direito. Em outras palavras, a sua atuação prática deve ser feita no sentido da prevalência dos valores e interesses por ela tutelados. Por essa ótica, procura-se a completa aproximação entre texto normativo (*dever ser*) e a realidade em que ela vai ser aplicada (*ser*)¹¹⁰. Nesse passo, a efetividade da norma jurídica depende da efetividade do processo, que deve dispor de instrumentos aptos a realizar o efeito pretendido pela norma jurídica.

O tratamento dispensado pela doutrina processual constitucional ao tema da efetividade do processo produziu resultados incontestáveis no plano legislativo. De fato, tendo presente a “premissa de que o fenômeno jurídico depende necessariamente do político”¹¹¹, é possível constatar que as reformas processuais e constitucionais têm dotado o juiz de instrumentos que, em não sendo ainda os ideais, possibilitam a reclamada reaproximação do direito processual com o direito substancial, da mesma forma que impõe a todos os atores do processo o dever de contribuírem para a agilização da prestação

¹¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**, p. 79.

¹¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Temas de direito processual**, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 19.

jurisdicional. São reformas que respondem positivamente aos princípios da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional¹¹².

A reforma processual, no que aqui interessa, abriu a possibilidade da prestação jurisdicional através de tutelas diferenciadas, como ocorre com a tutela antecipada do art. 273, e a tutela específica, do art. 461, do CPC, permitindo que o juiz, em prol da efetividade, ordene e faça cumprir a sua ordem pela técnica das medidas coercitivas, umas específicas como a multa e outras construídas pela discricionariedade inerente à sua função.

A importância desses dispositivos, nos planos sistemático e prático, foi ressaltada por Tarzia em artigo publicado em revista especializada nacional¹¹³ onde recordou a afirmação de princípio feito por Grinover, para quem “o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento”¹¹⁴.

Por seu turno, a conhecida Reforma do Poder Judiciário, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao inserir o direito de todos a um processo sem dilações indevidas, tornou garantia constitucional o princípio da tempestividade que “já estava positivado no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do disposto no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil em 1992”¹¹⁵.

Como o direito material regula os conflitos de interesses intersubjetivos, projetando o comportamento que deve ser seguido pelos sujeitos dos interesses conflitantes, na medida em que abstratamente diz quem desfrutará do direito subjetivo e quem arcará com o dever

¹¹² Sobre a questão da tempestividade da tutela jurisdicional, ver. TARZIA, GIUSEPPE. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova 1, p. 1, gennaio-marzo, 2001.

¹¹³ TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 68-84, abr./jun./1998.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer. In: **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 251-252.

¹¹⁵ FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 58. Vol. 1.

jurídico, é preciso que o processo, como instrumento da jurisdição, esteja aparelhado para garantir a expectativa daquele que tem o seu direito ameaçado ou lesionado. Só assim o processo cumprirá o seu escopo de tornar concreto o direito prometido na norma jurídica material¹¹⁶.

2.4 A técnica processual a serviço do direito substancial

A discussão acerca da efetividade do processo suscita a questão da relação que deve haver entre a tutela jurisdicional e a tutela de direitos substanciais. Dela cuidou autorizada doutrina¹¹⁷ ao estudar os institutos fundamentais do processo pautada por critérios de racionalidade mais material do que formal¹¹⁸, tendo como premissa a relativização do fenômeno direito-processo¹¹⁹.

Nessa linha, o processo passou a ser pensado não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento garantidor da efetividade do direito substancial¹²⁰, sendo percebido

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21. (Sexta Série).

¹¹⁷ . DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 6 ed, 1998. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2 ed, 1995.

¹¹⁸ FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 38, dez, 1992, pp. 139-154.

¹¹⁹ MONTESANO, Luigi. **La tutela giurisdizionale dei diritti**. Bari: Cacucci, 1981, *passim*.

¹²⁰ CAPELETTI, Mauro. **El proceso civil em el derecho comprado**: las grandes tendencias evolutivas. Trad. De Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 18.

principalmente em função dos resultados¹²¹ que possa produzir para a sociedade.

Vive-se, portanto, o que se denominou de fase instrumentalista do processo e do direito como um todo, revigorando-se o tema da tutela jurisdicional com a premissa de que o processo e o direito material devem, juntos, tornar efetivos os valores contidos na Constituição da República.

Constatou-se que numa sociedade pluralista como a brasileira onde explodem diariamente conflitos com dimensões individual e social, a jurisdição não pode prescindir de tutelas diferenciadas que possam se amoldar aos casos concretos¹²², pena de jamais superarmos a histórica ineficácia instrumental do Poder Judiciário¹²³.

Percebe-se, pois, como Gonçalves, que o “procedimento jurisdicional, [...] é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em sua função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda a atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade”¹²⁴.

Conforme o mesmo doutrinador, a técnica pode ser considerada boa ou má, sendo tal valoração feita a partir da investigação da sua aptidão ou inaptidão para cumprir os seus escopos¹²⁵.

¹²¹ Essa linha tem sido criticada por setores da doutrina: “A considerar, como preconiza Marinoni, na trilha de Mauro Capelletti, que há necessidade de ‘a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor de serviços jurisdicionais’, não mais estaríamos no campo do Direito Processual, mas no Direito Econômico do Consumidor, e, como tal, ao Estado caberia responder pelo ressarcimento aos danos causados pela deficiência crônica qualitativa e quantitativa do aparato judicial, desligando-se, por consequência, esse tema das cogitações do Processo, cuja efetividade não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, mas pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos.” Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. São Paulo: Síntese, 5 ed, rev e ampliada, 2004, p. 142.

¹²² SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

¹²³ Sobre a ineficácia do Poder Judiciário conferir: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos para uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 96-104.

¹²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 168.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 169.

Por conseguinte, se o direito material está sendo ameaçado, o processo deve dispor de técnicas (meios) que possibilitem a integralidade desse direito afastando a ameaça, pode-se falar, então, em técnica preventiva ou inibitória; se o direito já foi lesionado, o processo deve servir à sua restauração, ao ressarcimento do dano, fala-se, nesse caso, em técnica ressarcitória. Na primeira hipótese, o procedimento orienta-se no sentido de se conseguir um resultado preventivo, evitando a possibilidade da prática do ilícito e, por conseqüência, o dano; na segunda, o procedimento estrutura-se para o ressarcimento pecuniário do bem violado.

Se pelo processo vários escopos são perseguidos, sociais, políticos e jurídicos, os que constroem a decisão, as partes e o juiz, devem dispor de técnicas diferenciadas para que o seu exercício confirme uma das funções do direito que é a estabilização das expectativas da sociedade em função das promessas contidas nas normas jurídicas. Nesse sentido, apresenta-se como oportuno o esclarecimento sobre a técnica processual:

No confronto com a técnica, resulta assim que o direito define objetivos a serem atingidos e nisso distingue-se dela. Ainda que às vezes ele se mostre como normatização de regras técnicas (v.g., ‘o regulamento de polícia referente à construção dos edifícios nas cidades’) e no contexto social ele próprio se mostre uma técnica (social engineering), em si mesmo o direito jamais se confunde com esta. Quanto ao direito processual, posto em confronto com o substancial e com os objetivos a serem atingidos no campo social e no político, em sentido assim vago pode-se dizer que ele constitui uma técnica a serviço deles – do mesmo modo e no mesmo sentido em que se afirma ser ele um instrumento.

Mas quando se passa à introspecção do próprio sistema processual e se procura num primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo, então é especialmente da técnica processual que se está cuidando. Técnica processual é, nessa ótica, a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais. Essa é, intencionalmente, uma conceituação teleológica da técnica, não valendo a pena a busca de uma definição ‘puramente técnica’ da técnica, ou seja, definição só introspectiva, cega, para os propósitos do sistema.¹²⁶

¹²⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 6 ed, 1998, pp.225-226.

Com efeito, o direito material é formado por normas abstratas que ditam a conduta que deve ser observada nos mais diversos conflitos de interesses intersubjetivos. Incidindo o fato previsto hipoteticamente na norma, cria-se uma situação de vantagem e um dever jurídico, o que pode gerar conseqüências no mundo real.

Pode haver o cumprimento do dever jurídico, sendo a norma atuada voluntariamente, como pode haver uma ameaça ou uma lesão ao direito subjetivo (situação de vantagem) com a inobservância do dever jurídico. Esta última situação, em razão da proibição da autotutela, torna necessária a atividade jurisdicional.

Fazzalari indica cinco hipóteses de realização da situação jurídica de vantagem sem a participação da jurisdição. Na primeira, o direito se realiza pelo exercício da faculdade do seu titular. Na segunda, o direito se realiza pelo exercício do poder do seu titular, caso dos direitos potestativos. Na terceira, o direito se realiza pelo cumprimento do dever jurídico; Na quarta, o direito é realizado pelo exercício de uma faculdade do seu titular e pelos deveres de todos os demais. Na quinta, o direito é realizado pela observância do dever de todos¹²⁷.

Na última hipótese estão os direitos da personalidade e o direito de autor, mas em todas elas obviamente existe a possibilidade do titular necessitar da atividade jurisdicional para a realização plena do seu direito.

Sob tal prisma, busca-se a tutela jurisdicional do Estado para que o direito substancial seja atuado por força de uma decisão judicial, antecipatória ou final. Como a jurisdição é instrumentalizada pelo processo, este deve estar aparelhado com procedimentos, provimentos e medidas coercitivas de apoio, que possam dar efetividade às diversas situações de direito material. Dizendo de outra forma, o direito processual deve permitir que o juiz possa por meio da tutela jurisdicional dar tudo aquilo que a parte teria recebido se a norma tivesse sido atuada voluntariamente.

¹²⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. p. 263-264.

De fato, nos termos acima delineados, deve o juiz, na busca da tutela jurisdicional efetiva, dispor e manejar todas as técnicas que possam interferir positivamente no resultado que o processo possa proporcionar no plano do direito material. Pode-se falar, então, no tipo de cognição, no tipo de procedimento, no tipo de decisão, e nos tipos de execução e medidas de apoio, como técnicas em prol da tutela do direito, mas apenas quando a decisão interlocutória e/ou a sentença admitem o direito material afirmado pelo autor¹²⁸.

Há de ter em conta, portanto, como disse Marinoni¹²⁹ como apoio em Pisani¹³⁰, de que o cumprimento da promessa do Estado de garantir as situações de vantagem que se manifestam das mais diversas formas em uma sociedade pluralista depende da construção de procedimentos estruturados para responder positivamente às peculiaridades de cada pretensão de direito material levada ao Poder Judiciário.

A visão de que a tutela de direitos como escopo do processo constitui uma premissa imanentista¹³¹ perdeu força diante da reforma processual ainda em curso, que, atenta às novas exigências da comunidade resolveu prestigiar a idéia de que a “efetiva realização dos direitos é fundamental para uma organização social mais justa”¹³².

Adota-se, assim, uma nova postura no que tange às relações entre o direito e o processo, superando-se o quadro metodológico anterior em que se buscava, sob o dogma da autonomia do processo, separá-los a todo custo. De fato, no atual momento da cultura processual essa é uma questão que deve servir apenas de referencial histórico¹³³.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145-147.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 84.

¹³⁰ PISANI, Andrea Proto. I rapporti fra di diritto sostanziale e processo. In: **Apunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982. pp. 42-43.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 217-218. Tomo 2.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 297.

¹³³ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 217.

O direito de autor nos seus dois aspectos pode gerar um conflito de interesses que jamais receberia a proteção adequada, como até antes da reforma não recebeu, se não houvesse a tutela inibitória contra o ilícito. É que se trata de um direito à abstenção por parte de todos, como na hipótese de execução musical em local público que só pode acontecer com a autorização do autor. Pelas técnicas do processo civil clássico, com a classificação trinária das sentenças: declaratória, constitutiva e condenatória, o Estado não poderia impedir que qualquer um pudesse violar esse dever de abstenção.

Ora, como anotou Arenhart, citando Ihering, se é certo que o direito é um interesse protegido, a falta de um instrumento estatal capaz de resguardá-lo dificulta a crença de que ainda permaneça como direito. Por isso, o doutrinador paranaense entende imperioso que se busque no ordenamento processual vigente, diríamos no ordenamento jurídico, as formas mais adequadas de proteção aos direitos, para que se possa afirmar que eles, os direitos, são realmente protegidos pelo Estado¹³⁴.

Por consequência, somente pela técnica da tutela inibitória, por natureza preventiva, e da sentença mandamental, por se tratar de dever negativo, é que se pode cumprir o princípio da efetividade, tornando concreta a promessa legislativa de que ninguém poderá executar uma obra musical em público sem a autorização do seu compositor ou do seu representante.

2.5 A tutela preventiva como técnica satisfativa de direitos

Traduzindo a vinculação existente entre a jurisdição e o direito substancial, Bedaque definiu a tutela jurisdicional como “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26-27.

processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”¹³⁵.

Na esteira dessa definição, impõe-se a conclusão de que só recebe a tutela jurisdicional aquele que prova no processo que tem razão, não importando se o demandante ou o demandado.

Entende-se, ainda, que a tutela jurisdicional é prestada mesmo quando o processo é extinto pela não superação de uma questão processual, como a falta de uma das chamadas condições da ação¹³⁶, em sentido diametralmente contrário ao pensamento de consagrada doutrina clássica, para quem, na hipótese, o que se faz é declarar, de modo implícito ou explícito, a inadmissibilidade da tutela estatal¹³⁷.

Pode a tutela jurisdicional ser dividida em tutela jurisdicional satisfativa e tutela cautelar. A primeira se caracteriza por atuar no plano prático o direito substancial. A segunda, pelo seu escopo meramente assecuratório, porquanto visa garantir efetividade a um outro processo chamado principal.

A tutela jurisdicional satisfativa, por sua vez, pode ser subdividida em tutela ressarcitória e tutela preventiva. A tutela ressarcitória é utilizada diante da lesão a um direito subjetivo, sendo voltada para o passado. A tutela preventiva tem por objetivo impedir que uma ameaça a direito se concretize. Enquanto a primeira atua após o ato ilícito causador do dano, a segunda deste prescinde e pode ser acionada pela simples probabilidade do ilícito.

Essa explicação se justifica em razão de parte da doutrina classificar a tutela cautelar como tutela preventiva. É nesse sentido que se posiciona Spadoni quando estabelece entre elas uma relação de gênero e espécie. Com efeito, indicando em nota de rodapé que o seu

¹³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. p. 31.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 11-12.

¹³⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1977, 4 v., p. 183.

entendimento encontra apoio na doutrina estrangeira, coloca a tutela preventiva como gênero e a tutela cautelar como espécie. Não obstante, afirma que a tutela cautelar visa assegurar o processo principal¹³⁸.

Como já foi acentuado, entretanto, não se pode confundir a tutela preventiva com a tutela cautelar, pois aquela protege diretamente a situação de direito material, impedindo ou arredando a prática do ilícito e do próprio dano. Por isso, o entendimento de Spadoni se apresenta de forma quase isolada na doutrina pátria, o que transparece nas obras mais recentes¹³⁹.

Friede, ilustrando o debate com o famoso caso *Barrizza versus Vanucci*, o qual segundo ele teria influenciado o direito italiano no sentido de que seria possível a utilização da ação cautelar com fins preventivos, alerta que embora a tutela preventiva tenha sido pedida com base no art. 700 do Código de Processo Civil Italiano que fundamenta a tutela cautelar inominada, a exemplo do nosso art. 798 do Código de Processo Civil Brasileiro, o que ali se deferiu foi uma pretensão de direito material. Criticando, justifica o erro pela dificuldade da doutrina italiana em entender alguns aspectos do processo cautelar, como a sua dependência associada a sua conseqüente autonomia¹⁴⁰.

Marinoni também enfrentou a questão, reconhecendo que a confusão entre a tutela preventiva e a tutela cautelar realmente existe no direito italiano. Anota que Aldo Frignani,

¹³⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d]. p. 26.

¹³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito de processo**: a influência do Direito Material no Processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 103. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 112. DONALDO, Armelin. A tutela jurisdicional cautelar. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 23, jun./2005, passim. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 25. (Segunda Série). MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 219-268. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 206. FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 28-30.

¹⁴⁰ FRIEDE, Reis, *idem*, p. 29.

autor do primeiro trabalho sobre o tema da tutela inibitória no seu país¹⁴¹, buscou fundamento justamente no mencionado dispositivo processual, para dizer que ali se encontrava uma forma geral de tutela preventiva contra a prática de qualquer ilícito¹⁴².

Explica que esse doutrinador italiano partiu da premissa de que a tutela cautelar, assim como a tutela inibitória, em uma das suas formas poderia antecipar os efeitos da tutela final, havendo nos dois tipos uma tutela provisória e uma tutela final. Considera, entretanto, que, além do fato de que a comparação com base na característica da provisoriedade, aspecto formal da tutela, está muito distante das atuais preocupações que giram em torno da questão da tutela de direitos, a afirmação de que a tutela inibitória final encontra amparo no art. 700 pelo fato deste artigo garantir a tutela inibitória provisória não tem qualquer valor¹⁴³.

A crítica de Marinoni parte do princípio de que, se o art. 700 fundamenta a tutela cautelar atípica, caberia a Frignani explicar a razão pela qual a tutela inibitória, que não se confunde com a tutela cautelar, estaria autorizada pela mesma norma. Teria faltado ao jurista italiano demonstrar que o referido artigo recepcionava um princípio geral de prevenção, ao invés de simplesmente afirmar que ele estava na norma, ignorando a distinção que há entre cautela e prevenção¹⁴⁴.

