

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014  
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C**

 **EDITORA  
Fórum**

**IPDA**

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &  
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.  
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos  
Diagramação: Bruno Lopes

**Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.**

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**

Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clêmeron Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)  
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)  
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

# A tutela inibitória no processo administrativo antitruste brasileiro (Lei nº 12.529/2011)

## Rodrigo Pereira Moreira

Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista da CAPES.

## Shirlei Silmara de Freitas Mello

Doutora em Direito pela UFMG. Professora Associada na Universidade Federal de Uberlândia.

---

**Resumo:** A constitucionalização do direito trouxe reflexos para todas as áreas jurídicas e o direito administrativo não poderia ficar alheio a essas modificações. A superioridade da Constituição e dos direitos fundamentais modificou antigos conceitos administrativistas como a supremacia do interesse público e a função do processo administrativo. O primeiro deve passar a ser aplicado observando o princípio da proporcionalidade quando em conflito com outros interesses privados. O segundo, seguindo a tendência do neoprocessualismo, passa a vincular-se ao respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição. Na intenção de realização dos direitos fundamentais é que surgem as tutelas diferenciadas, entre elas, a tutela inibitória, com o intuito de garantir um direito geral de prevenção sempre que um direito for ameaçado. A análise da tutela inibitória é objetivo geral do presente trabalho, e a sua aplicação no processo administrativo antitruste é o seu objetivo específico. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo com procedimento técnico de revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Neoprocessualismo administrativista. Realização do interesse público. Prevenção do ilícito.

**Sumário:** Introdução – 1 Administração Pública e direitos fundamentais – 2 Tutela inibitória – 3 Tutela inibitória no processo administrativo antitruste – Conclusão – Referências

---

## Introdução

O Estado Democrático de Direito, marcado pela supremacia dos direitos fundamentais, foi uma das maiores conquistas jurídicas e políticas da pessoa humana durante o século XX. A guinada dos direitos fundamentais influenciou todos os ramos do direito, seja público ou privado, e o direito administrativo não passou imune a essa transformação de constitucionalização do direito.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Essa constitucionalização do direito implica “no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como Neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65).

Tanto o direito administrativo material quanto o processo administrativo sofreram as influências do novo modelo da Constituição Federal de 1988. Isso porque, é preciso notar, os princípios constitucionais do direito administrativo presentes no *caput* do art. 37 da CF<sup>2</sup> devem ser observados por toda a Administração Pública direta e indireta. Além disso, e algo um pouco esquecido, é importante que o direito administrativo busque a realização dos direitos fundamentais presentes na Constituição, entendendo, assim, que todos os direitos fundamentais também são princípios merecedores de respeito pela Administração Pública.

O processo administrativo deve respeitar todas as garantias fundamentais processuais expressas na Constituição.<sup>3</sup> Neste sentido, traz-se uma gama de princípios a serem observados, em especial, o acesso à justiça e a efetividade processual. É com base nesses dois direitos fundamentais, e também princípios fundamentais do direito administrativo, que se tem a necessidade de trazer procedimentos e tutelas adequadas para a proteção dos interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Entre as tutelas adequadas, faz-se mister o estudo da tutela preventiva na proteção dos direitos materiais, objetivo geral deste trabalho, e mais especificamente da tutela preventiva no processo antitruste brasileiro como forma viável de proteção da ordem econômica, valor também tutelado pela Constituição.<sup>4</sup> Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo com procedimento técnico de revisão bibliográfica, partindo do estudo da influência dos direitos fundamentais no direito administrativo e no processo administrativo (mais geral) até a análise da tutela preventiva na Lei nº 12.529/2011 que instituiu um novo processo antitruste no Brasil (aspecto mais particular).

## 1 Administração Pública e direitos fundamentais

Os direitos fundamentais guardam estreita relação com o Estado Democrático de Direito. Em sentido estrito, a expressão “Estado de Direito” refere-se a qualquer ordenamento cujos poderes públicos são conferidos pela lei, sendo exercidos pelas formas e procedimentos estabelecidos na própria lei. Num sentido amplo, significa que os poderes públicos também estão sujeitos à lei, não somente quanto às formas, mas também em relação ao seu conteúdo.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

<sup>3</sup> É por isso que Shirlei Silmara de Freitas Mello elenca como princípios do processo administrativo o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, igualdade processual, duplo grau de jurisdição entre outros princípios presentes no rol de direitos fundamentais (*Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 44 e ss.).

<sup>4</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417.

Luigi Ferrajoli<sup>6</sup> divide, assim, o Estado legislativo de Direito e o Estado constitucional de Direito. O primeiro é ligado ao paleopositivismo (positivismo clássico), nascido juntamente com a concepção moderna de Estado e caracterizado principalmente pela afirmação do princípio da legalidade. Já o segundo nasceu após a Segunda Guerra Mundial, sendo caracterizado pela difusão das constituições rígidas reconhecidas como normas de direito válidas e também pelo controle de constitucionalidade sobre as leis ordinárias.<sup>7</sup>

Após a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais passaram a gozar de um *status* privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro. Situados no corpo constitucional, os direitos fundamentais condicionam a validade material dos atos normativos infraconstitucionais e irradiam os seus efeitos para todos os ramos do direito. No direito administrativo, pode-se apontar uma mudança de interpretação no princípio da supremacia do interesse público e também a aplicação de um novo modelo de processo constitucional ao processo administrativo.

## 1.1 Os direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público

A existência de um princípio constitucional implícito que preconize a prevalência do interesse público sobre o interesse privado é reconhecida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o autor:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social [...].<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>7</sup> Sobre a validade da norma jurídica no Estado Constitucional de Direito, Ferrajoli afirma que: “no ‘Estado constitucional de Direito’, as leis são submetidas não só a normas formais sobre a produção, mas também a normas substanciais sobre o seu significado. De fato, não são admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com normas constitucionais. A existência ou vigor das normas, que no paradigma paleopositivista tinham sido separadas da justiça, separam-se agora, também, da validade, tornando possível que uma norma formalmente válida e, portanto, vigente, seja substancialmente inválida quando o seu significado estiver em contraste com normas constitucionais substanciais [...]” (*Ibidem*, p. 425).

<sup>8</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93. No mesmo sentido está a lição de José dos Santos Carvalho Filho: “As atividades administrativas são desenvolvidas pela Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. [...] Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público” (*Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35).

