

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CYNTHIA BRODT MARTINS

PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

Porto Alegre

2016

CYNTHIA BRODT MARTINS

PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2016

CIP - Catalogação na Publicação

Martins, Cynthia Brodt
Prova na Tutela Inibitória / Cynthia Brodt
Martins. -- 2016.
118 f.

Orientador: Dr. Danilo Knijnik.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Tutela Inibitória . 2. Tutela Preventiva. 3. Ato Ilícito. 4. Ameaça . 5. Prova Indiciária, Presunção. I. Knijnik, Dr. Danilo, orient. II. Título.

CYNTHIA BRODT MARTINS

PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Danilo Knijnik (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. César Santolim (presidente da banca)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Professor Dr. Daniel Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Conceito A

Defendida e aprovada em 8 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por toda a força e coragem para a superação dos obstáculos apresentados durante a minha vida, inclusive acadêmica, por ter permitido a realização deste sonho de ingressar no mestrado.

Ao meu melhor amigo e companheiro de todas as horas, Maçada, por todo o amor, compreensão e incentivo dado à realização de meus estudos e de meus sonhos, por sempre acreditar que eu posso mais e por sempre buscar me fazer feliz.

À minha família, pelo amor e incentivo dado para a conquista dos meus objetivos.

Ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela estrutura e incentivo à pesquisa, na pessoa da coordenadora Cláudia Lima Marques e nas pessoas da Denise e da Rose, excelentes funcionárias, por toda a dedicação que sempre ofereceram aos alunos do mestrado e do doutorado.

À Universidade de Ferrara, por gentilmente ter me encaminhado exemplar de livro raro e essencial para o desenvolvimento deste trabalho.

À Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS, na pessoa da Joceli Muller, por ter sido sempre muito atenciosa com as minhas solicitações.

À Biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela atenção dispensada na busca de artigos e livros.

Ao professor Daniel Mitidiero, que acompanhou toda a minha trajetória no mestrado, fundamental no meu crescimento acadêmico, por ter, por meio de suas aulas sempre cheias de entusiasmo, despertado em mim o interesse pelo tema da tutela inibitória. Também por ter sempre estado de portas abertas para atender-me e responder as minhas dúvidas, pelos livros emprestados, pelo imprescindível auxílio prestado na realização deste trabalho na banca de qualificação do mestrado e em diversas oportunidades.

Ao professor Sérgio de Mattos, meu orientador na especialização, com quem aprendi grandes lições de processo, pelos livros emprestados e pelas valiosas contribuições para a minha dissertação, trazidas durante a banca de qualificação do mestrado.

Ao professor Klaus Koplin, por seus ensinamentos passados durante as aulas de especialização, que muito contribuíram para despertar o meu interesse em fazer o mestrado.

Ao professor Danilo Knijnik, pela confiança, por ter aceitado orientar o meu trabalho no mestrado e pelas contribuições dadas para este trabalho.

Ao demais professores da UFRGS, pelos ensinamentos e experiências passados no mestrado.

Aos meus colegas e amigos, pela troca de experiências e aprendizados adquiridos para a vida.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo analisar os aspectos peculiares da prova no âmbito da tutela inibitória, tendo como premissa a diferenciação entre o ato ilícito e o dano, a fim de elucidar o que deve ser demonstrado para a obtenção desta tutela preventiva. Para tanto, no primeiro capítulo, parte-se de um estudo sobre os aspectos fundamentais da tutela inibitória, abordando-se a necessidade de separação das categorias ilícito e dano, a tutela inibitória no Direito Romano, a tutela inibitória no Direito Estrangeiro, mais especificamente nas experiências italiana e norte-americana, a tutela inibitória como tutela preventiva do ilícito, as espécies e o fundamento da tutela inibitória; bem como a questão da inidoneidade da tutela jurisdicional declaratória e cautelar para a prestação da tutela inibitória. No segundo capítulo, foca-se no objeto propriamente dito deste trabalho, qual seja, nos aspectos fundamentais da prova na tutela inibitória. Tais aspectos dizem respeito à necessidade de prova do fato temido, à impertinência da prova do dano e do elemento subjetivo da conduta contrária ao direito, à necessidade de admissão da prova indiciária e da presunção no raciocínio probatório para a obtenção desta tutela preventiva, à necessidade de fundamentação analítica quanto à prova na tutela inibitória e à determinação do *standard* de prova adequado à formação do juízo de fato nas ações em que se busca a tutela inibitória.

Palavras-chave: Tutela inibitória. Tutela Preventiva. Ato Ilícito. Ameaça. Prova indiciária. Presunção.

RIASSUNTO

La presente dissertazione di Master ha l'obiettivo di analizzare gli aspetti peculiari della prova nell'ambito della tutela inibitoria, avendo come premessa la differenziazione tra l'atto illecito ed il danno, al fine di chiarire ciò che dev'essere dimostrato per ottenere questa tutela preventiva. Pertanto, nel primo capitolo, si inizia con uno studio sugli aspetti fondamentali della tutela inibitoria, toccando la necessità di separazione delle categorie: illecito e danno, la tutela inibitoria nel Diritto Romano, la tutela inibitoria nel Diritto Straniero, più specificamente nelle esperienze italiana e nord americana, la tutela inibitoria come tutela preventiva dell'illecito, le tipologie ed il fondamento della tutela inibitoria; così come la questione dell'inidoneità della tutela giurisdizionale declaratoria e cautelare per la prestazione della tutela inibitoria. Nel secondo capitolo ci si concentra nell'oggetto propriamente detto di questo studio, qualunque sia, negli aspetti fondamentali della prova nella tutela inibitoria. Tali aspetti si manifestano nel rispetto della necessità della prova del fatto temuto, l'impertinenza della prova del danno e dell'elemento soggettivo nella condotta contraria al diritto, la necessità di ammissione della prova indiziaria e della presunzione nel raziocinio probatorio per ottenere questa tutela preventiva, la necessità di fondamento analitico relazionata alla prova della tutela inibitoria ed alla determinazione dello *standard* di prova adeguato alla formazione del giudizio di fatto nelle azioni in cui si cerca la tutela inibitoria.

Parole-chiave: Tutela inibitoria. Tutela preventiva. Atto illecito. Minaccia. Prova indiziaria. Presunzione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA TUTELA INIBITÓRIA.....	12
1.1 A TUTELA REPRESSIVA CONTRA O DANO E A NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DAS CATEGORIAS DO ILÍCITO E DO DANO PARA TUTELA DOS NOVOS DIREITOS	12
1.2 A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO ROMANO	25
1.3 A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO	31
1.3.1 A Tutela Preventiva no Civil Law. O Caso Italiano.....	31
1.3.2 A Tutela Preventiva no Common Law. O Caso Estadunidense.....	40
1.4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA PREVENTIVA DO ILÍCITO	50
1.5 A TUTELA INIBITÓRIA E SUAS ESPÉCIES	56
1.6 O FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA	60
1.7 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA INIBITÓRIA. A INIDONEIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DECLARATÓRIA E DA TUTELA CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA	61
2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA.....	67
2.1 O OBJETO DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA. A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ATO ILÍCITO. A IMPERTINÊNCIA DO FATO DANOSO E DO ELEMENTO SUBJETIVO	67
2.2 O OBJETO DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA. A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ATO ILÍCITO. A PROVA DO FATO TEMIDO	71
2.3 A ADMISSÃO DA PROVA INDICIÁRIA PARA A OBTENÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA	80
2.4 A ADMISSÃO DAS PRESUNÇÕES NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO PARA OBTENÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA	83
2.5 A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA QUANTO À PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA	94
2.6 O CONTROLE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA OS STANDARDS DE PROVA....	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

No Estado Constitucional em que se busca a promoção dos fins da pessoa humana, não há mais espaço para a manutenção de uma visão reducionista do direito de ação entendida simplesmente como direito a um processo e a um julgamento de mérito, presente no contexto do Código Buzaid¹.

No Estado Constitucional, a ação deve ser entendida como um direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, sendo, portanto, objetivo do Processo Civil a tutela dos direitos. Este direito fundamental foi assegurado na Constituição Federal no art. 5º XXXV, com a previsão de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entendimento diverso implicaria a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no “momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela”².

O direito garantido aos jurisdicionados de adequação e efetividade da tutela jurisdicional demonstra “a necessidade de análise do direito posto em causa para se estruturar, a partir daí, um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada em juízo”, a fim de buscar a realização, tutela dos direitos³.

O processo civil se deve estruturar de forma a prestar não apenas tutela contra o dano (tutela reparatória e ressarcitória), mas também contra o ilícito (tutela inibitória e de remoção do ilícito), visto que o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva deve ser traduzido como um direito à tutela não apenas repressiva, mas também preventiva.

A tutela preventiva é imprescindível para a garantia da integridade do direito e fruição *in natura* do mesmo por seu titular. Essa tutela se mostra ainda mais necessária, quando se está diante de direitos de conteúdo não patrimonial, tais como o direito ao meio ambiente,

¹Daniel Mitidiero destaca que “o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão-somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva”. MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 183, maio 2010.

²MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Além disso, Joaquim Spadoni refere que “a falta de efetividade e adequação da prestação jurisdicional para compor o litígio de forma justa pode representar, assim, sério risco à legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, já que, uma vez proibida a autotutela, os envolvidos no litígio ver-se-iam impossibilitados de realizarem, de forma útil, seus direitos”. SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24. v. 49

³SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 743.

direitos de personalidade, do consumidor, em virtude da “inidoneidade da tradicional tutela ressarcitória para garantir a efetiva atuação dos novos direitos”⁴.

A justificativa reside no fato de que, uma vez violados, esses direitos são insuscetíveis de serem adequadamente reparados. Em outras palavras, não será possível restaurar o *status quo* ante a lesão, sendo seus titulares, portanto, impedidos de desfrutar do direito da mesma forma que fariam, caso a violação não tivesse ocorrido.

É possível observar, portanto, que a proteção da integridade de direitos desta natureza estará condicionada à sua inviolabilidade. Tal razão ampara a afirmação de que a tutela inibitória é imprescindível e inerente a todo e qualquer direito de conteúdo não patrimonial.

A tutela inibitória é tutela preventiva e instrumento voltado para o futuro, tendo por função impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito, não sendo necessária para a sua concessão a demonstração da ocorrência de dano, tampouco a presença de elementos subjetivos, dolo ou culpa⁵. É tutela capaz de garantir ao titular do direito a tutela específica do mesmo, evitando que, diante de eventual violação, a tutela do direito seja reduzida à tutela pelo equivalente monetário.

A tutela inibitória será prestada por meio de formas de tutela jurisdicional e de técnicas processuais adequadas à proteção do direito material. Para atingir tal objetivo, será necessário um “procedimento que culmine em uma sentença que ordene sob pena de multa ou de outro meio de indução ou sub-rogação e que admita uma antecipação de tutela”⁶. No caso de tutela inibitória individual, esse procedimento vem delineado pelos arts. 139, IV, 497, 498, 536, 537 e 538 do Novo CPC (Lei 13105/2015). Já, quando se tratar de tutela inibitória coletiva, esta será propiciada pelo art. 84 do CDC (Lei 8078/90).

A tutela inibitória ainda é tema pouco estudado pela doutrina, tendo sido desenvolvido no Brasil principalmente pelos autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. A escassez de trabalhos se deve à confusão muito presente na doutrina entre os conceitos de ilícito e dano, bem como à complexidade relativa à prova da ameaça de ilícito no âmbito da tutela inibitória.

⁴No original: “L’utilità del ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall’inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l’effettiva attuazione dei nuovi diritti”. RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 80.

⁵A redação do art. 497 do CPC prevê que: “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 478. v.2

A fim de corroborar tal afirmação, Sérgio Cruz Arenhart, ao fazer uma comparação entre a tutela repressiva e a tutela preventiva, ressalta que, diferentemente da primeira, que é “[...] mais desenvolvida e largamente utilizada [...]”, a segunda é “[...] de pequena divulgação nos ordenamentos jurídicos atuais, fato que se pode imputar à dificuldade representada pelos percalços nela contidos, especialmente na dimensão da prova e da modalidade de provimento que deve veicular [...]”⁷.

Em razão disso, é possível concluir que questão muito interessante dentro do estudo da tutela inibitória e ainda muito pouco explorada pela doutrina diz respeito aos aspectos probatórios deste tipo de tutela. Isso se deve ao fato de que é grande a dificuldade enfrentada pelas partes no que tange à produção de provas que possam convencer o magistrado da existência de ameaça da prática, repetição e continuação do ilícito.

Tal entrave se deve ao fato de a tutela inibitória se preocupar exclusivamente com o ilícito, prescindindo da existência de dano, o que implica a impossibilidade deste – que acaba sendo resultado (materialização) e, portanto, prova daquele – ser objeto de demonstração pelas partes e de cognição pelo juiz.

O obstáculo ao exercício da atividade probatória ainda é mais visível quando se necessita de tutela inibitória na sua forma “pura” ou “genuína”, em razão de nenhum ilícito já ter sido praticado. Nessa espécie de tutela inibitória, é possível visualizar apenas indícios de que o sujeito violador praticará o ato ilícito que futuramente e eventualmente possa vir a provocar danos ao titular do direito sob ameaça, exigindo-se do juiz um raciocínio presuntivo.

A problemática da prova na tutela inibitória não é enfrentada apenas por quem busca esse tipo de tutela preventiva, mas também por quem tem a tarefa de decidir acerca do seu deferimento ou não. Isso ocorre porque os juízes “[...] não raramente, sequer têm consciência do que realmente precisa ser demonstrado e comprovado pelo requerente para a concessão da tutela inibitória.”⁸.

Não há dúvida, portanto, de que, neste caso, torna-se ainda mais complexa a atividade de valoração de provas a ser realizada pelo juiz quando ele se depara com um pedido de prestação da tutela inibitória.

Em razão do exposto, este trabalho tem por objetivo analisar os aspectos peculiares da prova no âmbito da tutela inibitória, tendo como premissa a diferenciação entre o ato ilícito e o dano, a fim de elucidar o que deve ser demonstrado para a obtenção desta tutela preventiva.

⁷ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 187. v. 6

⁸FÓRIO, Milena. **A prova nas tutelas inibitórias individuais**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Milena%20F%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2015.

Para tanto, este trabalho foi dividido em dois capítulos.

O primeiro deles realiza um estudo sobre os aspectos fundamentais da tutela inibitória, abordando-se a necessidade de separação das categorias ilícito e dano, a tutela inibitória no Direito Romano, a tutela inibitória no Direito Estrangeiro, mais especificamente nas experiências italiana e norte-americana, a tutela inibitória como tutela preventiva do ilícito, as espécies e o fundamento da tutela inibitória; bem como a questão da inidoneidade da tutela jurisdicional declaratória e cautelar para a prestação da tutela inibitória.

No segundo capítulo, foca-se no objeto propriamente dito deste trabalho, qual seja, nos aspectos fundamentais da prova na tutela inibitória. Tais aspectos dizem respeito à necessidade de prova do fato temido, à impertinência da prova do dano e do elemento subjetivo da conduta contrária ao direito, à necessidade de admissão da prova indiciária e da presunção no raciocínio probatório para a obtenção desta tutela preventiva, à necessidade de fundamentação analítica quanto à prova na tutela inibitória e à determinação do *standard* de prova adequado à formação do juízo de fato nas ações em que se busca a tutela inibitória.

1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA TUTELA INIBITÓRIA

1.1 A TUTELA REPRESSIVA CONTRA O DANO E A NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DAS CATEGORIAS DO ILÍCITO E DO DANO PARA TUTELA DOS NOVOS DIREITOS

A concessão da tutela inibitória tem por pressuposto a existência de ameaça de prática, continuação ou repetição do ato ilícito. Esse tipo de tutela preventiva tem por foco impedir a ocorrência de ato ilícito, ato praticado em contrariedade ao direito, não se preocupando com o dano, tampouco com os elementos subjetivos⁹ da conduta do agente, dolo ou culpa¹⁰.

A doutrina civilista tradicional frequentemente considera o dano e os aspectos subjetivos dolo e culpa como elementos que definem o ato ilícito. Percebe-se, claramente, uma associação do conceito de ato ilícito com dano¹¹ e, sendo assim, ato ilícito com responsabilidade civil, em virtude de que esta é consequência necessária do chamado dano ilícito.

Tal ideia é reforçada por Felipe Braga Netto, ao comentar o desinteresse da doutrina em geral pelo estudo do ato ilícito, nos seguintes termos:

[...] os ilícitos sempre se mantiveram à margem, como questão menor, relegados a um plano secundário, quando muito. Não houve, absolutamente, a construção de um estudo teórico, tal como existe com os lícitos, nem uma unidade lógica de pensamento. As referências, sempre genéricas, em livros também genéricos, limitavam-se, na maioria dos casos, a repetir os pressupostos do ilícito indenizante, reforçando falsos conceitos, como culpa e dano, que sempre foram erigidos à condição de pressupostos necessários à definição da ilicitude civil¹².

Orlando Gomes, por exemplo, refere que ato ilícito é a “[...] ação, ou omissão culposa

⁹RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. **Revista Peruana de Derecho procesal**, Lima, n. 4, p. 231-270, dic. 2001. p. 236.

¹⁰Ricardo Corrêa Silva destaca que a culpa pode ou não estar presente, não sendo condição *sine qua non* para cabimento da tutela inibitória. SILVA, Ricardo Guilherme S. Corrêa. **A tutela inibitória no direito de imagem de pessoa pública**. Curitiba: CRV, 2013. p. 191. (grifos do autor).

¹¹ARENHART, 2003, p. 107-108. Sérgio Cruz Arenhart salienta que não obstante a confusão existente em diversos ordenamentos jurídicos a respeito das categorias do ato ilícito e dano, isso não ocorre na experiência jurídica alemã, sendo possível verificar que nela estes conceitos são bem individualizados. O autor refere que “perante este ordenamento, é clara a diferença entre o ‘ato contrário ao direito’ – a que se atribui a chamada *antijuricidade objetiva* – e o ‘delito’ (civil), considerado como ato ilícito culposo. Como se considera perante este direito, a antijuricidade (ilicitude), ainda que civil, pode ser subjetiva, manifestada por algum ato contrário ao direito animado pela culpa, ou ainda, exclusivamente, um ato contrário ao direito; ainda que, por vezes, o ordenamento apenas atribua certas consequências ao ato ilícito culposo, não se pode negar que se trata de realidades distintas. É assim que somente aos *delitos* se atribui, no direito alemão, a consequência do dever de indenizar, vinculando nitidamente o conceito de delito ao dano, sob o manto da idéia de responsabilidade” (grifos do autor).

¹²BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. O ambiente metodológico das codificações e a ilicitude civil. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Org). **10 anos do Código Civil**: edição comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 58.

com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem”¹³.

Na mesma linha, Flávio Tartuce define ato ilícito como a “[...] conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”¹⁴.

No mesmo sentido, Francisco Amaral refere que “[...] para que se configure ato ilícito, é necessária a conjugação dos seguintes elementos: ação ou omissão do agente, ilicitude, culpa, nexos de causalidade e dano”¹⁵.

Felipe Braga Netto sustenta que a referida doutrina ao associar o ato ilícito ao dano e à responsabilidade civil parece deixar de reconhecer a existência de outros efeitos, além do dever de indenizar, que podem resultar do ato ilícito¹⁶. Para ele, a responsabilidade civil seria, portanto, o efeito produzido por apenas uma dentre outras espécies de ilícito, do chamado “ilícito indenizante”. E completa: “[...] se a eficácia indenizante não exaure o espectro das eficácias possíveis, está evidenciada a inconveniência do critério clássico [...]”¹⁷.

Na lição de Felipe Braga Netto, o gênero ilícito poderia ser decomposto nas seguintes espécies, tomando por parâmetro a eficácia: a) ilícitos indenizantes: são aqueles ilícitos cujo efeito consiste no dever de indenizar; b) ilícitos caducificantes: os que têm como efeito a perda de um direito; c) ilícitos invalidantes: são aqueles em que a reação pela violação da norma é a invalidade; e d) ilícitos autorizantes: são os que apresentam como efeito uma autorização¹⁸.

Luciane Tessler, na mesma linha de defesa da necessidade de separação das categorias ato ilícito e dano, destaca que “[...] reduzir o ilícito ao dano é desconsiderar sua função assecuratória do ordenamento jurídico. A doutrina tradicional conceitua o ilícito em razão de uma de suas possíveis¹⁹ consequências [...]”²⁰.

¹³GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 438.

¹⁴TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 2 (grifos do autor).

¹⁵AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 581.

¹⁶BRAGA NETTO, 2014, p. 52.

¹⁷*Ibid*, p. 62.

¹⁸Felipe Braga Netto cita como exemplos de ilícitos indenizante, caducificante, invalidante e autorizante, respectivamente, o ato praticado com negligência por um indivíduo que provoque dano a outro (art. 186 combinado com o art. 927 do CC); a sonegação de bens ao inventário realizada pelo inventariante ou herdeiro que culmina na perda do direito em relação aos mesmos (art. 1992 do CC); o ato de coação realizado por um fazendeiro a um colono para que este realize a venda de sua terra (art. 151 do CC); e a ingratidão do donatário que possibilita ao doador revogar a doação (art. 557 do CC). BRAGA NETTO, 2014, p. 64-68.

¹⁹Renzo Cavani também identificando o equívoco em considerar que o dano é elemento constitutivo do ilícito e a necessidade da tutela inibitória para prevenção deste, defende que “el simple hecho de que el Derecho actúe antes de que ocurra el daño, hace del ilícito una entidad diferente. Así, el daño no es una necesaria consecuencia del ilícito”. Tradução livre: “o simples fato do Direito atuar antes da ocorrência do dano faz do

De outra banda, é possível verificar que a obrigação de indenizar não está vinculada necessariamente aos atos ilícitos. Deve-se atentar para o fato de que a obrigação de indenizar não é efeito resultante apenas da prática de atos ilícitos, em virtude de que é possível constatar que ela também poderá ser consequência da prática de atos lícitos. Pode-se citar como exemplo a prática de determinadas condutas em estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de um direito. Apesar de esses atos serem lícitos, estarem em conformidade com o direito, poderão provocar dano, ensejando como consequência a obrigação de indenizar²¹.

Sérgio Cavalieri Filho salienta não haver responsabilidade em sentido técnico nesses casos de estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de um direito, mas mera obrigação legal de indenização por ato lícito. Isso se deve ao fato de que a responsabilidade pressuporia o descumprimento de um dever jurídico preexistente, o qual não estaria presente nos referidos casos²².

A visão que unifica as categorias ato ilícito, dano e responsabilidade civil é enfraquecida não apenas pela existência de danos indenizáveis advindos de atos lícitos, mas também pela possibilidade de visualizar a presença de danos lícitos não indenizáveis. A título de exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, é possível citar o art. 243 da Constituição Federal²³, cuja previsão estabelece que não será devida indenização por parte da União em desapropriações de propriedades urbanas e rurais em que se constata a plantação de culturas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo.

