



A PROVA NAS TUTELAS INIBITÓRIAS INDIVIDUAIS

Milena Fório

Pós-graduada em Direito Processual Civil pela ABDPC–
Academia Brasileira de Direito processual Civil
Especialista em Direito Privado pela
Universidade de São Paulo - USP
Bacharel em Direito pela
Universidade de São Paulo - USP
Advogada.

RESUMO

O artigo propõe a análise da dificuldade de produção de provas que convençam o juízo nos casos de tutela inibitória, em especial, nas tutelas inibitórias que visam inibir a prática do ato ilícito (puramente preventiva). Nesses casos, o requerente tem grandes dificuldades de obter a tutela jurisdicional inibitória por nada de ilícito ainda ter ocorrido, haja vista que se têm apenas indícios de que o requerido praticará o ato ilícito que poderá provocar danos ao requerente. A problemática da prova nesta espécie de tutela não é tema muito discutido pela doutrina, fato que colabora para a dificuldade dos operadores e, inclusive magistrados, que, não raramente, sequer tem consciência do que realmente precisa ser demonstrado e comprovado pelo requerente para a concessão da tutela inibitória. Procura-se, então, percorrer o caminho das diferentes espécies de tutela preventiva e das modalidades de tutela inibitória a fim de identificar os fatos e atos que, necessariamente, devem ser demonstrados em cada espécie. Ademais, pretende-se um breve estudo da cognição exigida pela tutela inibitória, bem como pelos juízos e presunções pertinentes. Por fim, o presente estudo visa trazer à discussão algumas possíveis soluções a fim de amenizar a problemática da prova nas tutelas inibitórias, possibilitando a verdadeira conservação da integridade do direito e viabilizando o principal escopo das tutelas inibitórias, qual seja ser um mecanismo jurídico realmente capaz de impedir o ilícito e atuar antes da violação do direito.

INTRODUÇÃO

É senso comum, na sociedade contemporânea, o surgimento crescente de novos direitos, em sua grande maioria direitos de caráter não patrimonial (direitos invioláveis), muitos contemplados pela Constituição Federal como direitos fundamentais, tais como, dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; direito ao meio ambiente; direito do consumidor; e todos exigem proteção do ordenamento jurídico e uma tutela efetiva e normalmente preventiva.

A tutela inibitória é a imediata consequência destas mudanças sociais e do novo perfil do Estado, que passaram a exigir não apenas a tutela ressarcitória, mas também nova modalidade de tutela que visasse inibir a prática, repetição ou



continuação do ilícito (ato contrário a ordem jurídica), isto é, uma tutela preventiva dos direitos, em especial, com a intensificação dos direitos de conteúdo não-patrimonial.

O grande reflexo destas mudanças está na disposição do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: “*nenhuma lei excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito*”, deixando claro que o direito ao acesso à justiça coaduna-se também com o direito a uma tutela preventiva que impeça a ocorrência de atos ilícitos e não apenas com uma tutela que, após o ilícito, visa indenizar o dano.

No contexto social e econômico atual, muitas vezes a mera reparação do dano não proporciona uma tutela efetiva para o titular do direito. Nos casos de propriedade intelectual, por exemplo, a titular da marca não a registra com o objetivo de obter indenizações pelo uso da mesma, mas com a finalidade de distinguir seus produtos e/ou serviços. Assim, o titular objetiva impedir que terceiros utilizem o mesmo sinal distintivo e confundam seus clientes com atos de concorrência desleal.

Destarte, o titular do direito quer garantir a integridade do direito e fruir *in natura* do bem tutelado e não quer apenas que esse direito converta-se em perdas e danos após ter sido violado. Logo, o titular tem direito a tutela específica e não apenas a tutela pelo equivalente pecuniário.

Nestes casos, o titular de um direito necessita de uma tutela voltada para o futuro e capaz de impedir a prática, repetição ou continuação do ato ilícito e não para o passado capaz apenas de ressarcir o dano, após a ocorrência dos prejuízos. Na verdade, para o titular do direito, o interessante e fundamental é que o ato contrário ao seu direito sequer aconteça, evitando, por consequência, o dano. Logo, prescinde de uma tutela baseada na simples probabilidade de ilícito e não na probabilidade do dano e dos seus elementos subjetivos (culpa e dolo).