Ocorre que, com a supremacia dos direitos fundamentais e o advento do Estado Democrático de Direito, a existência de tal princípio tem sofrido severas críticas. Gustavo Binbenshim, por exemplo, afirma que não seria possível a ideia de uma prioridade absoluta do interesse público sobre o interesse privado quando estes colidirem. Isso porque, a dignidade da pessoa humana (princípio basilar da Constituição brasileira), sob o prisma kantiano,<sup>9</sup> veda a instrumentalização da pessoa para a consecução de fins alheios à promoção e proteção da própria pessoa.<sup>10</sup> Ainda em relação à dignidade da pessoa humana, é preciso observar que os direitos fundamentais — manifestações específicas da dignidade<sup>11</sup> — também devem ser objetivos de proteção da Administração Pública,<sup>12</sup> haja vista a supremacia de tais direitos no sistema jurídico brasileiro mediante posituação na Constituição.

Com o advento do personalismo ético, a pessoa humana passou a figurar como o centro de todo o sistema jurídico modificando a lógica de tutela dos diversos ramos do direito. Agora, a função do Estado é a proteção e promoção da pessoa humana.<sup>13</sup> Para Jaime Rodríguez-Arana Munõz:

El fundamento del Estado Democrático hay que situarlo en la dignidad de la persona.

La persona se constituye en el centro de la acción y del espacio público. No la persona genérica o una universal naturaleza, sino la persona entendida como cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales y existenciales, que lo convierten en algo irreplicable e intransferible, em persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce em derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez com mayor intensidad y extensión, la

<sup>9</sup> Para Immanuel Kant, ou uma coisa tem um preço e pode ser substituída por um equivalente, ou possui uma dignidade, não admitindo nenhum tipo de equivalência. Assim, o ser racional possui um fim em si mesmo e, portanto, dotado de dignidade não pode ser tratado como um meio para realização de outra vontade (*Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 65-68).

<sup>10</sup> *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83.

<sup>11</sup> Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet: “com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem — ainda que com intensidade variável — explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96).

<sup>12</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 223.

<sup>13</sup> MUNÕZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 49. Nas palavras do autor: “Por lo tanto, si el Estado tiene como función primária genérica la promoción de la dignidade humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciudadanos ocupe um lugar absolutamente prioritário em la actividad del Estado”.

atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo.<sup>14 15</sup>

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana impossibilita o entendimento de uma prevalência total do interesse público sobre o interesse privado. Ademais, como bem observa Luigi Ferri, devemos entender o princípio da igualdade, decorrente da dignidade da pessoa humana, como a inexistência de qualquer subordinação ou supraordenação hierárquica entre os sujeitos que compõem o ordenamento jurídico. Isso porque, em um Estado de Direito, não se pode falar em superioridade do Estado que também está submetido ao direito como estão os particulares.<sup>16</sup>

Outro argumento contra a supremacia do interesse público é que a superioridade absoluta deste sobre os interesses particulares não se coaduna com a teoria dos princípios. Essa proeminência vai de encontro à moderna teoria dos princípios, haja vista que a técnica da ponderação não determina no plano abstrato a prevalência de um princípio sobre o outro. Apenas no caso concreto é que se pode analisar quais dos princípios colidentes que prevalecerá.

Para Robert Alexy, as regras ou podem ser satisfeitas ou não. Para um regra ser válida ela precisa ser cumprida na exata medida em que determina, sua aplicação é tudo ou nada. Já os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, determinam que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Essa possibilidades jurídicas são advindas da colisão com outros princípios ou regras, fazendo com que os princípios possam realizados em graus variados.<sup>17</sup>

Assim, se toda vez o princípio da supremacia do interesse público for aplicado de forma a prevalecer sobre o interesse privado, o mesmo não é determinado pelas

<sup>14</sup> *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 44. Complementando tal ideia, Gustavo Binenbojm explica que: “os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seu *status* constitucional e da sua condição de cláusulas pétreas da Constituição. A lógica do sistema de direitos fundamentais não é o da maximização dos interesses do maior número possível de indivíduos, mas a da preservação e promoção dos valores morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando contraproducentes de um ponto de vista puramente utilitário” (*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 85).

<sup>15</sup> Tradução livre: “o fundamento do Estado Democrático deve ser colocado na dignidade da pessoa humana. A pessoa constitui o centro de ação e do espaço público. Não a pessoa genérica o uma natureza universal, mas a pessoa entendida como cada indivíduo, revestido de suas peculiaridades irreduzíveis, de suas coordenadas vitais e existenciais, que a convertem em algo irrepetível e intransferível, em pessoa. Cada pessoa é sujeito de uma dignidade inalienável que se traduz em direitos também inalienáveis, os direitos humanos, que tem ocupado, cada vez com maior intensidade e extensão, a atenção dos políticos democráticos de qualquer signo em todo o mundo”.

<sup>16</sup> *La autonomía privada*. Granada: Comares, 2001. p. 121-122.

<sup>17</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90-91.

possibilidades jurídicas e, portanto, não pode ser considerado um princípio, mas sim uma regra que deve ser cumprida na exata maneira em que determina.

Neste sentido, um princípio que preconiza a prevalência completa do interesse público sobre o privado é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana veda a instrumentalização da pessoa na busca da consecução de interesses coletivos; (ii) o princípio da igualdade, corolário da dignidade humana, não permite a subordinação dos sujeitos (Estado e particulares) dentro de um Estado de Direito; (iii) um princípio que é aplicado de forma irrestrita sem analisar as possibilidades jurídicas não é um princípio, mas uma regra de aplicação tudo-ou-nada.

Todavia, isso não implica a desconsideração do interesse público. A teoria do interesse público primário e secundário ainda é passível de ser utilizada. Como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.<sup>18</sup>

Isso porque, em realidade, deve-se observar o sopesamento no conflito entre o interesse público e o interesse privado. Será a ponderação nas suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que determinará, no caso concreto, qual será o princípio que prevalecerá.<sup>19</sup>

Tudo isso leva a crer que o problema não está na realização do interesse público primário, que é inerente às funções do Estado. Na verdade, a questão gira em torno da afirmação de sua “supremacia”. Essa adjetivação do interesse público carrega uma carga histórica ligada à ditadura militar com suas violações a direitos humanos fundamentais e um significado semântico de prevalência total sobre o interesse privado, o que prejudica a sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

<sup>18</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 96.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 588 e ss. No mesmo sentido Gustavo Binenbojm afirma que: “como ensina a doutrina, o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. Na sua tríplice estrutura — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles” (*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 107).