É em razão da existência de danos provenientes não apenas de atos ilícitos, mas também de atos lícitos que Joaquim Spadoni afirma que “[...] apenas a percepção da existência do dano não é suficiente para se extrair a conclusão da existência de um ato

ilícito uma entidade diferente. Assim, o dano não é uma necessária consequência do ilícito”. CAVANI, Renzo. Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos. **Gaceta Civil & Procesal Civil**, v. 8, p. 173-190, 2014.; CAVANI, Renzo. A tutela inibitória e a multa para efetivação de tutela específica: um diálogo de coerência entre os arts. 461 do CPC e 84 do CDC. **Revista de Direito do consumidor**. São Paulo. v. 22. n. 87, maio-jun. 2013, p. 157 .

²⁰TESSLER, Luciana Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210. v. 9

²¹BRAGA NETTO, 2014, p. 53. O art. 188 do Código Civil refere que “não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. O art. 929 do Código Civil refere que “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

²²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9.

²³Dispõe o art. 243 da Constituição Federal que “as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

contrário a um dever legal de conduta[...]”²⁴.

A associação do ato ilícito ao dano²⁵ e à responsabilidade civil realizada pela doutrina é algo prejudicial à tutela dos direitos dos indivíduos, na medida em que acaba por admitir apenas a tutela repressiva dos direitos, posterior ao dano, excluindo a possibilidade de uma tutela preventiva²⁶, tutela mais adequada à proteção de direitos²⁷ de conteúdo não patrimonial²⁸.

Tal associação, traduzida por uma visão monetarista dos direitos²⁹, deve ser abandonada, a fim de que se possa garantir a proteção anterior às violações em virtude de que muitos direitos não podem ser exprimidos por pecúnia. Não se pode perder de vista que insistir em atrelar o ato ilícito ao dano implicaria a aquiescência de que as situações em que o ilícito não produza imediatamente um dano permanecem desprovidas de qualquer tipo de tutela.

Criticando a concepção que atribui relevância ao ilícito apenas se acompanhado do dano, ou seja, que desconsidera o ato ilícito em si, Álvaro Pérez Ragone destaca de forma clara que “[...]parece irónico pero el ilícito civil no sea per se sancionable. Se puede

²⁴SPADONI, 2007, p. 58.

²⁵No Direito Penal é possível constatar claramente essa diferenciação entre ilícito e dano, por meio da seguinte classificação: crimes de “resultado” e crimes de “mera conduta”. Diferentemente da tipificação penal dos crimes de resultado, para a tipificação penal dos crimes de mera conduta basta a simples prática por parte do sujeito da conduta vedada por lei, dispensando a necessidade de resultado naturalístico, prejuízo, dano, e tampouco a existência denexo causal entre a conduta e o resultado.

²⁶Piero Calamandrei em 1936 em sua obra referiu que a tutela preventiva tinha por escopo evitar o dano que poderia derivar de uma lesão de direito, ameaçada, mas ainda não realizada. CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p. 16. Como se constata, tal autor considerava a tutela preventiva como uma proteção contra o dano, sendo que o interesse de agir surgiria com o perigo de dano, não considerando, portanto, instrumento de proteção contra o ato ilícito, tendo como interesse de agir o perigo de ilícito. Também se percebe que na doutrina moderna há autores como Jorge Peyrano que associam a tutela preventiva à proteção contra o ato danoso e não à proteção contra o ato ilícito. Segundo o autor, a *acción preventiva* se traduziria em “una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”. Tradução livre: “uma ordem de fazer ou de não fazer que busque reverter ou modificar a situação fática que gera risco de dano (ou de persistência ou repetição) que justifica sua promoção”. PEYRANO, Jorge. La acción preventiva. **Genesis**: Revista de Direito processual civil, Curitiba, v. 1, n.1, p. 577-620, jan/abr 1996.

²⁷Ada Pellegrini Grinover refere que os direitos “só se completam na medida em que lhes correspondam instrumentos adequados de tutela com conteúdo de garantia. E a garantia, posta como tutela de direito, pode operar nos mais diversos sistemas de proteção: o sistema jurisdicional, o sistema administrativo, o sistema político, os sistemas mistos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas-corpus e mandado de segurança. **AJURIS**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 8, n.22, p. 102-116, jul. 1981.

²⁸Aldo Zela Villegas refere que a tutela preventiva poderá não ser concedida em situações em que o direito que se busca proteção entre em conflito com outros direitos fundamentais não patrimoniais ou outros bens juridicamente igualmente protegidos. ZELA VILLEGAS, Aldo. Los ámbitos de aplicación de la tutela inhibitoria y la jurisprudencia peruana. **Genesis**: Revista de Direito processual civil, Curitiba, n. 36, p. 356-371, abr-jun 2006.

²⁹BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 198-199.

*perfectamente ingresar al mercado para comercializar un producto en mal estado incluso a sabiendas, pero aun no hay ilícito civilmente sancionable[...]*³⁰. O autor adverte ainda que “[...] recién cuando alguien consume el producto y se produzca el daño comienza a funcionar la maquinaria con un resultado final posible y siempre predecible, el pago de daños y perjuicios [...]”³¹.

Sérgio Muritiba salienta a necessidade do estabelecimento de tutela anterior à prática do ato ilícito, evitando, conseqüentemente, a concretização do dano, principalmente para os casos que envolvam os chamados “novos direitos”, especificamente para os direitos de personalidade, em razão de que “[...] de nada adianta pensarmos numa tutela que estabelece o ressarcimento em pecúnia, se não há correlação entre o valor do bem que foi violado e o valor pecuniário da importância recebida a título de recompensa [...]”³².

Reconhecendo também a adequação da tutela preventiva à proteção dos direitos de personalidade, Alessandra Bellelli refere nos seguintes termos que:

³⁰Tradução livre: “Parece irônico porém o ilícito civil não seja por si sancionável. Se pode perfeitamente ingressar no mercado para comercializar um produto em mau estado, inclusive intencionalmente, porém não há ainda ilícito civilmente sancionável”. PÉREZ RAGONE, Álvaro. La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 28, p. 207-234, 2007.

³¹Tradução livre: “Apenas quando alguém consome o produto e se produz o dano começa a funcionar a máquina com um resultado final possível e sempre previsível o pagamento de danos e prejuízos”. (PÉREZ RAGONE, 2007, p. 213).

³²MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos de personalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, n.122, p. 22-40, abr. 2005.p. 31. Sobre a tutela inibitória envolvendo direitos de personalidade, cita-se interessante julgado do STJ em que o autor buscava tutela inibitória contra a repetição de ato ilícito em face de um jornalista que postava textos na internet os quais considerava ofensivos ao seu direito à honra e imagem. Nesse julgado o tribunal sopesando o direito de personalidade do autor e o direito à liberdade de expressão do jornalista optou pela prevalência deste. A seguir a ementa do julgado: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AMEAÇA DE VIOLAÇÃO À HONRA SUBJETIVA E À IMAGEM. MATERIAL DE CUNHO JORNALÍSTICO. TUTELA INIBITÓRIA. NÃO CABIMENTO. CENSURA PRÉVIA. RISCO DE O DANO MATERIALIZAR-SE VIA INTERNET. IRRELEVÂNCIA. DISPOSTIVOS LEGAIS ANALISADOS: 5º, IV, V, X, XIII e XIV, E 220 DA CF/88; 461, §§ 5º E 6º, DO CPC; 84 DO CDC; E 12, 17 E 187 DO CC/02. [...] 4. A concessão de tutela inibitória em face de jornalista, para que cesse a postagem de matérias consideradas ofensivas, se mostra impossível, pois a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não pode ser aprioristicamente censurada. 5. Sopesados o risco de lesão ao patrimônio subjetivo individual do autor e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e à opinião. Primeiro se deve assegurar o gozo do que o Pleno do STF, no julgamento da ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 06.11.2009, denominou sobredireitos de personalidade – assim entendidos como os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa, em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação – para somente então se cobrar do titular dessas situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também formadores da personalidade humana. 6. Mesmo que a repressão posterior não se mostre ideal para casos de ofensa moral, sendo incapaz de restabelecer por completo o status quo ante daquele que teve sua honra ou sua imagem achincalhada, na sistemática criada pela CF/88 prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, assegurando-se, em contrapartida, o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo atuando após o fato consumado, têm condição de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. (REsp 1.388.994/SP, Terceira Turma, STJ, Relatora: Nancy Andrighi, Julgado em 19/09/2013).

*In questo senso si rivela come il rimedio più opportuno e, con riguardo ai diritti personalissimi, assolutamente necessario, in quanto l'equivalente pecuniario non può mai valere a «riparare» adeguatamente l'interesse primario lesa: il valore della persona umana è tale da dover essere pienamente preservato, non essendo una tutela sufficiente quella che si limitasse a ricondurre la violazione ad una pura monetizzazione del pregiudizio subito*³³.

Sendo assim, deve-se ressaltar que “[...] o ato contrário ao direito, independentemente de ter ou não produzido danos, deve ser digno de tutela, até mesmo para que se evite a ocorrência de danos futuros [...]”³⁴. Isso se justifica porque, ao se prevenir o ato ilícito estar-se-á, conseqüentemente, prevenindo o dano³⁵. Pensamento diverso seria incompatível com um sistema jurídico que prevê como garantia expressa, no art. 5^o, XXXV da Constituição Federal, a tutela contra a ameaça de lesão a direito.

Aloyr Lacerda destaca a necessidade de se afastar a ameaça de lesão a direito, afirmando que “[...] é questão de lógica admitir que o direito será melhor tutelado se sequer chegar a ser lesionado, seja porque ele foi naturalmente respeitado pelos cidadãos, seja porque o Poder Judiciário atuou de forma a impedir tal lesão, que se mostrava eminente[...]”³⁶. Como bem salienta Pietro Trimarchi: “[...] meglio prevenire che curare: è un ovvio principio di economia[...]”³⁷.

Luiz Guilherme Marinoni identifica duas razões que justificam a unificação pela doutrina das categorias de ilícito e dano, em outras palavras, que são responsáveis pela crença de que não há ilícito sem dano. A primeira delas consiste no fato de que o dano é a normal consequência do ilícito, sendo, portanto, o “sintoma sensível”³⁸ e a prova da violação do direito. A segunda razão é que, “entre o ato ilícito e o dano, subsiste frequentemente uma

³³Tradução livre: “Nesse sentido se revela como o remédio mais oportuno e, com relação aos direitos personalíssimos, absolutamente necessário, enquanto o equivalente monetário não pode nunca valer a ‘reparar’ adequadamente o interesse primário lesado: o valor da pessoa humana é tal que deve ser plenamente preservado, não sendo uma tutela suficiente aquela que se limitasse a reduzir a violação a uma pura monetização do prejuízo sofrido”. BELLELLI, Alessandra. Introduzione. In: _____ (a cura di). **Azione Inibitoria e interessi tutelati**: Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005. Napoli: Edizioni Italiane, 2007. p. 7.

³⁴AMARAL, Rafaela Almeida do. Tutela inibitória e concorrência desleal. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 1, p. 567-592, 2001.

³⁵Andreza Stonoga destaca que “necessário se faz, em termos de meio ambiente buscar uma tutela que previna antes o ilícito do que o dano, pois a prevenção a este seria consequência ao se prevenir aquele”. STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁶LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da Tutela Inibitória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 95-127, jun. 2011.

³⁷Tradução livre: “melhor prevenir que remediar: é um óbvio princípio de economia”. TRIMARCHI, Pietro. Illecito. **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè, 1970. p. 90-111. p. 106. v. 2

³⁸Ugo Mattei refere que o dano é “il sintomo più evidente di un illecito, sostanziandosi nella violazione del precetto fondamentale *neminem laedere*”. Tradução livre: “o sintoma mais evidente do ilícito consubstanciado na violação do preceito fundamental *neminem laedere*”. MATTEI, Ugo. **Tutela inibitoria e tutela risarcitoria**: contributo alla teoria dei diritti sui beni. Milano: Giuffrè, 1987. p. 246.

contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos”³⁹.

Para Vittorio Pietrobon, a confusão entre ilícito e fato ilícito danoso existente no pensamento jurídico tradicional reside na dificuldade de se qualificar um ato como ilícito sem a presença dos elementos subjetivos da conduta do agente, o dolo e a culpa. Nas palavras do autor:

[...]Ma la ragione essenziale della difficoltà ad ammettere una distinzione tra i due tipi di illecito, cioè tra l'illecito e il fatto illecito sta nel pensiero giuridico tradizionale, che rifiuta la qualifica di illecito a un atto umano che non sia sostenuto, nel soggetto che lo compie, da una adeguata capacità di intendere e di volere, cioè da una sufficiente imputabilità, e che non sia dovuto, se non al dolo dell'autore, almeno a una sua colpa. Nel pensiero giuridico tradizionale, compie un illecito soltanto che viola la legge nel pieno possesso delle proprie facoltà⁴⁰.

A confusão entre os conceitos de ato ilícito e dano não está presente apenas na doutrina. É possível visualizar que tal equívoco também é cometido pelo próprio legislador do Código Civil de 2002⁴¹, que ao conceituar ato ilícito no art. 186, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A referida confusão também constava no Código Civil de 1916, no art. 159, dispositivo que consagrava a regra geral da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. Tal redação previa que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Ato ilícito e dano são conceitos independentes. É imprescindível a individualização, ou seja, a separação dos mesmos, a fim de que se possa compreender o tipo de tutela mais adequada a ser prestada ao caso concreto. Em outras palavras, o tipo de proteção a ser buscada no poder judiciário⁴² variará de acordo com a necessidade apresentada, podendo ser

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

⁴⁰Tradução livre: “Mas a razão essencial da dificuldade em admitir uma distinção entre os dois tipos de ilícito, isto é, entre o ilícito e o fato danoso está no pensamento jurídico tradicional que rejeita a qualificação de ilícito a um ato humano que não seja amparado no sujeito que o pratica por uma adequada capacidade de entender e de querer, isto é, por uma suficiente imputabilidade, e que não seja devido senão ao dolo do autor ao menos a sua culpa. No pensamento jurídico tradicional pratica um ilícito somente quem viola a lei na plena posse das próprias faculdades”. PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito**: Inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. Apesar da confusão na doutrina entre os conceito de ilícito e culpa, Pontes de Miranda já diferenciava ambos os institutos. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. II. 4ª ed. 2 tir. São Paulo: Ed. RT, 1983, p. 201 e ss).

⁴¹O art. 187 do Código Civil prevê o abuso do direito também como ato ilícito e, diferentemente do art. 186, não faz menção ao dano. Dispõe a redação do art. 187 que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴²Sérgio Chiarloni refere que “Nel processo civile è opportuno offrire una scelta dei meccanismi di tutela il più possibile ampia, oltre che, naturalmente, libera per il privato che se ne avvale, senza che, data l'infinita articolazione dei casi della vita reale, si possa stabilire a priori una volta per tutte quale sia il meccanismo

tutela contra o ilícito ou tutela contra o dano⁴³.

A escolha entre tutela preventiva ou repressiva torna-se fundamental, em virtude de que elas perseguirão objetivos distintos diante do direito material. Vittorio Pietrobon refere que:

[...] con il risarcimento del danno non si elimina una violazione consumata, né impedisce una nuova violazione del diritto, ma si persegue uno scopo riparatorio, si cerca cioè di creare una nuova situazione che riequilibri l'ordine giuridico turbato dalla precedente violazione, con la inibitoria si cerca di conservare e di proteggere una situazione giuridica⁴⁴.

Apontando também a diferença entre os escopos da tutela inibitória (tutela do ilícito) e da tutela do ressarcimento do dano (tutela do dano), Alessandra Bellelli sustenta que:

Mentre l'azione risarcitoria interviene, in via successiva⁴⁵ e compensativa, dopo che l'illecito si sia verificato e abbia prodotto un danno, l'azione inibitoria, invece, è volta a impedire, in via preventiva e specifica, proprio la stessa lesione della situazione giuridicamente protetta, a prescindere dalla configurazione di un danno⁴⁶, sia pure potenziale o futuro⁴⁷.

migliore. Certo, è ragionevole nutrire una preferenza di principio per i rimedi capaci di prevenire le violazioni o di assicurare una reintegrazione specifica”. Tradução livre: “No processo civil é oportuno oferecer uma escolha de mecanismos de tutela tão ampla quanto possível, e, naturalmente, livre para o privado que dela se aproveita, sem que, dada a infinita articulação de casos da vida real, se possa estabelecer a *priori* de uma vez por todas qual seja o melhor mecanismo. Certo, é razoável nutrir uma preferência, em princípio, por remédios capazes de prevenir as violações ou de assegurar uma reintegração específica”. CHIARLONI, Sérgio. Su taluni aspetti processuali del risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 287-298, 2014.

⁴³Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam que “é imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional efetiva a fiel identificação da tutela do direito pretendida pela parte. Vale dizer, é preciso em primeiro lugar olhar para o direito material a fim de saber qual a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 750, grifos dos autores).

⁴⁴Tradução livre: “com o ressarcimento do dano não se elimina uma violação consumada, nem impede uma nova violação do direito, mas se persegue um escopo reparatório, se busca, isto é, criar uma nova situação que reequilibre o ordenamento jurídico turbado pela precedente violação, com a inibitória se busca conservar e proteger uma situação jurídica”. (PIETROBON, 1998, p. 12).

⁴⁵No mesmo sentido, Antonella Miletta refere que “Così può dirsi che mentre l’inibitoria interviene sulle azioni umane, ossia sui comportamenti *contra ius*, il risarcimento incide sui fatti storicamente accaduti (i danni risarcibili); sono due momenti diversi presi in considerazione, a cui corrispondono due diverse tecniche di protezione. Tradução livre: “Assim se pode dizer que enquanto a inibitória intervém sobre ações humanas, ou seja, sobre comportamentos contrários ao direito, o ressarcimento incide sobre fatos historicamente ocorridos (os danos ressarcíveis); são dois momentos distintos tomados em consideração, aos quais correspondem duas diversas técnicas de proteção”. MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale e danno ambientale**. Collana del Dipartimento di diritto dell’economia dell’Università di Napoli Federico II, 7. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 203.

⁴⁶Com referência à afirmação de que a inibitória prescinde de dano, Aldo Frignani refere que “a questa conclusione si perviene oltre che per argomento di logica giuridica, legata alla natura e ad funzione dell’inibitoria, anche sulla base di un attento esame delle norme di diritto positivo”. Tradução livre: “a esta conclusão si chega além de por um argumento de lógica jurídica, ligada à natureza e função da inibitória, também sobre a base de um atento exame das normas de direito positivo. FRIGNANI, Aldo. **L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 411.

⁴⁷Tradução livre: “Enquanto a ação ressarcitória intervém, em via sucessiva e compensativa, depois que o ilícito já foi verificado e havia sido produzido um dano, a ação inibitória, ao invés, se dirige a impedir, em via

A necessidade de se reconhecer o tipo de tutela que deverá ser buscada pode ser visualizada, por exemplo, pela impossibilidade de se buscar uma tutela reparatória em um caso concreto em que esteja presente uma conduta ilícita que não tenha provocado dano, em razão de que o escopo dessa espécie de tutela obviamente é a reparação de um prejuízo.

Deve-se destacar que não se busca excluir a importância da tutela ressarcitória⁴⁸ para as situações em que o dano já foi concretizado, não podendo mais, portanto, ser evitado. Diferentemente, o que se objetiva é o reconhecimento de que os sujeitos não devem estar condicionados à prévia consumação do ilícito para, só então, poderem buscar a tutela de seus direitos. Não há razão para se tutelar o direito após a violação, quando ainda for possível impedi-la.

Leonardo Papp refere que pensamento diverso implicaria aceitação pelo ordenamento jurídico da violação ao direito⁴⁹ “[...] na medida em que se concede ao sujeito de uma obrigação jurídica a opção entre cumpri-la espontaneamente ou simplesmente pagar (ao final de um moroso processo judicial!) pelo seu não adimplemento [...]”⁵⁰.

Nesse contexto, resta evidente, portanto, que é imprescindível precisar o conceito de ato ilícito⁵¹, haja vista que é sobre ele que vai incidir a tutela inibitória.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero definem ato ilícito como “[...] um ato contrário a

preventiva e específica, a mesma lesão da situação juridicamente protegida, a prescindir da configuração do dano seja mesmo potencial ou futuro”. BELLELLI, 2007. p. 7.

⁴⁸José Carlos Barbosa Moreira comentando sobre a inadequação da compensação pecuniária para determinados direitos refere que “desde as espécies clássicas – direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, à própria imagem – até os mais modernos desdobramentos, como o direito à preservação da intimidade, cuja carência de proteção se reveste em nossos dias de tons dramáticos, ante o refinamento de certas técnicas, não há quem não perceba o caráter de franca mistificação que assume aí, em regra, uma tutela atuada em termos de simples compensação pecuniária. Certas coisas, sabe-o bem o povo, não há direito que pague”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 18, p. 117-126, 1979.

⁴⁹Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero mencionam a inadequação da tutela pelo equivalente pecuniário para a proteção do meio ambiente prevista no art. 225 da Constituição Federal, referindo que “isso seria o mesmo que aceitar que, no lugar do meio ambiente sadio, a sociedade pode se contentar com dinheiro, seria o mesmo que admitir a expropriação de direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

⁵⁰PAPP, Leonardo. Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao Direito Material. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 31, p. 96-141, 2004.

⁵¹Humberto Theodoro Júnior classifica os atos ilícitos em sentido lato e em sentido estrito. Nas palavras do autor: “em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, em ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil: Dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 18. v. 3. t. 2.

uma norma regulativa de mandato [...]”, sendo que esta pode ser tanto regra quanto princípio. A ilicitude consistirá no “fazer o proibido” ou “não fazer o devido”. Os autores, a partir de tal conceito, dividem os atos ilícitos em típicos e atípicos. Os primeiros consistem em condutas contrárias a regras de mandato, já os segundos são condutas contrárias a princípios de mandato⁵².

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero referem que as figuras do abuso do direito, fraude à lei e desvio de poder consistem em ilícitos atípicos, nos seguintes termos:

São ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra; *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão; contudo – e em razão de sua oposição a algum princípio ou princípios –, essa conduta se converte, uma vez considerados todos os fatores, em ilícita; isso, em nossa opinião, é o que ocorre com o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder⁵³.

Bruno Miragem sustenta que ato ilícito “compreende a identificação de uma violação a preceito normativo”. O autor destaca, ainda, que essa violação ocorre quando, se “estabelecendo uma regra de proibição, ou ainda uma regra imperativa que restringe ou conforma uma determinada conduta, essas ordens de proibição, imperativa ou de restrição, são direta e expressamente violadas[...]”⁵⁴.

⁵²ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25.