Neste ponto é que se apresenta a grande dificuldade de se obter uma tutela inibitória, pois, não consegue (e sequer precisa) comprovar o dano e seus elementos objetivos e subjetivos (o que seria de mais fácil aceitação e demonstração pelos meios de provas usuais). Mas o requerente, ao propor a ação inibitória, deve comprovar ser titular de um direito que tem probabilidade de ser violado por um ato ilícito que será ou já foi praticado pelo requerido.

1. AS TUTELAS INIBITÓRIAS INDIVIDUAIS

Conforme já explicitado, a tutela inibitória ganha cada vez mais espaço e importância na sociedade moderna por ser a tutela preventiva que visa impedir a prática, a repetição ou a continuidade de um ato ilícito, independente de provocar ou não efeitos danosos. Assim, é uma tutela que possibilita o titular do direito de exigir o cumprimento específico da obrigação e não apenas o ressarcimento dos danos.



E como bem asseverou Calvão da SILVA,¹ conseguir o credor obter aquilo que foi estipulado é, na verdade, o resultado perfeito e ideal que a Justiça, face ao devedor recalcitrante, pode proporcionar aquele, pelo que a prestação exata daquilo que é devido aparece como prioridade natural e temporal, lógica e teleológica. Por isso, deve-se possibilitar a satisfação plena e integral do interesse do credor, razão de existência da relação obrigacional, proporcionando-lhe não qualquer vantagem, mas “a” vantagem bem determinada e por si esperada.

Assim, o cumprimento específico da obrigação (dispositivos do Código de Defesa do Consumidor) é o fundamento substancial da tutela inibitória e as disposições dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil são o fundamento processual. Como bem fundamentou Joaquim Felipe SPADONI:

Pelos referidos artigos, destinados a disciplinar as ações para cumprimento das obrigações de fazer, ou não fazer e de entrega de coisa, dá-se o instrumento necessário para que o titular do direito ameaçado requeira, e o órgão judiciário providencie, o impedimento da consumação do ato ilícito. Ali se estabelece a possibilidade de prolação de provimentos mandamentais, que ordenem ao réu que cumpra a sua obrigação na forma devida, não praticando o ato violador, sob pena de pagamento de multa cominatória (§4º), ou a prolação de provimentos executivos que determinem diretamente a adoção de medidas inominadas de caráter sub-rogatório (§5º), que tenham a capacidade de conduzir o autor a uma posição idêntica àquela em que se encontraria acaso o adimplemento tivesse sido espontâneo.

Ainda, em importante previsão contida no §3º do art. 461, estabelece a possibilidade de imediata intervenção do órgão jurisdicional na relação fática e jurídica, por meio de concessão de medida liminar, de conteúdo antecipatório dos efeitos da sentença final, para que, nos casos de extrema urgência, possa o magistrado dar a resposta adequada e tempestiva devida ao jurisdicionado, impedindo a consumação do ato violador de seu direito.²

Cabe aqui destacar que a ação inibitória, frequentemente, é confundida com a medida cautelar, por ser voltada a prevenir condutas futuras, entretanto, ao contrário da tutela cautelar, a ação inibitória é uma ação de conhecimento, autônoma e de cognição plena e exauriente, com tutela definitiva e meios próprios de execução (caracterizando-se como satisfativa), podendo apenas, conter pedido de tutela antecipada que será concedido somente se o requerente preencher os requisitos elencados no artigo 273 do CPC.

¹ Calvão da Silva apud Joaquim Felipe Spadoni. *Ação inibitória*: a ação preventiva prevista no art. 461 CPC. 2002. p. 39-40.

² Idem. Ibidem. p. 44.



A doutrina divide a atuação da ação inibitória em três modalidades distintas: (i) impedir a prática de ilícito; (ii) inibir a repetição do ato ilícito e (iii) inibir a continuação do ato ilícito.³

A primeira modalidade é também chamada de tutela puramente preventiva, vez que visa impedir a prática do ilícito antes mesmo de que qualquer ilícito anterior tenha sido produzido. É nesta modalidade que a dificuldade de produção da prova se acentua.