Assim, melhor evitar o adjetivo de “supremacia” do interesse público e falar em princípio de “realização do interesse público”. Evita-se com isso os problemas com a instrumentalização da pessoa humana e a sua consideração como verdadeiro princípio constitucional. A observância da realização do interesse público está condicionado às máximas da proporcionalidade e somente poderá ser realizado frente às possibilidades fáticas e jurídicas, em especial, com a contraposição da realização dos interesses privados.

## 1.2 Neoprocessualismo administrativista

Dentre as características do Neoconstitucionalismo, relaciona-se com o processo a: (i) força vinculante da Constituição — pois a mesma é fonte de direito e possui um caráter normativo, inclusive os princípios previstos expressamente e implicitamente no corpo constitucional;<sup>20</sup> e a (ii) constitucionalização do Direito — haja vista que as normas (princípios e regras) constitucionais, em especial os direitos fundamentais, irradiam-se para todos os ramos do ordenamento jurídico.<sup>21</sup>

Como ressalta Wendel Teixeira, o neoprocessualismo é justamente a aplicação do neoconstitucionalismo ao direito processual.<sup>22</sup> A constitucionalização do Direito influencia todos os ramos do processo na medida em que vincula este à realização dos direitos fundamentais. O processo deve ser entendido como a irradiação dos direitos fundamentais democráticos do cidadão.<sup>23</sup> As garantias processuais fundamentais como: (i) contraditório e ampla defesa; (ii) devido processo legal; (iii) inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros, guardam relação de essencialidade para a realização dos demais direitos fundamentais.

Assim, pode-se dizer que o direito à tutela jurisdicional não pode ser caracterizado por algo formal ou abstrato, mas deve assumir um conteúdo qualificado, relacionado a um processo justo, representando a dinâmica do devido processo legal. A realização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional depende da construção de técnicas processuais capazes de realizar, de forma concreta, os direitos materiais.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33-36.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352-353. Wendel Teixeira amplia esse rol afirmando que as características do neoprocessualismo são: “a) a constitucionalização do direito processual civil; b) a supremacia dos direitos fundamentais; c) a admissão dos princípios como normas; d) a impossibilidade de supressão ou retrocesso do núcleo essencial dos direitos fundamentais (ainda que por emenda constitucional) (art. 60, §4º, da CF); e) a aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF); a máxima eficácia dos direitos fundamentais; g) a expansão da jurisdição constitucional; h) a preocupação com a realização do justo processo” (*A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 23).

<sup>22</sup> *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 16.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 12.

<sup>24</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 222-224.

Em relação ao processo à luz do neoconstitucionalismo, Ronaldo Brêtas Dias expõe que:

[...] a teoria constitucionalista do processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal [...].<sup>25</sup>

O modelo constitucional de processo, o neoprocessualismo, deve ser aplicado a todos os tipos de jurisdição, ou seja, todos os tipos de processo.<sup>26</sup> O processo administrativo, assim como todo o direito administrativo, visa no seu interesse público primário a realização dos direitos fundamentais. No caso do processo, essa realização passa pela via instrumental e essencial observância das garantias processuais fundamentais.

O acesso à justiça indica um acesso adequado não somente ao Poder Judiciário, mas a todo tipo de jurisdição estatal, ou seja, administrativa, judicial e legislativa. Esse acesso à justiça, segundo Luiz Guilherme Marinoni, comporta a efetividade do processo<sup>27</sup> e as técnicas processuais adequadas<sup>28</sup> para se alcançar tal efetividade, incluindo aqui a tutela inibitória.<sup>29</sup> Assim,

As tutelas diferenciadas, em verdade, devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da

<sup>25</sup> *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 92.

<sup>26</sup> SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Processo e constituição: o processo como garantia fundamental da defesa do cidadão; os princípios processuais constitucionais e o processo democrático*. Leme: J. H. Mizuno, 2014. p. 91.

<sup>27</sup> Nas palavras do autor: "é preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. Se o cidadão deve buscar o Judiciário, e este possui a obrigação de lhe prestar a efetiva tutela de seu direito, é evidente que, por meio da ação, o direito afirmado deve encontrar caminho para que, quando reconhecido, possa ser efetivamente tutelado" (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32).

<sup>28</sup> Neste sentido Eduardo Cambi afirma que: "na formulação de técnicas idôneas, é indispensável compreender, no contexto dos direitos fundamentais, aqueles de organização e de procedimentos. Tais direitos podem ser entendidos tanto como direitos ao estabelecimento de determinados institutos processuais ou a certos procedimentos quanto a uma determinada interpretação ou aplicação concreta das regras e dos princípios processuais. Com efeito, vinculam, simultaneamente, os legisladores e juizes" (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219).

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 80-81. Em sentido parecido é a lição de Sérgio Cruz Arenhart: "mesmo tendo em mente a existência de tutela jurisdicional com a simples resposta do Estado ao exercício do direito de ação abstrato do cidadão (direito este exposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), é necessário que esta tutela se revista dos mínimos requisitos necessários para torná-la, em abstrato, legítima e para que possa cumprir, assim, os escopos da jurisdição (*A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38).

inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje albergado no art. 5º, XXXV, da C.F.<sup>30</sup>

A tutela inibitória, como espécie de tutela diferenciada, permite uma melhor proteção do interesse jurídico tutelado, haja vista que age antes da ocorrência do ilícito. A tutela inibitória não atua na reparação do direito lesado, mas age contra a ameaça de lesão do direito, ou mais precisamente, contra a ameaça de prática do ilícito. O processo, por meio de tal tutela, tem condições de servir de forma mais eficaz na proteção dos interesses jurídicos e na realização dos demais direitos fundamentais.

## 2 Tutela inibitória

Com alicerce no direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a tutela inibitória vem para garantir um direito geral de prevenção a ser exercido sempre que alguém tiver algum de seus direitos ameaçado.<sup>31</sup> Difere-se da tutela ressarcitória por agir antes da ocorrência do ilícito e, portanto, antes do dano.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta a diferença entre esses dois tipos de tutela nas seguintes palavras:

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

Quando se pensa em uma tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.<sup>32</sup>

É preciso lembrar-se de que algumas espécies de direitos não são suficientemente tuteladas pela via ressarcitória, como os direitos da personalidade,

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 20.