⁵³*Ibid*, p. 27. A discussão a respeito dos ilícitos atípicos, especificamente sobre o desvio de poder esteve presente no recente julgado MS 34070 MC do STF, de 18/03/2016, cuja relatoria é do Ministro Gilmar Mendes. Foi deferida liminar para suspender a eficácia da nomeação de ex presidente para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor. O Ministro Gilmar Mendes entendeu que tal ato praticado pela presidente da República (autoridade impetrada em mandado de segurança) apesar de sua aparência de legalidade, de estar à primeira vista, em conformidade com uma regra de competência (ela possui competência atribuída pelo art. 84 da Constituição Federal para nomear Ministro de Estado) conduziu a resultado incompatível com o escopo desse mandamento consistente em conferir ao ex presidente da República investigado foro privilegiado no STF. Tal ato foi considerado desvio de poder/finalidade tipo de ilícito atípico. No corpo do julgado ainda é possível verificar a resistência do Ministro em deixar de adentrar no exame dos elementos subjetivos da conduta para caracterização do ato ilícito, apesar de reconhecer tal desnecessidade. A seguir algumas passagens do julgado nesse sentido: “Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva”; “A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei”; “Mas, neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida”; “Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar”. Deve-se destacar ainda o *standard* de prova elevado utilizado para considerar-se demonstrado o desvio de finalidade em uma decisão análoga (processo 0014782-85.2016.4.01.0000/DF do TRF da 1ª Região, do Desembargador Cândido Ribeiro) em que foi solicitada e deferida suspensão de liminar que sustou o ato de nomeação de ex presidente para o cargo de Ministro de Estado. Consta na decisão o seguinte: “os autos carecem de prova cabal do alegado desvio de finalidade e/ou crime de responsabilidade atribuído ao ato de nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República”. Tal prova não poderá ser plena, visto que o ato praticado não vai confessar expressamente que o fim por ele buscado é outro, distinto do previsto em norma.

⁵⁴MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 47.

Bruno Miragem, ao conceituar ato ilícito, não inclui, portanto, o dano⁵⁵ nem o dolo ou culpa do agente que pratica tal conduta, destacando que:

[...] a inexistência do dano não descaracteriza a ilicitude ou a definição de ilicitude. O que não significa que ao definir-se ilicitude não se esteja a sustentar a necessidade de proteção de um determinado bem ou interesse, cuja relevância é identificada pelo ordenamento jurídico. De modo mediato, aliás, toda a ilicitude tem por objetivo a proteção da autoridade do Direito, da ordem jurídica. De modo imediato, pretende a proteção de interesses jurídicos relevantes, que podem ser interesses individuais, determinados e vinculados a um determinado indivíduo, como também possa não ter uma titularidade definida, o que é facilmente demonstrável nas hipóteses de ilicitude relativa a interesses difusos, por exemplo⁵⁶.

Na doutrina italiana, Aldo Frignani, no mesmo sentido do autor supramencionado, refere que “[...] *l’illecito proviene sempre da un atteggiamento contrario al diritto, dall’invasione della sfera giuridica altrui, comportamento che è condannato dall’ordinamento giuridico al di fuori ed a prescindere dalla presenza del danno[...]*”⁵⁷.

Na mesma linha, Vittorino Pietrobon refere que “[...] *l’illecito consiste quindi nell’atto in sé, in quanto contrario a un divieto, senza bisogno che esso produca un danno[...]*”⁵⁸.

O dano consiste em prejuízo juridicamente relevante⁵⁹, sendo uma consequência possível, mas não necessária do ato praticado contrário ao direito⁶⁰. Constata-se, portanto, que a eventual inoccorrência do dano não desnatura a ilicitude do ato, tampouco afasta a consequente reprovação da conduta pelo ordenamento jurídico.

Da mesma forma que o dano, a culpa também não pode ser abarcada no conceito de ato ilícito, visto que ela é apenas o elemento subjetivo da conduta de quem age violando

⁵⁵No mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart refere que “o ato ilícito (*contra ius*) pode evidentemente ocorrer sem que surja, necessariamente, agregado a ele o resultado do dano material. E, mesmo ausente o dano, ainda assim é imperioso reconhecer que o Direito não pode desconhecer da situação e ampará-la judicialmente”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151.

⁵⁶*Op. cit.*, 2009, p. 52-53.

⁵⁷Tradução livre: “O ilícito provém sempre de um comportamento contrário ao direito, da invasão da esfera jurídica alheia, comportamento que é condenado pelo ordenamento jurídico e prescinde da presença do dano”. (FRIGNANI, 1974, p. 414).

⁵⁸Tradução livre: “o ilícito consiste portanto no ato em si, enquanto contrário a uma proibição, sem necessidade que ele produza dano”. (PIETROBON, 1998, p. 119).

⁵⁹BIANCA, Massimo C. L’inibitoria come rimedio di prevenzione dell’illecito. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). **Azione Inibitoria e interessi tutelati**: Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005. Napoli: Edizioni Italiane, 2007. p. 20. Na doutrina nacional Humberto Theodoro Júnior entende que o dano consiste na “redução ou subtração de um bem jurídico, que pode afetar o patrimônio do ofendido, ou sua personalidade (honra, imagem, integridade física, liberdade, etc.). Dano, assim, é a lesão de bem jurídico, seja patrimonial ou moral”. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 35).

⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 504; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev. Atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 269; MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 141.

direito alheio⁶¹. Além disso, não é possível valorar previamente elementos subjetivos de um comportamento ilícito futuro⁶².

A relevância da culpa pode ser vislumbrada apenas para fins de responsabilidade civil, e, ainda assim, não na totalidade dos casos. Isso resulta do fato de que o exame do dolo ou culpa do agente que pratica a conduta contrária ao direito se tornará também desnecessário nos casos envolvendo responsabilidade objetiva.

No Direito Italiano, a distinção entre as categorias dano e ato ilícito foi fruto da necessidade de interpretação conjunta dos art. 2599 e 2600 do Código Civil deste país, dispositivos que regulam a tutela contra a concorrência desleal. O artigo 2599 prevê que “[...] *la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti [...]*” e o art. 2600 dispõe que “[...] *se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni [...]*”⁶³.

A partir da leitura dos referidos dispositivos, constatou-se que o art. 2599, diferentemente do art. 2600, cuja redação menciona “ressarcimento”, não exigiu a demonstração dos elementos subjetivos da conduta do agente (dolo ou culpa) para que fosse possível buscar uma tutela que inibisse a continuação de ato de concorrência desleal ou removesse os efeitos do mesmo. Em razão do exposto, percebeu-se que a tutela da concorrência desleal não estava limitava à tutela ressarcitória contra o dano, existindo a possibilidade de concessão também das tutelas inibitória e reintegratória⁶⁴.

Consequentemente, foi afastada a ideia defendida por uma parte da doutrina de que o art. 2043 do Código Civil italiano⁶⁵ descreveria o ato ilícito, sendo reconhecido que esse dispositivo apenas configura a hipótese de responsabilidade civil, existindo outras possíveis tutelas que não exigiam a comprovação do dolo e culpa. Tais elementos subjetivos, portanto, não seriam necessários para a caracterização da ilicitude do ato.

No processo civil brasileiro, a distinção entre as categorias ato ilícito e dano e,

⁶¹Para ilustrar a desvinculação da culpa do conceito de ato ilícito, no Código de Defesa do Consumidor (art. 39) é possível encontrar condutas praticadas pelo fornecedor de produtos e serviços que estão elencadas pelo legislador, em rol não taxativo, como abusivas. A simples prática de tais condutas por parte do fornecedor de produtos ou serviços, como por exemplo a prevista no inciso I do dispositivo mencionado (condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos) é por si só considerada pelo ordenamento jurídico como ilícita, contrária ao direito, independentemente da intenção do mesmo em lesar o consumidor.

⁶²LORENZETTI, Ricardo Luiz. La tutela civil inibitoria. *La Ley*, 1995 C. p. 7.

⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito:** inibitória e de remoção-art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 22.

⁶⁴MARINONI, 2015, p. 22.

⁶⁵Prevê o art. 2043 do Código Civil italiano que “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

consequentemente, a desnecessidade da comprovação do dano e dos elementos subjetivos da conduta ilícita para a obtenção da tutela inibitória⁶⁶ foi reconhecida expressamente pelo parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil de 2015.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, tal dispositivo estabelece, indubitavelmente, a “[...] mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil.”⁶⁷, ao prever em sua redação que, “[...] para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo [...]”.

Além de prever a concessão da tutela inibitória para coibir a prática, repetição ou continuação do ilícito, o parágrafo único do art. 497 do CPC de 2015 também menciona a possibilidade de concessão da tutela de remoção do ilícito, cujo objetivo consiste em eliminar uma situação de ilicitude ou remover os efeitos concretos da conduta ilícita. Essa tutela que tem por pressuposto, portanto, a ocorrência de ato ilícito que deixou efeitos concretos continuados, embora seja tutela repressiva do ilícito, também dispensará a demonstração do dano e do dolo ou culpa do agente, assim como a tutela inibitória.

Além disso, há que se ressaltar que a constatação da desnecessidade da demonstração do dano e da culpa ou dolo do agente é importante não apenas para compreensão dos requisitos necessários para a concessão da tutela inibitória, mas também em razão da atividade probatória desempenhada pelas partes e avaliada pelo juiz.

A prova do dano e dos elementos subjetivos da conduta contrária ao direito a ser praticada pelo réu deve permanecer excluída da cognição do juiz, devendo ele indeferir a produção de qualquer prova nesse sentido, em virtude de sua impertinência ao processo⁶⁸, em conformidade com o art. 370 do CPC⁶⁹. Não é demais destacar que a limitação da cognição⁷⁰ é

⁶⁶Cristina Rapisarda justifica a irrelevância da demonstração da culpa para a concessão da inibitória, nos seguintes termos: “La colpa, infatti, non ha alcuna rilevanza nella disciplina dell’inibitoria in quanto, essendo tale forma di tutela rivolta al futuro, resta esclusa la possibilità oggettiva di valutare preventivamente gli elementi subiettivi del futuro comportamento illecito. La ratio dell’autonomia dell’inibitoria dalla colpa va individuata, inoltre, nel carattere non sanzionatorio di tale mezzo di tutela [...]”. Tradução livre: “A culpa, na verdade, não tem nenhuma relevância na disciplina da inibitória, sendo tal forma de tutela voltada ao futuro, resta excluída a possibilidade objetiva de valorar preventivamente os elementos subjetivos do futuro comportamento ilícito. A razão da autonomia da inibitória da culpa vai individualizada, além disso, no caráter não sancionatório de tal meio de tutela”. (RAPISARDA, 1993, p. 479).

⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único do CPC/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 313-332, 2015.

⁶⁸PIRES, Eduardo Rockenbach. **Tutela inibitória como instrumento de prevenção contra o assédio moral: a efetivação da jurisdição trabalhista na proteção a direitos de natureza extrapatrimonial**. 2014. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. f. 147.

⁶⁹Dispõe a redação do art. 370 do CPC que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

plenamente legitimada pela necessidade de atuação das normas de proteção do Estado⁷¹.

Após realizar um estudo da tutela repressiva contra o dano e a necessidade de separação das categorias do ilícito e do dano para a tutela dos novos direitos, abordar-se-á, na seção seguinte, um breve histórico da tutela inibitória, optando-se pela experiência jurídica romana.

1.2 A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO ROMANO

É possível constatar, por meio de uma investigação histórica, a presença da tutela inibitória na experiência jurídica romana. Essa tutela preventiva não figurava neste Direito pela via das *actiones*, veículo tradicional da época para a proteção de interesses em geral, pelo menos até a *cognitio extraordinária* (última fase do processo civil romano), mas sim por meio de medidas especiais céleres denominadas de interditos⁷² (*interdicta*)⁷³.

A tutela inibitória, para exercer sua função de evitar a violação de direitos, apresenta a capacidade de ordenar a prática ou abstenção de determinadas condutas. “Foi, por isso mesmo, no campo dos interditos que a tutela inibitória, capaz de proibir certa conduta, prosperou [...]”⁷⁴.

Em razão disso é que este trabalho busca, nesta seção, tecer alguns comentários gerais em relação à tutela interdital no Direito romano.

Os interditos tiveram maior aplicação e desenvolvimento durante a etapa do processo

⁷⁰A respeito da cognição judicial em ações em que se busca a tutela inibitória, Cristian Suárez defende a necessidade de um procedimento especial com cognição parcial, criticando a necessidade de se atrelar a referida tutela preventiva ao procedimento ordinário utilizando a cognição plena e exauriente. O autor manifesta-se nos seguintes termos: “Em verdade, em nome da coerência do discurso, e se ainda pretendemos defender a autonomia do ilícito com o dano, a técnica da cognição plena e exauriente plasmada no procedimento ordinário, é incompatível com o valor de cuidado jurisdicional do ilícito civil, pois, em termos da teoria probatória, tutela a descoberta do ilícito, *em excesso*. Se a ação inibitória prescinde da reconstrução dos fatos já acontecidos, assim, como omite de procurar fator de atribuição – dolo ou culpa – próprio da responsabilidade civil, pareceria ilógico manter a ação inibitória na técnica cognitiva processual mais ampla que existe na arquitetura procedimental. Embora, essa questão possa ser exitosamente manejada com a antecipação de tutela e permita que o procedimento ordinário continue a sua tramitação até a produção da sentença mandamental, defender a cognição plena para um procedimento em que imperam os juízos presuntivos é deixar transparecer que a diferenciação entre ilícito e dano não impactou na modulação de procedimentos ou técnicas idôneos a estas categorias jurídicas, desnudando a falibilidade da estrutura”. DELGADO SUÁREZ, Christian. **Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos**. 2013.219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, f. 294-295.(grifos do autor).

⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.

⁷²Arnaldo Biscardi refere que o termo “*interdictum*” nas fontes apresenta uma pluralidade de acepções, podendo significar: 1) o *decretum* do magistrado, contida uma ordem de fazer (*restituas, exhibeas*) o de não fazer (*veto, ne facias, vim fieri veto*); 2) a pronúncia de tal *decretum*; 3) a faculdade de provocar a referida pronúncia (legitimidade ativa à tutela interdital); e 4) a ação que nasce daquele *decretum* (*actio ex interdicto*). BISCARDI, Arnaldo. **La protezione interdittale nel processo romano**. Padova: Cedam, 1938. p. 13.

⁷³ARENHART, 2003, p. 194.

⁷⁴*Ibid*, p. 195.

formulário, tendo sido abandonados no período clássico da *cognitio extra ordinem* e, posteriormente, recuperados, ainda que desvirtuados pelo Direito pós-clássico⁷⁵.

O surgimento dos interditos, expediente específico do pretor (*praetor*), resultou da necessidade de se instituir meios processuais complementares de tutela, capazes de suprir as crescentes exigências da sociedade romana da época, de proteção de outras situações jurídicas não abarcadas pelo *ius civile*⁷⁶. O propósito que se buscava era a concessão de uma tutela autônoma apta a “[...] reparar eventuais iniquidades provenientes da estrita observância das normas do *ius civile* ou mesmo a preencher lacunas deste [...]”⁷⁷.

O pretor, ao atuar na concessão dos interditos, exercia seu poder de *imperium*, que consistia em “[...] um poder genérico e indefinido ou poder geral da magistratura [...]”, diferentemente do poder de *iurisdictio*, que consistia em “[...] poder específico e determinado, limitado à atividade intelectual de declaração do direito.”⁷⁸ O conceito romano de *iurisdictio*, nas palavras de Arnaldo Biscardi, seria “[...] *il potere attribuito ad un organo dello Stato (praetor) di dettare il diritto nelle controversie fra privati, preordinando lo svolgimento dei giudizi, in modo che le parte possano contrattualmente addivenire ad un equo regolamento dei loro rapporti[...]*”⁷⁹.

Vittorio Scialoja refere que os interditos, segundo a natureza do mandado emitido pelo pretor, poderiam ser classificados em três tipos: exibitórios, restitatórios e proibitórios. Os interditos exibitórios e restitatórios diziam respeito, respectivamente, às ordens do pretor para exhibir e restituir algo, impondo um fazer, sendo, portanto, comandos positivos (decretos). Por outro lado, os interditos proibitórios se referem a uma ordem negativa do pretor, uma imposição de um não fazer, proibitória, para que o réu, portanto, se abstenha da prática de determinada conduta (veto)⁸⁰.

Galeno Lacerda ressalta a visão equivocada de muitos ao reduzir a função dos interditos no Direito romano à tutela da posse, uma vez que não existiam apenas interditos

⁷⁵NIEVA FENOLL, Jordi. **Enjuiciamiento prima facie**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 29.

⁷⁶O *ius civile* é compreendido como direito tradicional aplicado apenas aos cidadãos romanos (*quirites*).

⁷⁷CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 111.

⁷⁸TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84). 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 45-46.

⁷⁹Tradução livre: “o poder atribuído a um órgão do Estado (pretor) de dizer o Direito nas controvérsias entre privados, preordenando o desenvolvimento dos juízos, de modo que as partes possam contrattualmente chegar a um equo regulamento das suas relações”. BISCARDI, 1938, p. 56.

⁸⁰SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p. 315.

possessórios⁸¹. O autor destaca, também, que estes serviam a todo o tipo de proteção material, e que, além das diversas hipóteses típicas⁸², ainda era possível a criação indeterminada de interditos úteis ou *ad hoc* pelo pretor⁸³.

Os interditos eram procedimentos que apresentavam como vantagem a celeridade, como consequência do tipo de cognição realizada pelo pretor (sumária)⁸⁴. Isto porque, este limitava sua análise apenas à existência ou não de pressupostos. Constatada a presença destes, o pretor concedia os interditos ao autor (*edere ou editio interdicti*), caso contrário, denegava (*denegatio interdicti*)⁸⁵. Cabe frisar que esta decisão que denegava o interdito era insuscetível de impugnação; portanto, de eventual reforma⁸⁶.

Não é demais ressaltar que a concessão dos interditos para o autor significava a exclusão da necessidade de se enfrentar um processo mais moroso para proteção de seu interesse (*actio*), com duas fases distintas (a primeira denominada *in iure*—perante o pretor⁸⁷, e

⁸¹Os interditos possessórios estão previstos no art. 567 do CPC com a seguinte redação: “O possuidor direito ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho eminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito”.

⁸²Giuseppe Gandolfi refere a existência de sessenta hipóteses típicas de interditos, dividindo estas em três categorias, segundo o objeto. A primeira categoria regulava as relações de direito sucessório, são os interditos *quorum bonorum, quod legatorum, quamhereditatem e tabulis exhibendis* (este para a exibição de testamento). Na segunda categoria figuram os destinados a regular relações de senhorio e fruição de coisas públicas e privadas, bem como relações de garantia (considerando neste grupo os interditos de proteção a lugares sagrados; livre uso de lugares e vias públicas, com a vedação de atividades que impeçam a atividade; os destinados à tutela da posse, do usufruto, à caução de dano infecto, às servidões de passagens, também à proteção de bens em relações de locação (*interdictum de migrando e Salvianum*), ou contra a alienação em fraude ao credor (*interdictum fraudatorium*). No terceiro grupo constam os interditos que visavam a tutela da liberdade pessoal, especialmente as relações de família (*homine libero exhibendo, liberis exhibendis item ducendis*), dentre outros. (GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 2 e 139 e ss).

⁸³LACERDA, Galeno Vellinho de. Mandados e sentenças liminares. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 12-20, 1971.

⁸⁴Ovídio Batista da Silva chama atenção para a grande influência do direito romano do período clássico no sistema da *common law*, nos seguintes termos: “também a *common law*, como o direito romano, ao lado dos processos longos, conta com tutelas abreviadas em que o conflito é resolvido com base em juízos de verossimilhança”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 23-34, 2002. Mauro Cappeletti identificou que a atividade exercida pelo pretor de criação de novos interditos no direito romano clássico para se buscar decisões mais adequadas ao caso concreto, para isso contando com grande poder de discricionariedade, é semelhante à atividade de criação do direito desempenhada pelos juizes no sistema da *common law*. CAPPELETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.p. 327-328.

⁸⁵TUCCI, 1996, p. 114.

⁸⁶BISCARDI, 1938, p. 55.

⁸⁷Com relação à função do pretor no *ordo iudiciorum privatoum*(fase *in iure*), Klaus Koplín refere que “na época da *legis actiones*, o papel desse magistrado se resumia principalmente ao controle da regularidade formal do procedimento. E isso no sentido específico de velar pela correção dos atos praticados pelas partes em juízo, sobretudo no que tange ao cumprimento dos gestos e palavras solenes requeridos pela *legis actio* movida pelo particular. Por outro lado, no sistema formular, consolidado pela *Lex aebutia* e pelas *Leges Iulia e de ordine iudiciorum*, o campo de ação do *praetor* ampliou-se sobremaneira, na medida em que passou a lhe competir também a redação dos termos específicos da fórmula a ser observada no caso concreto”. KOPLIN, Klaus

a segunda *apud iudicem*—perante o *iudex* que era um árbitro privado), típico do *ordo iudiciorum privatorum*. Além disso, tal concessão ainda representava a exclusão da necessidade de, após a finalização da *actio cognitio*, em caso de descumprimento voluntário pelo réu, o autor ainda ter de buscar uma *actio iudicati*⁸⁸ (processo executivo) perante aquele para então conseguir a satisfação de sua pretensão⁸⁹.

Diferenciando a *actio* dos *interdicta*, Giuseppe Gandolfi refere que, enquanto a concessão da primeira implicaria o reconhecimento de direito a um *iudicium*, com condenação pecuniária; diferentemente, a concessão do segundo ensejaria a execução específica de um comportamento, por meio de um decreto. Nas palavras do autor:

*Il perseguimento del proprio interesse avviene nella prima per mezzo di un iudicium ed entro i limiti che questo consente, nel secondo - e qui interdictum non è solo il decreto ma anche e appunto astrattamente parlando un diritto potestativo - mediante un decreto. Il contenuto ed i limiti del iudicium e del decretum marcano in maniera plastica la differenza fra i due istituti ed i due diritti potestativi (come nel passo iniziale rilevato): solo condanna in un caso, condanna ed esecuzione in forma specifica nell'altro*⁹⁰.

Voltando à questão do procedimento, concedido o interdito, o cumprimento voluntário do mesmo, ou seja, da ordem de abstenção ou realização de conduta por parte do réu, este satisfazia o interesse do autor, colocando termo à controvérsia. Por outro lado, caso o réu desacatasse a proibição ou a ordem emanada por meio do interdito, tal fato conduziria a uma instauração de um processo denominado *actio ex interdicto*, conforme requerimento do interessado⁹¹. Tal litígio, entretanto, não apresentava a celeridade e simplicidade do procedimento interdital, pelo contrário, era ainda mais complexo do que seria um

Cohen. **Tutela jurisdicional mandamental**. 2008. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. f. 25.