A doutrina brasileira de há muito criticava o legislador brasileiro pela pouca importância dispensada à tutela preventiva¹⁴⁵, o que acontecia em parte pelo baralhamento que se fazia com as tutelas preventiva e cautelar.

De fato, o legislador brasileiro, antes das reformas pontuais do processo civil que começaram em 1994, oferecia duas realidades distintas para o cidadão brasileiro. Uma positiva, já que ele tinha demanda preventiva contra o Poder Público, o que se verifica

¹⁴¹ FRIGNANI, Aldo. **L'ijunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. passim.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p. 57.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.58.

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 59.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito de processo**: a influência do Direito Material no Processo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 103.

analisando as ações do mandado de segurança preventivo, civil pública e popular. Outra negativa, pois com uma visão marcadamente mercantilista do direito, o legislador colocou na ordem infraconstitucional apenas tutelas preventivas, via de procedimentos especiais, exclusivamente voltadas para a proteção da posse e da propriedade, o que se dava, com exceção da nunciação de obra nova, através dos interditos proibitórios, o que além de se constituir em privilégio injustificado, fazia com que o processo negasse a sua função social¹⁴⁶.

É essa falta de compromisso do processo civil clássico com os direitos que necessitam ser tutelados preventivamente, pena da sua negação no plano da realidade, particularmente o direito de autor, que demonstraremos a seguir.

¹⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 26-27. (Segunda Série).

CAPÍTULO 3

A FALTA DE COMPROMISSO DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO COM A TUTELA DO DIREITO DE AUTOR

3.1 A necessária superação da classificação trinária das sentenças

Costuma-se dizer que o processo civil é o ramo do direito mais comprometido com a história. Justifica-se a afirmativa ao correto argumento de que o seu objetivo não é só ditar regras hipotéticas, como acontece com o direito material, mas principalmente encerrar os conflitos sociais, impondo imperativamente uma norma de conduta que deve ser seguida pelos conflitantes¹⁴⁷.

Percebe-se a correção desse argumento na própria conceituação do Direito Processual Civil proposta por Echandía, segundo o qual ele é “o ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para obter a atuação do direito positivo nos casos concretos [...]”¹⁴⁸.

Portanto, é preciso voltar na história para compreender a crise do processo civil brasileiro que deu origem às reformas que começaram em 1994.

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 194.

¹⁴⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general del proceso**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p. 6-7. Tomo 1.

Como é corrente entre os processualistas, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 foi nitidamente influenciado pela doutrina chiovendiana, tendo esta sido concebida no ambiente do direito liberal-clássico, que tinha como meta a proteção do indivíduo perante o Estado, então considerado o primeiro dos inimigos.

Esse indivíduo tido e havido como titular de direitos inatos poderia exercê-los na Sociedade, vista como ordem positiva diante do Estado, que por sua vez não tinha qualquer responsabilidade com a promoção do bem comum¹⁴⁹, bastando-lhe manter em funcionamento os mecanismos de mercado. A liberdade significava não impedimento, sendo considerado livre quem pudesse deter, gozar e dispor da sua propriedade, sem ingerência do Estado¹⁵⁰.

Nessa perspectiva, o nosso direito processual adotou o princípio da moral universal formulado por Kant, que consistia na máxima “nunca impor aos outros aquilo que não desejamos que os outros nos façam”, pois isto obrigaria o direito a tomar partido entre vontades divergentes ultrapassando os estreitos limites marcados pelo direito positivo¹⁵¹.

Sendo o processo um espelho da sua época, nada mais natural que essa visão patrimonial, fulcrada no princípio da intangibilidade da vontade humana, servisse para a criação do processo civil clássico com o procedimento ordinário e a sentença declaratória *lato sensu*, onde o juiz deveria se limitar à aplicação da lei, sem qualquer poder de *imperium*.

Esta, pois, é a razão pela qual o processo civil clássico prestigiou tanto a sentença condenatória, possibilitando a tutela ressarcitória, idealizada a partir do art. 1.142 do Código de Napoleão, pelo qual as obrigações descumpridas haviam de ser resolvidas em perdas e danos e juros¹⁵².

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 138, passim, abr./jun./1999.

¹⁵¹ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. pp. 194-195.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

Dessa postura liberal, resultou a classificação da sentença em três espécies: meramente declaratórias, constitutivas, e condenatórias. No passo de Kant, essas sentenças atuam apenas no plano jurídico (dever ser), e não no plano fático (ser).

Com efeito, a sentença meramente declaratória visa apenas o acerto da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento. Cabe a ela, portanto, conferir certeza jurídica a uma situação deduzida em juízo, como é o caso, por exemplo, da sentença proferida em ação de investigação de paternidade, onde o juiz acerta uma determinada situação jurídica afirmativa de parentesco.

As sentenças constitutivas, por seu turno, são aquelas capazes de determinar a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. É o que acontece, exemplificando, quando o juiz decreta o divórcio ou anula um casamento¹⁵³.

Mais difícil é a conceituação da terceira modalidade de sentença da classificação tradicional, a condenatória. Nesta, como nas outras, também se declara direito, mas sempre reconhecendo a prática de um ilícito e de uma lesão, de um dano, com a aplicação de uma sanção legal, daí o verbo “condenar”. Seu efeito maior, portanto, é a criação de um título executivo, dito judicial, abrindo a possibilidade da instauração do processo executivo.

O fato é que nenhuma dessas sentenças, por si só, conseguem sair do plano normativo para o plano fático. Nenhuma delas tem um efeito prático imediato, no sentido de mudarem uma determinada realidade. Nenhuma interfere diretamente na esfera do indivíduo.

Por isso, a classificação trinária das sentenças possibilita apenas a declaração da lesão e a sanção ressarcitória, sendo que esta última limita-se à condenação pecuniária após a violação do bem cuja proteção o Estado deixou de dar.

¹⁵³ OLIVEIRA, Valisney de Souza. **Audiência de instrução e julgamento**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197.

Trata-se de uma classificação estabelecida pela doutrina numa época em que se emprestava grande relevância ao Poder Legislativo, quando cabia ao juiz simplesmente declarar o direito pré-existente, aquele criado pelo legislador.

Já se disse com absoluta razão que o juiz da sentença declaratória é um juiz sem qualquer poder criativo e de *imperium*, uma vez que ela liga-se às formas de execução por sub-rogação estabelecidas pela legislação¹⁵⁴, o que decorreria do princípio da tipicidade dos meios executivos.

São essas as razões pelas quais uma nova classificação vem ganhando espaço. Trata-se da classificação quinária das sentenças, que, além das três já citadas, inclui outras duas: as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

Ao contrário das demais, as sentenças mandamentais e executivas atuam no plano fático, operando mudanças na realidade. As duas têm em comum o fato de colocar de lado o princípio da tipicidade dos meios executivos, prescindindo, aliás, do próprio processo de execução. É que a decisão é sempre cumprida no mesmo processo em que ela foi proferida.

A diferença mais marcante entre as duas novas modalidades de sentença reside no fato de que na mandamental se emite uma ordem apoiada em uma medida coercitiva para que o próprio demandado se comporte de acordo com a norma material, enquanto que na sentença executiva o cumprimento da decisão independe da sua vontade.

Não obstante, grande parte da doutrina permanece fiel à classificação trinária sustentando que o conceito de sentença condenatória abarca as situações identificadas nas duas modalidades propostas pelos adeptos da classificação quinária. Afirmam que as sentenças condenatórias, como as executivas *lato sensu*, impõem ao demandado o cumprimento de uma prestação¹⁵⁵.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p. 304.

¹⁵⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, pp. 444-453.

Sobre as mandamentais, dizem que a ordem dirigida ao demandado não é diferente do comando que a ele é dirigido para que cumpra uma prestação de dar, fazer ou não fazer pelas condenatórias. Por fim, argumentam que o fato de a execução da decisão contida nessas sentenças se dar no mesmo processo e não em processo autônomo é motivado por razões de política legislativa¹⁵⁶.

Certamente não existem classificações verdadeiras ou falsas, já que por elas não se busca conceituar ou descrever realidades, senão agrupá-las¹⁵⁷. Ora, uma coisa é o ser outra é a idéia acerca dele. O problema, portanto, consiste em estudar como é essa realidade em si e outro o conceito dessa realidade¹⁵⁸. Com efeito, uma classificação pode ser considerada mais apropriada que a outra na medida em se mostra apta a melhor explicar os fenômenos.

Assim, os únicos conceitos que podem emprestar sentido a uma classificação são os que serviram à sua formação. Por isso, as classificações podem ser mudadas se a idéia sobre o ser já foi alterada. No caso do processo civil, cujo comprometimento com a história já foi enfatizado, os conceitos e as classificações podem ser alterados na mesma medida em que mudam os valores da sociedade e do Estado.

De tal maneira, uma classificação elaborada a partir de valores de uma época já superada não pode continuar sendo utilizada somente em consideração à doutrina que a concebeu. O prestígio de uma classificação decorre, como dito acima, da sua aptidão para agrupar os fenômenos de acordo com a sua identidade e significação, uma nova classificação não importa na consideração de que a antiga era imperfeita. As classificações devem aderir à realidade política, não sendo provisória ela é temporal no que diz respeito à sua funcionalidade¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 452-453.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **As sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 13 out. 2004. p. 2.

¹⁵⁸ FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**, p.117.

¹⁵⁹ MARINONI, *idem* p.2.

Não subsiste dúvida, como já enfatizado, de que o Estado contemporâneo mudou/ampliou o seu compromisso. Se ontem ele se limitava a observar os direitos individuais, hoje ele deve garantir os direitos fundamentais contra o ataque de terceiros. Se ontem se privilegiava a questão patrimonial no direito, hoje se caminha no sentido contrário, reconhecendo-se direitos que não podem ser tutelados com base no paradigma mercantilista, como acontece com o direito a privacidade, o direito a imagem e o direito de autor.

É o conteúdo não patrimonial desses novos direitos, com a característica da inviolabilidade, que levou parte dos processualistas a privilegiar formas preventivas de tutela que possam impedir a concretização do próprio ilícito¹⁶⁰. Pelo novo paradigma do Estado Democrático, a hora é de pensar “[...] primeiro o homem, depois seu patrimônio, e não o inverso, como sempre houve na codificação liberal”¹⁶¹.

3.2 A inefetividade da tutela preventiva do direito de autor no Processo Civil clássico: o paradigma patrimonialista

No campo da tutela jurisdicional preventiva, o processo civil clássico, anterior à reforma de 1994, por sua visão eminentemente patrimonialista, também se mostrou incapaz de conferir efetividade ao direito de autor, particularmente no que diz respeito ao problema da execução pública da obra musical.

De fato, as tutelas preventivas destinadas às relações entre particulares, como o interdito proibitório e a nunciação de obra nova, possuem inegável cunho patrimonialista, o que decorre da influência do Direito Romano no direito ocidental, afirmação que pode ser

¹⁶⁰ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987, p. 12.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 138, passim, abr./jun., 1999.

testada pelo exame da sentença no processo formular, cingida a declarar a procedência ou improcedência da *intentio: condemnatio* ou *absolutio*, sendo certo que a condenação era sempre pecuniária¹⁶².

Conforme já se anotou, a conversão de todos os direitos em pecúnia no Direito Romano decorria do fato de que o dinheiro era considerado o bem mais importante para os romanos¹⁶³. Assim ocorria em razão da escassez desse bem em uma sociedade marcadamente agrícola. A realidade jurídica romana, entretanto, projetou-se no mundo moderno como fundamental técnica de orientação da vida social¹⁶⁴.

Não obstante, impõe-se ao jurista a percepção de que a sociedade contemporânea adquiriu novos valores, alguns notadamente não patrimoniais, como é o caso dos direitos da personalidade, de autor, do meio ambiente, os quais não podem ser traduzidos em pecúnia.

São direitos que num ordenamento dito jurídico têm que ser respeitados na sua integralidade, implicando a busca de tutelas que permitam a sua realização.

Com efeito, pretendemos demonstrar que as ações comumente utilizadas para prevenir a violação do direito de autor como a ação de interdito proibitório, a ação cominatória e a ação cautelar só encontram uma explicação: a contraposição entre a proibição da autotutela e a falta de uma tutela adequada a esse direito.

¹⁶² TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, pp. 127-128.

¹⁶³ CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 39-41.

¹⁶⁴ SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e crítica histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, pp. 46-51.

3.2.1 Os interditos proibitórios: o direito de autor como propriedade

O interdito proibitório é uma ação de natureza preventiva¹⁶⁵ que visa impedir que se concretize uma ameaça à posse. Assim, de acordo com o art. 932 do CPC, “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou do esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

Trata-se de instrumento processual que se consagrou em nosso direito ao tempo das Ordenações Filipinas, conforme se pode verificar pelo disposto em seu Livro III, Título LXXVIII, § 5º:

Se alguém temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão, ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas cousas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará, e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou, e menosprezou se mandado, como achar por direito.

No âmbito da classificação quinária das sentenças, o interdito proibitório enquadra-se no tipo mandamental. Assim, porque ao deferir o pedido o juiz emite uma ordem ao réu cominando pena pecuniária em caso de desobediência. Nesse sentido já se manifestou a

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 82. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 155. Vol. 6. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**: dos procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 290. Vol. 13.

doutrina¹⁶⁶, anotando que nessa ação a eficácia preponderante é a mandamental e não a condenatória.

Apesar da sua natureza mandamental, entretanto, não se pode identificá-la com a ação cautelar. Nesta a ordem é apenas assegurativa do resultado de um processo, enquanto que na outra a ordem implica na própria satisfação do direito material vindicado¹⁶⁷.

Por outro lado, embora a ação de interdito proibitório guarde alguma semelhança com a ação cominatória¹⁶⁸, pelo preceito cominatório, com ela não se confunde em razão da natureza da decisão que é proferida em cada processo. No interdito ela tem sempre natureza mandamental, já no cominatório a sentença tem natureza condenatória.

A possibilidade da utilização do interdito proibitório para evitar a execução pública não autorizada da obra musical tem suscitado ao longo da história intensos debates tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial.

A dificuldade na determinação da natureza jurídica do direito de autor aliada à falta de uma tutela preventiva adequada a este direito foram determinantes para que o interdito proibitório fosse aplicado largamente para proteger o compositor da execução não autorizada da obra musical.

Porém, é preciso ressaltar que as primeiras manifestações dos nossos tribunais no sentido de que os interditos possibilitariam o exercício da tutela preventiva da obra musical aconteceram sob o paradigma individualista e voluntarista do Código Civil de 1916, o qual capitulou os direitos autorais como propriedade literária, artística ou científica.

¹⁶⁶ MALACHINI, Edson Ribas. A eficácia preponderante das ações possessórias. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 71, p. 19, 1993.

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**: dos procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d], p. 289. Vol. 13. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 125. FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 29.

¹⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. 1, p. 158.

Como se sabe, esse código, inspirado nas idéias consagradas no Código de Napoleão, buscou regular, como verdadeira Constituição do direito privado, as “relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas”¹⁶⁹.

Isso ficou bem claro quando o STF, em 20/06/49, sob a relatoria do Ministro Ribeiro da Costa, entendeu como cabível o interdito por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário número 14.874, em que o acórdão recorrido, do então Tribunal do Distrito Federal, localizado no Rio de Janeiro, assentou que “O direito autoral é uma propriedade, assim considerada pelo parágrafo único do art. 524 do Código Civil. A posse é o exercício de alguns dos direitos de propriedade (art. 485 do Código Civil), logo o exercício do direito autoral é protegido por interdito possessório [...]”¹⁷⁰.

Os tribunais estaduais observando o mesmo paradigma da propriedade da obra autoral aplicaram indistintamente o interdito proibitório para proteger o direito de autor¹⁷¹.

Mesmo após a Lei nº 5.988/73, a qual, conferindo autonomia legislativa ao direito autoral, classificou o direito de autor como bem móvel, os tribunais continuaram a recepcionar o uso dos interditos proibitórios para a proteção preventiva da execução pública da obra musical.

Foi apoiada no voto proferido pelo Ministro Ribeiro da Costa, do Supremo Tribunal Federal, no RE 14.444, antes mencionado, que a 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, e com o voto condutor do Ministro Cláudio Santos, ao

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.3

¹⁷⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **O direito autoral na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 89.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 4ª Câmara Cível. Recorrente: Coligação das Sociedades de Autores, Compositores e Editores de Música. **Apelação Cível**. Recorrido: Sociedade dos Amigos do SESC e outros. Relator Des. Corrêa Fragoso. São Paulo, 16 de outubro de 1963.

argumento de que o direito autoral era uma propriedade, entendeu legítima a sua defesa por via da ação de interdito proibitório¹⁷².

Antes disso, entretanto, “no julgamento do Rec. Extraordinário nº 103.058-DF, julgado em 11/9/84, o mesmo STF entendeu incabível o interdito na tutela dos direitos autorais, sinalizando a ação ordinária de preceito cominatório como via própria”¹⁷³.

Depois de vários precedentes¹⁷⁴, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a súmula nº 228 concluindo que “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

Os fundamentos das decisões pesquisadas mostram que a jurisprudência reflete a divergência doutrinária sobre o tema. De fato, aquelas que admitem o uso dos interditos para inibir a execução musical não autorizada seguem a orientação de Miranda:

A pretensão ao interdito proibitório pode existir, seja ou não corpóreo o bem (sem razão o Juízo de Direito da 2ª. Vara da Fazenda Pública, a 26 de março de 1956, DJ de 4 de abril). O interdito de que se fala é possessório; e objeto da posse tanto pode ser o bem corpóreo quanto incorpóreo (obra intelectual, invenção, desenho de utilidade ou modelo industrial, marca de indústria e de comércio, sinal de propaganda, indicação de proveniência). Onde quer que possa ser objeto de propriedade o bem, pode haver posse. Se pode haver posse, pode haver tutela possessória. Tanto é protegível, possessorialmente, por exemplo, a posse do bem corpóreo da tela, ou de exemplar do livro, quanto a do bem incorpóreo do autor da pintura ou do livro¹⁷⁵.