<sup>31</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103.

<sup>32</sup> *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36. Nas palavras de Elvio Ferreira Sartório: "Esta nuance, da tutela que visa inibir o ilícito, é extremamente relevante ao processo civil da atualidade, que poderá ser remodelado a não mais agir apenas quando existe o ato contrário ao direito, e sim antes que ele ocorra. Ao jurisdicionado pelo menos duas novidades serão postas: a proteção anterior à prática do ilícito, que é a máxima da proteção; e a oferta das mãos do Estado de um instrumento justo, que possui a característica de que o tempo, quando bem utilizado, passa a contar em seu favor" (*Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23).

que não podem ser restituídos à situação anterior ao dano, ou os direitos atinentes à ordem econômica que não podem ter os danos calculados de forma precisa. A tutela inibitória surge para suprir essa necessidade de prevenção e proteção adequada dos direitos materiais.

## 2.1 A tutela inibitória no processo civil brasileiro

Muito embora o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor<sup>33</sup> prevesse a tutela inibitória na proteção do consumidor em juízo desde 1990, antes da reforma processual de 1994 o processo civil não tinha uma tutela geral de prevenção que pudesse ser estendida a todos os direitos materiais.<sup>34</sup> Existiam apenas algumas proteções inibitórias pontuais como o interdito proibitório previsto no art. 932 do Código de Processo Civil.

Com o advento do art. 461 do CPC, inaugura-se no direito brasileiro um direito geral de proteção que pode ser aplicável, sempre que necessário, a todos os direitos materiais compatíveis. No presente dispositivo tem-se a possibilidade do juiz conceder tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, determinando todas as providências necessárias para assegurar o resultado equivalente ao adimplemento.

A partir de uma interpretação literal do texto normativo<sup>35</sup> retira-se que a tutela inibitória seria cabível apenas em caso de direitos obrigacionais ou pessoais e que só poderia ser direcionada para obrigações de fazer e não fazer.<sup>36</sup> Todavia, uma interpretação sistemática e teleológica indica uma ampliação de abrangência da norma, no sentido de abarcar os deveres jurídicos, incluindo aqui a proteção dos direitos absolutos (em especial os direitos da personalidade).<sup>37</sup>

Característica importante da tutela inibitória é que ela não é voltada para prevenir o dano, mas é designada para a prevenção do ilícito. O ilícito é ação contrária ao ordenamento jurídico e pode ou não estar vinculada ao dano. Assim, na tutela

<sup>33</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>34</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 105.

<sup>35</sup> Art. 461 do Código de Processo Civil.

<sup>36</sup> SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88. No mesmo sentido tem-se as palavras de Elvio Sartorio: "A tutela preventiva, autorizada a agir contra o ilícito, deve atuar frente ao dever jurídico em geral. A prevenção é possível sempre que o provimento jurisdicional for capaz de adequar a conduta do provável descumpridor do direito antes que ocorra a violação da norma. Esta consideração é de suma importância no âmbito da prevenção porque permite proteger direito, v.g. como o da imagem, que não é pessoal, mas que é relacionado simbioticamente a uma abstenção (non facere)" (*Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31).

preventiva é preciso demonstrar a ameaça de prática de ato contrário ao direito sem necessidade de se questionar a possibilidade de dano.<sup>38</sup> Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

A distinção entre ilícito e dano abriu as portas para a doutrina esclarecer que a tutela preventiva objetiva impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito).

[...] para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.<sup>39</sup>

Se a tutela preventiva é direcionada para evitar o ilícito e não o dano, também não há que se falar na investigação do dolo ou culpa. Essa preocupação apenas se justifica para descobrir quem é o responsável pelo dano e pela consequente indenização.<sup>40</sup> Não se discute, então, no curso da ação inibitória, se o ato ilícito a ser praticado depende de culpa ou dolo do agente. Preocupa-se, apenas, com a probabilidade de ocorrência do ato contrário ao ordenamento.

Visto isto, é necessário observar a produção probatória na tutela inibitória. A prova deve ser produzida no sentido de convencer o juiz da ameaça da prática do ato ilícito.<sup>41</sup> Não são necessárias provas nem a respeito do dano, nem a respeito do dolo ou culpa do agente.

<sup>38</sup> SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 36. Para Marinoni: “o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como um tutela contra a probabilidade de dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano” (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 45).

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151.

<sup>40</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 157. Complementarmente: “o dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória. Na perspectiva da cognição, afasta-se, para a obtenção da inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dano e de culpa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 49-50).

<sup>41</sup> Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Nesta espécie de ação inibitória, em que se teme a prática de ilícito, ainda que ilícito anterior não tenha sido praticado, o autor deverá alegar fatos que sejam suficientes para permitir ao juiz, raciocinando, forma um juízo acerca da alegação de que provavelmente será praticado um ilícito. Considerando-se apenas a demonstração da probabilidade do ato afirmado ilícito (a ilicitude do ato temido não é discutida), devem ser alegados fatos que, uma vez demonstrados, possam levar o juiz a concluir que provavelmente será praticada a violação do direito” (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57).

É certo que, por voltar-se contra o ilícito, existe uma certa dificuldade na produção de provas contundentes a respeito da probabilidade de sua ocorrência. Assim, a análise das provas na inibitória deve ser realizada de forma menos intensa do que nas ações reparatórias.<sup>42</sup> Tem-se, aqui, uma redução do módulo de prova, pois a prova não pode buscar a demonstração cabal da existência dos fatos, mas indicar a possibilidade de sua ocorrência.<sup>43</sup>

Não sendo espécie do gênero de tutelas de urgência, a tutela inibitória é de cognição exauriente, e apesar da redução do seu módulo de provas, ela permite a realização completa do contraditório e pode gerar coisa julgada material.<sup>44</sup> A cognição exauriente indica que a lide do processo não pode ser mais discutida em outro processo, ou seja, leva a uma solução definitiva da lide, sendo espécie de cognição típica do processo de conhecimento.<sup>45</sup>

Por fim, a respeito das características essenciais da tutela inibitória no processo civil, tem-se que a divisão clássica das sentenças em condenatórias, constitutivas e declaratórias se mostra insuficiente. É necessário expandir essa classificação para abranger também as sentenças mandamentais que são a forma de realização do provimento final da tutela inibitória. Como observa Sérgio Cruz Arenhart:

[...] extrai-se com razoável facilidade a constatação de que o provimento necessário para a atuação da tutela inibitória deve ser ou executivo ou mandamental. Normalmente, será mandamental, já que o provimento deve impor um não fazer que, por ser sempre infungível, consistirá numa ordem específica e adimplível apenas pelo demandado.