⁸⁸Salienta Jordi Nieva Fenoll em relação ao procedimento dos interditos que este “desde luego se resolvía con un enjuiciamiento más simples de lo habitual, ya aparte de no existir la clásica división *in iure* e *apud iudicem* del proceso formulario todo se dirimía ante el mismo pretor –, se hace además expresa referencia a una simplificación del procedimiento en cuanto a la cognición probatoria”. Tradução livre: “desde logo se resolvía com o julgamento mais simples do que o habitual diante da ausência da clássica divisão *in iure* e *apud iudicem* do processo formulário tudo se dirimía ante o mesmo pretor – se faz além disso expressa referência a uma simplificação do procedimento relativo à cognição probatória”. (NIEVA FENOLL, 2007, p. 30).

⁸⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 227-239, jan-mar 2000.

⁹⁰Tradução livre: “A busca do interesse próprio ocorre na primeira por meio de uma *iudicium* e dentro dos limites que este permite, no segundo – e aqui *interdictum* não é só o decreto, mas também apenas abstratamente falando um direito potestativo – mediante um decreto. O conteúdo e os limites do *iudicium* e do *decretum* marcam de maneira clara a diferença entre os dois institutos e os dois direitos potestativos (como inicialmente destacado): somente uma condenação em um caso, condenação e execução específica no outro. (GANDOLFI, 1955, p. 148)

⁹¹KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 1999. p. 462.

procedimento ordinário no âmbito do *ordo iudiciorum privatorum*⁹².

Questão muito debatida entre os romanistas refere-se à natureza jurídica da tutela interdital, se ela seria jurisdicional ou administrativa. Tal discussão foi motivada pela possibilidade dos pretores de expedirem ordens relativas à prática ou abstenção de condutas dirigidas aos sujeitos, com caráter preventivo (*decretum*), fundadas no poder de império, que, por outro lado, extrapolava o objeto da jurisdição no Direito Romano, que consistia na declaração do direito.

Arnaldo Biscardi sustenta que a proteção interdital se concretizaria na pronúncia do interdito e na sua força coativa indireta, possuindo natureza administrativa, em razão de que ela não seria uma figura complementar do processo ordinário, mas sim uma forma de tutela processual extraordinária ligada aos poderes públicos, fundada mais especificamente no poder de *imperium* do magistrado⁹³. Salienta Arnaldo Biscardi que o *decretum* expedido pelo pretor consistiria em um ato administrativo, nos seguintes termos:

[...] il *decretum conclusivo del processo interdittale (editio interdicti, denegatio interdicti)*, è classicamente atto amministrativo e non giurisdizionale: ed è atto amministrativo perché trascende sempre gli scopi della funzione giurisdizionale romana, senza che per esso abbia ad acquisti rilievo la gradazione dell'interesse protetto⁹⁴.

Também defendendo a natureza administrativa da tutela interdital, Emilio Betti afirma que os interditos seriam medida de polícia dirigida à tutela do interesse público⁹⁵, na qual os interesses do autor resultavam indiretamente protegidos. Nas palavras do autor, os “[...] *interdicta sono provvedimenti di natura amministrativa, destinati ora all’attuazione di regolamenti di polizia sulle cose e ora, invece, al mantenimento della pace sociale e*

⁹²Na opinião de Luzzatto “[...]la supposta brevità e la semplicità assicurate dal ricorso alla protezione interdittale, e su cui fa leva una parte cospicua della dottrina, si basa sul presupposto che l’ordine del magistrato trovi obbedienza da parte del destinatario passivo. In caso contrario (e il rilievo vale per quella parte della dottrina, piuttosto cospicua, che parla di termini e di procedimento abbreviato) l’iter del processo interdittale appare assai più tortuoso e complesso di quanto lo sia nel procedimento ordinario”. Tradução livre: “a suposta brevidade e simplicidade asseguradas pelo recurso à proteção interdital sob as quais assenta uma parte notável da doutrina baseia-se sob o pressuposto que a ordem do juiz encontre obediência por parte do destinatário passivo. Caso contrário (e o destaque vale para aquela parte da doutrina, mais notável, que fala dos termos e procedimento abreviado) o iter do processo interdital aparece muito mais tortuoso e complexo do que no procedimento ordinário”. LUZZATTO, G. I. **Il problema d’origine del processo extra ordinem**. Bologna: Riccardo Pàtron, 1965.p. 197.

⁹³BISCARDI, 1938, p. 21.

⁹⁴*Ibid*, p. 56-57.Tradução livre: “O *decretum* conclusivo do processo interdital (*editio interdicti, denegatio interdicti*) é classicamente ato administrativo porque transcende sempre os escopos da função jurisdicional romana, sem que para isso tenha ou adquira relevo a gradação do interesse protegido”.

⁹⁵KASER, 1999, p. 463.

dell'ordine esistente.”⁹⁶.

Na mesma linha, em defesa da natureza administrativa dos interditos, ao se referir à concessão especificamente de interditos possessórios, Emilio Albertario sustenta que “il pretore non interveniva come organo della giurisdizione, bensì come investito di *imperium* e con funzioni di polizia”.⁹⁷

Giuseppe Gandolfi refere que a supracitada posição tem justificativa no fato de que uma parte dos interditos é dirigida à tutela do uso das coisas públicas. Sustenta, ainda, que, para esta concepção, a atividade do autor se reduziria a simples denúncia àqueles órgãos do Estado que são responsáveis pelo controle dos bens públicos, buscando ela, além do interesse da coletividade, a utilidade pessoal⁹⁸.

Giuseppe Gandolfi critica tal posição, argumentando que, no Direito Romano, “[...] *i magistrati incaricati della tutela dei beni pubblici non erano nè il pretore nè il proconsole; e che l'intervento pretorio risultava una tutela diretta di interessi privati, nella quale l'interesse della collettività trovava indiretta protezione*[...]”⁹⁹. Resumindo, para este autor, os interditos expedidos pelos pretores não buscaram a tutela da coisa pública, ao menos diretamente, já que estes tinham por objetivo a proteção de interesses privados. Para a tutela direta da coisa pública, havia magistrados específicos que podiam emitir ordens para tanto, a fim de fazer valer o direito do Estado, entretanto não dirimiam controvérsias entre privados, pois tal função não podia ser exercida por pretores.

Ovídio Baptista da Silva aponta duas razões para a exclusão dos interditos no conceito de jurisdição do Direito Romano. São elas:

(a) o ‘comando’ imposto pelo pretor era ‘condicionado’, quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, ‘composição’ (definitiva) do conflito; b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura pubblicistica*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir (declaração) de direitos, nunca uma ordem¹⁰⁰.

Ovídio Baptista da Silva salienta que “a emanção dos interditos representava um ato

⁹⁶Tradução livre: “Os interditos são medidas de natureza administrativa, destinados ora à atuação de regulamentos de polícia sobre coisas e ora, ao invés, à manutenção da paz social e da ordem existente”. BETTI, Emilio. **Istituzione di Diritto romano**. Padova: Cedam, 1947. p. 340. v. 1

⁹⁷Tradução livre: “O pretor não intervinha como órgão da jurisdição, mas sim como investido de *imperium* e com funções de polícia”. ALBERTARIO, Emilio. **Corso di diritto romano: possesso e quase possesso**. Milano: Giuffrè, 1946. p. 178.

⁹⁸GANDOLFI, 1955, p. 25.

⁹⁹Tradução livre: “os magistrados encarregados da tutela dos bens públicos não eram nem o pretor, nem o pro cônsul; e que da intervenção pretoriana resultava uma tutela direta dos interesses privados, na qual o interesse da coletividade encontrava indireta proteção”. (GANDOLFI, **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milano: Giuffrè, 1955, p. 26).

¹⁰⁰BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 19.

de vontade do pretor, mais do que o ato de inteligência, que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito”¹⁰¹.

Contrária à doutrina romanista majoritária é a visão de Giuseppe Gandolfi no sentido de que a natureza jurídica dos interditos não seria administrativa, mas sim jurisdicional. Para o autor, o decreto expedido pelo pretor, fundado no seu poder de *imperium*, consistiria em um juízo de mérito, incidindo sobre a lide concreta, buscando pôr termo a ela de forma definitiva¹⁰².

Os interditos restaram assimilados pelas ações na fase da *cognitio extraordinaria* do Direito Romano, ou seja, as ordens que antes eram expedidas no âmbito dos interditos, passaram a figurar no âmbito das ações. Nesse período, houve uma supressão do sistema bifásico do Direito Romano (*in iure e apud iudicem*), com a tramitação de todo o procedimento perante o pretor, investido na função de órgão judicial público.

Após a exposição de um breve histórico da tutela inibitória no Direito Romano, apresentar-se-á nas seções seguintes a tutela preventiva no Direito Estrangeiro, tendo este trabalho por opção estudar especialmente o Direito Italiano e o Direito Estadunidense, já que pertencentes a tradições jurídicas distintas, respectivamente, *civil law e common law*.

1.3 A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

1.3.1 A Tutela Preventiva no Civil Law. O Caso Italiano

A tutela inibitória do Direito brasileiro teve clara inspiração no modelo de tutela preventiva do Direito italiano. Ambos os ordenamentos jurídicos apresentam diversas hipóteses típicas de tutela inibitória¹⁰³, entretanto inexistente no Direito italiano dispositivo legal semelhante ao do parágrafo único do art. 497 do CPC brasileiro, prevendo expressamente a possibilidade de concessão de uma tutela inibitória atípica. Essa ausência normativa fez com que, no Direito italiano, pairassem dúvidas com relação a tal possibilidade.

Além disso, há que se ressaltar que, diferentemente do Direito brasileiro que, a partir de 1994, já contava no seu sistema processual com diversos dispositivos que preveem a possibilidade de empregar diferentes técnicas processuais capazes de efetivar a tutela inibitória, a título de exemplos, a expedição de provimentos mandamentais e a multa do art.

¹⁰¹BAPTISTA DA SILVA, 2007, p. 18.

¹⁰²GANDOLFI, 1955, p. 25.

¹⁰³No ordenamento jurídico italiano é prevista a possibilidade de se buscar a tutela inibitória para hipóteses específicas como por exemplo uso do pseudônimo ou imagem, concorrência desleal, interdito proibitório, dentre outras.

536 do CPC, no Direito italiano, até recentemente, subsistiu o dogma da correspondência entre sentença condenatória¹⁰⁴ e execução forçada como resultado da dificuldade de se admitir que o magistrado possa impor a alguém determinada conduta, a fim de prevenir a prática de ilícitos.

Isso ocorre porque permanece o receio histórico existente neste Direito – facilmente perceptível pela análise da forma como o sistema processual foi construído, ou seja, a partir de valores que presidiram a formação do Código Civil, próprios ao Estado Liberal¹⁰⁵ – de que o magistrado, ao impor condutas aos sujeitos, poderia violar a liberdade dos mesmos, dando causa a arbitrariedades.

Consequentemente, não raras vezes, tal ordenamento renuncia à efetivação de direitos, a ser viabilizada por meio de prevenção de violação aos mesmos, a fim de não sacrificar a liberdade dos cidadãos. Subsiste, assim, na maioria das vezes para quem busca preservar o seu direito, apenas a opção de reparação de danos, impossibilitando que direitos não patrimoniais sejam adequadamente tutelados.

Em razão do exposto, passar-se-á ao estudo da tutela inibitória no Direito italiano, tendo, primeiramente, como foco o supracitado problema relativo à possibilidade de admissão de uma tutela inibitória atípica e, posteriormente, abordar-se-á a dificuldade de efetivação da tutela inibitória neste sistema jurídico, haja vista a presença, até recentemente, do dogma da correlação necessária entre condenação e execução por sub-rogação.

Aldo Frignani, autor de uma das mais importantes obras sobre o tema da tutela inibitória na Itália, juntamente com a de Cristina Rapisarda (escritas, respectivamente, nas décadas de 1970 e 1980), refere que, no Direito italiano, o fato de esta tutela se ligar tradicionalmente à violação de direitos absolutos¹⁰⁶ – de simples constatação, haja vista que as

¹⁰⁴Não se ignorando que para hipóteses específicas é possível a utilização de sentenças que possam ordenar sob pena de multa.

¹⁰⁵Na Itália vigoraram as diretrizes estabelecidas no *Code Napoléon* (não adoção de meios coercitivos, absoluta incoercibilidade de dever de fazer ou de não fazer, necessária conversão em perdas e danos). O Código Civil de 1865 observou-as em sua plenitude. Construção idêntica à jurisprudência francesa das *astreintes* não vingou, porém, na doutrina e jurisprudência da Itália. O sistema processual italiano ficou despido de medidas coercitivas de aplicabilidade geral, tendentes à consecução de direitos impassíveis de execução mediante sub-rogação – restando nesses casos a mera reparação pecuniária. (TALAMINI, 2003, p. 57).

¹⁰⁶Aldo Frignani refere a inexistência de dúvidas em relação à concessão da tutela inibitória para outros direitos absolutos que não estivessem previstos em hipóteses específicas, referindo que “sul piano dogmatico, poi, basta considerare che i diritti assoluti, per la loro stessa natura, includono l’idea di uno *ius excludendi omnes alios*; il che genera in tutti i terzi un obbligo di carattere negativo o di *non facere*, contro le cui violazioni si deve sempre ritenere ammessa l’azione inibitoria”. Tradução livre: “sob o plano dogmático, em seguida, basta considerar que os direitos absolutos, por sua natureza, incluem a ideia de um *ius excludendi omnes alios*; o que gera em todos os terceiros uma obrigação de caráter negativo ou de não fazer, contra cujas violações se deve sempre considerar admitida a ação inibitória”. (FRIGNANI, 1974, p. 443).

hipóteses específicas de tutela inibitória nesse ordenamento jurídico tratavam dessa classe de direitos – provocou intenso debate na doutrina.

Em meados da década de 1970, já se questionava a possibilidade de concessão da tutela inibitória também para direitos absolutos não previstos em hipóteses típicas da tutela em questão; bem como quanto à possibilidade de concessão desta tutela preventiva para a proteção de direitos relativos¹⁰⁷.

Posicionando-se sobre o assunto, Aldo Frignani destaca que a demonstração da possibilidade de aplicação da tutela inibitória para outros direitos absolutos não previstos em hipóteses típicas não é complexa, em razão de que, da própria natureza destes direitos, pode-se extrair a ideia de *ius excludendi omnes alios* capaz de gerar em todos os terceiros uma obrigação de caráter negativo, de não fazer, e, conseqüentemente, a proteção preventiva contra eventuais violações¹⁰⁸.

A possibilidade de concessão desta tutela preventiva para a proteção de direitos relativos também foi defendida por Aldo Frignani. Esse autor sustentou sua ideia sob o argumento de que a necessidade de abstenção de determinados comportamentos não é imposta exclusivamente por direitos absolutos, mas também por direitos relativos, constituindo a inibitória o único meio de tutela apto a impedir tais violações para ambas as classes de direitos¹⁰⁹.

No mesmo sentido, Cristina Rapisarda refere que a necessidade de se prevenir violações de obrigações e, conseqüentemente, a lesão de direitos independe da natureza dos mesmos. Na compreensão da autora, o dever negativo de abstenção não seria nada mais do que “[...] *un’espressione del dovere generale di alterum non laedere, che è posto dall’ordinamento a protezione di tutti i diritti soggettivi, siano essi assoluti o relativi*[...]”¹¹⁰.

Adolfo di Majo refere que a concessão da tutela inibitória não seria mais restrita a direitos absolutos, devendo ser admitida também em “[...] *situazioni in cui si tratta di garantire la correttezza e l’equità nei rapporti contrattuali*[...]”¹¹¹. Sendo assim, a aplicação da tutela em questão deveria ser estendida às relações de grande relevância social, para as quais se constata a necessidade de que a resposta à violação vá além das formas

¹⁰⁷FRIGNANI, 1974, p. 442.

¹⁰⁸*Ibid*, p. 443.

¹⁰⁹*Ibid*, p. 444.

¹¹⁰Tradução livre: “uma expressão do dever geral de ‘não lesar outrem’ que é colocado pelo ordenamento para a proteção de todos direitos subjetivos, sejam eles absolutos ou relativos”. (RAPISARDA, 1987, p. 170-171).

¹¹¹Tradução livre: “Situações nas quais se trata de garantir a ‘retidão’ e ‘equidade’ nas relações contratuais”. MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti**. Milano: Giuffrè, 2003. p. 156.

repristinatórias e ressarcitórias previstas no ordenamento jurídico, ou seja, uma tutela que seja dirigida aos futuros comportamentos dos sujeitos¹¹².

A partir das questões acima tratadas envolvendo direitos absolutos e relativos, deixando de lado o que se refere a esta categoria de direitos, o que se percebe, então, é que inicialmente houve uma tentativa por parte da doutrina de encontrar um fundamento para a concessão da tutela inibitória atípica na natureza do direito em questão, sendo esta possível quando envolvesse direito absoluto.

Isto ocorre em vista de que, para a supracitada corrente, o simples fato de se tratar de direito absoluto autorizaria a admissão da tutela inibitória atípica para a proteção de outros direitos que pertencessem a esta classe, justificativa, portanto, amparada em uma interpretação analógica a partir da suposição de que todas as hipóteses típicas no Direito italiano envolveriam direitos absolutos. Opondo-se à referida corrente, Cristina Rapisarda tece crítica sob um duplo ponto de vista, nos seguintes termos:

In primo luogo, essa non è attendibile nel contenuto, poiché è agevole dimostrare che non tutte le situazioni sostanziali espressamente tutelate in via inibitoria rientrano nella categoria dei diritti assoluti. In secondo luogo, tale teoria non è condivisibile sul terreno metodologico, poiché riferisce le forme di tutela ad uno schema astratto di situazione giuridica tutelanda¹¹³ e, dall'altro lato, poiché deriva da un criterio di classificazione delle tutele del tutto estraneo al sistema attualmente in vigore¹¹⁴.

A ausência de previsão legislativa específica que desse suporte ao pedido de tutela inibitória genérica no Direito italiano¹¹⁵, capaz de garantir, portanto, a proteção contra

¹¹²MAJO, 2003, p. 156.

¹¹³Isso porque, ao se definir aprioristicamente o direito e a tutela, se estaria estabelecendo um sistema típico e rígido de tutela, totalmente inidôneo a recepcionar novas necessidades de proteção.

¹¹⁴Tradução livre: “Em primeiro lugar, ela não é fidedigna no seu conteúdo, porque é fácil demonstrar que não todas as situações substanciais expressamente tuteladas na via inibitória que se enquadram na categoria dos direitos absolutos. Em segundo lugar, tal teoria não é partilhável sob o terreno metodológico, porque sujeita as formas de tutela a um esquema abstrato de situação jurídica tutelanda e, de outro lado, porque deriva de um critério de classificação das tutelas totalmente estranho ao sistema atualmente em vigor”. (RAPISARDA, 1987, p. 161).

¹¹⁵Massimo Bianca se mostrando favorável à concessão de tutela inibitória genérica refere que parte da doutrina e a jurisprudência no Direito italiano resistia à extensão da tutela inibitória para além dos casos específicos previstos pela lei, defendendo que tal ampliação de hipóteses violaria a liberdade dos cidadãos. Esta corrente sustentava que a exclusão do remédio inibitório em determinados casos implicaria a vontade do legislador em excluí-lo para casos não previstos. BIANCA, 2007. p. 18. Na mesma linha, Pietro Trimarchi em artigo da década de 1960 sustentou a admissibilidade da tutela inibitória atípica, referindo que “non si vede infatti perché, per esempio, se all'imprenditore si consente un'azione volta ad ottenere la distruzione del materiale pubblicitario col quale altri va diffondendo notizie idonee a gettare il discredito sui suoi prodotti, un'azione analoga non si debba consentire al non-imprenditore per ottenere la distruzione del materiale di stampa contenente notizie lesive del suo onore. Tradução livre: “não se vê na verdade porque, por exemplo, se ao empresário se permite uma ação dirigida a obter a destruição do material publicitário com o qual outros difundem notícias idôneas a colocar em descrédito os seus produtos e ação análoga não se deve permitir ao não empresário a destruição do material de impressão que contenha notícias lesivas da sua honra”. (TRIMARCHI, 1970, p. 107). Renato Scognamiglio, em sentido contrário à admissão da tutela inibitória

qualquer tipo de ameaça de ilícito, provocou grande discussão na doutrina concernente a outros possíveis fundamentos para uma tutela inibitória final atípica.

Aldo Frigani, a fim de buscar um fundamento para uma tutela inibitória final atípica no Direito italiano, recorreu ao art. 700 do Codice di Procedura Civile¹¹⁶ de 1942¹¹⁷, dispositivo que trata da tutela cautelar inominada, defendendo que tal norma ampararia um princípio geral de prevenção, necessário para afastar situações de perigo, impedindo, portanto, a prática de qualquer tipo de ilícito¹¹⁸.

Sustentou, ainda, o supracitado autor que a norma do art. 700 do CPC italiano, ao amparar o pedido de inibitória provisória, por lógica, também deveria servir de fundamento normativo para a concessão da tutela inibitória final, sob o argumento de que ambas as tutelas, inibitória provisória (antecipada)¹¹⁹ e inibitória final, constituiriam dois aspectos de um fenômeno unitário.

O pensamento de Aldo Frigani é amparado em duas razões: a) *“l’inibitoria provvisoria ha le stesse caratteristiche sostanziali dell’inibitoria finale”*, ou seja, ambas teriam o mesmo âmbito de aplicação, conteúdo, escopo e autonomia em relação às outras ações; e b) *“la prima è legata indissolubilmente alla seconda, mediante il successivo giudizio di merito”¹²⁰*, em outras palavras, a ‘inibitoria provvisoria’ deixaria de produzir efeitos a

genérica, defende que tal posição favorável é destituída de fundamento normativo, bem como atentatória a princípios de Direito civil que garantem a mais ampla liberdade de agir aos sujeitos. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Illecito. Novissimo Digesto italiano*, Pescara, v. 8, p. 164-173, 1965. p. 169.

¹¹⁶Art. 700 CPC italiano: “al fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

¹¹⁷Semelhante previsão ao 700 do CPC italiano pode ser encontrada no art. 798 do CPC brasileiro de 1973, cuja redação refere que: “além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. Além disso, a redação do art. 806 do CPC brasileiro de 1973 previa uma relação de instrumentalidade entre a ação cautelar e a ação principal, razão pela qual aquela não poderia ser considerada como ação autônoma. A redação deste artigo dispõe que: “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

¹¹⁸FRIGNANI, 1974, p. 457.

¹¹⁹Rafaela do Amaral destaca que a provisoriedade é característica essencial da tutela cautelar na doutrina italiana, sendo este o motivo pelo qual esta atribui natureza cautelar a todas as tutelas antecipatórias sumárias que detêm provisoriedade. Percebe-se, portanto, que apenas a limitação no tempo dos efeitos da tutela de cognição sumária é considerada, independentemente da qualidade dos efeitos. AMARAL, 2001.

¹²⁰Aldo Frigani parte da tese de que a tutela cautelar (fundada em aspecto formal de tutela, ou seja, a provisoriedade) anteciparia os efeitos da tutela final, acarretando uma identidade entre a tutela provisória e tutela final.

partir do momento no qual começa a operar a decisão sobre o mérito, caso não estejam presentes os pressupostos¹²¹.