A inibitória puramente preventiva já é aceita em diversos ordenamentos jurídicos preocupados com a efetividade de uma tutela, como é o caso do direito alemão (§ 1004 do Código Civil Alemão - BGB),⁴ do direito anglo-americano com o instituto da *quia timet injunction*,⁵ do direito italiano por meio da sua Constituição (art. 24)⁶ e da Lei de Direito do Autor (art. 156 – Lei 633/1941)⁷.

Importante destacar que, no instituto da *quia timet injunction*, a obtenção da tutela independente de dano e também de violação atual do direito, podendo ser obtida ainda que a violação seja apenas um temor ou uma ameaça, bastando provar a probabilidade da violação.⁸

Já a segunda e a terceira modalidades baseiam-se em atos contrários ao direito já praticado no passado pelo requerido, facilitando a comprovação da repetição ou da continuação do ilícito. A diferenciação das duas modalidades está no fato da repetição caracterizar-se por atos ilícitos praticados em seqüência com um intervalo de tempo entre eles. Na segunda é apenas um ato, porém, a ilicitude perpetua-se na medida do prosseguimento e da continuidade da ação ou da atividade.

³ Ver Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. 2003, p.35-50 .

⁴ § 1004 - Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

⁵ Pela definição de Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy, Gaylord Jentz e Frank Cross, in West's Business Law, *quia timet injunction* is na injunction to restrain wrongful acts which are threatened or imminent but have not yet been commenced. Fletcher v. Bealey stgated the necessary conditions for equity courts to properly grant na injunction in such cases: proof of imminent danger; proof that the threatened injury will be practically irreparable; and proof that whenever the injurious circumstances ensue, it will be impossible to protect plaintiff's interest, if relief is denied.

⁶ O direito italiano aceita a tutela inibitória típica, porém tem dúvidas quanto a tutela inibitória atípica.

⁷ Art. 156 da Lei 633/1941: "*Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdotta la violazione...*".

⁸ P. V. Baker; P. St. J. Langan, Snell's principles of equity apud Luiz Guilherme Marinoni op. cit. p. 53. "No one can obtain a *quia timet* order by merely saying *Timeo*. He must prove that there is na imminent danger of very substancial damage, or further damage, e.g., by showing that the threatened act is attended with extreme Probability of irreparable Injury to the Property of the Plaintiffs, including also Danger to their existence" (P. V. Baker e P. St. J. Langan, Snell's principles of equity, apud Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 2003, p. 53.)



Cabe aqui destacar ainda uma diferenciação da tutela inibitória com a tutela de remoção do ilícito, diferenciação esta muito bem explicada por Luiz Guilherme MARINONI:

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

(...)

Portanto, a ação inibitória deve atuar quando se teme a continuação de ação ilícita, enquanto que a ação de remoção do ilícito deve se preocupar com o ilícito de eficácia continuada.⁹

Nesse passo, claro que a ação inibitória não tem eficácia quando o ato ilícito já foi praticado estando apenas presentes seus efeitos, situação em que o requerente pretende a remoção do ilícito para impedir a propagação dos efeitos contrários ao direito.

Todas essas diferenciações têm grande relevância para o tema da prova, vez que é por meio da identificação de cada tutela e de cada modalidade que o requerente toma conhecimento do que é realmente imprescindível provar para convencer o juízo e obter a tutela jurisdicional pretendida.

2. DA PROVA NAS TUTELAS INIBITÓRIAS INDIVIDUAIS

Antes de discutir o tema central do presente estudo (A Prova Nas Tutelas Inibitórias), importante destacar algumas breves considerações sobre a finalidade da prova no processo civil. Como bem sintetizou Sergio Cruz ARENHART,¹⁰ a prova é um meio retórico (estabelece um diálogo), regulado pela lei e dentro de parâmetros fixados pelo Direito, destinado a convencer o Estado-juiz da validade (verossimilhança) das proposições fáticas, objeto de impugnação, feitas no curso do processo.

Destarte, evidente que a prova não se presta à reconstrução ideal da verdade, mas apenas é um instrumento de argumentação que visa o convencimento judicial sobre determinados atos ou fatos alegados, no caso da tutela inibitória da probabilidade de ocorrência de ato ilícito ou de sua repetição ou continuação.

⁹ Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em 03/jan/2008. (b)

¹⁰ Sergio Cruz Arenhart. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>. Acesso em 04/jan/2008. (b)



Considerando-se que a ameaça de ato ilícito é o pressuposto da tutela inibitória, pode-se afirmar que a prova, nestes casos, deve recair sobre a demonstração de que o requerido provavelmente não agirá na forma em que a lei o obriga.