Na mesma linha, Santos, sustentando que “o interdito possessório é a solução indicada como meio mais eficaz de defesa da propriedade imaterial, também protegida,

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 41.813/RS**. Recorrente: Rádio Excelsior do Rio Grande do Sul Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Cláudio Santos. Brasília, 28 de novembro de 1994. D.J. 20 de fevereiro de 1995.

¹⁷³ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 181.

¹⁷⁴ BRASIL. **Recurso Especial n. 67478-MG**. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Rádio Terra Ltda. Relator Ministro Nilson Chaves. Brasília, 06 de maio de 1997. D.J. 23 de junho de 1997. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 89171-MS**. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD. Recorrido: Rádio Dourados do Sul. Relator Ministro Ruy Rosa do Aguiar. Brasília, 09 de setembro de 1996. D.J. 08 de agosto de 1997. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 110523- MG**. Recorrente: Rádio Veredas FM Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 04 de março de 1997. DJ 20 de outubro de 1997. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 126797- MG**. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Recorrido: Rádio Inconfidência Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 19 de fevereiro de 1998. D.J. 06 de abril de 1998.

¹⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Atualização Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 173-174.

porque onde há propriedade, há posse”¹⁷⁶, e Adroaldo Furtado, afirmando que “as coisas incorpóreas são suscetíveis de posse e, portanto, podem também ser objeto de proteção possessória”¹⁷⁷.

Mais recentemente, sob o argumento da atipicidade das ações, Grinover afirmou o desacerto da corrente pretoriana que entende descaber o interdito proibitório para a tutela dos direitos autorais, a qual no seu entendimento pode e merece ser revista¹⁷⁸.

Por outro lado, o estudo dos precedentes judiciais que resultaram na súmula 268 do STJ, revela a influência de Rezende e Moreira Alves. O primeiro, traduzindo lição de Jhering, disse: “o que assinala e caracteriza a posse é a sua defensibilidade pelos interditos. Só a posse que tem por objeto coisas materiais é suscetível de proteção pelos interditos [...]”¹⁷⁹. O segundo afasta dois dos argumentos utilizados em favor da possibilidade dos interditos na questão autoral: o do paralelismo entre a propriedade e a posse, que considera puramente formal, e o que se apoiava no art. 2º da revogada Lei nº 5.988, de 14.12.73, a qual, por sua vez, havia revogado os artigos do Código Civil de 1917 sobre a propriedade literária, artística e científica, pelo fato deste dispositivo considerar o direito autoral, para os efeitos legais, como bem móvel, o que não autorizaria que se sustentasse a possibilidade de posse sobre a criação intelectual na medida em que o art. 48, II, do citado código dizia o mesmo em relação aos direitos de obrigação, sem que estes fossem objeto de tutela possessória na nossa ordem jurídica¹⁸⁰.

¹⁷⁶ SANTOS, Ernandes Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 51.

¹⁷⁷ FURTADO, Fabrício Adroaldo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 576. Vol. 8, Tomo 3.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo: direitos autorais. Tutela específica das obrigações de não fazer, os interditos e a ação de preceito cominatório. A suposta “tipicidade” dos interditos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 191.

¹⁷⁹ JHERING, Rudolf Von. **Sul fondamento della protezione del possesso**. Traduzido por Forlani. Milano: Villardi, 1872. p. 85.

¹⁸⁰ ALVES, Moreira. **Posse, estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 155. Vol. 2, Tomo 1.

Os argumentos não perderam a força diante da Lei nº 9.610, de 19.02.98. É que esta, evitando usar o termo propriedade, reputou no seu art. 3º, do mesmo modo que o fazia o art. 2º da Lei nº 5.988/73, os direitos autorais como bens móveis, para os efeitos legais.

De qualquer forma, como acentua Marinoni “não é pela circunstância de alguém qualificar o direito sobre a coisa incorpórea como propriedade, conforme um determinado critério terminológico, que desaparecerão as importantes diferenças entre a então denominada “propriedade imaterial” e a “propriedade das coisas corpóreas”¹⁸¹.

Aliás, já se afirmou que as chamadas propriedades incorpóreas não podem ser garantidas pelos mesmos instrumentos legais que as propriedades corpóreas¹⁸². E não podem porque compreendem realidades completamente diferentes, o que é percebido pelo modo como as duas são adquiridas. No caso do direito de autor, a aquisição originária se dá por único título, qual seja, a criação da obra. O direito pertence ao seu criador, o que não acontece com a propriedade corpórea. Do mesmo modo, a aquisição derivada, porquanto naquele a obra intelectual jamais sai completamente da esfera de influência da personalidade que a criou, o que também não acontece com esta última.

Sendo um direito de dupla face, moral e patrimonial, o direito de autor não se enquadra na classificação de direitos dos romanos. Sendo por definição um bem imaterial, ele não pode ser protegido pelos interditos destinados à proteção da posse, que compreende o exercício de fato de poderes inerentes ao domínio (propriedade), o qual alcança apenas as coisas corpóreas.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Marca comercial, direito de invento, direito autoral etc. impropriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. Cabimento da ação inibitória. In **Questões do novo direito processual civil brasileiro**: Curitiba: Juruá, 1999. p. 212.

¹⁸² RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil**, segun el tratado de planiol. Buenos Aires: La Ley, [s.d]. p.401. Tomo 1.

3.2.2 A ação cominatória diante do dever de abstenção de terceiros

Como já foi demonstrado, a ação cominatória não pode ser confundida com o interdito proibitório em face da natureza jurídica das suas sentenças: esta mandamental, aquela nitidamente condenatória. Isso, entretanto, já ocorreu no Direito medieval¹⁸³, e, por vezes, ocorre no nosso direito, talvez porque possua a mesma raiz do interdito proibitório, como se pode perceber no transcrito dispositivo das Ordenações Filipinas.

A ação cominatória, prevista no art. 287 do Código de Processo Civil, tinha o seguinte enunciado: “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença”.

Com a modificação imposta pela L 10444/02, em vigor desde de 9.8.2002, o artigo em questão ganhou a seguinte redação: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou de decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e art. 461-A)”.

Porém, qualquer pesquisa jurisprudencial revela que também a ação cominatória, moldada na antiga redação, foi bastante utilizada em todo o Brasil como instrumento de defesa dos direitos autorais, acontecendo até de o órgão jurisdicional diante do ajuizamento

¹⁸³ SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 154. Vol. 11, Tomo 1.

de interdito proibitório, considerando a ação imprópria, transformá-la na ação adequada, a cominatória, por simples retificação de sua denominação¹⁸⁴.

A verdade é que diante da natureza do direito de autor, especialmente na hipótese de execução não autorizada de obra musical, em situação que se pode apresentar como ameaça de continuação ou repetição do ilícito, era mais do que evidente a inoperância da ação cominatória com a redação revogada, porquanto a multa só podia ser aplicada diante do descumprimento da sentença condenatória, o que, por sua vez, implicava em uma ação de execução, com a instauração de um novo processo. Com efeito, a técnica processual não tinha força para fazer valer o comando constitucional.

Ora, a norma constitucional sempre impôs o dever de abstenção diante do direito de autor. Aquele que pretende utilizar uma obra musical para fins de execução pública deve pedir a autorização do compositor ou de seu representante legal. Se isso não acontece o direito de autor é violado, não se efetivando o princípio da adequada tutela jurisdicional.

Por conseguinte, a tutela ressarcitória possibilitada pela ação cominatória não protegia o direito do compositor musical, o qual consiste não na reparação de um eventual prejuízo pecuniário, mas na oponibilidade a uma execução pública não autorizada da sua obra. Como a cominatória não possibilitava ao juiz que ordenasse sob pena de multa no limiar do processo, pode-se afirmar que não havia uma proteção efetiva ao direito em comento.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 10358/DF**, Relator Min. Soares Munoz, DJ 26-10-1984, p. 08003.

3.2.3 A inadequação da ação cautelar para a tutela preventiva do direito de autor

A jurisdição cautelar ganhou reconhecimento a partir do fim da primeira metade do século passado, consolidando-se normativamente em vários países. Não se pode negar, entretanto, que a questão cautelar remonta ao próprio direito romano.

Porém, nenhum sistema legislativo do mundo destacou tanto a função jurisdicional cautelar como o Código de Processo Civil de 1973. O nosso legislador, orientando-se pela doutrina italiana, cujos maiores expoentes eram Chiovenda e Carnelutti¹⁸⁵, o dividiu em três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução, e o cautelar.

Na doutrina italiana¹⁸⁶ já se advertia que, em relação ao direito material, a tutela cautelar é uma tutela mediata, porquanto contribui para assegurar o eficaz funcionamento da justiça. Segundo essa mesma doutrina, as demais formas de tutelas jurisdicionais, conhecimento e execução, seriam instrumentos do direito substancial que atuava por meio delas, já nas providências cautelares se encontrava uma instrumentalidade qualificada, uma instrumentalidade elevada ao quadrado. Dito de outra maneira, a tutela cautelar nada mais seria do que um instrumento do instrumento.

Mesmo diante do peso dessa orientação doutrinária, a ação cautelar passou a ser utilizada em algumas situações relacionadas com o direito de autor. Contudo, no que diz respeito ao direito de inibir a execução não autorizada da obra musical, ela é totalmente inadequada.

¹⁸⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 3.

¹⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Arnetina, 1945. p. 45.

Como já foi identificado pela doutrina¹⁸⁷, o uso indiscriminado da ação cautelar, principalmente antes da reforma processual de 1994, serviu para demonstrar a ineficiência do processo civil clássico com as suas formas tradicionais de tutela: declaratória, constitutiva, e condenatória, as quais atuavam apenas no plano jurídico.

Por conseguinte, o fenômeno das denominadas *cautelares satisfativas* indicava a falta no ordenamento jurídico brasileiro de tutelas jurisdicionais diferenciadas, apropriadas ao direito material reclamado em juízo. Tutelas, como no caso do direito de autor, que pudessem ser concedidas de forma rápida e efetiva, afinal a morosidade do procedimento ordinário de então era causa de insatisfação de todos que buscavam a proteção jurisdicional.

Em decorrência dessa situação, a tutela cautelar que deveria ser a exceção passou a ser a regra. Tal desvirtuamento causou inquietação na doutrina¹⁸⁸, que chegou a indicar quatro causas para o problema: (I) a necessidade de tutelas imediatas decorrentes das novas exigências da sociedade contemporânea; (II) a combinação de fatores psicológicos, como a falta de *common sense* e de crença na autoridade estatal; (III) as necessidades sociais de proteção, compensando transitoriamente eventuais desigualdades entre as partes; e (IV) deficiência do procedimento ordinário, caracterizado pela sua reconhecida lentidão.

Esse quadro e a nota de preventividade existente na tutela cautelar tem levado parte da doutrina¹⁸⁹ a percebê-la como tutela preventiva, o que, por certo, justificaria a sua utilização como técnica processual capaz de garantir a realização do direito de autor.

No atual estágio do direito processual brasileiro, entretanto, não se pode mais confundir a tutela cautelar com a tutela preventiva. É que aquela tem natureza meramente assecuratória, enquanto que esta tem natureza eminentemente satisfativa. Nesse sentido, na

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17.

¹⁸⁸ BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 15-17.

¹⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

perspectiva da tutela de direitos, já se classificou a jurisdição em satisfativa e cautelar¹⁹⁰. A tutela jurisdicional satisfativa se subdivide em tutela jurisdicional ressarcitória, pela qual se busca a reparação do dano sofrido, e tutela jurisdicional preventiva, pela qual se busca inibir a prática do ato ilícito, a sua continuação ou a sua repetição.

Podemos dizer que a tutela jurisdicional satisfativa, nas suas duas categorias, se presta à defesa dos direitos substanciais e que a tutela jurisdicional cautelar tem por escopo garantir eficácia e seriedade à função jurisdicional, evitando, desse modo, que os demandados nos processos de conhecimento e de execução possam, aproveitando-se da morosidade dos procedimentos judiciais, praticar atos que frustrem uma eventual decisão que lhes seja desfavorável.

O baralhamento feito por parte da doutrina entre tutela preventiva e tutela cautelar já mereceu a crítica de Calamandrei. Segundo ele, não há razão para se fazer confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar, as quais representam conceitos distintos, ainda que vinculados entre si como numa relação de gênero e espécie. Assim, contrapondo-se à tutela jurisdicional repressiva, o interesse de agir na tutela jurisdicional preventiva surgiria não do dano, mas do perigo do dano jurídico¹⁹¹.

O que é relevante, entretanto, é que o direito de autor não pode ser pensado exclusivamente na sua vertente pecuniária. Isso reduziria a dimensão que lhe foi conferida pela Constituição da República, a qual impôs a todos o dever de abstenção, consistente na necessária autorização do compositor para a execução pública da sua obra. Por conseguinte, a ação cautelar se mostra totalmente inadequada à realização desse direito.

¹⁹⁰ MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. **Tutela cautelar**: teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Juruá, 1996. pp. 68-69.

¹⁹¹ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Arnetina, 1945. p. 40.

Em razão da sua necessária referibilidade a um direito acautelado¹⁹², a tutela cautelar só serviria ao compositor quando o direito de não ter a sua música executada publicamente, sem a sua anuência, tivesse sido violado. Prestaria, portanto, para garantir a futura execução de uma sentença condenatória, jamais para preventivamente garantir o direito fundamental do autor, pois a hipótese é de lesão (ressarcitória) e não de ameaça (prevenção).

Nessa linha, outra questão relevante é o ônus imposto ao autor da ação cautelar antecedente pelo art. 806 do Código de Processo Civil, no sentido de que, a partir da concessão do provimento cautelar, ele deve propor no prazo de trinta dias a ação principal, pena de ineficácia da medida.

Já se tomou posição no sentido de que diante de situações que ponham em risco direitos fundamentais como os da personalidade, a medida cautelar concedida liminarmente e convalidada por sentença não pode perder de forma automática a sua eficácia, o que configuraria uma “ação cautelar acidentalmente autônoma”¹⁹³.

Ainda que se pudesse admitir a utilização da ação cautelar como se fosse verdadeira ação preventiva de cunho satisfativo, ela não teria a efetividade necessária em relação ao direito em comento, diante da impossibilidade legal de o juiz ordenar sob pena de multa¹⁹⁴. É que “as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas”¹⁹⁵.

Na espécie, pode-se pensar em uma situação em que o dono de uma casa de diversões, sem autorização do compositor ou de seu representante legal, anuncia para um dia qualquer a apresentação de um determinado intérprete musical, e o juiz no âmbito do

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 74.

¹⁹³ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**: do processo cautelar – arts. 796 a 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 509-511. Vol. 2.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Impropriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. In: **Questões do novo direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1999. p.218.

¹⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43. (Segunda Série)

processo cautelar concede liminarmente a tutela cautelar determinando que o demandado não realize o espetáculo. Sem uma medida de caráter coercitivo para a hipótese de descumprimento da determinação judicial a experiência mostra que dificilmente a apresentação musical deixaria de acontecer. Por isso, a cautelar tem sido mais utilizada para apreensão de receita de bilheteria visando assegurar o resultado de uma ação de cobrança e de uma futura execução.

CAPÍTULO 4

A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL DA OBRA MUSICAL

4.1 O ilícito e a tutela inibitória

Entre os fatos jurídicos mais relevantes encontra-se o designado pelo nome de ilicitude, compreendido como ato contrário ao direito¹⁹⁶, conjugando duas idéias: o comportamento humano e a contraposição ao ordenamento jurídico¹⁹⁷.

A doutrina brasileira costuma conceituar o ato ilícito como “toda ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou ocasione prejuízo a outrem”¹⁹⁸. Integra-se ao ilícito o elemento culpa, agregando-se numa só categoria a ilicitude e a responsabilidade civil, a partir da idéia de que a única tutela contra o ilícito está na reparação do dano¹⁹⁹, o que como adiante será demonstrado não corresponde à realidade de um ordenamento jurídico informado pelo princípio da dignidade humana.

A tutela inibitória é instrumentalizada pelo processo de conhecimento com a utilização da técnica mandamental que permite ao juiz a emissão de ordens de fazer ou não

¹⁹⁶ VON TUHR, Andreas. **Derecho civil**: teoria general del Derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 135.

¹⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 17. Vol. 3, Tomo 2.

¹⁹⁸ FRANÇA, R. Limongi. Ato ilícito. In: **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. pp. 16-17. Vol. 9.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela inibitória...**, p. 27.

fazer. Sua efetivação acontece por meio de coerção indireta da vontade do obrigado²⁰⁰, como a multa, por exemplo. Tem natureza preventiva e destina-se a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito²⁰¹.

Apesar da sua natureza preventiva, estando voltada para o futuro²⁰², a tutela inibitória não se confunde com a tutela cautelar uma vez que esta estará sempre ligada a uma tutela dita principal prestada em um outro tipo de processo, enquanto aquela é plenamente satisfativa e prestada em processo autônomo.

Teorizada após a reforma processual de 1994, tem a sua veiculação permitida pelo atual art. 461 do Código de Processo Civil, o qual estabelece 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 adimplemento*, tornando-se imprescindível para a tutela adequada de direitos como os da criação intelectual que possuem caráter moral e patrimonial e que, por isso, necessitam de tutela do tipo preventiva que impeça a sua violação por terceiros.