Aldo Frignani, a fim de justificar que a tutela inibitória provisória e final constituem um “fenômeno unitário”, prestando assim o art. 700 do CPC italiano como fundamento também para a tutela inibitória final, destaca que não seria admissível o ordenamento jurídico conferir proteção contra o ato ilícito com base em cognição sumária e, ao final do processo, quando então aprofundada a cognição em relação à existência da ameaça do mesmo ilícito, ser negada a tutela inibitória final. Em outras palavras, o autor não compreende como se “[...] possa inibire un determinato comportamento fino al giudizio sul merito, quando poi non si possa, esistendone i presupposti, inibir lo stesso comportamento anche dopo la sentenza sul merito e cioè in via definitiva[...]”¹²².

Cristina Rapisarda questiona a possibilidade levantada por Aldo Frignani de se considerar o art. 700 do CPC italiano como norma promotora de um princípio geral de tutela preventiva não somente na via provisória ou cautelar, mas também na via definitiva ou principal. Tal possibilidade, na opinião da autora, deve ser afastada, em razão de que ambas as tutelas não teriam os mesmos pressupostos. A título de exemplo, ela aponta que a situação de perigo verificável em sede de tutela inibitória cautelar do art. 700 do CPC italiano e em sede de tutela final seria diversa¹²³.

Explica Cristina Rapisarda que a possibilidade de se conceder a tutela inibitória final dependeria unicamente do perigo de realização ou de continuação de uma conduta ilícita, desconsiderando as eventuais consequências danosas advindas como efeito da mesma. Diferentemente, para a inibitória concedida na via cautelar, seria necessário avaliar a aptidão da conduta ilícita para causar dano¹²⁴.

A supracitada autora, mencionando o dispositivo do art. 700 do CPC italiano e a noção de “prejuízo irreparável” nele presente, destaca que “[...] il legislatore ha voluto riferirsi alle possibili conseguenze lesive de una condotta e, cioè, al danno che da essa può, in concreto derivare”¹²⁵. Em razão disso, a autora constata que a tutela inibitória provisória teria um âmbito de aplicação mais restrito que a final.

¹²¹FRIGNANI, 1974, p. 440.

¹²²Tradução livre: “como se possa inibir um determinado comportamento até o juízo de mérito, quando não se possa, existindo os pressupostos, inibir o mesmo comportamento também após a sentença de mérito, ou seja, em via definitiva”. *Ibid*, p. 457.

¹²³RAPISARDA, Cristina. Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C ed inibitoria finale. **Rivista di Diritto Processuale**, v.41, n.1, p.138-149, genn./mar. 1986.

¹²⁴*Ibid*, p.144.

¹²⁵Tradução livre: “O legislador quis referir-se as possíveis consequências lesivas de uma conduta e, isto é, ao dano que dela em concreto pode derivar.” (RAPISARDA, 1986, p.144).

Em poucas palavras, Cristina Rapisarda rejeita a previsão de uma cautelar com função inibitória, amparada no art. 700 do CPC italiano para dar fundamento a uma tutela inibitória definitiva, destacando que posição diversa implicaria um desvirtuamento do funcionamento dado pela lei ao referido dispositivo, a fim de buscar a reconstrução teórica de outras formas de tutela. Por esse motivo, a autora nega a afirmação de Aldo Frignani de que ambas as tutelas, provisória e definitiva, constituiriam um “fenômeno unitário”¹²⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, se opondo à teoria de Aldo Frignani, refere que “[...] não tem valor algum a afirmação de que a tutela inibitória final está garantida pelo art. 700 do CPC italiano em razão deste artigo garantir a tutela inibitória provisória [...]”, destacando a ausência de explicação por parte do autor do motivo pelo qual a tutela inibitória provisória teria como fundamento o dispositivo em questão, que garante a tutela cautelar atípica, considerando que a inibitória não pode ser confundida com a tutela cautelar¹²⁷.

Luiz Guilherme Marinoni, dito de outro modo, critica a falta de demonstração por parte de Aldo Frignani do porquê o art. 700 do CPC italiano acolheria não apenas um princípio geral de cautela, mas também um princípio geral de prevenção. A possibilidade de se considerar que o art. 700 do CPC italiano possa fundamentar este princípio preventivo é afastada pelo autor, sob o argumento de que, para invocar tal dispositivo, em princípio, haveria necessidade de alegar uma já ocorrida violação de direito (não sendo suficiente apenas a presença de ameaça a direito); bem como a existência de *periculum in mora*. A seguir, a crítica de Luiz Guilherme Marinoni:

Não há, no discurso de Frignani, qualquer preocupação em demonstrar que o princípio que garante a atipicidade da tutela cautelar também garante a atipicidade da tutela inibitória. Se Frignani não confunde cautela com prevenção, seria necessária, de qualquer forma, a demonstração de que o art. 700, depois de muito tempo, passou a fundamentar a atipicidade da tutela cautelar e da tutela preventiva, tornando-se a base de um princípio geral de cautela e de um princípio geral de prevenção. Isto porque o art. 700 não foi idealizado para garantir a efetividade¹²⁸ da tutela preventiva¹²⁹. E nem poderia ser de outra forma, quando é sabido que o

¹²⁶RAPISARDA, 1986, p.144.

¹²⁷MARINONI, 2015, p. 55.

¹²⁸Christian Suárez conclui que “se o diploma processual italiano de 1942 nunca objetivou efetivar uma tutela jurisdicional preventiva por causa da então ideologia imperante, resta dizer que o art. 700 não foi idealizado para tal prestação de tutela jurisdicional preventiva, cabendo-nos afirmar que, a partir da inspiração do legislador italiano nos art. 935 e 940 do *Zivilprozessordnung* alemão, foi introduzida no CPC Italiano de 1942 regra processual de medidas cautelares atípicas com função nitidamente antecipatória e assecuratória”. (DELGADO SUÁREZ, 2013, p. 144).

¹²⁹Adolfo Di Majo destaca a dificuldade encontrada ao longo da história para garantir a tutela preventiva no ordenamento jurídico italiano, nos seguintes termos: “Si colgono allora le ragioni della difficoltà che incontrerebbe un principio indifferenziato di tutela *preventiva*. Con essa in sostanza si viene a limitare per *il futuro* la libertà e l’azione dei soggetti a fronte della minaccia presente di (future) lesioni nei diritti. L’ordinamento qui appare orientato verso valutazione che si potrebbe definire *di costi e benefici*. Il costo del sacrificio (attuale) della libertà di iniziativa del soggetto appare maggiore (e quindi scarsamente giustificabile)

sistema italiano de tutela dos direitos foi construído sobre uma ideia que não incorporava a necessidade da tutela preventiva¹³⁰.

Na mesma linha, Christian Suárez, criticando a teoria de Aldo Frignani, sustenta que este autor não estaria dissociando as funções preventiva e cautelar, confundindo assim a satisfação do direito com a cautela do direito. Nas palavras do autor:

[...] a teoria de Frignani realmente resulta milagrosa, pois o professor da Universidade de Turim pretendia incluir nessa regra cautelar a ação inibitória provisória e final. Isto é, para o civilista italiano existe homologação de uma tutela jurisdicional provisória e uma final. A cautela acabou tornando-se satisfação *tout court*. Ora, torna-se difícil esclarecer ou levantar qualquer dúvida em relação à equiparação realizada por Frignani quando, por meio desta investigação, acaba fundindo uma função preventiva com uma função assecuratória própria da tutela cautelar¹³¹.

Luiz Guilherme Marinoni refere que a tutela inibitória sumária na Itália amparada pelo art. 700 do CPC deste país é admitida em algumas situações tais como as que se busca impedir a transferência do trabalhador em ações que visam declarar a ilegitimidade da sua transferência para outros locais de trabalho. Ressalta o supramencionado autor que “isto não quer dizer que o art. 700 sempre garantiu a tutela preventiva, mas sim que esse artigo – por uma válvula de escape para a prestação de tutela adequada – passou a ser utilizado para fins distantes daqueles para os quais foi criado”. Dito de outra forma, a utilização de tal dispositivo ocorreria em razão das “[...] necessidades concretas de tutela e não a partir da existência de um princípio geral de prevenção albergado neste artigo [...]”¹³².

Cristina Rapisarda fundamenta a possibilidade de concessão da tutela inibitória atípica a partir da constatação de seus efeitos, ditos declarativos *lato sensu*, visto que a sentença inibitória declararia a existência de uma obrigação omissiva¹³³, que a lei relaciona à hipótese

a fronte del beneficio (in termini di relativa sicurezza) che ne riceve il soggetto su cui pende la minaccia della lesione. Valutando dunque l'uno e l'altro, l'ordinamento si potrebbe rifiutare di somministrare in via generalizzata una tutela preventiva. Tradução livre: “Se capta então as razões da dificuldade que encontraria um princípio indiferenciado de tutela preventiva. Com ela em essência se vem a limitar para o futuro a liberdade e a ação dos sujeitos diante da ameaça presente de (futuras) lesões dos direitos. O ordenamento aqui aparece orientado para uma avaliação que se poderia definir de custos e benefícios. O custo do sacrifício (atual) da liberdade do sujeito parece maior (e portanto escassamente justificável) diante do benefício (em termos de relativa segurança) que recebe o sujeito sobre o qual pende a ameaça da lesão. Avaliando, portanto, um e outro o ordenamento poderia recusar administrar em via generalizada uma tutela preventiva” (MAJO, 2003, p. 145, grifos do autor).

¹³⁰MARINONI, 2015, p. 55.

¹³¹DELGADO SUÁREZ, 2013, p. 113-114.

¹³²MARINONI, 2015, p. 56.

¹³³Luiz Guilherme Marinoni refere que “não se pode negar, contudo, que, no direito italiano, a tutela cautelar inominada passou a assumir, em alguns casos – principalmente a partir do momento em que foi aceita na ação declaratória – caráter inibitório. A partir de determinado momento, o art. 700 do CPC italiano – fundamento da tutela cautelar inominada – tornou-se também a raiz da tutela inibitória, a qual, muito embora satisfativa de

fática declarada, impondo o seu cumprimento. Defende a autora que a tutela inibitória atípica¹³⁴ estaria amparada no direito constitucional de ação, previsto no art. 24 da Constituição da República italiana, e que a única limitação consistiria no interesse de agir para a obtenção de tal declaração. Tal dispositivo prevê que:

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Luiz Guilherme Marinoni refere que a doutrina italiana em geral, independente de encontrar o fundamento da tutela inibitória atípica no art. 700 do CPC ou no art. 24 da Constituição Italiana, concebe a tutela inibitória antecipada sob o rótulo de cautelar¹³⁵, em razão da ausência de técnica processual capaz de possibilitar a prestação desta tutela preventiva na forma antecipada, nos seguintes termos:

Na realidade, a doutrina italiana é obrigada a conceber a tutela inibitória antecipada sob o rótulo de cautelar pela razão de o Código de Processo Civil Italiano, envelhecido e já distante das novas necessidades de tutela, aludir apenas à tutela cautelar, sem delinear uma técnica antecipatória capaz de viabilizar a concessão da tutela do direito em qualquer momento oportuno do processo¹³⁶.

Após apresentar o debate doutrinário relativo à possibilidade ou não de uma tutela inibitória atípica no Direito italiano, passar-se-á a abordar a questão atinente à dificuldade histórica de efetivação da tutela inibitória, consubstanciada na constatação de que a estrutura do processo neste sistema jurídico esteve centrada, até recentemente, no binômio condenação-execução forçada, excluindo outras modalidades de provimentos de prestação e meios de coerção necessários à concessão de tutela específica de direitos.

uma pretensão de direito material, passou a ser seguida de uma sentença meramente declaratória apenas para o juízo de cognição sumária poder ser transformado em juízo definitivo”. Refere, ainda, que em um ordenamento processual que não admite o uso de sentença que ordene sob pena de multa, ou admita esta apenas em hipóteses específicas – como aconteceu até recentemente na Itália – a tutela inibitória concedida antecipadamente só pode ser seguida por uma ação declaratória. (MARINONI, 2015, p. 36-37).

¹³⁴No mesmo sentido, MILETTI, 2005, p. 200.

¹³⁵Ou seja, o uso da cautelar seria a única alternativa encontrada no sistema normativo italiano para responder à necessidade de uma “tutela de urgência com função não cautelar”. Sobre o assunto, em seção de obra destinada a diferenciar a tutela cautelar e a satisfativa antecipada, Daisson Flach refere que “nosso sistema aparta-se do processo civil italiano que, embora já elabore doutrinariamente a questão, não logrou, ainda, distinguir claramente, no plano normativo, as duas espécies de tutela, utilizando o art. 700 do CPC italiano (‘tutela cautelar atípica’) como base para a oferta de tutela antecipatória satisfativa”. FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 85.

¹³⁶MARINONI, 2015, p. 55.

Luiz Guilherme Marinoni refere que o fato de o Código de Processo Civil italiano estar voltado à cognição plena e exauriente, alicerçado sobre o binômio da condenação-execução forçada, faz com que este Direito “[...] não tenha condições de permitir a efetividade da prevenção, simplesmente porque é concebido para a tutela dos direitos patrimoniais violados.”¹³⁷.

Em outras palavras, para requerer a condenação, seria necessário afirmar a violação de um direito, “[...] exatamente por isto é que a condenação jamais se ligou a meios de execução capazes de impor um não fazer, ou melhor, a não violação de um direito.”¹³⁸. Ou seja, não havia preocupação com a prevenção do ilícito, já que a atuação jurisdicional se daria após a sua ocorrência, apenas para a reparação do direito violado.

Percebe-se que tal estrutura de processo, historicamente amparada na carência de meios coercitivos, incoercibilidade de dever de fazer ou de não fazer e necessária conversão em perdas e danos, portanto, não propiciava a proteção da integridade de direitos não patrimoniais, insuscetíveis de valoração em pecúnia, isto é, a efetivação da tutela inibitória.

Entretanto, tal inaptidão histórica deste sistema processual italiano para a tutela inibitória pode estar no caminho da superação, haja vista a reforma processual de 2009 (art. 49 da lei n^o 69), responsável pela inclusão do art. 614 *bis* no *Codice di Procedura Civile*¹³⁹. Este dispositivo agora, ao prever a possibilidade de o juiz impor multa para forçar o devedor ao cumprimento das obrigações de não fazer e de fazer de caráter infungível (“*astreintes*”), propicia técnica processual mais adequada à prevenção do ilícito.

1.3.2 A Tutela Preventiva no *Common Law*. O Caso Estadunidense

Apesar de os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano historicamente pertencerem a distintas tradições, *civil law* e *common law*, respectivamente, cada qual com suas características peculiares, ainda assim é possível identificar que a tutela inibitória no

¹³⁷MARINONI, 2012, p. 38.

¹³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. As sentenças que dependem de execução. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 39, p. 77-101, 2006.

¹³⁹Art. 614 *bis* do CPC italiano: “Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all’articolo 409. Il giudice determina l’ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.

Direito Brasileiro apresenta atuação de forma um tanto semelhante àquela do instituto das *injunctio*ns do Direito Norte-Americano.

Tal semelhança pode ser identificada principalmente por meio da identidade de escopo de ambos os institutos, tutela inibitória no Direito Brasileiro e *injunctio*ns no Direito Norte-Americano. Apesar das *injunctio*ns apresentarem uma atuação um pouco mais ampla que a tutela inibitória, constata-se que os dois institutos se utilizam de comandos expedidos por juízes para viabilizar o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, objetivando a prevenção do ilícito e do dano, não exigindo para isso a demonstração da presença deste.

Além disso, é possível constatar que os institutos da tutela inibitória e *injunctio*ns podem oferecer grande proteção contra a violação de direitos, já que ambos os ordenamentos jurídicos contam com instrumentos executivos capazes de coibir o seu descumprimento.

É cada vez mais evidente, como bem afirma Michele Taruffo, o fato de que a “[...] eficácia da tutela jurisdicional em geral e a própria existência dos «novos direitos» que vão enriquecendo o catálogo das situações de vantagem, estão estreitamente condicionadas pela estrutura e pela operatividade do sistema da tutela executiva.”¹⁴⁰.

No Direito Brasileiro, deve-se destacar que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 (no capítulo I- “Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do juiz”, do Título IV- Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça), por meio do art. 139, IV, instituiu poderes ao juiz para a aplicação de técnica executiva atípica para a tutela de todo e qualquer direito, sendo importante dispositivo para a viabilização inclusive da tutela inibitória. A seguir a redação do artigo mencionado:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Referidos poderes ao juiz também são previstos pelo art. 536 § 1º do CPC, dispositivo que viabiliza a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, atuando como cláusula geral executiva. Essa regra processual outorga poderes ao juiz para, de ofício, determinar a medida executiva necessária à tutela do direito no caso concreto (imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, dentre outras), inclusive não prevista em lei. A redação do dispositivo em questão prevê que:

¹⁴⁰TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: _____. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mítidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ainda defendem a possibilidade de imposição de prisão, excepcionalmente, como uma das “medidas necessárias” referidas no art. 536 § 1º do CPC, para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, como ameaça ao descumprimento da ordem judicial. Entretanto, os autores ressaltam que essa medida apenas poderá ser utilizada quando a multa e outras medidas não se mostrarem adequadas para evitar a violação de direitos, ou seja, nos casos em que se busca “[...] impor um não fazer ou mesmo para impor um fazer infungível que não implique disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito.”¹⁴¹.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a outorga pelo legislador de amplos poderes ao juiz no tocante à escolha da modalidade executiva mais adequada a ser utilizada para a tutela do direito material, podendo ele se valer de modalidade inclusive não prevista na legislação processual, trouxe como contrapartida a imposição ao julgador de um dever consistente em fornecer “[...] uma justificativa analítica que demonstre as circunstâncias do caso que a exigiram e que esta, além de ser idônea à tutela do direito, traz a menor restrição possível ao demandado [...]”¹⁴².

Dessa forma, é possível tornar legítima a decisão judicial acerca da técnica executiva a ser empregada. Isto porque, o “controle judicial, que antes se dava pela vinculação do juiz à lei (tipicidade), agora depende da justificativa e, assim, da correta aplicação do art. 489§1º, II, do CPC, na medida em que o juiz não pode simplesmente dizer que está a aplicar uma ‘medida necessária’¹⁴³. A redação do dispositivo em questão dispõe que: 489 § 1º “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Assim como o Direito Brasileiro, o Direito Norte-Americano também dispõe de instrumentos executivos capazes de fazer com que as suas decisões judiciais sejam efetivamente cumpridas, viabilizando com isso a tutela contra o ato ilícito.

¹⁴¹MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 578-579.

¹⁴²MARINONI, 2015, p. 237.

¹⁴³*Ibid*, p. 237.

No ordenamento jurídico norte-americano, as *injunctions* constituem um dos *equitable remedies*, figurando como instrumento efetivo para a tutela de direitos¹⁴⁴, em razão da existência de ameaça de sanção por *contempt of court*, caso seja constatado o descumprimento das referidas determinações judiciais.

Em razão do exposto, passar-se-á, a seguir, ao estudo do instituto das *injunctions*.

Nas palavras de Geoffrey Hazard Jr. e Michele Taruffo: uma *injunction* “[...] is a court order directing the defendant to perform a certain act or series of acts, or to refrain from doing so [...]”.¹⁴⁵

As *injunctions* são ordens emitidas pelo tribunal e dirigidas ao réu a fim de que este pratique uma determinada conduta ou se abstenha de realizá-la, ou seja, consistem em uma imposição do tribunal, objetivando o cumprimento de uma obrigação de fazer (*mandatory injunction*) ou não fazer (*prohibitory injunction*)¹⁴⁶.

Tais ordens dirigidas pessoalmente ao réu, a fim de afastar qualquer alegação do autor de arbitrariedade por parte da Corte, devem obedecer ao critério de especificidade, ou seja, precisam indicar as razões pelas quais foram emitidas, sendo necessário descrever com detalhe razoável, e não por referência a pedido ou outro documento, em exatos termos, o comportamento a ser evitado ou adotado pelo réu. Essa é a previsão da *Federal Rule of Civil Procedure 65, d*¹⁴⁷.

As *injunctions* possuem um amplo âmbito de atuação, concedidas em litígios públicos e privados, sendo comumente aplicadas em conflitos envolvendo direitos de família, da personalidade, de vizinhança, de propriedade industrial, do consumidor, do meio ambiente,

¹⁴⁴Carlos Alberto de Salles refere que a efetividade das *injunctions* do sistema norte-americano é resultado de uma combinação de razoável flexibilidade com alta coercibilidade, nos seguintes termos: “Não obstante pareça contraditório falar em flexibilidade diante de um instituto como o das *injunctions*, dotado de máxima impositividade, inclusive com a possibilidade de coerção direta sobre o réu e implicando até mesmo sanção restritiva de liberdade, a efetividade dessa medida, na verdade, está baseada no fato de conciliar essas duas qualidades, em outras palavras, por agregar elementos de alta coercibilidade e, ao mesmo tempo, de razoável flexibilidade em sua aplicação ao caso concreto”. SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions e Contempt of court em defesa do meio ambiente*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos da lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 107.

¹⁴⁵Tradução livre: “é uma ordem do tribunal para realizar determinado ato ou série de atos, ou para se abster de fazê-lo”. HAZARD JR. Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University, 1993. p. 197.

¹⁴⁶SHEARS, Peter; STEPHENSON, Graham. **James’ Introduction to English Law**. 13. ed. London : Butterworth, 1996.p. 347.

¹⁴⁷É a previsão da Rule 65. *Injunctions and Restraining Orders: (d) Contents and Scope of Every Injunction and Restraining Order. (1) Contents. Every order granting an injunction and every restraining order must: A) state the reasons why it issued; (B) state its terms specifically; and (C) describe in reasonable detail—and not by referring to the complaint or other document—the act or acts restrained or required.*

entre outros¹⁴⁸. Tais ordens podem ser dirigidas a todos os sujeitos de direito que sejam partes em uma controvérsia: pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas¹⁴⁹.

As *injunctions* são medidas de tutela específica, visando uma prestação em espécie, que atuam de forma prévia à violação de direito, portanto com função preventiva, alternativa à função compensatória de outros remédios judiciais que se restringem apenas à recomposição de danos sofridos pelo autor¹⁵⁰.

Deve-se destacar que a *mandatory injunction* e a *prohibitory injunction* são comandos emitidos pelo Tribunal para a prática ou abstenção de uma determinada conduta quando já existe uma anterior violação realizada pelo réu ao direito do autor, o que não descaracteriza a função preventiva dos mesmos, consistem em impedir a continuação ou repetição do *tort* (ilícito extracontratual), em outras palavras, de proteção voltada ao futuro.

Por outro lado, quando o autor visa à tutela de seu direito quando ainda inexistente violação ao mesmo, estando presente apenas a ameaça ou temor de lesão, deve buscar a concessão de outra espécie de *injunction* denominada *quia timet injunction*, objetivando a proteção contra o ilícito na sua forma genuína. Entretanto, a concessão dessa medida exigirá do autor uma maior demonstração da existência do perigo de ilícito¹⁵¹.