Porém, esta ameaça deve ser séria e baseada em atos realizados ou em curso que levantem a suspeita de que, futuramente, a ameaça se concretizará e o direito do requerente será violado. Estes atos, que podem ser preparatórios ou ilícitos anteriormente praticados, que indicam a ocorrência do potencial ato ilícito, sua repetição ou sua continuação são os chamados indícios.

Cumprido destacar que em nenhum momento (medida antecipatória ou sentença final) é exigida a prova do dano ou da culpa para a procedência da tutela inibitória, até porque se pode ter um ato ilícito que não cause danos e não haja culpa ou dolo (mesmo porque estes elementos só poderão ser identificados em eventos passados), mas pelo simples fato de ser ato contrário a ordem jurídica, seja lei, seja contrato, deve ser impedido e prevenido.

Ademais, dano e culpa ou dolo não são pressupostos da tutela inibitória, mas sim da responsabilidade civil e, por consequência, da obrigação de indenizar as perdas e danos. O dano pode ser uma das formas de expressão e exteriorização do ato ilícito, uma consequência eventual do ilícito, logo, há entre ato ilícito e dano uma contextualidade cronológica. E a culpa ou dolo são os elementos subjetivos do ato ilícito.

Em resumo, nas tutelas inibitórias, dano, culpa e dolo não fazem parte da cognição judicial e não são passíveis de prova no decurso da instrução. E mais, caso as partes requeiram produção de provas a fim de demonstrar dano, culpa ou dolo, o juiz deve indeferi-las de plano por serem provas impertinentes ao objeto da demanda.

Assim, para obter a tutela jurisdicional inibitória pretendida, o requerente deverá ater-se a comprovar: seu direito, a ação de violação deste direito pelo requerido e o dever do requerido em cumprir tal obrigação específica, isto é, a obrigação do requerido de não agir de determinada forma vez que esta forma é contrária à lei ou ao contrato.

2.1 A Cognição

Ao contrário de outras tutelas preventivas como o Mandado de Segurança e a medida cautelar, a tutela inibitória possibilita a sumarização da cognição no plano vertical, ou seja, exige uma cognição plena e exauriente para o julgamento da demanda. Por este motivo, na ação inibitória há necessidade de atribuir-se diferentes delineamentos à disciplina da prova e analisar qual o grau de cognição e prova que autoriza o deferimento da tutela específica.



Como já observado os elementos de cognição judicial na tutela inibitória são: a ameaça (probabilidade de ocorrência do ato) e a ilicitude, a segunda, em geral, mais facilmente demonstrada por se tratar de matéria de direito e a primeira na maioria das vezes, configura-se como o maior entrave do requerente para obter o convencimento do juízo.

Ademais, como bem asseverou Cleide KAZMIERSKI,¹¹ jurisprudência e doutrina se posicionam no sentido de ser necessário à prova da ameaça de lesão (justo receio) no *mandamus* – o que se dá de forma similar na ação inibitória – a adoção de critérios objetivos e não meramente subjetivos, sendo justo o receio, quando a ameaça for objetiva (revelada por fatos e atos e não por suposições triviais) e atual (não ocorrida em tempos passados).

Nesse diapasão, patente a dificuldade do requerente quanto a produção da prova, com maior intensidade, nos casos da chamada tutela inibitória puramente preventiva, como já explicitado, entendida como aquela que visa impedir o ato ilícito antes da ocorrência de qualquer ato anterior.

Diante de tal dificuldade, forçosa se faz a análise da cognição judicial e da profundidade do sistema probatório. Não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência exigem uma cognição e uma profundidade da prova da ameaça (probabilidade de ocorrência do ato) semelhante àquela necessária em outras espécies de tutela não preventivas, o que acaba por inviabilizar a proteção do direito.

Destarte, têm-se duas alternativas para amenizar a referida dificuldade e evitar a inviabilidade da obtenção da tutela, quais sejam: (i) a redução da exigência da cognição tanto na medida antecipatória quanto no provimento final, sendo que aqui se tornam imprescindíveis diferentes juízos e presunções e (ii) o alargamento da aceitação da prova indiciária. Obviamente, em ambos, sempre com o cuidado de não banalizar a medida inibitória.