Pois, o art. 461 do Código de Processo civil oferece exatamente esta possibilidade para o operador do Direito. Permite — e no mais das vezes exige — que o provimento judicial seja dado com eficácia preponderante executiva lato sensu ou mandamental [...].<sup>46</sup>

Neste sentido, as principais características da tutela inibitória são: (i) visar à prevenção do ilícito; (ii) prescindir da investigação de dolo ou culpa; (iii) possuir módulo de prova reduzido; (iv) ser processo de conhecimento de cognição exauriente; (v) realizar-se por meio de provimentos mandamentais.

<sup>42</sup> SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-150.

<sup>43</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 144-145.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 22.

<sup>46</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 183. Em sentido contrário tem a posição de Elvio Sartorio afirmando que: “[...] havendo delineado que a tutela preventiva é uma tutela condenatória em momento preventivo, entendemos também que sua atuação não é exatamente contra o ato ilícito, mas sim é uma atuação em estado de ameaça do direito, o que remete à necessidade de inibir que tal ato ultrapasse a ameaça e configura ilícito concretizado” (*Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 155).

Delimitados os principais contornos da tutela inibitória, faz-se necessário a sua diferenciação para a tutela cautelar e tutela antecipatória tendo em vista evitar confusões de funções e requisitos entre as mesmas. Passa-se, assim, para o próximo tópico.

## 2.2 Diferenças para a tutela cautelar e tutela antecipada

Primeiramente cumpre traçar as diferenças entre a tutela inibitória e a tutela cautelar. A tutela cautelar abrange a prática de atos processuais na via administrativa ou judicial, em procedimento marcado pelo contraditório, buscando garantir a eficácia do provimento jurisdicional principal.<sup>47</sup> O dever de cautela existe sempre que o comportamento comissivo ou omissivo acabe por tornar ineficaz o provimento final, visando possibilitar a produção dos efeitos da decisão definitiva.<sup>48</sup>

A principal diferença entre os dois tipos de tutela reside no fato de a tutela cautelar visar evitar o próprio dano, derivado da falta de eficácia do provimento definitivo do processo principal, enquanto a tutela inibitória age para evitar o ilícito.<sup>49</sup> Ademais, a tutela cautelar é marcada pela temporariedade, pois é uma medida não perene,<sup>50</sup> enquanto a tutela inibitória objetiva uma medida definitiva.

A tutela cautelar é de cognição sumária, haja vista que, sendo espécie da tutela de urgência, não possui tempo suficiente para uma total produção de provas.<sup>51</sup> Difere da inibitória por esta ser ação de cognição exauriente, permitindo o debate pleno sobre a matéria jurídica e probatória.<sup>52</sup> Por fim, a tutela cautelar serve a um processo ou pedido principal,<sup>53</sup> enquanto a tutela inibitória possui atuação satisfativa, com definitividade contra a ameaça do ilícito.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 392.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 394. Nas palavras de Marcus Vinícius Sampaio: “[...] o poder geral de cautela visto sob o ângulo de quem o exerce — o juiz — constitui uma forma de poder jurisdicional, com imensa dose de discricionariedade e serviente à manutenção do equilíbrio social e jurídico de toda uma coletividade, o que se dá através do processo; serviente, também, à preservação da eficácia pragmática dos próprios processos jurisdicionais como um todo e, por último, destinado a tutelar direitos subjetivos ameaçados de lesão, com sustentação na existência de um direito substancial de cautela” (*O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 143).

<sup>49</sup> SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 68.

<sup>50</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 429.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 61.

<sup>52</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115.

<sup>53</sup> Nas palavras de Shirlei Silmara de Freitas Mello: “As medidas cautelares são instrumentais, o que significa que são meios de se assegurar a executabilidade do provimento final. [...] Por intermédio da tutela cautelar, garante-se o processo diante de situação de perigo que ameace a efetivação prática da tutela jurisdicional. As providências possuem, portanto, função instrumental em relação ao processo cuja eficácia da decisão final visam resguardar. São meios pelos quais o Estado exerce tutela jurisdicional mediata ou indireta. Apesar do caráter instrumental e acessório da tutela cautelar, sua autonomia técnica é evidente, considerando-se os parâmetros jurídicos próprios para que interesses sejam cautelarmente protegidos” (*Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 428).

<sup>54</sup> SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 70.

A tutela antecipatória também é uma espécie de tutela de urgência, pois visa evitar os danos causados pelo tempo natural que pode demorar o desenrolar de um processo. Todavia, ela visa adiantar o resultado que somente poderia ser concedido no final do processo. Como bem observa Shirlei de Freitas Mello:

*O periculum in mora* afastado pela tutela cautelar diz respeito apenas ao processo pendente, com o propósito de objetivamente assegurar-lhe a eficácia. A tutela antecipada, diversamente, ainda que parta do mesmo pressuposto de atuação da tutela cautelar — risco de dano causado pela demora natural da marcha processual —, alcança finalidade mais ampla, vez que, de forma imediata e sumária, enseja ao titular do direito material maneira de exercê-lo de pronto, antes do julgamento definitivo da lide.

A tutela cautelar é proteção do processo, sendo relevante para sua atuação toda circunstância que puder tornar inócuo o pronunciamento final no feito. O perigo de dano só acionará o mecanismo conservatório cautelar do processo quando e se puder impedir que a decisão final produza efeitos de direito. Conforme entendimento supra, a satisfatividade é inerente à tutela antecipada.<sup>55</sup>

A tutela inibitória, por sua vez, apesar de também ajudar na distribuição do tempo no processo por ser uma espécie de tutela diferenciada,<sup>56</sup> não é espécie de tutela de urgência, pois possui definitividade, haja vista ser de cognição sumária e não dependente de um processo principal.<sup>57</sup> Contudo, muitas vezes a inibitória pode ser concedida de forma antecipada, a depender da necessidade de urgência para se evitar a realização do ilícito.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 401. No mesmo diapasão está a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “a provisoriedade, como já advertimos, não é nota exclusiva da tutela cautelar — onde, na verdade, existe temporariedade — ocorrendo também na tutela sumária antecipatória. [...] É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do ‘processo principal’ para que possa adquirir o perfil de cautelar. A sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal” (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 77).