O pedido de concessão de uma *injunction* por ser essa uma providência de equidade, será processado e julgado pelo juiz, portanto de maneira distinta do julgamento da indenização por perdas e danos que é realizado pelo júri¹⁵².

As *injunctions* podem ser concedidas ao final do processo, no momento em que será proferida decisão judicial de mérito, solucionando a controvérsia das partes. São as

¹⁴⁸TARUFFO, 2013, p. 93-94.

¹⁴⁹FRIGNANI, 1974, p. 174.

¹⁵⁰Aldo Frignani apresentou em sua obra quatro diferenças existentes entre dois remédios judiciais do sistema norte-americano (*injunctions* e os *damages*). 1) quanto à natureza: as *injunctions* pertencem ao mundo da *equity*, enquanto os *damages* ao mundo da *common law*, não desconsiderando que a rígida separação foi gradualmente desaparecendo com reformas processuais (no Estado de Nova Iorque entre 1846 e 1848) e as *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 (que serviram de modelo para os demais entes da federação), resultando na permissão de que em alguns casos os *damages* sejam concedidos pela *equity*; 2) quanto à função: enquanto os *damages* desempenham função reparatória, voltada ao passado (aqui não levando em consideração os *damages nominal* e tampouco os *punitive* que respondem a exigências particulares), as *injunctions* atuam de forma preventiva, dirigidas a impedir futuras violações; 3) quanto à eficácia da medida: enquanto as *injunctions* apresentam eficácia imediata e total no sentido de impedir a continuação do ilícito, diferentemente, os *damages* podem apresentar efeitos parciais e incidem apenas indiretamente sobre a situação lesiva; e 4) quanto à sanção pela inexecução: enquanto as *injunctions* se valem do instituto *contempt of court*, os *damages* recorrem à execução sobre o patrimônio do devedor. (FRIGNANI, 1974, p. 202-203).

¹⁵¹MAUDSLEY, Ronald Harling; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 18. ed. London: Stevens and sons, 1981. p. 86. No mesmo sentido, Ronald Maudsley e Jill Martin: “An injunction may be sought, not only where a wrong has already been committed, but also where there is a clear likelihood that it will be committed unless restrained (*quia timet injunction* – because ‘he fears’)”. Tradução livre: “Uma *injunction* pode ser buscada, não apenas onde um ilícito já foi cometido, mas também onde existe uma clara probabilidade de que ele será cometido, a menos que seja restringido (*quia timet injunction* – porque ‘ele teme’)”. (SHEARS, 1996, p. 347).

¹⁵²HAZARD JR; TARUFFO, 1993, p. 157.

denominadas *perpetual*¹⁵³ ou *final injunctions*; ou então antecipadamente, quando o autor não for não capaz de aguardar o curso normal da ação, por temer a ocorrência de danos irreparáveis ao direito do mesmo, caso o comportamento do réu não seja imediatamente contido ou realizado. São as denominadas *interlocutory ou preliminary injunctions*¹⁵⁴.

As *interlocutory ou preliminary injunctions* serão expedidas em situações de urgência, antes ou depois de iniciado o processo, apenas quando tiver sido oportunizada a oitiva do réu via intimação, posteriormente a um exame sumário das alegações das partes em audiência.

Kevin Clermont destaca que, para a concessão de uma *preliminary injunction*, a Corte deverá considerar os possíveis prejuízos pelo autor com a denegação da medida, os possíveis prejuízos sofridos pelo réu com a concessão da medida, se o interesse público será afetado com a concessão ou denegação da medida, bem como qual a probabilidade de que a concessão de tal medida seja confirmada ao final do processo.¹⁵⁵

Por outro lado, também é possível a concessão de *temporary restraining orders* (TRO) ou *ex parte injunctions*, espécie de *injunction* emitida *inaudita altera pars*, ou seja, sem que a outra parte tenha sido ouvida ou a esta tenha sido oportunizado qualquer tipo de defesa¹⁵⁶. Tal espécie de ordem será expedida em circunstâncias pontuais, apenas quando inexistir tempo para a oitiva do réu e houver a demonstração de perigo de que tal ilícito, se for praticado ou continuar a ser praticado pelo réu, provocará um dano irreparável ao direito do autor¹⁵⁷.

Comentando a complexidade envolvida na concessão das supracitadas medidas, Geoffrey Hazzard Jr. e Michele Taruffo destacam que:

*Granting temporary injunctive protection risks injustice because the subsequent plenary trial may determine that plaintiff is not entitled to any relief, or is entitled only damages. Temporary relief may therefore impose unjust burden and expense on the defendant. On the other hand, if a temporary injunction is not granted, continuing and irreparable damages may result to the plaintiff. These risks are address by the trial judge, who tries to ascertain, at the preliminary hearing, how clear and certain is the plaintiff's right and whether temporary protection will impose a serious burden on defendant. This decision involves broad judicial discretion in balancing competing equities*¹⁵⁸.

¹⁵³Ronald Maudsley e Jill Martin referem que o termo “*perpetual*” não quer dizer que os efeitos da ordem emanada, independente de ser no sentido de fazer ou não fazer, serão irreversíveis, mas sim que a ordem finalmente resolverá o presente litígio entre as partes, sendo resultado de uma ação ordinária, após a oitiva pelo tribunal dos argumentos de ambos as partes. (MAUDSLEY; MARTIN, 1981. p. 85).

¹⁵⁴*Ibid*, p. 85.

¹⁵⁵CLERMONT, Kevin M. **Principles of Civil Procedure**. St. Paul, MN: Thomson West, 2005. p. 99.

¹⁵⁶GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 8. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2004. p. 800.

¹⁵⁷SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 208.

¹⁵⁸Tradução livre: “A concessão da ‘temporary injunctive protection’ pode causar injustiça, porque o julgamento pleno subsequente pode determinar que autor não tem direito a qualquer proteção, ou tem direito somente a

As *interlocutory* ou *preliminary injunctions* produzirão efeitos do momento em que são concedidas até uma decisão final sobre o mérito da causa¹⁵⁹ ou, diferentemente, se for o caso, dentro do prazo fixado pelo juiz para a duração da medida (*interim injunction*).

Com relação às *perpetual* ou *final injunctions*, concedidas ao final do processo, deve-se destacar que, apesar de elas colocarem termo à controvérsia das partes, não necessariamente produzirão efeitos por período indeterminado, visto que podem ser limitadas no tempo ou modificadas pelo juiz na superveniência de novas circunstâncias de fato¹⁶⁰.

Geoffrey Hazzard Jr. e Michele Taruffo referem que, historicamente, as *injunctions* eram medidas aplicadas excepcionalmente, apenas quando o caso concreto apresentasse uma especial justificação (*adequacy test*) no sentido de que a indenização pecuniária (*damages*) concedível *at law* não remediaria adequadamente a violação sofrida pelo autor¹⁶¹.

Entretanto, com o passar do tempo, tal critério de subsidiariedade da *injunction* com relação a outros remédios judiciais *at law*, restou flexibilizado, sendo possível na *modern litigation* a concessão da mesma nos casos em que subsistir a ameaça de continuação do ato ilícito, ou seja, quando o cumprimento específico do réu se mostre mais efetivo, em comparação com o ressarcimento¹⁶².

No mesmo sentido, Peter Shears e Graham Stephenson referem que, como consequência do caráter discricionário da medida¹⁶³, a concessão das *injunctions* não é obrigatória, justificando-se nos casos em que se constatar a maior adequação destas em relação às perdas e danos, nos seguintes termos: “[...] *like other equitable remedies they are*

perdas e danos. Proteção temporária pode, portanto, impor encargos e despesas injustas ao réu. Por outro lado, se a medida temporária não é concedida, contínuos e irreparáveis danos podem resultar para a demandante. Estes riscos são apontados pelo juiz do processo, quem tenta determinar, na audiência preliminar, o quão claro e certo é o direito do autor e se a proteção temporária vai impor um encargo sério para o réu. Esta decisão envolve amplo poder de apreciação judicial em equilibrar as equidades concorrentes”. (HAZARD JR; TARUFFO, 1993, p. 158).

¹⁵⁹ CLERMONT, 2005, p. 99.

¹⁶⁰ FRIGNANI, 1974, p. 63.

¹⁶¹ Geoffrey Hazard Jr. e Michele Taruffo referem que “the ‘adequacy test’ is still recited in some judicial decisions, but has become nearly obsolete”. Tradução livre: “o teste de adequação é ainda recitado em algumas decisões judiciais, mas se tornado praticamente obsoleto”. (HAZARD JR; TARUFFO, 1993, p. 157).

¹⁶² *Ibid*, p. 157.

¹⁶³ Fausto Seabra ao discorrer sobre tutela inibitória no Direito Italiano e *injunctions* no Direito anglo-americano ressalta que o juiz da *common law* possui discricionariedade na concessão das *injunctions*, característica ausente na atividade do juiz da *civil law* para a concessão da tutela inibitória, nos seguintes termos: “Ao contrário do juiz da *common law* na concessão de *injunctions*, o juiz italiano não pode negar a inibitória se prevista para a situação concreta, sob o argumento de que será extremamente onerosa ao destinatário da ordem. Não há, portanto, aquela liberdade de atuação do julgador, uma vez que a inibitória não é um remédio abstrato escolhido de forma aleatória e sim um provimento aderente ao fato concreto e adaptável a diversas exigências. Impõe ao juiz não apenas a ordem de cessar o ilícito em abstrato, como também individualizar com precisão o ilícito e ordenar a cessação com específica referência à hipótese em exame”. SEABRA, Fausto José Martins. **A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva**. 2008. 67 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. f. 29.

discretionary; the court is not bound to grant them e it will usually refuse to do so if an award of damages will afford adequate compensation.”¹⁶⁴.

É possível ainda a concessão de uma *specific performance*, espécie de *injunction*, que consiste em uma ordem do juiz para que a outra parte contratante realize o cumprimento de obrigação positiva assumida contratualmente, na forma específica, conforme pactuada. Diferentemente, caso o autor busque o cumprimento de obrigação negativa no âmbito contratual, o remédio adequado para viabilizá-lo serão as *injunctions*¹⁶⁵.

As ordens *specific performances* serão concedidas apenas quando os *damages* não tutelarem de maneira adequada o credor de uma obrigação de fazer. Elas serão aplicadas pelo juiz em circunstâncias mais limitadas, por exemplo, quando o fazer objeto do contrato for infungível, de natureza única¹⁶⁶, ou seja, não podendo envolver, portanto, objetos fungíveis ou produzidos em massa. Além disso, deve-se ressaltar que esse remédio de atuação específica também não poderá ser concedido quando o objeto do contrato consistir em relação de emprego¹⁶⁷.

Após a apresentação de algumas das características das *injunctions*, torna-se importante tecer alguns comentários acerca do instituto norte-americano¹⁶⁸ responsável pela efetivação das referidas ordens emanadas pelos tribunais: o *contempt of court*¹⁶⁹. Isso porque a inobservância de uma *injunction* (*mandatory* ou *prohibitory*) pode configurar *contempt of court*, sendo possível a aplicação de diferentes sanções ao indivíduo que descumpriu a referida ordem judicial, a fim de coagi-lo ao cumprimento da determinação em questão.

Contempt, conforme definição do Black’s law dictionary, consiste na “conduct that defies the authority or dignity of a court or legislature because such conduct interferes with

¹⁶⁴Tradução livre: como outros remédios equitativos eles são discricionários; o tribunal não é obrigado a concedê-los, geralmente, ele se recusará a fazê-lo se o ressarcimento de danos se mostre uma compensação adequada (SHEARS, 1996, p. 347).

¹⁶⁵*Ibid*, p. 279.

¹⁶⁶TALAMINI, 2003, p. 94.

¹⁶⁷SHEARS, 1996, p. 280.

¹⁶⁸Bruno Zaroni frisando a desnecessidade de existência de previsão legal para a aplicação do *contempt of court*, refere que “nada obstante já existam, atualmente, diversas leis regulando o instituto do *contempt of court*, jamais deixou-se de aplicá-lo em razão da ausência de previsão legal, assim como nunca foi negada sua origem histórica vinculada à doutrina dos poderes inerentes”. ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio de multa: A problemática em relação à pessoa jurídica**. 2007. 347 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. f. 119.

¹⁶⁹Bruno Zaroni tecendo comentários a respeito das *injunctions* e do *contempt of court* refere que “se a técnica processual proporcionada pela *injunction* é marcadamente atípica, dando ensejo a uma série de decisões de conteúdo e efeitos variáveis, faz-se necessário também um instrumento executivo correlato, apto a se amoldar à variabilidade e plasticidade das *injunctions*”. (ZARONI, 2007, f. 117).

the administration of justice, it's punishable usu. by fine or imprisonment"¹⁷⁰. Dessa definição se pode dividir o *contempt* em duas espécies: o *contempt of court*¹⁷¹ que consistiria no desacato à Justiça e o *contempt of congress* no desacato ao legislativo.

Na mesma linha, Roberto Pasquel traz a ideia de que o *contempt of court* é cometido por um sujeito que executa algum ato em voluntária contravenção à autoridade e dignidade da Corte, a fim de impedir ou frustrar a administração da justiça ou por quem sendo parte de um dos procedimentos da Justiça voluntariamente desobedece a ordens legítimas ou deixa de cumprir com compromisso assumido perante a mesma¹⁷².

Dentre as diversas classificações apontadas pela doutrina para o instituto em questão, as mais conhecidas são as que dividem o *contempt of court* nas seguintes espécies: civil ou criminal e direto ou indireto.

A distinção entre civil e criminal *contempt* leva em consideração a finalidade distinta por eles perseguida. O civil *contempt* tem por objetivo coagir o sujeito a cumprir uma determinada ordem judicial. Consequentemente, uma sanção por civil *contempt* permanecerá em vigência apenas durante o tempo em que o *contemnor* (indivíduo que incorre em *contempt*) se recusar a cumprir a ordem que havia sido emanada pelo tribunal. Uma vez cumprida a referida determinação, o desprezo ao tribunal vai ser “purgado” e a sanção removida¹⁷³.

Neste caso, o civil *contempt* é utilizado como técnica¹⁷⁴ de execução indireta efetiva, já que possibilita ao órgão jurisdicional a realização de execução na forma específica, através de

¹⁷⁰Tradução livre: “Conduta que desafia a autoridade ou dignidade de uma corte ou legislativo porque tal conduta interfere na administração da justiça, isso é punível usualmente com multa ou prisão”. (GARNER, 2004, p. 336).

¹⁷¹O Judicial Act de 1789, posteriormente alterado em 1821, previu a possibilidade dos tribunais, a critério destes, aplicarem as sanções de multa e prisão nas situações em que se verificasse desprezo à autoridade da Corte. A seguir da redação da Seção 17: “And be it further enacted, That all the said courts of the United States shall have power to grant new trials, in cases where there has been a trial by jury for reasons for which new trials have usually been granted in the courts of law; and shall have power to impose and administer all necessary oaths or affirmations, and to punish by fine or imprisonment, at the discretion of said courts, all contempt of authority in any cause or hearing before the same; and to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the said courts, provided such rules are not repugnant to the laws of the United States”.

¹⁷²PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

¹⁷³JOHNSON, Wayne R. North Dakota's New Contempt Law: Will it Mean Order in the Court? **North Dakota Law Review**, v. 70, 1027, 1994.p. 3.

¹⁷⁴Michele Taruffo respondendo às críticas dirigidas ao instituto do *contempt of court* no sentido de que este teria sido utilizado como poderosa arma de defesa de valores retrógrados no âmbito de conflitos coletivos, refere que “a sua eficácia particularmente intensa pode, de fato, ser vista como um mal, se o instrumento vem empregado para tutela de valores que não se compartilham e pode ser, ao invés, visto como um bem, se esse é empregado para tutela de valores compartilhados. Tudo isso não atine no entanto, ao instrumento coercitivo em si considerado, mas ao discurso diverso – nada obstante conexo – da individualização das situações substanciais que se entendem merecedoras de tutela executiva eficaz. (TARUFFO, 2013, p. 94).

meios executivos de coerção (multa, prisão coercitiva ou sequestro coercitivo de bens).

Por outro lado, o criminal *contempt* tem por objetivo punir uma conduta desrespeitosa ao Tribunal, a fim de reivindicar a autoridade e dignidade da Justiça. Busca-se dissuadir o comportamento do *contemnor* perante o tribunal, bem como enviar uma mensagem à sociedade de que tais ações não serão toleradas.¹⁷⁵

Kevin Clermont destaca que o *criminal contempt* “[...] is not, strictly speaking, a means of enforcement of judgment, but the possibility of criminal contempt incidentally benefits the plaintiff by encouraging compliance with the judgment [...]”¹⁷⁶.

Com relação à segunda classificação, a importância prática de tal distinção reside no fato de que, enquanto o *contempt* direto poderá ser punido sumariamente (*summary proceeding*), o mesmo não ocorrerá nos casos em que se configurar o *contempt* indireto, em razão de que este exigirá maiores formalidades para ser punido.

O *contempt* direto ou *contempt in the face of court* ocorre quando a conduta que afronta a autoridade do órgão jurisdicional, podendo interromper ou causar transtornos ao normal andamento do processo, é praticada na presença de um juiz ou tribunal. Como exemplos de *contempt* direto, é possível citar o falso testemunho, a recusa em responder a questões admitidas pelo juiz, dentre outros. Nesse caso, “[...] a punição é imediata, prescindindo de qualquer procedimento prévio. Porém, tem o punido direito a conhecer a imputação [...]”¹⁷⁷.

Por outro lado, o *contempt* indireto, denominado também de *constructive contempt*, está configurado quando o desacato praticado pelo *contemnor* ocorre fora da presença do órgão jurisdicional, interferindo tal conduta negativamente na administração da justiça. Constituem *contempt* indireto, dentre outros exemplos, a ocultação de pessoa, a fim de impedir a citação ou intimação em processo e a recusa em indicar bens à penhora. Nesse caso, se “exige um procedimento prévio, no qual se observará o conteúdo mínimo do *due process of law*”.¹⁷⁸

Por derradeiro, deve-se reconhecer a influência do instituto do *contempt of court* do Direito Norte-Americano no art. 77 do CPC brasileiro¹⁷⁹. Segundo tal previsão, atenta contra

¹⁷⁵JOHNSON, 1994, p. 3.

¹⁷⁶CLERMONT, 2005, p. 140. Tradução livre: “não é estritamente falando um meio de execução de julgamento, mas a possibilidade de *criminal contempt* incidentalmente beneficia o autor por incentivar o cumprimento do julgamento”.

¹⁷⁷ASSIS, Araken. O Contempt of court no Direito Brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 28, p. 18-37, jul-set. 2003.

¹⁷⁸*Ibid*, p. 21-22.

¹⁷⁹Prevê o art. 77 do CPC que: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV – cumprir com exatidão as

o exercício da jurisdição quem participa do processo sem atender às ordens e aos preceitos jurisdicionais; bem como quem inova ilegalmente no estado de fato do bem ou direito litigioso. Trata-se, portanto, de hipóteses de desacato ao tribunal, devendo o juiz, conforme o § 2º do mesmo dispositivo, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Após a exposição da tutela preventiva no Direito Estrangeiro, tratar-se-á da tutela inibitória como tutela preventiva do ilícito.

1.4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA PREVENTIVA DO ILÍCITO

A tutela inibitória tem por campo de atuação a prevenção da prática, repetição ou continuação do ato ilícito, ou seja, é tipo de tutela que busca evitar a violação ao direito material que demanda proteção pelo ordenamento jurídico.

Essa tutela específica¹⁸⁰ e preventiva preocupa-se em conferir a mais ampla proteção

decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso; § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça; § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta; § 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97; § 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º; § 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo; § 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Pública não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará; § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º; § 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

¹⁸⁰Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero conceituando tutela específica afirmam que “é aquela que protege o direito deixando-o incólume por tê-lo tutelado preventivamente ou por tê-lo protegido repressivamente propiciando integral e cabal reconstrução in natura. Também presta tutela específica a tutela pelo resultado prático equivalente”. Referem, ainda, que “a tutela específica contrapõe-se à tutela pelo equivalente monetário. Naquela o direito é protegido cabal e integralmente. Nesta, visa-se à recomposição em dinheiro” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27). Proto Pisani afirma que “con questa espressione si indica quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge (o dal contratto) e non utilità equivalenti”. Tradução livre: “com esta expressão se indica aquela tutela dirigida a fazer alcançar ao titular do direito aquelas mesmas utilidades garantidas pela lei (ou pelo contrato) e não utilidades equivalentes”. PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 814.

possível aos direitos¹⁸¹, por essa razão é que a tutela inibitória “[...] independe da temporalidade da violação do direito, isto é, se esta consumir-se-á em um ato único, ou se em ato continuativo, ou repetitivo[...]¹⁸², conforme salientado por Joaquim Spadoni.

A tutela inibitória que atua contra a concretização de uma ameaça ao direito, naqueles casos em que não tenha sido ainda vislumbrada a prática pelo réu de ato ilícito anterior, é denominada pela doutrina de “pura” ou “genuína”. Vale dizer, terá atuação dirigida ao futuro, e não ao passado, como a tradicional tutela ressarcitória¹⁸³, objetivando, portanto, manter preservada a integridade do bem reconhecido juridicamente.

A atividade de valoração da prova pelo juiz para a concessão da tutela inibitória pura torna-se ainda mais complexa se comparada àquela realizada para concessão da tutela para inibição da repetição ou continuação do ato ilícito, em razão da inexistência de ato concreto anterior que importe em ilicitude, estando presentes apenas atos preparatórios praticados pelo réu, que podem indicar a probabilidade de ocorrência do ato ilícito.

Aldo Frignani reconhece tal problema afirmando que, nesse tipo de tutela inibitória, “[...] *la prova del pericolo della commissione di un illecito è più difficile, in quanto è estremamente arduo dare una valutazione ex ante dell’inidoneità dei mezzi in atto nei preparativi ai fini della perpetrazione dell’illecito.*”¹⁸⁴.