2.2 Fato Indiciário e Inferência

Durante longas épocas e, para muitos, até os dias atuais, a prova e o fato indiciário possuem papel secundário com pouca importância e relevância para o convencimento judicial. Só no século XVI é que se formou uma doutrina acerca da compreensão e da valoração dos indícios, destacando-se estudiosos como Casonio, Ghilardo, Guido de Suzario, Bianchi, Crusio, Mascardo entre outros. No mesmo século, em 1532, surge a Constituição Criminalis Carolina, a qual traz as primeiras disposições legais sobre prova indiciária.

Entretanto, cada vez mais, faz-se necessário aprimorar e aplicar a doutrina acerca dos indícios, em especial para além do processo penal, seja pelo maior

¹¹ Cleide Kazmierski. Julgados comentados. Da prova no mandado de segurança preventivo e na tutela inibitória genérica. *Gênesis – Revista de Processo Civil*. Vol.1. 2002, p. 422.



crédito obtido pelos descobrimentos científicos, seja pela desconfiança crescente nas provas testemunhal e literal.

Neste passo, imprescindível a compreensão de que o fato indiciário ou indicio é um fato, como bem definiu Antonio DELLEPIANE:

Indicio é todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor, dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outro desconhecido.¹²

Para o renomado autor, o processo mental utilizado para se chegar a conclusão indiciária é o da inferência, muitas vezes até da inferência analógica, utilizando como premissa maior uma lei natural ou empírica ou um fato de certeza absoluta, um senso comum (indicio ou fato conhecido) para chegar à conclusão sobre um fato desconhecido (indicado).

Assim, quanto maior o grau de certeza da premissa maior, mais consistente é o fato indicado. Assim, tem-se a dedução rigorosa apenas quando a premissa maior é uma certeza absoluta. Por esta esteira, os indícios podem ser: duvidosos, leves, medianos e graves. Vale lembrar que esta é apenas uma dentre as várias classificações utilizadas pela doutrina, as quais não têm ampla relevância para o escopo do presente trabalho.

Aliás, neste ponto, merece transcrição o pensamento de José Henrique PIERANGELLI,

“É que, adotado o princípio do livre convencimento, o julgador tem toda liberdade para admitir a prova que considere útil ao esclarecimento da verdade e para apreciá-la de acordo com as regras da Lógica, da Psicologia e da experiência comum. Para essa difícil missão não necessita de prévias catalogações e muito menos da valoração antecipada dos indícios, eis que todos comporão o juízo lógico destinado ao descobrimento da verdade material, fim último do processo.”¹³

Por outro lado, destaca-se que a tutela inibitória ao basear-se em atos futuros tem como prova quase sempre indícios, vez que prova (na acepção tradicional do termo) só é possível em caso de atos passados, ou melhor, em casos em que o direito do titular já foi violado. Assim, cabe ao magistrado a dosagem do grau de exigência da prova da probabilidade da ameaça.

Justamente nesse ponto é que se vislumbra a diferenciação entre tutela inibitória e mandado de segurança preventivo, pois, neste último o juiz deve exigir maior profundidade do sistema probatório, até porque o requisito do mandado de segurança é

¹² Antonio Dellepiane. A prova indiciária na doutrina. *Revista Justiça*. Vol.4.1933-1934, p. 313.

¹³ José Henrique Pierangelli. Da prova indiciária. *Revista dos tribunais*. Vol.160.1986, p. 290.



o direito líquido e certo, que exige a prova documental da afirmação dos fatos. Já na tutela inibitória, por se tratar de ação do conhecimento, amplia-se a dilação probatória e o juiz deverá ao reduzir a profundidade e o módulo de prova, aceitar e considerar os indícios apresentados.

Este também é o posicionamento de MARINONI e ARENHART¹⁴ que afirmam que esses elementos indiciários, contudo, são o que basta para a cognição exauriente do juiz. Exigir mais que isso significaria obrigar a limites que transpassam a possibilidade humana, o que corresponderia a determinar o sacrifício do direito que se busca tutelar.