<sup>56</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni: “é possível distribuir o tempo do processo através dos procedimentos especiais — as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas —, elaboradas a partir de técnicas de cognição. Os procedimentos que impedem a discussão de determinadas questões (cognição parcial), que restringem o uso de provas (mandado de segurança; cognição exauriente *secundum eventum probationis*) ou mesmo que são de cognição plena e exauriente, mas dotados de tutela antecipatória, permitem, de certa forma, uma melhor distribuição do tempo da justiça” (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27).

<sup>57</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, a ação cautelar não é autônoma porque possui caráter instrumental ao assegurar uma pretensão. A tutela antecipatória também não é autônoma, pois, apesar de satisfativa, não é definitiva (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 123).

<sup>58</sup> Veja-se as palavras de Marinoni: “A tutela inibitória é requerida via ação inibitória, que constitui ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória. Ao contrário, considerada a natureza da inibitória, é fácil perceber que em grande número de casos apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva” (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39).

O §3º do art. 461 do Código de Processo Civil autoriza a concessão de liminar antecipando a tutela em caso de perigo de ineficácia do provimento final, ou seja, este é o fundamento normativo para a concessão da tutela inibitória antecipada.

Para ser concedida a tutela antecipada em ação inibitória são necessários os seguintes requisitos: (i) *fumus boni iuris* — refletido no convencimento do juiz sobre a plausibilidade do direito afirmado no processo; e (ii) *periculum in mora* — concernente na possibilidade do ilícito vir a ocorrer no curso da ação inibitória.<sup>59</sup>

Determinados os contornos da tutela inibitória, bem como as suas diferenças para outras tutelas afins, parte-se para análise da aplicação da prevenção no processo administrativo antitruste brasileiro.

### 3 Tutela inibitória no processo administrativo antitruste

A Constituição Federal de 1988, além de positivizar o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos direitos fundamentais, também considerou diversas normas jurídicas que garantem a unidade da atividade econômica, relacionando-se com o seu funcionamento e organização.<sup>60</sup>

Quanto à ordem econômica, é possível observar que:

A Carta de 1988 caracteriza-se como constituição dirigente, porque enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Prospera, assim, no sentido de implantar uma nova ordem econômica, sem consonância com o modelo do Estado de Bem-Estar Social.

Neste contexto, a Ordem Econômica Brasileira está fundada na busca de uma distribuição equitativa de renda entre produtores, trabalhadores e consumidores, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.<sup>61</sup>

Em se tratando de direito administrativo antitruste, tem-se que um dos seus objetivos é a tutela da livre-iniciativa e da livre concorrência. A livre-iniciativa é a base da ordem econômica brasileira, e concerne à liberdade do sujeito de realização de negócios e liberdade do exercício de profissão, sendo obrigado a recolher tributos e se sujeitar aos regulamentos aplicáveis. Infere-se desse princípio o valor mais importante do espírito de ação do Estado brasileiro. A livre-iniciativa irradia

<sup>59</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 119 e ss.

<sup>60</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 70-71.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 88.

reflexos para contextos de liberdade de indústria, de comércio, de empresa e de contrato.<sup>62</sup>

A livre concorrência, por sua vez, possui um caráter instrumental e complementar perante a livre-iniciativa. A livre concorrência visa garantir aos agentes econômicos a liberdade de atuar dentro do mercado, favorecendo condutas competitivas.<sup>63</sup> É com base neste princípio que a Constituição determina a repressão do abuso do poder econômico que leve à dominação de mercados ou elimine o direito à concorrência.<sup>64</sup>

Interpretados à luz do novo constitucionalismo e do neoprocesso, é possível afirmar que tanto um quanto o outro princípios são instrumentos para a promoção da dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar uma existência digna conforme a justiça social.<sup>65</sup>

A Lei nº 12.529/2011 visa garantir, por meio do processo administrativo antitruste, a tutela da livre-iniciativa e da livre concorrência. Para isso é necessário que existam meios de tutela adequados que sejam efetivos na proteção desses dois direitos materiais. Assim, a tutela inibitória, no contexto do direito antitruste, serve para evitar a ocorrência do ilícito contra a ordem econômica — especialmente contra a livre-iniciativa e livre concorrência — realizando direitos fundamentais à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocesso.

### 3.1 Tutela preventiva do art. 84 da Lei nº 12.529/2011

A tutela inibitória no processo administrativo antitruste já era prevista na Lei nº 8.884/1994 em seu art. 52,<sup>66</sup> muito embora a sua aplicação muitas vezes fosse

<sup>62</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-52. Nas palavras de Carlos Gomes: “conceitua-se, assim, o direito à livre iniciativa, enquanto direito à criação de empresa (isto é, o direito de empreender) e à sua gestão de forma autônoma, o qual compreende: (a) a liberdade de investimento ou de acesso, a qual se traduz no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver, (b) a liberdade de exercício e de organização da empresa, ou seja, a liberdade de se determinar como será desenvolvida a atividade, incluindo-se a forma, qualidade e o preço dos produtos ou serviços a serem produzidos, (c) a liberdade de contratação ou liberdade negocial, por meio da qual são estabelecidas de forma livre e isonômica as relações jurídicas e seu conteúdo, e (d) a liberdade para concorrer, isto é, o direito ao exercício da atividade econômica em um sistema de livre concorrência, sem que entraves sejam impostos pelos poder público ou pelo poder (econômico) privado” (*Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 107-108).

<sup>63</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54. Em sentido um pouco contrário, Carlos Gomes afirma que: “[...] a livre concorrência apresenta caráter duplice: (a) de um lado, na acepção de liberdade de acesso e de permanência no mercado, constitui mero desdobramento do princípio da livre iniciativa; (b) de outro, entretanto, instrumentaliza o controle do exercício da livre iniciativa alheia, o que basta ao reconhecimento de sua autonomia como princípio fundamental da ordem econômica positivada pela Constituição de 1988” (*Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 115).