Tendo o ordenamento jurídico brasileiro imposto um dever legal de abstenção, porquanto a execução da obra musical depende da autorização do seu autor ou dos seus representantes, mostra-se inadequada a tutela ressarcitória conjugada com a técnica condenatória. Somente uma tutela como a inibitória, capaz de impor uma conduta negativa ao obrigado pode fazer valer o comando normativo substancial²⁰³.

²⁰⁰ MARANHÃO, Clayton, **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 220.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 251.

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 255.

²⁰³ FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giufrè, 1971. p. 564. Vol. 21.

Daí a importância do estudo dos fundamentos, dos pressupostos e das modalidades da tutela inibitória, considerando que ela está num campo de prevenção mais amplo e, por isso, responde com perfeição ao reclamo da efetividade da tutela de direitos.

4.2 Fundamentos, pressupostos e modalidades da tutela inibitória

Reconhecida a falência do processo de conhecimento com rito uniforme, devido à sua inaptidão para a resolução dos mais diferentes conflitos que são levados diariamente ao Poder Judiciário, acentua-se a opção metodológica pelas tutelas diferenciadas capazes de dar uma resposta jurisdicional que torne realmente concreta a promessa feita no campo legislativo.

Nessa linha, funda-se a tutela inibitória no próprio direito material²⁰⁴. Tal afirmativa decorre do fato de que o nosso ordenamento jurídico prevê situações de direito substancial que só podem ser satisfeitas por meio de uma tutela de natureza preventiva, única capaz de afastar a ameaça de violação a determinados direitos projetados pelas normas jurídicas²⁰⁵. E essa é a nota que torna a tutela inibitória uma tutela diferenciada das tutelas clássicas, as quais, porque baseadas na “separação entre o processo de conhecimento e o processo de execução e da distinção entre a ação de conhecimento e a ação de execução”²⁰⁶, buscam o seu fundamento na violação do direito.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 253.

²⁰⁵ RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, jan/marc, 1980. p. 103.

²⁰⁶ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

Na perspectiva doutrinária de que como forma de prestação jurisdicional a tutela inibitória encontra-se no grupo que pode atuar no mundo concreto, alterando-o²⁰⁷ de modo a satisfazer a expectativa estabelecida pela norma substancial, qual seja, de obstar a lesão ao bem jurídico por ela protegido, tem pertinência o esclarecimento feito por Marinoni:

Como o direito material depende - quando pensado na perspectiva da efetividade - do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material. Basta pensar, por exemplo, na norma que proíbe algum ato com o objetivo de proteger determinado direito, ou em direito que possui natureza absolutamente inviolável, como o direito à honra ou o direito ao meio ambiente. Lembre-se, aliás, que várias normas constitucionais afirmam a inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquela capaz de evitar a violação²⁰⁸.

A essas observações impõe-se acrescentar que a construção teórica da tutela inibitória, fundamentada nas necessidades do direito material, está apoiada no próprio princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrado na Constituição Federal de 1988, o qual no art. 5º, inciso XXXV, orienta no sentido de que “nem a lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*”. Ao interpretar esse princípio constitucional o processualista deve fazê-lo sob o enfoque do devido processo legal, compreendido nas suas duas vertentes: a processual e a material. Só assim, poderá perceber que não se trata de mera possibilidade de ajuizamento da demanda²⁰⁹, porquanto a garantia de acesso à justiça que também nele está inserida impõe que o processo, sem dilações indevidas, possa ser um instrumento de satisfação plena daquele litigante que demonstre que tem o direito alegado.

Evidenciada a necessidade da tutela inibitória, de natureza tipicamente preventiva, como instrumento garantidor da necessária inviolabilidade de direitos e da efetividade dos

²⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

²⁰⁸ ²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 253-254.

²⁰⁹ GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça, é preciso que sejam delineados os seus pressupostos, a fim de que seja possível a sua perfeita aplicação ao caso concreto.

Sob esse prisma, há de se estabelecer a distinção entre dano e ilícito, afinal o jurisdicionado, independentemente da situação jurídica em que se encontrar, de uma ameaça ou lesão ao seu direito, por força dos princípios constitucionais em questão, terá direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Isso implica dizer que existe uma tutela contra o ilícito independentemente da ocorrência do dano, quebrando o dogma de origem romana de que a única tutela contra a violação da norma jurídica é a do tipo ressarcitória²¹⁰.

Embora a doutrina pátria já tenha estabelecido a distinção que existe entre o dano e o ilícito²¹¹, o novo Código Civil, ao dispor no art. 186 que “aquele que, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, parece ter seguido orientação doutrinária já ultrapassada, incluindo o dano como elemento do ilícito, o que se infere, por exemplo, da seguinte lição de Gomes:

Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito de responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se o fato é danoso²¹².

A realidade, entretanto, mostra que não há razão, e nunca houve, para que se possa pensar que o ato ilícito só interessa ao direito quando causa dano. Basta raciocinar sobre a questão do direito de autor, mais especificamente no direito absoluto que o autor tem de, por

²¹⁰ RAPISARDA, Cristina. Inibitória (azione). In: **Enciclopédia giuridica treccani**. Roma: Treccani, v. 17, 1989, p. 1.

²¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 85. Tomo 53.

²¹² GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. pp. 313-314.

exemplo, não autorizar a execução da obra musical. Nessa hipótese, o compositor não precisa esperar que a sua música seja executada publicamente sem a devida autorização para exercer o seu direito de pedir a tutela jurisdicional preventiva. Assim porque, no momento em que a música é executada sem autorização, numa rádio, num bar ou num teatro ou mesmo na internet, ainda que se abra a possibilidade da tutela ressarcitória por meio da ação de cobrança, muito comum no Brasil, torna-se impossível a satisfação plena e integral do seu direito. É que, por força de princípios como o da “efetividade do processo, enquanto instrumento de realização de justiça”²¹³, o direito do compositor era o de impor que o usuário se abstinhasse da execução pública da sua música, um cumprimento específico de uma obrigação de não fazer. A justiça seria feita por meio de uma tutela inibitória, como a prevista no art. 461 do CPC, a qual, por sua especificidade, prevalece sobre a tutela ressarcitória. Sobre a questão, a posição de Barbosa Moreira é esclarecedora:

Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento quer é que deveres e obrigações se cumpram *tais quais são*. Se a alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção — *essa* utilidade, e não *outra*, “equivalente” que seja, ou inculcada como tal. E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado *igual* ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado²¹⁴.

Relevante, portanto, aludir que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este ocorrer sem aquele. Basta, portanto, a probabilidade do ilícito para que se possa vindicar a tutela preventiva, independentemente dos efeitos que o ato contrário ao direito poderia

²¹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: **Garantias constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234.

²¹⁴ BARBOSA MOREIRA. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 31-32. (Segunda série).

causar. Vista dessa forma, a preocupação com o dano é reflexa já que ele seria a consequência do ilícito²¹⁵.

É nesse sentido que Marinoni, como apoio em estudo feito por Auletta a respeito da estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, conceitua o ilícito como “o ato contra *ius* que pode causar dano”²¹⁶.

Acertado que pode haver ilícito sem dano, ainda que aquele seja pressuposto deste, pode-se admitir a existência de “uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano”²¹⁷. Por consequência, pode-se afirmar que o pressuposto da tutela inibitória é a probabilidade de ilícito, compreendido como ato contrário ao direito.

Sendo a tutela inibitória uma técnica que permite uma prestação jurisdicional voltada para o futuro²¹⁸, com o escopo geral de evitar a ocorrência de ilícitos, ela pode, amoldando-se à situação concreta, ser utilizada por três modos distintos: para impedir que o ilícito ocorra, para que o ilícito não se repita e para que o ilícito não continue. Em nenhuma delas se faz necessária a cognição sobre o elemento culpa, o que só aconteceria para efeito de eventual tutela ressarcitória, jamais para a tutela preventiva²¹⁹.

Com acentua Marinoni, se o dano e a culpa não compõem a demanda preventiva, obviamente eles restringem a atividade cognitiva do juiz à questão da possibilidade do ilícito²²⁰.

²¹⁵ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

²¹⁶Cf. AULETTA, Giuseppe. Attività (dir. priv.). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, v. 3, 1958, p. 987. Segundo ele “[...] il requisito del pericolo di danno dall’altro viene a mancare il requisito soggettivo del dolo o della colpa; sai per quanto riguarda le sanzioni dell’illiceità, poiché in materia d’illiceità dell’attività si prevedono sanzioni idonee ad eliminare o diminuire il pericolo di danno (quali l’inibizione dell’attività e la pubblicazione della sentenza) sanzioni che non si ritrovano in tema di atti illeciti, per i quali in materia civile l’illiceità è ancora fondata sul danno e non sul pericolo di danno”.

²¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p. 37.

²¹⁸RAPISARDA, Cristina. **Inibitória (azione)**, p. 1.

²¹⁹BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 431

²²⁰MARINONI, Luiz Guilherme, idem, p. 41.

A primeira dessas modalidades, a que impede a prática do ato ilícito, em razão da dificuldade da produção da prova, relacionada com a probabilidade do ilícito, algo ainda por acontecer, é a de mais difícil reconhecimento pela doutrina²²¹.

Trata-se, entretanto, da forma mais pura de tutela inibitória e que, como acentua Marinoni, “vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela de direitos. Assim, [...] no direito alemão [...] que se refere expressamente a ‘prejuízos ulteriores’, e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunction* [...] espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito”²²².

No âmbito específico do direito de autor, na Itália, o art. 156 da Lei nº 633/41²²³ admite expressamente as três modalidades de inibitória²²⁴, enquanto no Brasil, os artigos 29 e 105 da Lei nº 9610/98 tratam do assunto: o primeiro estabelecendo o direito do autor impedir a utilização da sua obra, possibilitando a tutela inibitória para evitar o ilícito, na forma do art. 461 do CPC, enquanto o segundo autoriza as duas outras modalidades.

Não há dúvida, porém, de que, tanto no Brasil, quanto na Itália, a tutela inibitória, em todas as suas modalidades, encontra respaldo na Constituição: lá no art. 24, aqui no art. 5º, inciso XXXV, que consagram o princípio da efetividade da jurisdição.

De fato, a Constituição brasileira consagrou como valor supremo o talento criador do homem, afirmando expressamente no art. 5º, inciso XXXII, que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

²²¹ *idem, ibidem*, p.428.

²²² MARINONI, Luiz. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 257.

²²³ Lei 633/41, art. 156: “Chi há ragione di temere la violazione di um diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione...”.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, p.234.

Isso significa que todos somos sujeitos passivos de uma relação jurídica imaginária, com o dever de abstenção no que diz respeito à execução pública da obra musical, na exata medida em que esta depende do consentimento do seu criador.

Por conseguinte, há de se reconhecer, como o fez Marinoni, que o nosso ordenamento jurídico recepciona o princípio geral de prevenção, conferindo status constitucional à tutela inibitória²²⁵, possibilitando, desse modo, a tutela dos direitos fundamentais, como o direito de autor, pela via do processo judicial²²⁶.

Reconhece-se no Direito Processual a existência de técnicas capazes de dar efetividade aos valores consagrados na Constituição em caso de controvérsia²²⁷. Não basta, portanto, que se garanta abstratamente o acesso à justiça como o direito a uma sentença de mérito, é preciso que o Estado tutele realmente todos os direitos na sua integralidade²²⁸.

Se o compositor tem o direito de não ter a sua música executada publicamente sem a devida autorização, cabe ao Estado lançar mão da técnica da tutela preventiva com as medidas necessárias para a realização da sua promessa constitucional.

A segunda modalidade de tutela inibitória, a que visa evitar a repetição do ilícito, justifica-se no momento em que se constata que o ilícito já foi praticado, independentemente da ocorrência de dano, de dolo ou de culpa, e há probabilidade da sua repetição.

A hipótese acima delineada pode ser exemplificada com o tema deste trabalho: a execução não autorizada da obra musical. Basta pensar na hipótese de um espetáculo musical que é apresentado na cidade de Belém, contra a vontade dos autores das obras ali utilizadas, em que se anuncia uma nova apresentação, dessa vez em Manaus. O ilícito foi praticado em uma cidade e há probabilidade de repetição do mesmo ilícito na cidade seguinte. Percebe-se,

²²⁵ *idem, ibidem*, p. 62.

²²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

²²⁷ ALMAGRO NOSETE, José, TOMÉ PAULE, José. **Instituciones de derecho procesal**: processo civil 1. Madrid: Trivium, 1993. p. 28. Tomo 1.

²²⁸ CAPELLETTI, Mauro. **La dimensione sociale**: l'accesso all'á giustizia, Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 71. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**, p. 65.

assim, a necessidade que o autor tem de, para manter a integridade do seu direito para o futuro, recorrer à tutela inibitória para evitar a repetição daquele ato.

Por fim, a tutela inibitória pode ser utilizada para evitar a continuação do ato ilícito, o que pressupõe, mais uma vez, que o ilícito já ocorreu e, na hipótese, continua ocorrendo. Há de se ter aqui a prova da atividade passada e a prova da atividade presente, mais precisamente do agir ilícito continuado.

Destarte, Marinoni estabelece a distinção entre o ilícito continuado e o ilícito de eficácia continuada. Diz ele, com razão, que no primeiro há uma ação ilícita continuada, enquanto que no segundo já cessou a ação cujos efeitos ilícitos continuam a se expandir no tempo. Esclarece, finalmente, que a demanda inibitória deve ser proposta com base no temor da continuação da ação ilícita, devendo o ilícito de eficácia continuada ser objeto de pedido de remoção de ilícito²²⁹.

Como anota Marinoni, a diferença entre a tutela de inibição do ilícito e a tutela de remoção do ilícito apresenta uma certa dificuldade teórica, do tipo que a doutrina chama de “zona cinzenta”²³⁰, o que ocorre quando os juristas não conseguem explicar consensualmente determinados fenômenos jurídicos. Tanto é assim que na doutrina italiana há quem não distinga a tutela inibitória da tutela reintegratória²³¹, e que acontece aqui no que tange à tutela cautelar e à tutela antecipada. Trata-se de conflito teórico capaz de gerar o mesmo problema que ocorre com a interpretação de determinadas normas jurídicas, fenômeno que como afirmou Hart cria uma “zona de penumbra”²³².

Exemplificando, mais uma vez com a música: o autor, ou o seu representante, toma conhecimento de que um determinado restaurante executa as suas obras musicais diariamente para deleite dos que ali freqüentam. Pode-se, na hipótese, concluir que se trata de um ilícito

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**, p. 260.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**, pp. 425-426.

²³¹ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitória**: Padova: Cedam, 1987.

²³² HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1993, pp.11-12.

continuado, ou seja, a música foi executada ontem, está sendo executada hoje, e vai ser executada amanhã e nos dias seguintes, permitindo o ajuizamento da demanda inibitória para que o juiz ordene a interrupção do ilícito.

Como já se adiantou, a Lei nº 9.610 de 19/0/98, que revogou a Lei nº 9.588/73, regula os direitos autorais e os que lhe são conexos, com o fito de proteger apenas a obra literária, artística e científica, aquilo que resulta, portanto, do talento criador do ser humano, distanciando-se da invenção que é considerada uma descoberta advinda de uma idéia de solução de um problema técnico, que, por sua vez, é tutelada pela Lei nº 9.279/96, a Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos.

A sua análise nos revela que embora privilegie a tutela ressarcitória pelos danos causados ao autor, nela também se pode encontrar pelo menos um dispositivo que autoriza a utilização da tutela genuinamente preventiva, em duas das modalidades inibitórias anteriormente apontadas: a tutela inibitória contra a continuação do ilícito e a tutela inibitória contra a repetição do ilícito.

Nota-se, portanto, que o legislador brasileiro inseriu tutelas tipicamente patrimoniais, legitimando pretensões voltadas para o passado, ao lado de tutelas extrapatrimoniais, legitimando assim pretensões voltadas para o futuro.

Com efeito, o art. 105 da referida lei diz, em outras palavras, que a execução pública das obras artísticas, literárias e científicas, “[...] 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 [...]”. Ainda prevê que em caso de reincidência o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Interessante ressaltar que no art. 106 da mesma lei, o legislador refere-se expressamente à sentença condenatória, para nela autorizar o juiz a determinar a destruição

dos elementos utilizados para a prática do ilícito, que no que diz respeito ao tema aqui tratado poderia ser qualquer instrumento apto a tornar pública uma determinada música.

Destarte, isso não permite pensar que de tutela inibitória não se trata, porquanto não se determina a natureza da sentença pela sua denominação legislativa, mas pelo seu conteúdo e pela sua atuação na realidade.

Por tal prisma, o pedido de interrupção tem natureza inibitória porque apto a afastar o ilícito; o de suspensão tem natureza cautelar; e o de indenização é eminentemente ressarcitória no molde da sentença condenatória. Em observância ao princípio da efetividade, nas duas primeiras hipóteses a decisão deve ter natureza mandamental, para cumprimento imediato, pena de ineficácia. Na última hipótese a execução dependerá da instauração de um segundo processo.

Como se pode perceber, o criador da lei autoral mesmo reconhecendo o direito do autor de não ter a sua obra executada sem autorização, não o municiou com instrumentos completos para a realização da promessa que ele mesmo fez. Isso, entretanto, não impede a utilização da tutela inibitória em qualquer uma das formas já explicitadas, na medida em que pode se valer não só do princípio geral de prevenção recepcionado pelo ordenamento jurídico, mas também pelo caráter subsidiário do art. 461 do Código de Processo Civil pronto para manter a integralidade do direito, mediante uma tutela mandamental.