Na verdade, os indícios são argumentos de provas que fundamentam um raciocínio presuntivo na medida em que servem de premissa para uma inferência a um dos fatos da causa, assim, são fatos que podem ser conhecidos, indiretamente, pelo juiz mediante outras provas.¹⁵

2.3 Juízos e Presunções

A partir da admissão dos fatos indiciários e, por conseqüência a sua prova, isto é, a prova indiciária, o juiz forma um juízo acerca das alegações de ameaça, perigo e de probabilidade de prática do ato ilícito. Para formar este juízo o magistrado raciocina por meio da chamada presunção judicial (ou raciocínio presuntivo), que é a forma de raciocínio do juiz, que, por sua vez, leva-o a formação do seu convencimento sobre o fato principal.

A presunção é, portanto, resultado do raciocínio, não podendo ser confundida com a prova indiciária ou com o fato indiciário, que somente pode ser comparado com o fato principal, vez que o indício e o fato principal são meros fatos.

Para que a presunção possa ser devidamente utilizada, é necessário, em primeiro lugar, verificar se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito.¹⁶

O fato indiciário é pertinente quando ele tem relação direta com o ato ilícito e temido, ao passo que será ele relevante quando, demonstrado e comprovado, for efetivamente capaz de evidenciar a probabilidade de ocorrência do ato temido e assim influir no julgamento.

¹⁴ Luiz Guilherme Marinoni; Sergio Cruz Arenhart. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, t. 1. 2000, p. 131. (a)

Sergio Cruz Arenhart; Luiz Guilherme Marinoni. *Comentários ao Código de processo civil*. Vol.5., tomo I. 2000, p.131.

¹⁵ Eduardo Cambi. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. 2006, p.43.

¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni. *Simulação e Prova*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/jan/2008. (d)



O conjunto das presunções decorrentes de fatos indiciários pertinentes e relevantes é que formará o juízo final do magistrado,¹⁷ ou melhor, irá consolidar a decisão do julgador sobre a pretensão trazida a juízo pelo requerente.

Entretanto, faz-se necessário que todas essas presunções tenham sua credibilidade valorada pela experiência do julgador (senso comum)¹⁸ e que as mesmas presunções permitam que o juiz conclua sobre a totalidade do fato principal alegado, além, é claro, da imprescindibilidade de que a decisão final seja fundamentada e motivada, visto que só assim é possível a tutela efetiva dos direitos e a proteção da posição de requerido.

2.4. Da Admissão da Prova Indiciária

Como anteriormente referido, toda tutela preventiva exige prova de um fato que mal pode ser chamado de fato, porque ainda não ocorreu e pode nem vir a ocorrer. Como se percebe, na ação inibitória, a prova deve recair sobre afirmação de que provavelmente será praticado um ato contrário às normas do ordenamento.

Portanto, não se pode exigir a prova de um possível dano futuro, porque o ilícito deve ser inibido, independentemente do dano que possa causar, motivo pelo qual o requerente deve fazer prova de um fato (indiciário), para que o juiz, raciocinando (de forma presuntiva), possa chegar a uma conclusão (presunção), quanto à probabilidade de vir a ser praticado um ato ilícito.

Diz MARINONI¹⁹ que, na ação inibitória, o fato indiciário não precisa ser alegado, o requerente não tem o ônus de alegar os fatos que indicam que provavelmente será praticado o ato ilícito, basta a alegação de que se teme um provável ato ilícito. Pode, destarte, requerer a produção de prova em relação a um fato meramente indiciário, ainda que ele não tenha sido oportunamente invocado ao juiz.

Conforme já destacado, a prova só pode recair sobre fatos passados, desta forma, a prova na ação inibitória para impedir a repetição ou continuação do ilícito torna-se menos complicada, pois, já ocorreram fatos ilícitos que podem ser demonstrados para influir no convencimento do juiz, por exemplo, no caso de uma empresa que já está despejando dejetos em um rio e, assim, poluindo e provocando matança de peixes. Basta à demonstração do despejo de lixo, ou alguns peixes mortos,

¹⁷ O juízo final é o conjunto de presunções que culmina na decisão final do julgador, ou seja, determina o resultado sobre a pretensão posta em causa. Já o juízo provisório é o conjunto de presunções (raciocínios) que culminam nas decisões interlocutórias do julgador, assim, o juízo resultado é formado pelos juízos provisório e final.