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>66</sup> Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

confundida com a tutela cautelar. Assim, por exemplo, é o entendimento de André Marques Gilberto:

A medida preventiva do processo antitruste sancionador guarda estrita relação com a medida cautelar inominada do processo civil, e, desse modo, só pode ser aplicada em situações em que estejam presentes simultaneamente dois requisitos:

- i) indícios quanto à existência de prática anticompetitiva; e
- ii) receio de que a conduta, caso não interrompida imediatamente, produza lesões irreparáveis ou de difícil reparação no mercado.<sup>67</sup>

O art. 84 da Lei nº 12.529/2011, por sua vez, sofreu pequenas alterações em relação ao seu correspondente na lei anterior, como se pode observar:

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

§2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

Em verdade, a nova lei modificou a disposição pretérita apenas no intuito de deixar claro que a medida preventiva pode ser adotada em qualquer fase do processo ou inquérito administrativo para apuração de ilícitos contra a ordem econômica. Quanto à relação entre a tutela inibitória e tutela cautelar, é perfeitamente compreensível a confusão realizada pela doutrina, seja porque a tutela cautelar inominada foi por muito tempo utilizada no intuito de se evitar o ilícito, seja pela redação do dispositivo em análise.

§1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

<sup>67</sup> *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex, 2010, p. 144. No mesmo sentido é a posição de João Bosco da Leopoldino da Fonseca: "a medida preventiva destina-se a assegurar a possibilidade da efetividade da decisão final e, por outro lado, impedir que uma das partes frustre o objetivo final do processo. Sua função é de anunciar e preparar a efetivação das medidas jurisdicionais definitivas, impedindo que, quando proferidas, o sejam no contexto de um vazio fático que impeça sua efetivação" (*Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 322).

Da interpretação do texto normativo<sup>68</sup> do art. 84, é possível retirar mais de um tipo de tutela na defesa dos direitos materiais da ordem econômica brasileira.<sup>69</sup> Assim, quando o enunciado normativo traz “medida preventiva” para evitar a lesão, a sua interpretação leva a considerar a existência de uma tutela inibitória. Quando tem-se a “medida preventiva” para não deixar o resultado final do processo ineficaz, a interpretação é no sentido de uma tutela cautelar.<sup>70</sup>

Aqui ainda cabe ressaltar que, apesar de a lei apenas falar em lesão à ordem econômica, é forçoso reconhecer a tutela da ameaça de prática de ato ilícito, sem se cogitar a ocorrência do dano. Isso porque, a tutela inibitória é voltada contra o ilícito e não contra o dano, que pode ou não ocorrer. É preciso fazer uma interpretação teleológica para chegar a um resultado extensivo, incluindo a proteção contra a ameaça de prática de qualquer ato contrário aos ditames da ordem econômica brasileira, quer cause danos ou não.

O grande problema de interpretação está no fato de o enunciado normativo exigir, para a implementação da medida preventiva, a ocorrência de (i) indícios ou fundado receio de que o sujeito cause, direta ou indiretamente; (ii) lesão (dano) irreparável ou de difícil reparação à ordem econômica. Esses requisitos, como visto, estão presentes na tutela cautelar e na tutela antecipatória, estando ausentes na tutela inibitória. Por isso, a redação do art. 84 da Lei nº 12.529/2011 restringiu o uso da tutela inibitória, que só pode ser concedida se presentes tais requisitos, ou seja, somente pode ser concedida na forma de tutela inibitória antecipada.

Todavia, não é apenas na lei do processo administrativo antitruste que se tem a previsão da tutela inibitória. O art. 461 do CPC também é fonte normativa de tal tutela e, por força do art. 115 da Lei 12.529/2011,<sup>71</sup> pode ser aplicado de

<sup>68</sup> Aqui é preciso fazer a distinção realizada entre norma e texto normativo, haja vista que a norma é resultado da interpretação do texto normativo. Neste sentido: MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 229; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54. Este último afirma que: “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos”.

<sup>69</sup> Da mesma maneira que Luiz Guilherme Marinoni consegue retirar mais de uma tutela do art. 461 do CPC. Nas palavras do autor: “os arts. 461, CPC, e 84, CDC, constituem as fontes de vários instrumentos processuais necessários para a efetividade da concessão de diversas espécies de tutelas. A possibilidade de se criar um aparato técnico (um procedimento) através da conjugação destes instrumentos, permite conceber ações adequadas à prestação de várias tutelas, entre elas a inibitória” (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 114-115).

<sup>70</sup> Isso porque, os direitos materiais possuem diversas necessidades e, assim, deve-se ter diversas tutelas para suprir estas necessidades. Neste diapasão, as técnicas processuais devem ser adequadas para cada tipo de situação que ameace ou infrinja algum direito material. É a partir da identificação e compreensão das necessidades de cada direito material que a jurisdição deve agir para realizar a supressão destas necessidades (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 117).

<sup>71</sup> Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

forma subsidiária ao direito antitruste.<sup>72</sup> Assim, não há motivos para que a tutela inibitória sem antecipação de tutela seja concedida caso se prove a ameaça de prática do ilícito, sem serem preenchidos os requisitos da tutela antecipada. Afinal, a prevenção sempre será melhor do que a reparação, ainda mais devido à dificuldade de se calcular os danos à ordem econômica.

Por fim, em relação à tutela preventiva no processo antitruste, é preciso observar que a medida preventiva deve ser instituída no sentido de evitar e cessar a prática do ilícito contra a ordem econômica, sendo que, sempre que possível, ordenar a reversão à situação anterior, conforme se retira da interpretação do §1º do art. 84 da Lei Antitruste. O cumprimento desta ordem, por sua vez, é impulsionada pela imposição de multa diária.

A multa diária (*astreinte*) é importante instrumento a ser utilizado para o cumprimento da tutela inibitória. Conforme Elvio Ferreira Sartorio:

A multa processual atua no âmbito psicológico a fim de estimular o cumprimento das decisões judiciais [no caso administrativas]. Sua finalidade não é a de ser futuramente executada, mas sim de atingir o efeito psicológico, que estimule o cumprimento da ordem condenatória, deixando, inclusive, de ser passível de posterior cobrança.