Em se tratando de execução de obra musical, quando será possível falar em violação do direito de autor? Dois são os elementos que podem identificar o ilícito: o caráter público da execução e a falta de autorização do autor.

O problema reside na determinação desse caráter público da execução, porquanto o responsável pela execução estaria ou não autorizado pelo autor ou pelo seu representante, já que na forma da legislação do direito de autor em vigor, mas especificamente no art. 68 da Lei 9.610/98, onde, no *caput*, está claro que “sem prévia e expressa autorização do autor ou

titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas”.

Segue o mesmo dispositivo, agora nos parágrafos primeiro e segundo, definindo a representação pública como aquela em que se dá “a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica”, enquanto a execução pública consistiria na “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”.

Evidentemente não importa para a solução do problema a questão do intuito ou não de lucro, muitas vezes determinado pelo pagamento de ingressos em alguns ambientes, já que a nova lei dele não tratou.

Sendo tranqüilo que a comunicação (execução) da obra musical ao público pode ser feita por qualquer meio ou processo, resta saber o que significa público para os efeitos da proteção autoral, considerando que um critério legal é o chamado “local de frequência coletiva”, inclusive com rol exemplificativo no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal acima mencionado ²³³, e que outro é a “participação de artistas”, insuficientes em razão da própria indeterminação conceitual que encerram, uma vez que, por exemplo, poder-se-ia perguntar se para os fins legais poderiam ser exigidas autorizações dos chamados “artistas de rua”, os quais costumam se apresentar em locais freqüentados livremente pela coletividade.

²³³ Conforme esse dispositivo legal são considerados locais de frequência coletiva “os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, 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”.

Pois bem. Define-se público em contraposição ao que é privado, no sentido de tudo o que interessa ao Estado e à comunidade²³⁴. Nesse sentido, há único elemento capaz de nortear o intérprete diante do caso concreto: o contexto da execução. Assim, não é o local, se público ou privado, que determina a proteção, mas o motivo pelo qual a música é executada.

O fato de um grande tenor cantar uma ária em praça pública em agradecimento à multidão que o ovacionou, para fins de proteção autoral é totalmente diferente dele voltar depois para cantar na mesma praça no comício de um determinado partido político. A distinção reside na espontaneidade do primeiro ato e na organização do segundo²³⁵.

Com efeito, não é o número de pessoas ou a natureza do local, por si só, que dizem se há ou não necessidade de autorização do autor, principalmente se considerarmos a distinção entre execução-fixada, que se dá por meio de um suporte físico, e execução não fixada, em que a obra é executada pessoalmente pelo cantor, pelo músico, ou por grupos musicais, sendo que qualquer uma delas pode ser levada a um número indeterminado de pessoas encontradas nos mais variados ambientes, residências, bares, praças, etc. pelo sofisticado sistema de comunicação existente na sociedade contemporânea.

De tal modo, a execução musical via internet, rádio, ou televisão, também necessita da autorização do autor, porque para os fins legais agrega o elemento público.

Diga-se, outrossim, que a autorização deve ser dada para cada uma das hipóteses de aproveitamento e utilização da execução da obra musical, ou seja, tanto o aproveitamento imediato que a execução presencial propicia, quanto o aproveitamento mediato possibilitado pelos mais diversos instrumentos de captação hoje existentes, devem ser consentidos de forma independente²³⁶.

Como o art. 29 da lei autoral diz que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra por quaisquer modalidades existentes ou que venham a ser

²³⁴ COUTURE, Eduardo J. **Vocabulário jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 495.

²³⁵ O exemplo, aqui adaptado, pode ser encontrado em ASCENÇÃO, op. cit., p. 198.

²³⁶ MORAES, Walter. **Artistas intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. pp. 72-73.

inventadas, torna-se evidente que a solução jurídica tem que estar aliada à solução técnica, concentrando-se esta última na instrumentalização das chamadas medidas necessárias para que o direito de autor seja realizado na sua plenitude.

Sendo certo que os meios de comunicação cada dia ficam mais sofisticados, gerando inclusive um comércio eletrônico a aumentar as dificuldades de controle do direito de autor, não parece viável a catalogação e tipificação expressa das condutas infratoras, como se defende à larga nos congressos sobre o tema. Sobre isso a lei brasileira foi sábia ao estabelecer apenas exemplificativamente as hipóteses proibitivas, pois o legislador pelo próprio sistema formal de criação da lei não tem nenhuma condição de prever taxativamente todas as situações de execução pública da obra autoral.

4.3 A tutela inibitória antecipada

Como já se afirmou várias vezes ao longo deste trabalho, o princípio da efetividade impõe que a atividade jurisdicional seja desenvolvida no sentido de resolver o conflito jurídico²³⁷ de forma tempestiva e adequada.

Como o processo é o instrumento de que a jurisdição dispõe para cumprir esse objetivo, ele precisa dispor de tutelas jurisdicionais diferenciadas para fazer frente a direitos diferenciados²³⁸. Afinal, não basta o Estado dizer que o demandante tem direito ao fim do processo. Determinadas situações reclamam a satisfação urgente do direito postulado, criando uma incompatibilidade entre a *certeza* que se busca estabelecer pela sentença, o que leva tempo, e a efetividade do processo. No que diz respeito aos direitos não patrimoniais,

²³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 312.

²³⁸ PISANI, Andrea Proto. **Apunti sulla gistizia civile**. Bari: Cacucci Editore, 1982. p.11.

como é o caso dos direitos de autor, particularmente o que o compositor tem de não ver a sua música executada contra a sua vontade, a questão se agrava porque tudo ocorre num espaço comunicativo quase que instantâneo, sendo pertinente a consideração feita por Watanabe, no sentido de que:

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso²³⁹.

A conscientização de que a efetividade do processo depende da utilização de técnicas que permitam a concreção pelo judiciário dos mais diferenciados direitos, fez com que o legislador brasileiro, atendendo ao coro doutrinário, introduzisse no nosso ordenamento jurídico dispositivos que permitissem ao juiz adiantar o direito daquele que tem razão no processo.

Conforme Yarshell, aludindo a Comoglio, para o qual, pela perspectiva constitucional, a ação não deve representar somente uma garantia de meios, mas também de resultados²⁴⁰, se a tutela jurisdicional é aquela prestada em favor de quem ostenta um direito:

Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então, pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes²⁴¹.

²³⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudo e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 143.

²⁴⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 291.

²⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1988. pp. 28-31.

Pode-se afirmar que a tutela antecipada foi a grande contribuição da primeira fase da reforma processual, que começou na década de noventa, representada nos artigos 273 e 461 do CPC e 84 do CDC, ainda que tal possibilidade já se apresentasse em algumas ações como nas possessórias, no mandado de segurança e no *habeas corpus*.

A novidade, portanto, está apenas no plano da conscientização generalizada da doutrina e do legislador, pois os instrumentos de efetividade, ainda que restritamente, já eram conhecidos e positivados²⁴².

Em se tratando de tutela preventiva voltada para a inibição do ilícito contra o direito não patrimonial do autor, a concessão da tutela inibitória na forma antecipada pode ser a única forma de concretização do princípio da efetividade. Trata-se, na ótica dos direitos fundamentais, do Estado cumprir o seu dever de proteção jurídica.

No art. 461, § 3º, do CPC, o legislador estabeleceu requisitos específicos que, uma vez satisfeitos, permitem ao juiz conceder liminarmente a tutela inibitória, abrindo a possibilidade de justificação prévia com a citação do demandado.

Na linguagem do código, se a demanda ajuizada contiver pedido para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como é o caso da tutela inibitória, o deferimento da antecipação de tutela está condicionado à prova de relevante fundamento da demanda e de justificado receio de ineficácia do provimento final. Em linguagem mais conhecida na doutrina e na jurisprudência: o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

A exigência, portanto, para a concessão da tutela inibitória antecipada, é que o demandante prove ao juiz uma dupla probabilidade, ou seja, a probabilidade da ilicitude e a probabilidade de que o ilícito possa ser praticado, repetido, ou continuar a ser praticado, no curso do processo, tornando ineficaz o provimento final, situação que já foi identificada na

²⁴² CARPI, Federico. **La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipada' e giudizio di mérito**. Bari: Relazione in XV Convegno Nazionale, 1985. p. 4.

doutrina como “um fundado receio de que o ilícito possa ser praticado durante o transcorrer do processo de conhecimento”²⁴³.

Ora, o direito de autor, especialmente na questão da execução pública de obra musical, implica dever de abstenção de terceiros. Em outras palavras, ninguém pode executar publicamente uma música sem que esteja autorizado pelo compositor ou pelo seu representante legal, por se tratar de conduta contra a lei.

Presente a hipótese, pode o autor ajuizar a demanda pedindo que o juiz emita uma ordem para que o demandado se abstenha de executar a sua obra em público. Isso acontece por meio da tutela inibitória e, na quase totalidade dos casos, implica na necessidade desse pedido ser adiantado pela jurisdição a fim de que o direito fundamental do autor seja garantido integralmente.

Anote-se que, em se tratando de execução pública de obra musical, o dever de abstenção se impõe por força da natureza absoluta do direito de autor. De tal modo, a cognição do juiz fica limitada ao ilícito. Se este se apresenta como provável e iminente, deve o juiz deferir a inibitória pela técnica da antecipação, única maneira, repita-se, de emprestar efetividade à prestação jurisdicional.

4.4 A natureza mandamental da tutela inibitória da obra musical e seus instrumentos de efetivação

O reconhecimento da tutela inibitória como instrumento de tutela de direitos, notadamente no campo do direito de autor, e de efetividade do processo, impõe a conclusão

²⁴³ MARINONI, Luiz. **Tutela inibitória**, p. 152.

de que a classificação trinária das sentenças, como já se afirmou, foi superada pela própria atividade legislativa ao possibilitar que o juiz exercesse o seu poder para ordenar, sob pena de multa ou outro meio de coerção, fazendo com que, conforme o art. 461, § 4º, o devedor cumpra com a sua obrigação de fazer ou de não fazer.

Como a toda evidência a sentença inibitória não se enquadra nas categorias tradicionais de sentença: a declaratória, constitutiva e condenatória, há de se buscar, em outros dois tipos de sentenças, a mandamental e a executiva *lato sensu*, as quais com as três primeiras participam da denominada classificação quinária das sentenças, de há muito defendida por parte da doutrina²⁴⁴, aquela que adere ao direito do compositor da obra musical.

Na ótica de Miranda, “a ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”, enquanto “a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*)”²⁴⁵. Marinoni, por sua vez, acrescenta, ao distinguir a sentença mandamental das sentenças declaratória e condenatória, que aquela destas “[...] se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz”²⁴⁶. Portanto, a sentença mandamental é aquela que ordena sob pena de aplicação de uma medida coercitiva típica ou atípica.

Caracteriza-se exatamente pelo fato da ordem do juiz ser cumprida no mesmo processo em que foi proferida a decisão, ainda que para isso ele tenha que se valer da técnica de coerção indireta, atuando sobre a vontade do demandado; já na sentença executiva *lato sensu*, a decisão também é executada no mesmo processo, o que acontece pela prática de medidas executivas que independem da vontade do demandado. As duas sentenças, portanto, satisfazem no mesmo processo, diferentemente da sentença condenatória que se limita à

²⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 247. Vol. 2.

²⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: [s.n], 1976. p. 3. Tomo 6.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**, p. 440.

constituição de um título executivo que será atuado em um outro processo chamado de processo de execução.

A tutela inibitória específica do direito de autor é a do tipo negativa, porquanto a obrigação que se busca satisfazer é a de não fazer, obrigação de abstenção de um determinado comportamento. Obrigação de natureza infungível, portanto.

Nesse diapasão, a sentença que adere ao direito que o autor tem de ver cumprido o dever de abstenção, no que diz respeito à execução pública da obra musical, é a sentença de natureza mandamental. Assim porque, com fundamento no art. 461 do CPC, para a realização do direito o juiz atua sobre a vontade do demandado²⁴⁷.

Para isso o legislador, preocupado com a efetividade da prestação jurisdicional, inseriu no art. 461 do CPC instrumentos coercitivos para eficácia da tutela inibitória. São eles a multa, disciplinada no § 4º, e as denominadas *medidas necessárias*, autorizadas no §5º.

Sempre tendo presente o princípio da efetividade, a multa prevista no art. 461, ainda que inspirada no direito francês, que dispõe das *astreintes*, dele se difere por não ter natureza indenizatória, destinando-se tão somente a forçar o cumprimento da ordem judicial²⁴⁸. Isso fica claro no § 2º. do mencionado artigo, pelo qual “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Porém, é importante ressaltar que a multa é instrumento de coerção para a efetividade que pode ser utilizado, mesmo sem requerimento da parte, toda vez que houver decisão judicial concedendo a tutela inibitória, ou seja, na tutela antecipada e na sentença.

Excepcionando mais uma vez o princípio de que a sentença deve ter correlação com o pedido, o § 5º. do art. 461 do CPC autoriza o juiz a, de ofício, determinar as medidas necessárias que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Dessa forma, o

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**, passim.

²⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 352.

juiz pode adequar a tutela jurisdicional ao direito material que o autor quer ver satisfeito, sem que isso importe em decisão *ultra petita*²⁴⁹.

Esse aumento do poder decisório do juiz deve ser exercido temperado pelo princípio da necessidade. Justifica-se tal limitação porque a concessão da tutela inibitória pode causar excessiva restrição aos direitos do réu. Pode-se afirmar, com Larenz, que com isso se busca a justa medida do equilíbrio, a qual está diretamente ligada à idéia de justiça, como elemento valorativo necessário da grande responsabilidade que o juiz tem ao decidir, provisória ou definitivamente, as demandas que lhe são submetidas²⁵⁰.

4.5 As medidas necessárias à luz do princípio da proporcionalidade

Não há dúvida de que o legislador reformista ao conceder ao juiz a possibilidade de determinar as medidas que julgar necessárias para o cumprimento da sua ordem, teve o objetivo de cumprir o princípio da efetividade da jurisdição.

É preciso, entretanto, que esse juiz tenha a compreensão de que “existe um ‘círculo hermenêutico’ que condiciona mutuamente a interpretação dos fatos e a interpretação da regra”²⁵¹, pois só assim ele poderá justificar a autonomia que lhe foi conferida em face da lei²⁵² pelo seu próprio criador.

Assim, porque diante do caso concreto configurado na possibilidade da execução da obra musical em desrespeito ao dever de abstenção que todos têm em relação ao compositor,

²⁴⁹ OLIVEIRA, Valisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 245-247.

²⁵⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 585.

²⁵¹ RABENHORST, Eduardo R. A interpretação dos fatos no direito. In: **Prim@Facie**, Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa, ano 2, n. 2, jan./jun. 2003, p. 17.

²⁵² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208.

a aplicação do princípio da proporcionalidade ganha relevância na medida em que a efetivação de um direito fundamental poderá importar na restrição de um outro direito fundamental.

Inicialmente é preciso esclarecer que embora seja utilizada a terminologia princípio da proporcionalidade, na verdade, não se trata de um princípio em si mesmo, mas de um método de interpretação da constituição que tem como objetivo primeiro buscar um grau de efetividade constitucional ótima, usando como pressuposto básico do sistema a realização dos valores constitucionais.

Embora valor e princípio não se confundam, eles têm a mesma natureza estrutural²⁵³. Posicionam-se em primeira linha, se diferenciado no fato de que o princípio é uma norma, tem caráter deontológico, de conduta de dever-ser, enquanto o valor radica na questão do que é melhor, do que é bom, funcionando axiologicamente. Por esta razão, a teoria dos princípios é fundamental à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, chegando ao princípio da proporcionalidade como método de resolução das colisões entre direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, o estudo do princípio da proporcionalidade apresenta como ponto de partida o reconhecimento de que os direitos fundamentais estão no ápice da hierarquia jurídico-constitucional, apresentando-se como pertinente a conclusão de Rego em trabalho sobre a natureza estruturante dos princípios fundamentais na Constituição de 1988:

As considerações em torno do conceito de princípio deixaram claro que seu significado representa um papel de verdade fundante, bem como que a existência de certos princípios constitucionais, denominados de princípios fundamentais, justifica, material e formalmente, a dependência hierárquica referida no parágrafo anterior, de modo que os mesmos se situam no vértice da estrutura hierárquico-

²⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993 p. 147.

normativa, constituindo, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o ponto de chegada, de todo Sistema Constitucional²⁵⁴.

Por conseguinte, a sua restrição somente pode acontecer através de norma constitucional ou norma infraconstitucional, quando o próprio texto constitucional tenha autorizado a restrição através dela²⁵⁵, ou através da ponderação de bens. Entenda-se, aqui, ponderação de bens como resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, e em especial em sentido estrito: a ponderação de bens orientando-se pela proporcionalidade.

4.5.1 A origem do princípio e os seus pressupostos

O princípio da proporcionalidade utilizado na França para controle dos atos administrativos teve uma grande aceitação em diversos países da Europa, principalmente na Alemanha, com fulcro na contenção do poder de polícia²⁵⁶ para a proteção dos direitos fundamentais, foi desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência a partir da Lei Fundamental Alemã. A partir daí, toda restrição de direito fundamental deve respeitar três aspectos: a necessidade da medida, a adequação e sua proporcionalidade.

Também na Itália verificava-se a necessidade de controle dos atos discricionários, especialmente no tocante às leis arbitrárias, conforme noticia Suzana Barros, o que foi

²⁵⁴ REGO, George Browne. Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na constituição de 1988. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1997. p.135.

²⁵⁵ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 137.