Nesse sentido, Leonardo Nunes destaca que “[...] o temor deverá ser objetivamente fundado, mediante a indicação suficiente dos atos preparatórios praticados pelo réu, mesmo que ainda não importem na caracterização do ilícito.”, sob pena de este tipo de tutela carecer

¹⁸¹Destacando a amplitude dos direitos tutelados pela inibitória pelo ordenamento jurídico italiano, Alessandra Bellelli refere que “[...] l’azione inibitoria è esperibile nel nostro ordinamento per tutelare tutti i diritti fondamentali, sia quelli tradizionalmente riconosciuti, anche se per essi un’azione inibitoria non era stata espressamente prevista (ad esempio diritto alla vita, all’integrità fisica, all’onore), sia i diritti di più recente formazione, sanciti da leggi speciali o individuati dalla giurisprudenza sul fondamento della clausola generale di cui all’art. 2 Cost., secondo un processo di sempre maggiore sensibilizzazione verso gli interessi della persona umana considerata nella sua totalità e nel suo pieno svolgimento”. Tradução livre: “A ação inibitória é concedida no nosso ordenamento para tutelar todos os direitos fundamentais, seja aqueles tradicionalmente reconhecidos, ainda que para eles uma ação inibitória não tenha sido expressamente prevista (por exemplo direito à vida, à integridade física, à honra), seja os direitos de mais recente formação, sancionados por leis especiais ou individualizados pela jurisprudência sob o fundamento da cláusula geral prevista no art. 2 da Constituição, segundo um processo de sempre maior sensibilização em direção aos interesses da pessoa humana considerada na sua totalidade e no seu pleno desenvolvimento”. BELLELLI, Alessandra. L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 50, n. 4, p. 607-624, jul-ago, 2004.

¹⁸²SPADONI, 2007, p. 82.

¹⁸³Segundo o art. 499 do CPC, “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

¹⁸⁴Tradução livre: “A prova do perigo da prática de um ilícito é mais difícil, porque é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* à idoneidade dos meios preparatórios em curso para a perpetração do ilícito. (FRIGNANI, 1974, p. 429).

de interesse legítimo que a ampare¹⁸⁵.

Além da tutela inibitória dita “pura” ou “genuína”, também poderá ser prestada tutela para impedir a repetição ou continuação do ato ilícito, nos casos em que se vislumbra a ameaça de violação ao direito material. Ou seja, para tutelar situações futuras, em que estiver presente a possibilidade de continuação ou prática de novo ilícito¹⁸⁶.

Luiz Guilherme Marinoni refere que, nos casos em que a tutela inibitória busca evitar a repetição de um ato ilícito, por haver um intervalo entre um ato e outro, é mais fácil visualizar a possibilidade de se impedir a realização de um novo ilícito, independente do primeiro¹⁸⁷. Todavia, a questão torna-se mais complexa quando se está diante de um ilícito continuado.

Exemplificando, caberá tutela inibitória para um caso de colocação à venda de um lote de produto nocivo à saúde do consumidor, caso exista o temor de que um novo lote do referido produto seja colocado no mercado para evitar a repetição de ato ilícito. Caso contrário, já teria sido praticado o ato contrário ao direito (ação única), apenas a eficácia do mesmo seria continuada, prolongada no tempo. A tutela de remoção do ilícito poderia ter atuação neste caso para a retirada do produto do mercado. Tal tutela seria posterior e repressiva em relação ao ilícito, mas preventiva no que tange aos eventuais danos advindos da conduta ilícita¹⁸⁸.

Cite-se com outro exemplo o de uma empresa que tenha o dever de inserir nas propagandas de seus produtos determinado aviso aos consumidores. O fato de ela deixar de inserir tal informação em uma de suas propagandas de televisão, praticando, portanto, ato ilícito, não obsta a possibilidade de se buscar um tutela inibitória para inibir a repetição do mesmo, caso exista a ameaça. Isso se deve ao fato de essa empresa poder violar tal dever em diferentes oportunidades, de modo que tal proteção será contra a prática de um novo ilícito, um ato que é futuro¹⁸⁹.

Luiz Guilherme Marinoni aponta questão interessante relacionada ao fato de que alguns poderiam compreender a tutela prestada para inibir a continuação do ilícito não como uma tutela preventiva, mas sim como uma tutela repressiva. Tal posição, contudo, é afastada pelo autor. Ele destaca que apenas o fato de o ilícito já estar em atividade à época em que a ação processual é proposta não é suficiente para compreender esse tipo de tutela como

¹⁸⁵NUNES, Leonardo Silva. **Tutela inibitória Coletiva**. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2013. p. 94.

¹⁸⁶Joaquim Spadoni refere que “mesmo que já tenham sido praticado atos anteriores, existindo a possibilidade de voltarem a ocorrer, deverá o Poder judiciário, mediante requerimento do interessado, impedir a prática do ato violador do bem juridicamente protegido”. (SPADONI, 2007, p. 84).

¹⁸⁷MARINONI, 2013, p. 206.

¹⁸⁸MARINONI, 2012, p. 131.

¹⁸⁹*Ibid*, p. 145.

repressiva e voltada para o passado. Isso porque, diferentemente, é tutela que tem por objetivo a proteção do direito contra atos ilícitos posteriores ao momento em que a tutela é requerida, para o futuro, tendo, portanto, fim preventivo¹⁹⁰.

Nas palavras de Aldo Frignani, “[...] *l’azione inibitoria*¹⁹¹ *si rivolge al futuro e non al passato. Essa dunque mira a prevenire per il futuro la ripetizione di atti o la continuazione di un’attività contra ius, lesivi cioè dei diritti spettanti ad un soggetto.*”¹⁹²

Aldo Frignani reforça que, para a concessão da tutela inibitória, antes de tudo, “[...] *dovrà trattarsi di un atto suscettibile di ripetizione in futuro o di un’attività che possa protrarsi nel tempo; il che viene automaticamente ad escludere che contro la commissione di un illecito che si risolva in uno solo atto [...]*”¹⁹³. O autor exemplifica que:

[...] se A versa una tantum sul fondo di B un secchio di acqua sporca, questi non può chiedere al giudice che ordini ad A di cessare tale illecito, in quanto esso non è più in atto; ma se invece A scava un fosso e fa defluire in continuazione sul fondo di

¹⁹⁰*Ibid*, p. 129-130. Sérgio Cruz Arenhart em sua obra mencionou o entendimento inicial de que a tutela prestada para inibir a continuação do ilícito não se trataria de tutela preventiva, mas de tutela repressiva (reintegratória), nos seguintes termos: “ainda que se possa dizer que esta proteção ‘inibe’ a continuação do ilícito, trata-se de figura nitidamente ao passado, observando o que já aconteceu e lidando com essa situação já consolidada”. Entretanto, este autor com a diferenciação proposta por Luiz Guilherme Marinoni (de ilícito continuado e o ilícito de eficácia continuada) revê o seu posicionamento referindo que “De fato, parece perfeitamente aceitável a nova sugestão proposta. Com efeito, o ilícito *realmente* continuado assemelha-se, em tudo, a um ilícito que *se repete diária e incessantemente*”. Nesses termos, o uso da tutela inibitória em relação a este caso se mostra perfeitamente compatível e inserida na classificação aqui exposta. Por outro lado, no que toca ao ilícito de efeito continuado, de fato, a *conduta* (que impõe a resposta jurisdicional) está no passado, atuando para o futuro apenas os seus efeitos”. Para não deixar dúvidas de seu posicionamento refere na nota 173 o seguinte: “Importa salientar que a manutenção da crítica inicialmente exposta neste trabalho se deve ao fato de que a tese apresentada (que deu origem a este trabalho) foi exposta e examinada antes da nova edição da obra do professor referido. Em razão disso, parece relevante insistir no raciocínio que permite concordar com aquele autor, em sua nova abordagem do tema”. (grifos do autor). ARENHART, 2003, p. 135-136. A relevância prática de tal distinção situa-se no campo probatório, na tutela reintegratória o objeto de prova será a ocorrência de violação a norma e se desta decorreu efeitos concretos, enquanto que na tutela inibitória o objeto de prova mostra-se mais complexo, no caso exposto será a probabilidade de continuação do ato ilícito.

¹⁹¹CAVANI, 2014, p. 182. Renzo Cavani destaca a imprecisão conceitual da doutrina italiana ao adotar a expressão “azione” inibitoria, referindo que “no solo porque se mezcla impropriamente términos que pertenecen a diferentes planos, sino también porque la “acción inibitoria” no es más que una “acción” (rectius: demanda) de conocimiento.” Tradução livre: “não somente porque se mescla impropriamente termos que pertencem a diferentes planos, senão também porque a ‘ação inibitória’ não é mais que uma ‘ação’ (rectius: demanda) de conhecimento”.

¹⁹²Tradução livre: “a ação inibitória se dirige ao futuro e não ao passado. Essa portanto visa prevenir para o futuro a repetição de atos ou a continuação de uma atividade contrária ao direito, lesiva, isto é, dos direitos relativos a um sujeito”. FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (Azione). **Enciclopedia del diritto**. Milano. Giuffrè, 1971. p. 560. v. 21.

¹⁹³Tradução livre: “deverá tratar-se de um ato suscetível de repetição no futuro ou de uma atividade que possa protrair-se no tempo, o que vem a excluir o cometimento de um ilícito que se exaure em um só ato”. (FRIGNANI, 1974, p. 408).

*B acqua sporca, B potrà rivolgersi al giudice e chiedere la cessazione dell'attività illecita che si protrae trattare dunque di un illecito iterativo o continuativo*¹⁹⁴.

Compartilhando o mesmo entendimento acerca da natureza preventiva da tutela contra a continuação do ato ilícito, Cristina Rapisarda destaca que a eficácia da proteção alcança apenas o “possível ilícito futuro”. A autora refere que:

*[...] il collegamento della tutela inibitoria ad un illecito in parte già commesso non influisce in alcun modo sulla natura preventiva del rimedio, dato che la tutela esplica la sua efficacia soltanto nei confronti del possibile illecito futuro. La tutela stessa prescinde, infatti, dagli effetti dell'atto o dell'attività illecita, siano essi dannosi o meno, poiché si dirige unicamente contro il pericolo di ripetizione o di continuazione dell'illecito.*¹⁹⁵

Com o intuito de melhor esclarecer o escopo da tutela inibitória contra a continuação do ilícito, Luiz Guilherme Marinoni diferencia duas situações: a primeira em que se tem “efeitos continuados derivados do ato ilícito” e a segunda em que está presente a “prática continuada de uma ação ou omissão ilícita”, destacando que apenas nesta circunstância vislumbra-se a atuação da tutela preventiva. O autor justifica tal conclusão, amparado no seguinte argumento:

Quando o ilícito se perpetua no tempo em decorrência de uma ação que já ocorreu, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo, não há mais como impedir a continuação do agir (ação) ilícita, pois apenas os seus efeitos é que se propagam ou continuam. Ou seja, somente a ação (ou omissão) continuada pode ser inibida, e não a ação cujos efeitos se perpetuam no tempo. Existe diferença entre impedir o agir ilícito e remover o ilícito cujos efeitos estão repercutindo no tempo¹⁹⁶.

No mesmo sentido, Leonardo Nunes refere que “[...] nos casos em que se identifica a ocorrência de um ilícito perfeito mesmo que dele resultem efeitos potencialmente lesivos ao direito juridicamente reconhecido, incabível será a tutela inibitória.”. O autor sustenta que se trata “[...] como facilmente perceptível, de um ilícito que já não é mais temido, mas factível; que deixou o campo de ser provável para se tornar real [...]”, afirmando também a

¹⁹⁴Tradução livre: “Se A derrama de uma só vez na propriedade de B um balde de água suja, não poderá requerer ao juiz que ordene a A cessar tal ilícito, enquanto esse não está mais em curso; mas se ao invés A escava um fosso e faz defluir continuamente na propriedade de B água suja, B poderá dirigir-se ao juiz e requerer a cessação da atividade ilícita que se protraí. Se deve tratar portanto de um ilícito iterativo ou continuativo”. (FRIGNANI, 1974, p. 408).

¹⁹⁵Tradução livre: “a ligação da tutela inibitória a um ilícito já cometido não influi de modo algum sobre a natureza preventiva do remédio, dado que exerce sua eficácia somente em relação ao possível ilícito futuro. A mesma tutela prescinde, na verdade, dos efeitos do ato ou da atividade ilícita, sejam estes danosos ou não, porque se dirige unicamente contra o perigo de repetição ou de continuação do ilícito”. (RAPISARDA, 1987, p. 90-91).

¹⁹⁶MARINONI, 2012, p. 130.

possibilidade de uma tutela repressiva de remoção do ilícito e de prevenção do dano¹⁹⁷.

Em suma, seria possível a utilização da tutela inibitória para um ilícito continuado para se impedir que a conduta contrária ao direito para o futuro se protraia; de modo diverso, diante de um ilícito de eficácia continuada, caberia a tutela de remoção do ilícito, em virtude de que o fato já se encontraria no passado, projetando-se para o futuro apenas os seus efeitos.

Luiz Guilherme Marinoni cita a poluição ambiental como exemplo de ação ilícita continuada que poderia ser impedida por meio da tutela inibitória. Nesse caso, seria possível visualizar a existência de interesse em impedir o prosseguimento do agir ilícito, ou seja, em evitar que o demandado continuasse a poluir¹⁹⁸. É possível observar que a continuação da prática do ato ilícito depende de atividade realizada por parte do demandado.

No mesmo sentido, Elvio Sartorio enfatiza que torna-se necessária a tutela preventiva contra a continuação do ilícito, para assegurar que não sejam descumpridos “deveres continuados”, cuja imposição tem por função o resguardo de diferentes bens jurídicos. O autor aponta o dever de abstenção de poluir como exemplo de dever continuado, já que “[...] a cada dia, a cada hora, a cada minuto da vida do ser humano, existe um dever jurídico de abstenção da não-violação do meio ambiente.”¹⁹⁹.

Como outro exemplo de ação ilícita continuada pode-se citar uma empresa que, ao longo do tempo, persiste em não fornecer equipamentos de EPI (equipamentos de proteção individual) para seus funcionários. Essa empresa não descumpra a determinação legal em um só ato, mas se mantém em estado permanente de violação da norma jurídica que impõe o dever de fornecer os referidos equipamentos. Nesse caso, caberia tutela inibitória para a proteção contra a continuação do ato ilícito, a fim de que a empresa forneça tal equipamento de segurança para os seus funcionários.

Nos supracitados exemplos, visualiza-se a renovação de atos ilícitos a todo momento, não há uma ação única, por isso cabe a tutela inibitória para proteção contra a continuação do ato ilícito, dirigida contra os atos ilícitos futuros, e não passados.

Diferentemente, em uma situação, por exemplo, em que uma empresa despeja lixo tóxico em um local proibido, em que há uma ação ilícita única, instantânea, que já se exauriu, apenas a mesma seria continuada, prolongada no tempo. Contra a referida ação ilícita em si, caberia a tutela de remoção do ilícito.

¹⁹⁷NUNES, 2013, p. 96.

¹⁹⁸*Op. cit.*, 2012, p. 131.

¹⁹⁹SARTORIO, Elvio Ferreira. **Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.p. 40.

Após abordar a tutela inibitória como tutela preventiva do ilícito, apresentar-se-á as espécies.

1.5 A TUTELA INIBITÓRIA E SUAS ESPÉCIES

A tutela inibitória consiste em uma “[...] proteção concedida aos titulares de direitos subjetivos que se encontram na iminência de sofrer uma lesão, visando impedir que esta aconteça.”²⁰⁰. Em razão disso, é espécie de tutela que tem por escopo a inibição da prática, continuação ou repetição do ato ilícito²⁰¹. O ilícito que se busca evitar pode ser realizado tanto por meio de ação, quanto por meio da omissão.

O Ilícito comissivo estará presente em situação em que o indivíduo possui o dever de não praticar determinada conduta para que o direito não seja violado, mas, mesmo assim, a realiza, comportando-se, portanto, no sentido de produzir um ato contrário ao direito.

Diferentemente, restará configurado o ilícito omissivo em situação em que o indivíduo possui o dever de praticar determinada conduta a fim de que o direito não seja violado, mas se abstém de praticá-la, de modo que tal inércia será contrária ao direito.

A prática de ambos os ilícitos, comissivos e omissivos, poderá ser impedida por meio de ordem de cumprimento de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. A tutela inibitória que se utiliza de uma ordem de não fazer para a prevenção de um ilícito é chamada de negativa. Por outro lado, a que se efetiva por meio de uma ordem de fazer é denominada de tutela inibitória positiva²⁰².

Na mesma linha, Sérgio Cruz Arenhart refere que a espécie concedida de tutela inibitória será chamada de negativa quando envolver prestações negativas, isto é, de se abster (não fazer algo) e de tolerar (deixar que alguém faça algo), e será chamada de positiva quando envolver prestações positivas consistentes em um fazer²⁰³.

²⁰⁰MURITIBA, 2005, p. 23.

²⁰¹BELLELLI, 1959, p. 412.

²⁰²FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni 'fuori dal coro' di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 52, n. 4, p. 999-1026, out-dez 1997.

²⁰³ARENHART, 2003, p. 223. Sobre a tutela inibitória negativa no âmbito dos direitos autorais, cita-se interessante julgado do STJ em que foi decidido que a autoridade judicial competente pode determinar, como medida de tutela inibitória fundada no art. 105 da Lei 9.610/1998, a suspensão ou a interrupção da transmissão de determinadas obras musicais por emissora de radiodifusão em razão da falta de pagamento ao ECAD do valor correspondente aos respectivos direitos autorais, ainda que pendente ação judicial destinada à cobrança desse valor. A seguir ementa do julgado: DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. RÁDIO. NÃO PAGAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS. TUTELA ESPECÍFICA DE CARÁTER INIBITÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Discussão relativa ao cabimento da medida de suspensão ou interrupção da transmissão obras musicais, por emissora de radiodifusão, em razão da falta de pagamento dos direitos autorais. 2. A autorização para exibição ou execução das obras compreende o prévio pagamento dos direitos autorais. 3. A possibilidade de concessão da tutela

Aloyr Lacerda exemplifica²⁰⁴ que poderá ser concedida uma tutela inibitória negativa em um caso que envolva uma empresa que deseja estabelecer-se em determinado local para o fim de exercer atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, sem o devido licenciamento ambiental. Nesse caso, a tutela inibitória poderia efetivar-se por meio da emissão de uma ordem que impeça a referida empresa de iniciar suas atividades (um não fazer). Isso porque se estará diante da iminência do descumprimento de uma norma do ordenamento jurídico que obriga a realização de prévio estudo de impacto ambiental e o licenciamento ambiental para a exploração de atividades potencialmente poluidoras²⁰⁵.

Por outro lado, poderá ser concedida uma tutela inibitória positiva em um caso que envolva empresa que busca realizar atividades capazes de gerar poluição no ar, sem a adequada instalação de filtros para contenção de tal poluição. Tal omissão da empresa é relevante e configura uma conduta ilícita omissiva, em face do descumprimento de determinação legal que impõe a instalação de filtros. Nesse exemplo, a tutela inibitória poderá ser viabilizada por meio da imposição de obrigação de fazer, consistente em uma ordem para que a empresa proceda à instalação de filtros²⁰⁶.

inibitória, para impedir a violação aos direitos autorais de seus titulares, (art. 105 da Lei 9.610/98), está prevista de forma ampla na norma, não havendo distinção entre os direitos morais e patrimoniais de autor. 4. Não se deve confundir a pretensão de recebimento dos valores devidos, a ser obtida por meio da tutela condenatória e executiva, com a pretensão inibitória que visa cessar ou impedir novas violações aos direitos autorais. Ao mesmo tempo, há que se frisar que uma não exclui a outra. 5. Admitir que a execução das obras possa continuar normalmente, mesmo sem o recolhimento dos valores devidos ao ECAD - porque essa cobrança será objeto de tutela jurisdicional própria -, seria o mesmo que permitir a violação aos direitos patrimoniais de autor, relativizando a norma que prevê que o pagamento dos respectivos valores deve ser prévio (art. 68, caput e §4º da Lei 9.610/98) 6. Recurso especial provido. (REsp 1.190.841/SC, Terceira Turma, STJ, Relatora: Nancy Andrighi, Julgado em 11/06/2013).

²⁰⁴Afim de elucidar a variedade de campos do Direito que a tutela inibitória faz-se necessária Márcio Carpena, em artigo sobre a incidência desta tutela preventiva no Direito de Família (em situações relacionadas à moral, habitação, convivência, guarda e etc.), refere que não raras vezes presencia-se a prática de condutas ilícitas por cônjuges ou companheiros sacrificando e violando direitos uns dos outros e da prole. Dentre outros exemplos, o autor cita a recusa materna em permitir que o pai exerça o direito de visita ao filho, sendo necessário que ele entre com cautelar de busca e apreensão do menor para exercer tal direito. CARPENA, Márcio Louzada. Da tutela constitucional inibitória no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 173. Moara França também destaca a importância da concessão da tutela inibitória no Direito sobre marcas, a fim de evitar condutas ilícitas tais como: a imitação de uma marca (cópia de marca já existente e registrada), a falsificação (alteração fraudulenta de marca já existente e registrada), a sua utilização indevida para obtenção de fins ilegítimos (divulgação de um fato desabonador a uma marca) ou a prática de atos que impliquem concorrência desleal (propaganda enganosa para captar clientela alheia). A autora salienta, ainda, que a prática dos referidos atos “podem ser irreversíveis, diante da dificuldade em desfazer a confusão instaurada, ou ainda de resgatar a credibilidade de uma marca difamada perante seus consumidores”. FRANÇA, Moara Rodrigues. **Tutela inibitória para a proteção dos direitos sobre a marca**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. f. 82.

²⁰⁵LACERDA, 2011, p. 101.

²⁰⁶*Ibid*, p. 101.

Aldo Frignani refere que, no direito italiano, apesar da possibilidade de concessão da tutela inibitória positiva suscitar dúvidas²⁰⁷ – o que não ocorre com relação à concessão da tutela inibitória negativa, haja vista a previsão da mesma de modo expresso pelo legislador, constatável pelo conteúdo do texto presente em algumas normas do Código Civil Italiano –, não se pode impedir o juiz de ordenar um fazer para evitar um ilícito. Nas palavras de Aldo Frignani:

Nel nostro caso l'ordine può identificarsi sia con un non fare che con un fare. In altre parole, si prospetta anche in diritto italiano il dualismo, esistente in modo chiaro nell'ambito di altri ordinamenti giuridici, tra inibitoria negativa e inibitoria positiva. Per quanto concerne l'inibitoria negativa, non esiste alcun dubbio perché il legislatore la prevede in modo esplicito. Basti pensare alla lettera stessa delle norme che parlano di inibizione, cessazione e così via (v., fra gli altri, art. 7, 10, 949, 1079 e 2599 c.c). La categoria dell'inibitoria positiva solleva, invece, problemi di più ampia portata in quanto, a prima vista, essa sembra essere il frutto di una ricostruzione dogmatica della stessa. In effetti, però, non è così, in quanto talvolta il giudice italiano è costretto ad emanare degli ordini di fare²⁰⁸.

Essa tendência de vinculação da tutela inibitória a uma ordem de não fazer no direito italiano também é percebida por Luiz Guilherme Marinoni. O autor ressalta que “o próprio nome que qualifica a tutela inibitória acaba sendo um reforço para a ideia de que a tutela inibitória não pode impor um fazer”²⁰⁹. O autor defende também a possibilidade de o juiz ordenar um fazer, a concessão da tutela inibitória positiva, referindo que:

É preciso perceber, porém, que a tutela inibitória foi forjada, no direito italiano, a partir de hipóteses tipificadas no ordenamento jurídico. Se os casos em que a inibitória é expressamente prevista requerem, em princípio, apenas um não fazer, fica evidentemente mais fácil conceber uma tutela inibitória negativa²¹⁰.