¹⁸ O artigo 335 do Código de Processo Civil dispõem sobre a regra de experiência que deve ser considerada na valoração da credibilidade das presunções.

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. 2003, p.58-61.



ou ainda a água poluída para que, facilmente, obtenha-se a tutela inibitória, por vezes até antecipada a fim de impedir a continuação desta prática da empresa.

Nos casos de tutela inibitória pura, isto é, aquela em que só existe a probabilidade do acontecimento, é que o requerente encontra as maiores dificuldades para produzir uma prova capaz de convencer o juízo a conceder a tutela inibitória antecipada ou mesmo ao final do processo. Para ilustrar cita-se o exemplo de uma personalidade que teme a divulgação de notícia lesiva a sua honra por parte de uma rede de televisão. As provas que o requerente possui são apenas indícios de que a notícia venha a ser divulgada, são fatos lícitos, mas, que podem culminar em um ilícito, tais como: anúncio ou chamada de tal notícia, rumores de que determinado fotógrafo obteve algumas imagens que podem ser mal interpretadas, entre outras.

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

CONCLUSÃO

Ao final deste breve estudo, podem-se visualizar alguns meios de tentar amenizar a problemática da dificuldade de prova nas tutelas inibitórias, em especial, na chamada ação inibitória pura.

Primeiramente, mister se faz o reconhecimento da tutela inibitória como uma espécie diferenciada de tutela, por se tratar de uma das poucas tutelas preventivas de ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, que os operadores do direito tenham a clara noção do que deve ser provado em uma ação que visa esta espécie de tutela.

Ademais, deve-se ter em mente que, nas ações inibitórias, não há qualquer necessidade de produção de provas relativas à culpa, dolo ou dano, porque estes são requisitos essenciais da responsabilidade civil presente apenas nas tutelas ressarcitórias.

Logo, para a concessão da tutela em estudo, apenas se pode exigir produção de provas referentes a ameaça e perigo da prática do ilícito, probabilidade de ocorrência do ato contrário ao direito e o confronto do ato a ser praticado com a norma que o proíbe ou o classifica como ilícito.

Além do mais, nesta modalidade de tutela preventiva, há de se reduzir o grau de exigência de certeza da cognição ainda que exauriente (seja em decisões



antecipatórias ou finais), o que significa que o julgador deve contentar-se com elementos razoáveis de certeza, mais ou menos intensos, e, conforme o caso, diante do conjunto probatório existente e dos indícios alegados e demonstrados, chegar ao julgamento da causa.

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

Obviamente que todas estas considerações tendem a viabilizar a eficaz tutela dos direitos em especial de natureza patrimonial, porém, devem ser consideradas com a cautela necessária a todo o devido processo legal. Destarte, a redução da verticalidade da cognição e a admissão das provas indiciárias como fonte de convencimento judicial devem ser aceitas de forma a ser coadunarem com o ordenamento jurídico vigente.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sergio Cruz. *Tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT. 2000. (a)

ARENHART, Sergio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>. Acesso em 04/jan/2008. (b)

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo. RT. 2006.

DELLEPIANE, Antonio. A prova indiciária na doutrina. *Revista justiça*. Vol.4. Porto Alegre: Editora, nov-dez/1933; jan-fev/1934.

KAZMIERSKI, Cleide. Da prova no mandado de segurança preventivo e na tutela inibitória genérica. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. nº 24. Curitiba: Editora, abr-jun/2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3. ed. São Paulo. RT. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, t. 1. São Paulo. RT. 2000. v. 5. t. 1. (a)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Tutela Inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em 03/jan/2008. (b)

_____. *La Prueba em la Accion Inhibitoria*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1029.htm>. Acesso em 04/jan/2008. (c)

_____. *Simulação e Prova*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/jan/2008. (d)



PIERANGELLI, José Henrique. *Da Prova indiciária*. Revista dos Tribunais. Vol. 610. São Paulo: RT, 1986.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 CPC*. São Paulo: RT. 2002.

FONTES ON LINE

ARENHART, Sergio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em : <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm>. Acesso em 04/jan/2008. (b)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Tutela Inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em 03/jan/2008. (b)

_____. *La Prueba em la Accion Inhibitoria*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1029.htm>. Acesso em 04/jan/2008.(c)

_____. *Simulação e Prova*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/jan/2008.(d)