²⁵⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 118.

regulado após a Constituição Italiana de 1948 e a Lei nº 87, de 1953. O mesmo acontece nos direitos espanhol e português, apesar de estes dois últimos Estados terem passado por regimes autoritários, violadores dos direitos fundamentais.

Em outro sentido, mas não com menor importância ou força, os Estados Unidos, por terem seu germe normativo no sistema da *common law* herdado da Inglaterra, muito mais voltado para a apreciação do juiz e o respeito ao princípio do devido processo legal, desenvolvem o chamado princípio da razoabilidade. Apesar de algumas distinções entre princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade, eles se aproximam como método de ponderação de bens.

Já se disse que a razoabilidade, diferentemente da proporcionalidade, não pressupõe uma relação entre meio e fim, mas “[...] trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual”²⁵⁷.

Deve-se, assim, procurar verificar a intensidade da medida restritiva em relação à pessoa que sofre a restrição. De tal modo, a razoabilidade tem a ver com o conteúdo do direito no sentido de verificar o que é aceitável, enquanto a proporcionalidade identifica-se com a forma como princípio atinente à solução de colisão de direitos fundamentais.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade, em sua fase inicial, trata da proporcionalidade no campo administrativo²⁵⁸ e penal. Não obstante, ele já tinha sido defendido tanto por Montesquieu quanto por Beccaria²⁵⁹. Mesmo com a sua precoce utilização nestes ramos do direito, somente no século XX a proporcionalidade ganhou status

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar./1999. p. 173.

²⁵⁸ GUERRA FILHO, W. **Ensaio de direito constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989. p. 71, assim se pronuncia acerca da idéia de proporcionalidade: *uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são subrogados, (sic) confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.*

²⁵⁹ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

constitucional, por meio da sua instrumentalização pelo Tribunal Constitucional Alemão, que determinou que o meio é adequado se atinge a finalidade desejada, é necessário se não existe outro que cause um mal menor, e proporcional em sentido estrito se a realização daquele fim procurou limitar ou sacrificar o menos possível o outro bem ou direito fundamental em colisão.

Já se anotou que o princípio da proporcionalidade no direito alemão é tido como norma constitucional não escrita, derivada diretamente do princípio do Estado de Direito²⁶⁰. Na verdade, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso nas Constituições dos Estados democráticos de Direito, à exceção da Constituição portuguesa. Isso, porém, não significa que não esteja implícito²⁶¹.

Pode-se ainda mencionar que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo²⁶², decorre para alguns autores do próprio princípio do Estado de Direito. Para outros adviria do conteúdo dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade humana ou ainda do princípio do devido processo legal e da idéia de justiça²⁶³.

Nessa linha, se a derivação do princípio da proporcionalidade estiver justificada nos direitos fundamentais, significa, então, que se entendem esses direitos como fundantes de

²⁶⁰ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43.

²⁶¹ HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 22.

²⁶² STUMM, idem, *Übermassverbot*, p. 78.

²⁶³ BARROSO, Luiz Roberto, BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. In: SAMPAIO, José Adércio (org.). **Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 497.

todo o sistema jurídico, e vinculantes de toda a atuação do Poder Público. Derivar o princípio da proporcionalidade do princípio da dignidade humana infere considerar os direitos fundamentais como decorrentes deste²⁶⁴.

Por outro lado, já se disse que a afirmação de que o princípio da proporcionalidade, assim como os demais direitos fundamentais, deriva do princípio da dignidade humana, denota um esforço argumentativo do qual resultaria uma justificação de qualquer situação estranha ao catálogo de direitos através da dignidade humana²⁶⁵.

Caso se compreenda o princípio da proporcionalidade como decorrente do princípio do devido processo legal, cabe recordar a idéia de justiça e razoabilidade que o princípio do devido processo legal material traz em si, ficando claro, também, que o princípio do devido processo legal tornou-se um princípio expresso no ordenamento brasileiro. Por isso, não é demais trazer à tona a remissão de Bonavides no sentido de que o princípio da proporcionalidade é implícito, embora positivado como princípio geral de direito no ordenamento jurídico brasileiro²⁶⁶.

²⁶⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 66. *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Destarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização deste último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17).*

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 107, ss. *Não é difícil, portanto, perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode - ao menos de forma indireta - ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana. Não é, contudo, neste sentido que este princípio fundamental deve ser considerado na condição de elemento integrante da matéria dos direitos fundamentais, pois, se assim fosse (convém ressaltá-la), toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia, seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada (ante o suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), à condição de materialmente fundamental.*

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 396. Neste sentido recorde-se a locução constitucional: art. 5º, § 2º *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]*.

4.5.2 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios

A realização dos direitos fundamentais pela via jurisdicional implica necessariamente na aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, sobretudo porque diante do fato concreto o juiz pode ter que enfrentar uma eventual colisão de valores contidos nos demais princípios constitucionais.

Trata-se de uma atividade que exige a ponderação valorativa de todos os princípios em rota de colisão para que eles continuem coexistindo sem nenhuma restrição definitiva. Para tanto, ele desdobra-se em três subprincípios, : da adequação ou conformidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na verdade, mais do que subprincípios, eles são elementos constitutivos do princípio em questão.

É por tais elementos que se pode aferir “qual dos direitos apresentados em forma de princípio deve prevalecer ou como os direitos em colisão devem se comportar no plano concreto, medindo a constitucionalidade dos atos estatais”²⁶⁷.

4.5.2.1 O princípio da adequação

O primeiro elemento a ser utilizado pelo intérprete é o princípio da adequação, também conhecido como princípio da idoneidade, pelo qual ele vai procurar determinar se os

²⁶⁷ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109-110.

meios utilizados pelo Poder Público foram adequados para alcançar determinado fim. A indagação gira em torno da idoneidade da medida restritiva de direitos para a consecução de um fim. Sendo oportuno observar que com esse princípio a relação de causalidade entre meio e fim torna evidente a decisão revestida de razoabilidade, pois a escolha do meio não pode ser arbitrária.

Como se percebe, o juízo de adequação faz-se sempre diante do caso concreto,²⁶⁸ única situação que permite saber se a medida tomada foi adequada para alcançar o objetivo ditado pela norma. Por isso, entende-se que é possível haver uma adequação apenas parcial entre o meio empregado e o fim a que se destina. É preciso que se leve em consideração o fato incontestável de que o legislador, ao criar uma lei, não pode prever seu resultado posterior, por ela ser abstrata e aplicável a casos diversos.

O princípio da adequação significa que toda restrição ou limitação a direito fundamental deve ser “idônea à consecução da finalidade perseguida”²⁶⁹. A título de objeção cumpre salientar que uma medida somente é não idônea se o for completamente²⁷⁰. Assim, fica impossível saber qual o meio idôneo dentre tantos que deve prevalecer. Por outro lado, o meio é adequado se através dele pode-se alcançar o resultado almejado.

4.5.2.2 O princípio da exigibilidade

O princípio da exigibilidade, também conhecido por princípio da intervenção mínima, pressupõe o respeito à esfera de liberdade do indivíduo e à obrigatoriedade em não invadi-la

²⁶⁸ PENALVA, Ernesto Predraz. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Akal, 1990, pp. 294-295.

²⁶⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 76.

²⁷⁰ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundarnentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990. p. 157.

ou fazê-lo com o máximo de restrições. Também chamado ainda por princípio da necessidade (pois, neste momento, a questão limita-se à escolha do meio menos gravoso para o cidadão), o meio que crie uma situação ainda que desagradável, mas a melhor dentre todas as possíveis para a realização do interesse público, porque a menos lesiva aos direitos fundamentais. Por isso o princípio da necessidade foi denominado postulado do meio mais suave. Além disso, conforme Gilmar Ferreira Mendes²⁷¹, somente o que se considera adequado pode ser necessário ou exigível. Por outra via, o que é necessário não poderá ser inadequado.

A exigibilidade de uma medida restritiva de direito fundamental deve ser pertinente ao caso concreto, à “otimização de possibilidades fáticas”²⁷². Isto equivale a dizer que a medida deve ser qualitativa e quantitativamente necessária, o que é verificável, por exemplo, em relação à duração de uma medida cautelar que restringe um direito a fim de preservá-lo. Trata-se da “conexão material”²⁷³ dos meios e fins da medida adotada. Isto porque o princípio da necessidade exige uma ponderação entre os meios e os fins, realizando o meio mais idôneo, o menos gravoso e igualmente eficaz²⁷⁴. Parece evidente que a atuação do juiz na escolha da medida para o caso concreto possui uma faceta de subjetividade, mas ressalta que, apesar disso, essa apreciação da medida adotada possui um caráter objetivo que viabiliza o seu controle²⁷⁵. Ademais, percebe-se que a verificação do princípio vincula tanto o legislador quanto o órgão executivo.

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In: **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo, n. 8, pp. 11-25, jul./1993, p. 15.

²⁷² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996 p. 81.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 79.

²⁷⁴ Princípio expressamente acolhido pelo Tribunal Alemão: “é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”. *idem, ibidem*, p. 80.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 81.

Canotilho elenca alguns princípios informadores do princípio da exigibilidade ou necessidade. Como primeiro princípio informador figura a necessidade material, segundo a qual o meio empregado deve ser o mais *poupado* possível na limitação dos direitos fundamentais; o segundo, a *exigibilidade espacial*, que remete à limitação no âmbito da intervenção; o terceiro, a *exigibilidade temporal*, que limita no tempo a atuação do poder público que restrinja o direito do cidadão; como quarto e último, a *exigibilidade pessoal* que limita a medida coativa apenas à pessoa ou pessoas que forem atingidas com a restrição²⁷⁶.

4.5.2.3 O princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Enquanto o princípio da necessidade e o da adequação verificam a otimização em relação às possibilidades fáticas, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve otimização de possibilidades jurídicas. Além disso, exige a reciprocidade razoável e racional entre o meio adotado e o fim perseguido²⁷⁷. Para Stumm, confunde-se com a pragmática ou lei da ponderação²⁷⁸ em virtude do *espaço de discricionariedade semântica* do sistema jurídico constitucional, eminentemente aberto.

O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* configura o terceiro aspecto da máxima da proporcionalidade, pois que atua sempre conjugado com os princípios da adequação e da necessidade, haja vista que em algumas situações concretas torna-se a tarefa demasiado árdua determinar o meio menos restritivo, uma vez que mesmo este meio menos gravoso pode vir a ferir outro direito constitucionalmente protegido. Desta forma, o que se

²⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ªed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995. p. 387.

²⁷⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 152.

²⁷⁸ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 80.

constata é a ponderação de valores, justificada pela prevalência de um direito ou interesse sobre outro.

O controle da proporcionalidade em sentido estrito, em medidas restritivas de direitos fundamentais pode ser feito através de outros princípios, entre eles o da concordância prática e o da proteção do núcleo essencial de um direito²⁷⁹. A questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais admite algumas ponderações e concepções, dentre elas a de cunho absoluto²⁸⁰, para a qual o núcleo essencial de um direito fundamental consiste em um núcleo duro, intocável e abstrato, ou seja, valeria sempre para o mesmo direito em qualquer situação, sem o qual o próprio direito pereceria. A outra concepção relevante é a chamada relativa, para a qual este núcleo do direito fundamental somente pode ser determinado diante do caso concreto.

Alexy afirma que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o próprio mandato de ponderação²⁸¹. Por conseguinte, formula sua *lei da ponderação* nos seguintes termos: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”²⁸². Neste raciocínio, estabelece que toda “ponderação jusfundamental correta”²⁸³ encontra seu corolário em uma norma de direito da espécie regra, que sofrerá a subsunção no caso concreto.

²⁷⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 87.

²⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 233.

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

²⁸² *Idem, ibidem* p. 161. Na versão em espanhol da obra: *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 94.

4.5.2.4 A delimitação do âmbito normativo para a determinação da colisão de direitos fundamentais

É no plano da decisão judicial sobre o caso concreto que se deve buscar o verdadeiro sentido da norma jurídica. Por isso, a “ponderação jusfundamental correta” deve ser precedida da delimitação do âmbito normativo de cada um dos direitos fundamentais que numa primeira visão se mostram em rota de colisão. É que não poucas vezes “o conflito é apenas aparente, pois no âmbito normativo de um dos direitos em tese conflitantes não está incluída a conduta contrária ao exercício do outro direito fundamental”²⁸⁴.

Com efeito, o juiz deve ser pragmático durante o procedimento interpretativo, para que a concretização dos direitos fundamentais materiais e processuais, os quais oferecem inúmeras possibilidades ao intérprete, falando-se, nesse sentido, em um programa e um âmbito da norma, sendo este identificado nos dados que se apresentam como, de fato, relevantes para o encerramento do conflito jurídico.

²⁸⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 37, v. 147, p. 20 jul./set./2000.

4.6 A reforma do art. 461 do CPC: as medidas necessárias e a relativização do princípio da autonomia da vontade

Diferentemente das normais morais e demais regras de conduta social, as normas jurídicas caracterizam-se pela sua coercitividade. Esta “[...] é a possibilidade que o direito tem de se fazer valer, primeiramente através da incidência de uma espécie particular de sanção pelo descumprimento da norma jurídica, e posteriormente pela possibilidade de coagir o sujeito a cumpri-lo”²⁸⁵.

Sobre essa possibilidade se referia o art. 75 do Código Civil de 1916, ao enunciar que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. Por isso, já se assinalou que, sob a ótica da sua função, o ordenamento jurídico pode ser considerado como o conjunto de meios aptos para impor o cumprimento ou abstenção de determinadas ações humanas²⁸⁶.

Isso significa que a ordem jurídica pode ser observada voluntariamente ou ser imposta pela força. Para que isso aconteça, há todo um aparelho estatal voltado para assegurar o direito objetivo e emprestar efetividade aos direitos subjetivos, dando aos dois uma consistência prática²⁸⁷ capaz de garantir as expectativas positivas geradas pelas relações jurídicas.

A aplicação de qualquer meio coercitivo pelo juiz, porém, tem como condição de legitimidade a necessidade de obrigar uma conduta da parte de acordo a norma jurídica, a qual

²⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

²⁸⁶ MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho civil y comercial**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, [s.d]. p. 17. Tomo 1.

²⁸⁷ MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 7. impres. Coimbra: Almedina, 1994. p. 126.

em certa medida representa o interesse coletivo²⁸⁸. Não é que a norma seja respaldada pela força, mas sim que ela possa desencadear, por efeito reflexo da ação humana, o uso da força²⁸⁹.

No campo da tutela jurisdicional preventiva, a aplicação de medidas coercitivas, entendidas como as que se destinam a atuar sobre aquele que está na iminência de praticar um ilícito, como forma de constrangê-lo a observar o comportamento projetado como ideal pela norma jurídica, conferindo-lhe maior eficácia²⁹⁰, funciona como uma técnica de efetivação da tutela específica prestada pelas sentenças de natureza mandamental e executiva²⁹¹.

Como já deve ter ficado evidente, a técnica coercitiva constitui instrumento de que se pode servir o juiz para, intimidando, impor o cumprimento da sua decisão, conformando juridicamente o conflito²⁹². Trata-se, portanto, de uma medida de apoio escolhida no momento da tomada da decisão, tenha ela a natureza de interlocutória ou de sentença.

Com essa natureza, medidas de apoios, elas estão positivadas no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC. Nesses dispositivos o legislador, com o manifesto escopo de dar efetividade à tutela jurisdicional específica, assegurando o resultado prático equivalente ao do adimplemento, autorizou o juiz a utilizar técnicas coercitivas nominadas e inominadas. No primeiro caso a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou de coisas, o desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva. No segundo caso permitiu a construção pelo juiz da medida coercitiva adequada ao caso concreto, tendo presentes os princípios da necessidade e da menor restrição possível, o que, em se tratando de dever de abstenção sugere a possibilidade de prisão civil e de interdição de entidade que promova a

²⁸⁸ SALDANHA, Nelson. **Sociologia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 186.

²⁸⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. 1 reimp. São Paulo: Edipro, 2003. p. 78.

²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 70.

²⁹¹ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: arts. 83 e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

²⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 309.

execução pública de obras musicais, como clubes, bares, ginásios, estádios, cinemas, teatros, etc.

Nesse contexto, em que cabe ao Poder Judiciário, como guarda da Constituição, base material de todo o ordenamento jurídico na medida em que estabelece o conteúdo axiológico do Estado²⁹³, o relevante papel de garantir efetividade aos direitos autorais compreendidos como direitos fundamentais, os quais não podem prescindir da tutela preventiva, andou bem o legislador quando aumentou os poderes coercitivos do juiz de modo a que possa cumprir a sua missão constitucional.

Aliás, não se poderia compreender em qualquer sistema processual a existência de uma tutela inibitória desacompanhada de medidas coercitivas capazes de induzir o demandado a cumprir o seu dever jurídico²⁹⁴.

De fato, a norma precisa conter um elemento, a sanção, apto a provocar no sujeito um interesse com ela coincidente, pois a decisão judicial sem a possibilidade de coerção deixa de ser decisão para converter-se em mero conselho²⁹⁵.

Com efeito, a reforma operada no art. 461 do CPC resultou na relativização do princípio da intangibilidade da liberdade pessoal ou da autonomia da vontade do obrigado²⁹⁶. Isso fica claro a partir do *caput* do artigo que estabelece que “... o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, sendo certo que os parágrafos 3º, 4º, 5º, e 6º do mesmo dispositivo, autorizam o seu deferimento liminar com enumeração

²⁹³ REGO, George Browne. Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na constituição de 1988. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1997. p. 119.

²⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 343.

²⁹⁵ PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil: y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: Edias Soc. Anón. Editores, 1963. p. 131-133.