Havendo, em sua finalidade, caráter estimulante do cumprimento das decisões judiciais, inclusive sem que posteriormente seja exequível, há em essência um caráter não indenizatória, pois que é multa estritamente processual, que serve para instrumentalizar o atingimento da tutela, não se confundindo com a multa material.<sup>73</sup>

No processo antitruste o valor da multa deve ser calculado conforme os ditames do art. 39 da Lei Antitruste.<sup>74</sup> O que se deve ter em mente é que um valor muito pequeno não é suficiente para estimular o cumprimento da decisão administrativa,

<sup>72</sup> Analisando o art. 83 da antiga lei do direito antitruste (Lei nº 8.884/1994) sob o prisma da tutela cautelar, Fernando de Magalhães Furlan explica que: “assim, o poder geral de cautela do art. 798 do CPC teria aplicação subsidiária ou acessória aos processos da Lei Antitruste. Não seria cabível, entretanto, o entendimento segundo o qual a extensão da lei processual civil aos processos da Lei nº 8.884/94 só teria lugar no caso de lacunas. Parece claro, *a contrario sensu*, que o art. 83 do Diploma Antitruste não dispôs que o Código de Processo Civil somente seria aplicável em caso de lacuna daquela lei, mas que a lei instrumental civil se aplica subsidiariamente aos processos administrativos e judicial ali previstos, ainda que de forma temperada, haja vista, como já dito, a lei do processo administrativo” (*Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex, 2004. p. 52).

<sup>73</sup> *Tutela preventiva (inibitória)*: nas obrigações de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116. No mesmo sentido são as palavras de Sérgio Cruz Arenhart: “a ideia, portanto, é ameaçar o ‘devedor’ ao pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu elevado montante, representaria grave prejuízo a este” (*A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193).

<sup>74</sup> Art. 39. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito à multa diária fixada em valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.

pois a continuação da ameaça ou prática do ilícito pode ser mais lucrativa do que a obediência à decisão. Por outro lado, um valor extremamente alto pode levar a parte à insolvência ou ainda criar a expectativa que jamais será exigida, pois seu pagamento é impossível.<sup>75</sup>

## Conclusão

Diante da atual aproximação entre direito administrativo e Constituição é possível observar que não é somente os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência<sup>76</sup> que vinculam a Administração Pública, pois todos os direitos fundamentais também devem ser entendidos como princípios do direito administrativo. Isso porque, dentre as funções da Administração estão o respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dela derivados. O novo constitucionalismo e a sua vertente processual, o neoprocessualismo, são os movimentos responsáveis por essa constitucionalização do direito administrativo.

O princípio da supremacia do interesse público não representa mais um princípio que possa ser aplicado irrestritamente diante de um Estado Democrático de Direito. Os interesses privados, na maioria das vezes albergados por direitos fundamentais, também são dignos de tutela pelo aparato estatal e somente por meio da proporcionalidade é que se poderá resolver o conflito entre o princípio da realização do interesse público e os demais direitos fundamentais.

Em outro ponto, é importante notar que a Constituição agora irradia suas normas para todos os ramos do Direito e o processo, seja ele judicial, legislativo ou administrativo, deve ter como escopo o respeito e a realização dos direitos fundamentais, criando para isso a tutela adequada para a proteção de cada direito material o que proporciona a realização do acesso à justiça. O processo administrativo, como todos os outros, deve seguir o modelo constitucional de processo, ou seja, tem-se também um neoprocessualismo administrativista.

Dentre as tutelas diferenciadas, que buscam a proteção necessária para cada direito material, foi analisada a tutela inibitória. A inibitória objetiva a prevenção, remoção ou interrupção da prática do ilícito, sendo, assim, uma tutela voltada para o futuro. Seu fundamento normativo encontra-se especialmente no art. 461 do Código de Processo Civil, mas também encontrou guarita no art. 84 da Lei Antitruste.

<sup>75</sup> Assim são as palavras de Sérgio Cruz Arenhart: "Com efeito, a cominação de valor muito pequeno para o 'devedor' enseja a frustração da ameaça, porque o ganho do agente com a conduta certamente superará o seu prejuízo com o desembolso do valor da multa; no outro extremo, a fixação de valor astronômico inviabiliza a medida, que porque o 'devedor' restará insolvente (não podendo pagar a multa), que porque cria nele a expectativa de que a multa jamais será exigida, porque impossível" (*A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 194).

<sup>76</sup> Princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal.

O direito antitruste tem como objetivo a proteção da ordem econômica, nomeadamente os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência. A violação de tais direitos geram danos a toda sociedade, sem contar a dificuldade de se calcular a extensão danosa de sua violação, razão pela qual a tutela inibitória se mostra necessária para garantir um direito geral de prevenção contra ilícitos dentro da ordem econômica brasileira.

Nesse diapasão, o art. 84 da Lei Antitruste autoriza a utilização de medidas preventivas para evitar ou interromper a prática de atos contrários ao direito da ordem econômica, podendo (e devendo) utilizar-se da multa diária para garantir o cumprimento das medidas adotadas. Todavia, a tutela inibitória adotada pelo dispositivo é aquela na modalidade antecipatória. Deve-se, assim, recorrer à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (previsão do art. 115 do mesmo diploma legal) para uma aplicação mais ampla da inibitória, sem os requisitos da tutela antecipada. A aplicação da inibitória no processo antitruste possui as mesmas características do processo civil.

Somente com a aplicação conjugada entre a Lei nº 12.529/2011 e o CPC é que se alcançará a realização do acesso à justiça com a utilização plena da tutela inibitória na proteção da ordem econômica brasileira.

---

#### **The Preventive Injunction in the Brazilian Administrative Process Antitrust (Law n. 12.529/2011)**

**Abstract:** The constitutionalization of Law bring reflexes to all legal areas and the administrative law can't remain indifferent to these changes. The superiority of Constitution and the civil rights changed old administrative concepts as the supremacy of public interest and the function of the administrative process. The first must be applied observing the principle of proportionality when in conflict with others private interests. The second, following the tendency of the new processualism, passes to bind up with the respect, protection, and promotion of the civil rights guaranteed by the Constitution. It is in the intention of realization of the civil rights that appears the differentiated injunctions, which one is the preventive injunction with the intent to guaranteed a general right to prevention always that a right is threatened. The analysis of the preventive injunction is the general objective of this paper, and his application to the administrative antitrust process is the specific objective. For this, it will use the deductive method with technical procedure of literature review.

**Key words:** New processualism administrative. Realization of public interest. Prevention of illicit.

---

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Granada: Comares, 2001.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FURLAN, Fernando de Magalhães. *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex, 2004.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex, 2010.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Processo e Constituição: o processo como garantia fundamental da defesa do cidadão; os princípios processuais constitucionais e o processo democrático*. Leme: J. H. Mizuno, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. A tutela inibitória no processo administrativo antitruste brasileiro (Lei nº 12.529/2011). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 265-287, out./dez. 2014.

---

Recebido em: 21.12.2013

Aprovado em: 02.07.2014