²⁹⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar – arts. 796 a 81**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 592. Vol. 2.

exemplificativa das medidas necessárias ao cumprimento da decisão, seja ela final ou antecipada.

Pode-se dizer que houve um regaste do poder de *imperium* do juiz, que deverá fazer uso de tais medidas para cumprir um dos fins políticos da jurisdição: decidir e impor o cumprimento da sua decisão²⁹⁷.

Nesse ponto, a reforma processual civil brasileira está em sentido contrário da crítica doutrinária, para a qual “a tendência democrática da legislação contemporânea está a favor do devedor contra o credor”, na medida em que o enfraquecimento das sanções tem como consequência a desvalorização dos direitos, passando a idéia de que é possível desrespeitar as obrigações impunemente²⁹⁸.

4.6.1 A atuação da tutela inibitória através das medidas necessárias nominadas: o rompimento do princípio da tipicidade das formas executivas

As medidas coercitivas têm natureza eminentemente instrumental. Servem para dar efetividade às decisões judiciais, sendo imprescindíveis para as de cunho mandamental. Afinal, não se pode imaginar que alguém possa simplesmente ignorar a ordem dada pelo Estado diante de um caso concreto.

Para os fins deste trabalho, não interessa entrar na discussão a respeito se há ou não execução processual no momento da aplicação dessas medidas. Adotamos aqui a idéia de que

²⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 168.

²⁹⁸ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho civil**: segun el tratado de planiol. Traducción de Delia Garcia Daireaux, t. 1. Buenos Aires: La Ley, [s.d]. p. 491.

a essência da medida coercitiva, a sua concreção, está na sua própria cominação pelo juiz da causa.²⁹⁹ Ela incide no momento em que o demandado dela toma conhecimento.

Definida essa questão, qualquer outra se torna secundária, como enfatiza Talamini:

Definido o aspecto essencial do meio de coerção – que permite considerá-lo mecanismo sancionatório inconfundível com o cumprimento espontâneo ou com eventuais mecanismos de sujeição que o sucedam – a questão relativa à natureza propriamente executiva da “execução indireta” passa a ter relevância secundária. Fundamental é o reconhecimento de que também constitui atividade sancionatória o manejo de mecanismos destinados a influenciar psicologicamente o sujeito de direito, levando-o a adotar a conduta prevista no comando³⁰⁰.

O legislador pôs à disposição do juiz várias medidas coercitivas nominadas. São elas, a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, ressaltando que se for necessário pode-se requisitar a força policial, rompendo de forma clara com o princípio da tipicidade das formas executivas.

Pelo tema abordado, interessa-nos neste momento, analisar a multa processual prevista no § 4º do art. 461 do CPC.

4.6.1.1 A multa como meio coercitivo: sanção de natureza preventiva

A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil, destinada a constranger o demandado a adotar o comportamento devido, configura-se em importante inovação do legislador brasileiro para que o juiz possa impor o cumprimento da decisão

²⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 171-172.

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 173.

inibitória, especialmente no caso da possibilidade de execução não autorizada da obra musical. Consiste, portanto, numa sanção de natureza processual que pode ser utilizada pelo juiz para induzir o sancionado a adotar a conduta projetada pela ordem jurídica.

Trata-se, assim, de um mecanismo indutivo negativo³⁰¹ acionado para o cumprimento da ordem judicial, que em razão do poder de império do Estado não pode ser desprestigiada pelo descumprimento. Por se tratar de sanção processual é dirigida ao réu, possibilitando a realização do direito do demandante por via reflexa.

Percebe-se, pois, que a multa pode ser usada como apoio a uma providência jurisdicional preventiva, bastando para a sua aplicação a prova da iminência da prática de um ato ilícito, da sua continuação ou da sua repetição.

Como já se demonstrou, o direito de autor se encontra no âmbito de uma relação jurídica imaginária, onde há um sujeito ativo perfeitamente identificado, e um sujeito passivo universal, o qual tem o dever da abstenção. Na hipótese específica, a execução pública da obra musical, independentemente do intuito de lucro, deve ser autorizada pelo compositor ou pelo seu representante legal.

Trata-se, portanto, de mecanismo de coerção apto a atuar em favor da efetivação do direito fundamental do compositor musical de não ver a sua obra utilizada ilicitamente.

Nessa linha, o juiz tem o poder-dever de cominá-la toda vez que deferir a tutela inibitória para evitar a prática do ato ilícito, ou mesmo para evitar a sua continuação ou, ainda, a sua repetição. Tem, para isso, autorização legislativa para decretá-la independentemente de requerimento do demandante, pois o que está em jogo não é só o interesse deste, mas toda ordem jurídica, a qual se legitima com a decisão judicial efetivamente cumprida.

³⁰¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 169.

Não pode, pois, o juiz fugir da sua responsabilidade, uma vez que a experiência forense tem demonstrado que a eficácia dessas sanções pode ser comprometida pela sua indulgência com os que não respeitam os direitos fundamentais.

O compromisso dos órgãos jurisdicionais com a efetividade dos direitos fundamentais foi bem definido por Guerra quando discorreu sobre a proteção do credor na execução civil:

[...] os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, são *valores* que orientam e balizam a própria atuação dos poderes constituídos, devendo a realização de tais valores ser buscada, pelos órgãos públicos, independentemente de iniciativa daqueles que seriam os titulares dos direitos fundamentais, considerados em sua dimensão subjetiva. Compreende-se, assim, que o direito fundamental à tutela executiva, em sua dimensão objetiva, deva ser concretizado pelo juiz, que poderá (e deverá) adotar todas as medidas necessárias para tanto, como a multa diária ou qualquer outra, independentemente de pedido do credor³⁰².

Advirta-se, porém, que a aplicação da multa não prescinde de justificativa por parte do órgão jurisdicional, inclusive quanto ao seu valor. É que a atuação de um direito fundamental há de ser balizada pelos direitos fundamentais daquele que sofre a medida. Trabalhará, então, o juiz com o princípio da proporcionalidade, mais especificamente com os seus subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Deve o juiz, com isso, demonstrar: (a) a idoneidade da medida coercitiva para a consecução do fim colimado, (b) que a medida é qualitativamente e quantitativamente necessária; e (c) que a situação pode ser subsumida em uma determinada regra jurídica.

De tal modo, diante da situação concreta, é que o juiz poderá verificar a utilidade da medida coercitiva, o seu valor, a continuidade da sua incidência, e até mesmo a alteração do seu valor.

A multa coercitiva tem a função de pela ameaça convencer o demandante a adimplir, por isso o juiz deve estabelecer o seu valor considerando a condição financeira do

³⁰² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128.

demandado. Não se pode aplicar a multa no mesmo valor para uma grande empresa de comunicação e para um proprietário de um pequeno bar da periferia de uma cidade. O valor estabelecido tem que ser pensado no sentido de que deve se constituir num prejuízo considerável para o demandante, desestimulando a prática do ato ilícito.

Importante, também, esclarecer que essa multa não tem natureza indenizatória. Ela não se confunde com aquela que pode ser pré-fixada pelo juiz em casos de descumprimento da prestação *in natura*, que é arbitrada pela demora no adimplemento.

A multa coercitiva, como já se frisou, tem um objetivo específico, qual seja, o de reforçar a ordem judicial. Em relação ao demandado, ela configura em prejuízo decorrente do descumprimento de ordem judicial, nada além disso.

Essa confusão entre as astreintes e o ressarcimento do dano, que por muito tempo causou problemas aos franceses, foi bem equacionada por Marinoni:

No caso da tutela inibitória não se concebe confusão entre a multa e a indenização. Se o réu observa a ordem inibitória, praticando o ilícito temido, a multa é devida independentemente do eventual dano que tenha sido produzido e deva ser reparado. Da mesma forma que a tutela inibitória não se confunde com a tutela contra o dano, a multa nada tem a ver com a indenização relativa ao dano. Se não fosse assim, a tutela inibitória jamais teria alguma efetividade, pois o demandado, ainda que sem obedecer à ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que provocou, o que seria obviamente absurdo³⁰³.

Por fim, é preciso ressaltar que, como a multa diária é estabelecida em decorrência da desobediência de ordem judicial, ela reverte para o Estado e não para o demandante.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela inibitória**, pp. 172-173.

4.6.2 As medidas inominadas: a controvérsia sobre a prisão civil como medida coercitiva residual

Na hipótese da multa não conseguir fazer valer a decisão inibitória, pela resistência injustificada do demandado, o juiz no exercício do seu poder discricionário pode escolher a medida que entender mais idônea para prevenir o ilícito, sempre empregando o princípio da proporcionalidade em suas três formas.

Diante da insistência do demandando, por exemplo, em continuar a executar publicamente a obra musical, apesar da cominação da multa, o juiz poderá determinar a interdição do local onde seria ou estaria sendo praticado o ilícito, casa de *show*, bar, restaurante, ginásio, rua, etc. servindo-se para isso da força policial³⁰⁴.

Matéria mais controvertida é a da possibilidade de utilização da prisão civil como instrumento de coação psicológica genérica, inclusive cumulada com a multa, para emprestar efetividade à decisão inibitória.

Trata-se de tema onde definitivamente não existe consenso doutrinário. A discussão não é nova³⁰⁵, mas o argumento dos que são a favor e contra permanecem quase os mesmos, todos passando pela interpretação mais restritiva ou mais extensiva do disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, cujo enunciado é o seguinte: “não haverá prisão por dívida,

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela inibitória**, p. 187. Oferece o mesmo exemplo relacionado à hipótese de decisão inibitória para evitar o prosseguimento de atividade poluidora de uma determinada fábrica.

³⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**: com a emenda nº 1 de 1969. Tomo 1, 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. pp. 264-265. Onde o defendeu a compatibilidade do art. 885 do CPC que prevê a prisão do devedor que desobedece a ordem judicial, ao argumento de que a Constituição obstaría a “prisão por não-pagamento de dívidas” e não a prisão civil por inadimplemento de obrigações que não sejam pecuniárias, que, segundo ele, é sempre possível na legislação.

salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Essas mesmas restrições são estabelecidas pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de San José da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil.

O retorno do tema decorre principalmente da aproximação entre os direitos anglo-americano e brasileiro, sendo certo que o primeiro contempla a prisão por desobediência à ordem judicial tanto no campo civil, quanto no campo penal. A grande questão é saber se o nosso direito autoriza o mesmo procedimento.

A corrente doutrinária que entende pela impossibilidade da utilização da prisão como meio coercitivo voltado para a concretização da decisão inibitória, sustenta essa posição argumentando que a regra geral estabelecida pela Constituição Federal é a proibição da prisão civil em qualquer situação³⁰⁶ que não as excepcionadas por ela própria, ou seja, a prisão por inadimplemento da obrigação alimentícia e a da obrigação do depositário infiel.

Nesse passo, já se afirmou que “Se a prisão por dívidas que não fossem monetárias estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso do depositário infiel”³⁰⁷.

Por outro lado, todos concordam num ponto: que a conduta daquele que resiste ao cumprimento de uma ordem judicial pode resultar na prisão criminal, nos termos do art. 330 do Código Penal. A prisão, entretanto, não poderia, como é óbvio, ser decretada pelo juiz do cível. Na verdade, a prisão poderia ser feita pelo estado de flagrante delito permanente que estaria o demandado enquanto não cumprisse a ordem. Nesse caso, a voz de prisão poderia ser dada pelo oficial de justiça ou pelo próprio juiz do cível, mas o eventual processo crime teria que ser instaurado na esfera criminal.

³⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 297.

³⁰⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 530.

Os que defendem a possibilidade da prisão cível, até por necessidade, possuem um discurso mais elaborado, pautado em critérios hermenêuticos apontados como mais modernos,³⁰⁸ e na comparação de sistemas jurídicos em estágio de aproximação³⁰⁹.

Essa corrente ganhou o reforço da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, a qual identificando a figura do *contempt of court* na legislação processual civil brasileira, ainda que restrita ao art. 14 do Código de Processo Civil, onde há previsão de multa para todos os participantes do processo em caso de embaraço ou descumprimento de provimentos mandamentais, encaminhou proposta no sentido de que fosse mais uma vez modificado esse artigo, criando-se expressamente a possibilidade da prisão por desobediência judicial.

No que aqui interessa, o dispositivo seria o seguinte: “§ 2º Se as circunstâncias do caso evidenciarem que a multa prevista no parágrafo anterior será ineficaz ou, ainda, em caso de renitência e sem prejuízo da cobrança daquela, poderá o juiz decretar a prisão das pessoas enumeradas no caput pelo prazo de até 60 dias”³¹⁰.

Parte da doutrina, entretanto, como já foi colocado, entende que a possibilidade de prisão por desobediência à ordem mandamental já existe no nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, Marinoni recorre ao método hermenêutico-concretizador, invocando lições dos constitucionalistas portugueses Canotilho e Miranda, para concluir que “a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de execução direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito”³¹¹. Assinala, com razão, que esse tipo de

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 293.

³⁰⁹ GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 23, p. 312-332, 2003. GINOVER, Ada Pelegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 218-227, 2001.

³¹⁰ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. Propostas da comissão para a efetividade da justiça da AMB. Brasília, p. 18-19, 2004, caderno 1.

³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 293.

interpretação, por considerar o contexto, é muito mais amplo do que a que ele denomina de “clássica”, porque harmoniza direitos fundamentais.

O método hermenêutico-concretizador a que recorre Marinoni pode ser encontrado na metódica estruturante do direito de F. Muller para quem o resultado da interpretação de qualquer norma, torna-se conteúdo daquela norma³¹², ou seja, o intérprete atua entre o texto (da norma) e o contexto (situação concreta), no que denomina de “círculo hermenêutico”.

Guerra segue a mesma linha interpretativa, desenvolvendo o seu discurso a partir do direito fundamental a uma tutela efetiva, afirmando que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por si só, já concede ao juiz o poder de criar medidas mais adequadas em qualquer hipótese em que falhem aquelas previstas na lei, e não apenas nas obrigações de fazer³¹³.

O mesmo autor, ao examinar a questão da prisão civil como uma das medidas coercitivas previstas no art. 461 do Código de Processo Civil mostra que não se pode fugir à interpretação da norma constitucional que veda e, ao mesmo tempo, autoriza a prisão civil. Considera como determinante se estabelecer o exato alcance e sentido dessa norma constitucional, o que consistiria numa questão prejudicial impossível de ser desprezada³¹⁴. Pondera sobre o sentido que se deve dar à expressão “dívida”. Continua dizendo que se for o caso de dívida como obrigação civil, não se pode admitir a prisão civil fora das exceções declinadas na Constituição Federal. Mas, segundo ele, o termo “dívida” tem também o sentido de “pagar quantia”, o que permitiria uma outra leitura do texto constitucional em questão, qual seja, “não se admite a prisão civil para tutelar a obrigação de pagar quantias,

³¹² Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, pp. 236-237.

³¹³ GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 23 CEJ, 2003, p. 327.

³¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 23 CEJ, 2003, pp. 328-329.

salvo devedor de alimentos e depositário infiel”, concluindo pela possibilidade da prisão civil como medida coercitiva³¹⁵.

Algumas razões nos fazem acreditar na doutrina, que chamaremos aqui de *realista*, sem nenhuma conotação americana, que inclui a prisão civil por desobediência às ordens judiciais entre as medidas coercitivas que podem ser utilizadas pelo juiz para emprestar efetividade à sua atividade jurisdicional.

A primeira delas decorre dos vários princípios que podem ser encontrados no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Para a nossa questão, no plano objetivo, o princípio da efetividade da jurisdição, conjugado, no plano subjetivo, ao princípio da adequada tutela jurisdicional, os quais consagram antiga e conhecida lição chiovendiana pela qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Ora, se o direito de autor é reconhecidamente um direito fundamental, tendo a Constituição Federal dito no art. 5º, XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, o que compreende a necessidade de se conseguir prévia autorização do criador da obra para que se possa utilizá-la publicamente, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dar concreção a essa garantia por todos os meios que puder dispor.

A segunda razão, relacionada com a primeira, é a de que o dever de abstenção, decorrente do princípio da exclusividade garantido desde a Constituição de 1891, após a convenção de Berna, é totalmente dissociado de qualquer obrigação de pagar quantia ao autor, o que permitiria, pela interpretação doutrinária anteriormente explanada, a utilização da prisão civil como medida coercitiva para o cumprimento da decisão inibitória, como

³¹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 329-332.

última alternativa de manutenção da autoridade estatal. Afinal, proibida a autotutela, resta ao judiciário dar ao autor exatamente aquilo que ele tem direito: não ver a sua obra ser utilizada publicamente contra a sua vontade.

A terceira traduz uma questão lógica. Não se pode entender que o legislador brasileiro tenha importado o *contempt of court*, que abarca não só uma conduta desrespeitosa à corte, mas também as medidas de que o juiz se pode valer para reagir a ela,³¹⁶ apenas em parte, limitando essa reação à simples aplicação de multas, quando se sabe que no direito anglo-saxão, de onde ele foi importado, a prisão civil tem sido eficazmente utilizada.

Demais disso, já se observou que o *contempt of court*, adotado em países de longa tradição democrática, serve para demonstrar que a prisão civil do demandado que desobedece a ordem judicial é perfeitamente compatível com um ordenamento jurídico que tem como pilar principal a dignidade do ser humano³¹⁷.

Com efeito, se não há vedação constitucional, e se o legislador concedeu ao juiz o poder discricionário de tomar as medidas necessárias para fazer valer a ordem que garante um direito fundamental, este pode diante da ponderação do caso concreto, trabalhando com o princípio da proporcionalidade, ameaçar com prisão o demandado a fim de que não pratique o ilícito, continue praticando-o, ou o repita.

Afinal, o direito, como sinônimo de realidade jurídica³¹⁸, depende fundamentalmente de uma estrutura de poder capaz de impor os comportamentos considerados lícitos e reprimir os ilícitos, dinamizando as escolhas feitas pela sociedade. “Tal estrutura de poder é que possibilita ao direito construir seus esquemas de decisão, consubstanciados, por exemplo, nas

³¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 23 CEJ, p. 314, 2003.

³¹⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: PGE, n. 23, p. 137, jun./2005.

³¹⁸ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hanna Arendt. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1989. p. 183.

chamadas fontes formais do direito, a fim de poder manejar operacionalmente a realidade, escolhendo certas alternativas de conduta em detrimento de outras”³¹⁹.

Finalmente, como já se anotou anteriormente, nenhum princípio é absoluto. Na questão da colisão entre o direito fundamental do autor e o direito fundamental liberdade, onde o valor individual infringe o valor da coletividade, este deve prevalecer sobre aquele. Nesse sentido vale transcrever a orientação de Adeodato:

Pode parecer contraditório que se lance mão de semelhantes instrumentos para garantir os valores, cujo modo de ser é “determinado pela liberdade”, pelo arbítrio de escolher o justo agir caso a caso. Mas os bens morais mais elementares são tão importantes para a efetivação dos valores como um todo que não podem ser abandonados a instância frágil como o dever moral; precisam de estruturas definidas de apoio: “Legalidade não é moralidade; a coercitividade pode apenas conduzir àquela, jamais a esta. Mas os bens mais básicos, exatamente por constituírem o fundamento de toda realização axiológica superior, são de importância tão elementar que precisam de semelhante instância protetora. Para eles a boa-vontade, que facilmente desaparece, não oferece garantia suficiente”. Em outras palavras, a coercitividade apóia não somente o direito mas todo o plexo axiológico social, o qual precisa enfrentar condutas desviantes e não pode repousar apenas sobre um acordo eventual ou sobre disposições benévolas dos indivíduos³²⁰.

A hipótese da colisão entre os direitos fundamentais do autor e o da liberdade do eventual desobediente na verdade é só aparente, pois na medida em que o fato reside na desobediência à ordem judicial o que está sendo testado é o princípio da efetividade da jurisdição.

Ainda assim, também é preciso ressaltar que no âmbito normativo do direito à liberdade evidentemente não está incluída a conduta contrária à realização do direito de autor ou mesmo à ordem judicial³²¹.

³¹⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 25-26.

³²⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 145.

³²¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 37, v. 147, p. 20, jul./set./2000.

CONCLUSÃO: A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO AUTOR DA OBRA MUSICAL

5.1 A identificação de uma tutela preventiva idônea

Estabelecida a premissa de que o processo deve ser instrumento de realização dos direitos fundamentais proclamados na Constituição Federal, entre os quais se encontra o direito autoral, é possível identificar no Código de Processo Civil uma tutela jurisdicional capaz de dar efetividade às normas materiais que regulam a execução da obra musical, ou seja, uma norma processual que concretize o comando de não fazer estabelecido nos artigos 5º, incisos XXVI e XXVIII, da CF, e nos artigos 7º, inciso III, 29, incisos I a X, e 68 da Lei nº 9.610/98.

Como se demonstrou nos capítulos precedentes, não existe mais nenhuma razão, jurídica ou prática, para que a doutrina e os tribunais admitam a utilização dos interditos proibitórios, das ações cominatórias ou mesmo da ação cautelar para proteção do direito de autor, cuja natureza jurídica não se amolda à divisão dos direitos estabelecidos pelos romanos.

O direito de autor é um direito *sui generis*, de dupla face, abarcando aspectos morais e patrimoniais. Configura uma relação jurídica material imaginária, onde existe um sujeito

ativo concreto que é o autor e um sujeito passivo universal, o qual se deve abster no sentido de não utilizar a obra intelectual sem a prévia autorização do seu criador.

Diante da simples ameaça de violação desse dever de abstenção impõe-se ao judiciário, uma vez provocado, a atuação preventiva para que o direito de autor possa ser eficazmente tutelado, porquanto as sentenças tradicionais: declaratória, constitutiva, e condenatória, não são capazes, por falta do poder de *imperium*, de dar a efetividade reclamada pelo demandante.

A dogmatização da tutela inibitória, de caráter eminentemente preventivo, com a possibilidade de antecipação do provimento jurisdicional, iluminou o caminho a ser seguido diante de uma situação concreta de ameaça de execução pública de obra musical não autorizada pelo seu compositor.

5.2 A aptidão da tutela inibitória para a proteção adequada do direito do compositor musical

A tutela jurisdicional inibitória prevista no art. 461 do CPC, por permitir uma associação entre o direito processual e o direito material, atende ao princípio da adequada tutela jurisdicional, pois pode conferir efetividade à obrigação de não-fazer contida nas normas substanciais protetoras do direito autoral.

Isso acontece, porque ela é a única que pode impedir a consumação do ilícito, a sua continuidade ou a sua repetição. Ao deferi-la, inclusive liminarmente, o juiz pode utilizar o poder de coerção que emana da jurisdição, por meio de técnicas coercitivas diretas e indiretas, como a multa, a interdição e até mesmo a prisão, com o fito de remover os

obstáculos que por ventura se opuserem ao cumprimento de sua missão constitucional. Como já se colocou, principalmente em face da necessidade de se tutelar preventivamente o direito de autor, sem o exercício deste poder o processo perderia a sua eficácia, diminuindo a própria função judicial³²².

Nesse momento, deve o juiz, para fazer justiça, agir com a máxima ponderação pela evidente colisão de direitos fundamentais, o que significa pautar-se pela máxima da proporcionalidade nas suas três formas, adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Isso garante efetividade ao direito e legitima a sua atuação diante do caso concreto.

Portanto, a tutela inibitória se mostra apta à proteção dos direitos fundamentais do compositor da obra musical, exatamente pela sua natureza mandamental, aceita a idéia de que a tutela específica não diminui a dignidade da pessoa humana, antes vai de encontro a ela, manifestada anteriormente pela ordem jurídica³²³.

Em conclusão, procurou-se nesta dissertação apontar o que se considera a técnica processual mais adequada à realização do direito de autor, o que foi feito, ou pelo menos se tentou, adotando-se uma postura dogmática sem ser dogmatista, ou seja, sem apego irrefletido a dogmas que nada contribuem para a solução dos conflitos de uma sociedade pluralista, tendo como fio condutor a idéia de que sociedade e, por conseqüência, o direito estão em constante evolução.

³²² ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de derecho procesal, Teoria general del proceso**. 14. ed. Santafé de Bogotá/Colômbia: Editorial ABC, 1996. p. 82. Tomo 1.

³²³ ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do código de processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 80, p. 107, out./dez./1995.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADEODATO, J. M. Legitimidade e legitimação. In: **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALMAGRO NOSETE, José; TOMÉ PAULE, José. **Instituciones de derecho procesal**: processo civil 1. Madrid: Trivium, 1993. Tomo 1.

ALVES, Moreira. **Posse, estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ALVIM, Arruda. Obrigações de fazer e não fazer –direito material e processo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, jul/set, 2000.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do código de processo civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 80, p. 107, out./dez./1995.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. Vol. 1.

_____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 97, p. 35, 2000.

ANDOLINA, Ítalo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

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

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 65, p. 45, 1992.

_____. **Tutela jurisdicional diferenciada: o processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. A tutela jurisdicional cautelar. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 23, p. 137, jun./2005.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Propostas da comissão para a efetividade da justiça da AMB**. Brasília: AMB, caderno 1, 2004. pp. 18-19.

AULETTA, Giuseppe. Attività (dir. priv.). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, v. 3, 1958, pp 980- 987

AULETTA, Tommaso Amedeo. **Riservatezza e tutela della personalità**. Milano: Giuffrè, 1978.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar./1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980. (Segunda Série).

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta Série).

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 31-32. (Segunda série).

BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giufrè, 1964.

BARCELLONA, Mário. **Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d.interpretazione evolutiva)**. Processo e technique di attuazione dei diritti. Napoli: Jovene, 1989.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. In: SAMPAIO, José Adércio (org.). **Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 497.

BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante cautelares**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito de processo**: a influência do Direito Material no Processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor**. 2. ed. rev. atual. e ampliada em conformidade com a Lei. 9.610, de 19.02.1998, e de acordo com o novo Código Civil por Eduardo Calos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito de autor**. 4. ed. rev. atual. e ampliada em conformidade com a Lei. 9.610, de 19.02.1998, por Eduardo Calos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Edson Bini. 1 reimp. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Pedro Vicente. **O direito de autor na criação musical**. São Paulo: Lex, 1951.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código civil**. Org. Juarez Oliveira. 48 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Código Civil**. Org. Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 54 ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 4ª Câmara Cível. Recorrente: Coligação das Sociedades de Autores, Compositores e Editores de Música. Recorrido: Sociedade dos Amigos do SESC e outros. Relator Des. Corrêa Fragoso. São Paulo, 16 de outubro de 1963.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 41.813/RS**. Recorrente: Rádio Excelsior do Rio Grande do Sul Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator: Ministro Cláudio Santos. Brasília, 28 de novembro de 1994. D.J. 20 de fevereiro de 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Rádio terra Ltda. **Recurso Especial n. 67478-MG**. Relator Ministro Nilson Chaves. Brasília, 06 de maio de 1997. D.J. 23 de junho de 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 89171-MS**. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Recorrido: Rádio Dourados do Sul. Relator Ministro Ruy Rosa do Aguiar. Brasília, 09 de setembro de 1996. D.J. 08 de agosto de 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 110523 - MG**. Recorrente: Rádio Veredas FM Ltda. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 04 de março de 1997. DJ 20 de outubro de 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 126797- MG**. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Recorrido: Rádio Inconfidência Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 19 de fevereiro de 1998. D.J. 06 de abril de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal, **RE 10358/DF**, Relator Min. Soares Munoz, DJ 26-10-1984, p. 08003.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. **Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 21.010**. Embargante: Escritório Central de Arrecadação – ECAD. Embargada: Rádio Del Rey Ondas Médias Ltda. Relator: Juiz Lelis Santiago. Belo Horizonte, 15 de abril de 1983. D.J 18 de junho de 1982.

_____. BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. **Apelação cível n. 136298-5** Apelante: Hotel Doral Torres Ltda. Apelado. Escritório Central de Arrecadação – ECAD. Relator: Juiz Costa Barros. Curitiba, 13 de outubro de 1999. D.J. 25 de novembro de 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Introduccion al studio sistemático de lãs providencias cautelares**. Buenos Aires: Ejea, 1945.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Da antecipação da tutela**: reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANDIAN, A. **Nozioni istituzionali di diritto privato**. Milano: Guiffè, 1946.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. reimp. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **La dimensione sociale**: l'accesso allá giustizia, Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. **Proceso, ideologias, sociedade**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

_____. **El proceso civil em el derecho comprado**: las grandes tendências evolutivas. Trad. De Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1958.

CARPI, Federico. **La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipada e giudizio di mérito**. Bari: Relazione in XV Convegno Nazionale, p. 4, 1985.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CASELLI, Piola. Diritti di autore. In: **Novississimo digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. 5, p. 676, 1957.

CHAPMAN, Audrey R. La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto internacional de derechos económicos y culturales. In: **Boletín de derecho de autor**, vol. XXXV, n. 3, p. 40-78, jul./set. 2001. Disponível em: <www.portal.unesco.org/culture.html>. Acesso em: 06 jul. 2001.

CHAVES, Antonio. **Direito Autoral de Radiodifusão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1952.

_____. O direito de autor nas obras musicais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo v. 457, p. 13, nov./1973.

CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. Vol. 1.

COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. Milano: Giuffrè, 1980.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1995.

COUTURE, Eduardo J. **Vocabulário jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O direito autoral na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo cautelar – arts. 796 a 812, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1951. Vol. 1.

DANTAS, F.C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e o “*due process of law*”. In: **Problemas de direito positivo (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Tomo. 2.

_____. Tutela jurisdicional. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, p. 54, 1996.

DUARTE, Simara Carvalho. **Tutela inibitória do direito autoral, marca e invento**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001, p. 50. (tese não publicada)

DUVAL, Hermano. **Violações dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de derecho procesal, Teoria general del proceso**. 14. ed. Santafé de Bogotá/Colômbia: Editorial ABC, 1996. Tomo 1.

_____. **Teoria general del proceso**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. Tomo 1.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Vol. 8.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Vol. 8, Tomo 3.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 38, dez, 1992, p. 139-154.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diretto processuale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. Ato ilícito. In: **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. Vol. 9.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIGNANI, Aldo. **Enciclopédia Del Diritto**: inibitória (azione). Milano: Giuffrè, 1971. Vol. 21.

_____. **L'ijunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. passim.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva: 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 236-237.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOLDDSTEIN, Paul. **International copyright, principles, law end practice**. Oxford: Universidade Presse, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. **Anuario de Derecho Civil**, tomo LXI, fase. 2, abr./jun.1988.

GRECO, Paolo. Beni immateriali. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, v. 2, 1957, pp. 350-365.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer**: reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **A marcha do processo**: direitos autorais. Tutela específica das obrigações de não fazer, os interditos e a ação de preceito cominatório. A suposta “tipicidade” dos interditos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, p. 10, jan./mar./2000.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 218-227, 2001.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer. In: **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 23, p. 312-332, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

_____. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 21, n. 82, abr./jun./1996.

_____. **Ensaio de direito constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

_____. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 80, p. 199-205, out./dez./1995.

_____. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1 e 2.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

_____. **The concept of law**. Oxford: Clarendon press, 1993.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

JESSEN, H. **Direitos intelectuais dos autores, artistas produtores de fonogramas e outros titulares**. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967

JHERING, Rudolf Von. **Sul fondamento della protezione del possesso**. Traduzido por Forlani. Milano: Villardi, 1872.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Derecho de obligaciones**. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Síntese, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984. Vol. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, n. 138. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 1994.

MALACHINI, Edson Ribas. A eficácia preponderante das ações possessórias. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 71, pp. 19-32, 1993.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Proteção possessória às marcas comerciais. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 51, 1988.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Impropriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. Cabimento da ação monitória. In: **Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **La efectividade de los derechos y la necesidad de um nuevo proceso civil**. Revista Diálogo Jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 31 jul. 2005.

_____. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 13 out. 2004.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 fev. 2005

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1977. Vol. 4.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2004.

_____. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In: **Seleções Jurídicas da COAD**, São Paulo: COAD, n. 8, pp. 11-25, jul./1993, pp. 15-25.

MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho civil y comercial**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, [s.d]. Tomo 1.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MICHELI, Gian Antonio. L'azione preventiva. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XIV, 1959.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994. Tomo 4.

MONTESANO, Luigi. **Le tutele giurisdizionale dei diritti**. Bari: Cacucci, 1981.

MORAES, Walter. **Artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Questões de direito de autor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Trad. Peter Naumann. CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15, 1995, São Paulo. **Anais...** São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

OLIVEIRA, Valisney de Souza. **Audiência de instrução e julgamento**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PENALVA, Ernesto Predraz. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Akal, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. Vol. 4.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTA, Eduardo S. **Código de direitos autorais e acordos internacionais**. São Paulo: LEJUS, 1998.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982.

_____. **La nuova disciplina del processo civile**. Napole: Jovene, 1991.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y técnica Del proceso civil**: y trilogia estructural de la ciência Del proceso civil. Buenos Aires: Edias Soc. Anón, Editores, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. 1.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d]. Tomo 3.

_____. **Comentários à constituição de 1967**: com a emenda nº 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo 1.

RABENHORST, Eduardo R. A interpretação dos fatos no direito. In: **Prim@Facie**, Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa, ano 2, n. 2, jan./jun. 2003, pp. 17-42.

RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela preventiva. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova, p. 103-125, jan./mar.1980.

_____; TARUFFO, Michele. **Profili della tutela civile inibitória**. Padova: Cedam, 1987.

_____. Inibitória (azione). In: **Enciclopédia giuridica trecanni**. Roma: Trecanni, v. 17, 1989, pp. 1-18.

REGO, George Browne. Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na constituição de 1988. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1997, pp. 117-149.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil**: segun el tratado de planiol. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, [s.d]. Tomo 1.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. 1 reimp. São Paulo: Edipro, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria do direito e crítica histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SANTIAGO, Oswaldo. **Aquarela do direito autoral**. Rio de Janeiro: Gráfico Mangione, 1946.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Ações Cominatórias no direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, t. 1, 4 ed., 1969.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: **Revista de Processo**. São Paulo, n. 37, [s.d].

SANTOS, Ernandes Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 37, v. 147, p. 15-25, jul./set./2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Clovis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Vol. 11, Tomo 1.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990. Vol. 2.

_____. **A ação cautelar inominada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Comentários ao código de processo civil**: dos procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d]. Vol. 13

_____. **Do processo cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. de José M. Beneyto Péres. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARZIA, Giuseppe. La tutela inibitoria contro lê clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, 1997.

_____. L'art. 111 cost. E le garanzie europee del processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1, gennaio-marzo, 2001, p. 1.

_____. Problemas atuais da execução forçada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 68-84, abr./jun./1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. 3, Tomo 2.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: **Garantias constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional/UNB, 1979.

VON TUHR, Andreas. **Derecho civil**: teoria general del Derecho civil aleman. Buenos Aires: Depalma, 1948. Vol. 3.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas/Centro de Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução pensamento jurídico crítico**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos para uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Omega, 3 ed., 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1988.