Luiz Guilherme Marinoni acrescenta que o “[...] real problema de uma tutela inibitória

²⁰⁷Vittorino Pietrobon defende a existência na Itália apenas de tutela inibitória negativa. O autor refere que “sotto il profilo del contenuto, il divieto che dà fondamento all'azione inibitoria deve essere negativo e non determinativo nel suo contenuto. Il carattere negativo è compreso nella stessa parola divieto, che indica un comando di astenersi dal fare qualcosa”. Tradução livre: “Sob o perfil do conteúdo, a proibição que dá fundamento à ação inibitória deve ser negativa e não determinativa no seu conteúdo. O caráter negativo é compreendido na mesma palavra proibição, que indica um comando de abster-se de fazer alguma coisa”. (PIETROBON, 1998, p. 123).

²⁰⁸Tradução livre: “No nosso caso, a ordem pode identificar-se seja com um não fazer seja com um fazer. Em outras palavras, se prospecta também no direito italiano o dualismo, existente de modo claro em outros ordenamentos jurídicos, entre inibitória negativa e positiva. No que diz respeito a inibitória negativa, não existe dúvida porque o legislador a prevê de modo expresso. Basta pensar na literalidade das normas que falam de inibição, cessação, e assim por diante (v., entre outros, Art. 7, 10, 949, 1079 e 2599 CC). A categoria da inibitória positiva suscitava, ao invés, problemas de mais amplo alcance, porque, à primeira vista, ela parece ser o fruto de uma reconstrução dogmática da mesma. Na verdade, porém, não é assim, porque às vezes o juiz italiano é forçado a emitir ordens de fazer”. (FRIGNANI, 1971, p. 572).

²⁰⁹MARINONI, 2012, p. 115.

²¹⁰*Ibid*, p. 115.

positiva está no fato de que a função preventiva não é própria das normas de natureza civil [...]”²¹¹. O autor refere que, na maioria das vezes, os direitos previstos neste tipo de norma, quando ameaçados de violação, propiciam a emanção de ordens judiciais de não fazer, a fim de garantir a tutela dos mesmos. Tal fato, todavia, não afasta a possibilidade de os direitos serem protegidos por ordens de fazer, independentemente da inexistência de dever expresso e diretamente instituído em norma²¹².

Sérgio Cruz Arenhart, destacando a necessidade da existência de ordens de fazer para a viabilização da tutela preventiva em questão, salienta: “[...] para bem compreender a extensão adequada da tutela inibitória – e a fim de não limitar a técnica para aquém do necessário – não se pode confundir tutela inibitória com simples pretensão negativa”²¹³.

A respeito da escolha entre a emanção de ordem de fazer ou de não fazer, Sérgio Cruz Arenhart ainda destaca que:

[...] tudo isso fica ao critério discricionário do magistrado – sopesando os valores da utilidade e da necessidade do provimento, com o menor sacrifício que deve ser imposto ao requerido – que pode livremente, e sem ofensa ao princípio da demanda, designar o modo pela qual se outorgará a tutela preventiva, se por mera tutela negativa, ou se por positiva²¹⁴.

Resumindo, dever-se-á optar pela concessão da ordem (de fazer ou não fazer) mais adequada à proteção do direito material sob ameaça.

Noemi Nicolau refere que a tutela inibitória, assim como a de reparação de danos, apesar de reconhecer que as ordens emitidas pelo juiz possam representar limite ao exercício do direito do réu, partem do mesmo enfoque, qual seja, não levar em conta tanto a liberdade de quem ameaça injustamente o direito do réu, mas sim o direito do autor de não sofrer ameaça²¹⁵.

²¹¹Luiz Guilherme Marinoni comparando as normas de direito civil e de direito administrativo, refere que estas, diferentemente das primeiras, estabelecem “deveres de conteúdo nitidamente preventivo, a violação do dever já constitui violação de dever positivo (por exemplo, dever de instalar tecnologia para que seja evitada a poluição). Como se vê, a diferença é que, na primeira hipótese, estabelece-se dever negativo e, nesta última dever positivo. Entretanto, se o dever negativo pode levar a uma ordem de fazer, e nesse caso há prestação de tutela inibitória positiva, não há como entender que a ordem de fazer, para que então seja observado o dever positivo, não constitua tutela inibitória positiva. Admitir que a ordem positiva para o cumprimento de dever de fazer não constitui tutela inibitória, é o mesmo que supor que a inibitória positiva somente existe quando o direito material não prevê dever positivo, mas apenas dever negativo. É esquecer que o próprio direito material, em alguns casos, possui função preventiva, e que a tutela jurisdicional destinada à atuação deste direito não tem como perder o caráter inibitório da norma não observada” (MARINONI, 2012, p. 119).

²¹²*Ibid*, p. 119.

²¹³ARENHART, 2003, p. 223.

²¹⁴*Ibid*, p. 226.

²¹⁵NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, **La Ley**, 1996-A. p. 7.

Após abordar as espécies de tutela inibitória, verificar-se-á qual o fundamento da tutela inibitória.

1.6 O FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA

O fundamento da tutela inibitória consiste no próprio direito material, visto que a existência, em si, deste impõe a necessidade de que ele seja protegido contra possíveis violações.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que o “direito somente é uma posição juridicamente tutelada quando dispõe de ‘formas de tutela’ adequadas às suas necessidades de proteção”. Destacam, ainda, que as referidas formas de tutela “[...] não são atribuídas pelo direito processual ou direito de ação, mas sim pelo próprio direito material.”²¹⁶. Em outras palavras, “[...] ter direito no plano do direito material significa ter *direito à tutela do direito e à sua exigibilidade (pretensão)*”²¹⁷.

Alvaro de Oliveira também entende que a tutela inibitória se encontra fora do processo, ou seja, no plano do direito material. Para o autor, a inibição ou está abstratamente prevista na esfera do direito material, ou consiste em consequência da tutela jurisdicional prestada, cujo comando se projeta no plano do direito material²¹⁸.

Na mesma linha, Renzo Cavani sustenta que “[...] *es necesario insistir en un punto: jamás debe perderse de vista que tanto la tutela inhibitoria como la tutela de remoción del ilícito no son tutelas jurisdiccionales, sino tutelas de derecho material[...]*”²¹⁹.

O fato de existir direito de personalidade, por exemplo, faz com que o titular do mesmo tenha direito à tutela inibitória para impedir a sua violação ilícita e direito à tutela ressarcitória nos casos em que se constatar a presença de dano. Sendo assim, o direito a tais tutelas, respectivamente, contra o ilícito e contra o dano, não está condicionado à existência de previsão das mesmas no plano do direito processual.

Por tal razão, sustenta-se a necessidade de se separar o plano do direito material do plano do direito processual. No primeiro plano, são visualizados os tipos de tutela necessários para a proteção do direito material, ou seja, a tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela reparatória, tutela ressarcitória; e, no plano processual, as técnicas processuais

²¹⁶MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 503.

²¹⁷MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 44, v.1. (grifos dos autores)

²¹⁸ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, processo e tutela jurisdicional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 45-78, mar. 2006.

²¹⁹CAVANI, 2014, p. 186. Tradução livre: “é necessário insistir em um ponto: jamais deve-se perder de vista que tanto a tutela inibitória quanto a tutela de remoção do ilícito não são tutelas jurisdicionais, senão tutelas de direito material”.

adequadas para viabilizar a realização dos referidos tipos de tutela, por exemplo, a técnica coercitiva multa, técnica antecipatória, dentre outras.

Após conhecer o fundamento da tutela inibitória, tratar-se-á, na seção seguinte, da questão relacionada à inidoneidade da tutela jurisdicional declaratória e da tutela cautelar para a prestação da tutela inibitória.

1.7 TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA INIBITÓRIA. A INIDONEIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DECLARATÓRIA E DA TUTELA CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

A tutela jurisdicional declaratória²²⁰, prevista no art. 19 do CPC, visa eliminar a incerteza jurídica, no tocante à existência ou não de uma relação jurídica, ou falsidade, ou autenticidade de documento²²¹.

Joaquim Spadoni refere que o fato de a certeza jurídica por ela produzida fixar qual o direito das partes e seus limites, fez com que se afirmasse que poderia a tutela jurisdicional declaratória ser capaz de prestar tutela preventiva. Isto porque “[...] sabendo-se de antemão que o ato a ser praticado é antijurídico, que viola direito alheio, poderia a outra parte ficar desestimulado a levá-lo a efeito.”²²².

Obviamente que essa visão de que a tutela declaratória exerceria função preventiva apenas era sustentada para os casos em que ela fosse requerida pelo autor em momento anterior ao da violação de direito²²³.

Ocorre que tal tutela não é idônea a afastar a ameaça de lesão a direito, simplesmente porque, após exercer sua função, consistente em declarar a existência de uma relação jurídica, não terá meios de fazer com que o réu pratique ou se abstenha de praticar determinadas condutas, com o intuito de prevenir o ato ilícito²²⁴.

²²⁰Daniel Mitidiero refere que “a tutela declaratória basta em si mesma, de modo que a simples prolação da decisão de mérito é suficiente para integral realização do direito da parte. Espera-se que as partes se comportem no futuro, de acordo com a declaração contida na sentença”. (MITIDIERO, 2014, p. 145). A respeito da diferença entre a tutela dos direitos de tutela jurisdicional, Flávio Yarshell refere que “a tutela de direitos é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em tutela jurisdicional dos direitos, isto é, a tutela de direitos mediante jurisdição”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 29.

²²¹Art. 19 do CPC prevê o seguinte: “o interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento”.

²²²SPADONI, 2007, p. 89.

²²³O art. 20 do CPC prevê que “é admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”. Como é possível perceber, tal redação é semelhante a do art. 4^o, parágrafo único, do CPC de 1973, dispondo que “é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

²²⁴CALAIS, Eduardo. A tutela inibitória e a efetividade do processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maria Terra (Coord.). **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 176.

Alvaro de Oliveira destaca que “[...] a sentença proferida na demanda declaratória não condena. Também não manda, não constitui, nem executa. Importante é que a declaração torne certa uma situação jurídica substancial (força ou eficácia principal da sentença)”²²⁵.

Discorrendo acerca da inidoneidade da tutela jurisdicional declaratória para a prestação da tutela inibitória, Luiz Guilherme Marinoni refere que a sentença declaratória é a sentença típica do estado liberal clássico, “[...] uma vez que, além de incapaz de permitir ao juiz interferir sobre a vontade do demandado, tem seu fim restrito a regular uma relação jurídica já determinada pela autonomia de vontade.”²²⁶.

Na mesma linha, Elvio Sartorio salienta que a tutela declaratória “para alcançar valor inibitório, necessita de um fator externo, não depende de si, mas sim daqueles que são destinatários da sua declaração”. E acrescenta que “[...] é certo que ela pode, casualmente, apresentar este resultado, entretanto ele não dependerá dela, seu preceito não se direciona a esse fim”. Falta à declaração um elemento intrínseco, que a torne realmente impositiva.²²⁷

Sendo assim, o que se constata é que a tutela jurisdicional declaratória apenas exerceria função preventiva²²⁸, impedindo a prática futura de ato ilícito, caso a parte vencida adotasse comportamento de acordo com o estabelecido na sentença, ou seja, caso esta esteja disposta a cumprir voluntariamente a obrigação.

Assim como a tutela jurisdicional declaratória, a tutela jurisdicional cautelar também é inidônea para a prestação da tutela inibitória. Tal afirmação é importante haja vista a associação frequente realizada pela doutrina entre a tutela cautelar e a tutela preventiva.

É possível perceber que, em um dado momento histórico, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 84 do CDC²²⁹) e da Lei 8952/1994 (que introduziu o art. 461

²²⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 146.

²²⁶MARINONI, 2013, p. 202-203.

²²⁷SARTORIO, 2007, p. 73.

²²⁸Tecendo comentários a respeito da possibilidade da tutela declaratória desempenhar função preventiva, Barbosa Moreira sustenta que isso ocorre “desde que a parte vencida saia também convencida e se resolva a cumprir a obrigação em tempo oportuno. Como meio de intimidação, depois de coerção, todavia, o remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear a condenação do infrator, ao qual se concede assim uma folga em boa medida tranquilizadora”. BARBOSA MOREIRA, 1979, v. 18, p. 124.

²²⁹Art. 84 do CDC: “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. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz

do CPC de 1973²³⁰), inexistia técnica adequada capaz de permitir a imposição de ordem dirigida a impedir a prática do ato ilícito.

Em que pese a possibilidade prevista pelo ordenamento jurídico, no art. 287 do CPC (redação original)²³¹ de se manejar a ação cominatória para o cumprimento de obrigações envolvendo um fazer ou não fazer, e a inexistência no texto deste dispositivo legal de restrição quanto ao momento de imposição de multa, deve-se salientar que a posição adotada pela jurisprudência na época foi no sentido de que esta apenas poderia ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença de procedência²³². Tal entendimento inviabilizava a função de tutela específica e a prestação de uma tutela mais célebre, fundamental para a prevenção do ilícito.

Em razão disso, face à necessidade de se permitir a antecipação da imposição de um fazer ou não fazer, a fim de suprir a carência de técnica adequada para prevenção do ato ilícito, recorreu-se ao uso da “ação cautelar inominada” (pela possibilidade de se obter liminar), invocando o art. 798 do CPC de 1973²³³, sendo esta empregada de maneira desvirtuada de seus objetivos.

Luiz Guilherme Marinoni refere que “[...] como se desejava apenas a tutela inibitória, utilizava-se a ação “cautelar” de forma distorcida, surgindo o falso problema da dispensa da ‘ação principal’, também conhecido como ‘ação cautelar satisfativa ou autônoma’”²³⁴. “Daí a

determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

²³⁰Previo o art. 461 do CPC de 1973: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

²³¹O art. 287 do CPC de 1973 (redação antes da lei 10444/2002) previa que “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)”.

²³²BARBOSA MOREIRA, 1979, v. 18, p. 28-29.

²³³O art. 798 do CPC de 1973 previa que “além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

²³⁴MARINONI, 2009, p. 88-89.

existência de algumas ações denominadas cautelares que bastavam em si mesmas, despidas, portanto, da instrumentalidade característica dos procedimentos dessa natureza [...]”²³⁵.

Isso se devia ao fato de que, mesmo que o autor tivesse alcançado o fim pretendido com a “ação cautelar”, qual seja o de prevenção, tendo a satisfação de seu direito, ainda assim ele deveria propor uma ação principal, a fim de cumprir o disposto no art. 806 do CPC²³⁶. Essa ação principal era a ação cominatória, prevista no art. 287 do CPC, cuja finalidade consistia exclusivamente em “reafirmar, com base em cognição exauriente, a tutela preventiva já concedida, ou prestar – na hipótese em que a tutela cautelar não houvesse sido deferida, e isto fosse ainda viável em termos concretos – a própria tutela preventiva”²³⁷.

Luiz Guilherme Marinoni salientou a inadequação de utilização da tutela cautelar para prestação da tutela inibitória nos seguintes termos:

A ação cautelar, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero instrumento de outra. Imaginar que a ação inibitória é instrumental exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como instrumento de outra, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma ação cautelar "satisfativa" ou "autônoma", como era chamada antes da reforma de 1994²³⁸.

Barbosa Moreira, também reconhecendo a inaptidão da tutela cautelar para a prestação da tutela preventiva, destaca que:

Mas a tutela cautelar é, por sua própria índole, instável. Ademais, recai-se numa inútil duplicação de processos, quando a rigor bastaria um, se bem estruturado, para compor o litígio. E, afinal, por que se há de dar a título de cautela aquilo que já poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?²³⁹

A tutela cautelar²⁴⁰ não é idônea para a prestação da tutela inibitória, exatamente por apresentarem finalidades distintas. Daniel Mitidiero destaca que a função da tutela cautelar consiste em assegurar o direito a outra tutela ou a outra situação jurídica tutelável, e não o

²³⁵NUNES, 2013, p. 88.

²³⁶Art. 806 do CPC de 1973 previa o seguinte: “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

²³⁷*Op. cit.*, 2012, p. 60-61.

²³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e de remoção do ilícito**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em: 10 out. 2015.

²³⁹BARBOSA MOREIRA, 1979, v. 18, p. 123-124.

²⁴⁰O art. 301 do CPC estabelece que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”.

processo²⁴¹, a fim de possibilitar, em momento posterior, a satisfação do direito acautelado, havendo, portanto, “segurança-para-execução”^{242,243}.

A tutela cautelar busca a “[...] asseguaração dos direitos quando houver perigo de infrutuosidade da tutela do direito à reparação ou ao ressarcimento. Vale dizer: perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”²⁴⁴. Em outras palavras, pressupõe a violação de um direito que deve ser reparado ou reintegrado ao final, visando afastar o perigo de dano que poderia tornar a tutela final infrutífera, não tendo sido assim concebida para inibir o ilícito.

Diferentemente da tutela cautelar, a tutela inibitória tem por fim impedir a prática, repetição ou continuação de ato ilícito, buscando assim resguardar um direito à prevenção (evitar violação), e não à cautela de um direito discutido que já foi violado. Na sua forma antecipada, esta espécie de tutela, portanto, não terá por função a “proteção cautelar de um direito que se teme possa não ser efetiva e adequadamente reparado”, ou seja, “[...] assegurar a satisfação eventual e futura do direito da parte[...].” (tutela assecuratória), e sim a realização concreta do direito da parte, isto é, a prevenção do ato ilícito²⁴⁵ (tutela satisfativa).

As espécies de tutela jurisdicional idôneas à prestação da tutela inibitória são a tutela mandamental e a executiva. A primeira atuará sobre a vontade do demandado (coerção indireta), sendo importante para a efetividade da decisão que depende do cumprimento de um não fazer e um fazer infungível. Por outro lado, a segunda, por atuar sobre o patrimônio e não sobre a vontade do obrigado, é adequada às obrigações de entrega de coisa²⁴⁶.

²⁴¹Diferentemente, defendendo que a tutela cautelar busca tutelar o processo, José Carlos Bedaque utilizando a expressão “tutela cautelar” como gênero refere que “a tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária, pela plausibilidade e pela urgência, o que implica normalmente, a provisoriedade”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Provisória. **Revista Advogado**, v. 35, n. 126, p. 137-142, maio 2015.

²⁴²Ovídio Baptista da Silva destaca que a tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada produzem resultados distintos para a atividade jurisdicional, utilizando para tanto, respectivamente, as expressões “segurança-da-execução” e “execução-para-segurança”, nos seguintes termos: “para compreender melhor a natureza da tutela de simples segurança (cautelar), é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples ‘segurança-da-execução’ ou, ao contrário, seu resultado seja uma ‘execução-para-segurança’. Quem executa para segurança antes de mais nada executa, ao contrário de quem apenas assegura uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo o realiza, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não se teria limitado a obter a segurança do direito litigioso, mas sua satisfação imediata, embora provisória e sujeita a ser confirmada pela sentença final”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56. v. 3

²⁴³MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 27-66, julho, 2011.

²⁴⁴MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 314.

²⁴⁵MARINONI, 2015, p. 46.

²⁴⁶ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Ainda o problema da classificação quinária das tutelas jurisdicionais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 4. n.24, p. 105-107, maio 2008.

Após abordar a questão relativa à inidoneidade da tutela jurisdicional declaratória e da tutela cautelar para a prestação da tutela inibitória, avançar-se-á para a segunda parte do trabalho, ao estudo dos aspectos fundamentais da prova na tutela inibitória, assunto a ser explorado nas próximas seções.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

2.1 O OBJETO DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA. A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ATO ILÍCITO. A IMPERTINÊNCIA DO FATO DANOSO E DO ELEMENTO SUBJETIVO

Retornando à questão da necessidade de separação das categorias do ato ilícito e fato danoso no plano do direito material (tratada na seção 1.1 deste trabalho), é possível constatar que o reconhecimento de tal distinção permite a compreensão do que de fato deve ser debatido e provado para que os direitos possam ser protegidos.

Em decorrência disso, facilmente percebe-se que, quando se está diante de um pedido de concessão de tutela inibitória, o dano e os elementos subjetivos da conduta contrária ao direito a ser praticada pelo réu (dolo ou culpa) devem permanecer excluídos da cognição do juiz. Em outras palavras, o fato danoso e os elementos subjetivos da eventual conduta ilícita do réu não serão objeto de prova nas demandas em que se busca a tutela inibitória.

A fim de elucidar a desnecessidade de produção de prova quanto ao fato danoso e aos elementos subjetivos (dolo ou culpa) da conduta contrária ao direito que pode vir a ser praticada pelo réu, para a obtenção da tutela inibitória, citar-se-á um exemplo envolvendo o Direito de marcas²⁴⁷.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXIX²⁴⁸, garante a proteção à propriedade das marcas. O legislador infraconstitucional, com o objetivo de densificar tal garantia, editou a lei 9279/96, cuja previsão estabelece que, uma vez registrada a marca, o titular da mesma adquire

²⁴⁷Sobre a tutela inibitória no âmbito do direito de marcas, cita-se interessante julgado do STJ em que foi decidido que é possível ao titular do registro de marca, após conceder licença de uso, impedir a utilização da marca pelo licenciado quando não houver observância à nova padronização dos produtos e dos serviços, ainda que o uso da marca tenha sido autorizado sem condições ou efeitos limitadores. Decidiu-se que a não observância dos padrões dos produtos e serviços pelo licenciado para o uso da marca demonstra seu uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização da mesma. A seguir ementa do acórdão: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. LICENÇA DE USO. PROTEÇÃO LEGAL. ALTERAÇÃO CONCEITUAL DA MARCA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO LICENCIADO AOS NOVOS PADRÕES. (...) 3. A marca é mais que mera denominação: traz em si o conceito do produto ou serviço que a carrega; possui feição concorrencial, distinguindo-a dos concorrentes; facilita o reconhecimento e a captação de clientes; diminui o risco para a clientela, que conta com a padronização dos produtos, serviços, atendimento e demais atributos que a cercam. 4. A licença de uso gera o compromisso, ex lege, de o licenciador zelar pela integridade e reputação da marca. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência. 5. A não observância dos padrões dos produtos e serviços pela licenciada para o uso da marca demonstra o uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização (REsp 1.387.244/DF, Terceira Turma, STJ, Relator: João Otávio de Noronha, Julgado em 25/02/2014).

²⁴⁸A redação do XXIX, do art. 5º, da Constituição Federal prevê o seguinte: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

o direito de exclusividade (art. 129) e de zelar pela sua integridade material ou reputação (art. 130, III), a fim de impedir a utilização por outra empresa de marca igual ou similar, bem como a realização de atos que denigram sua imagem ou que impliquem concorrência desleal.

Considerando a legislação acima mencionada, caso haja utilização de determinada marca por alguém que não o seu titular e deste uso decorra prejuízos ao titular da marca²⁴⁹, este poderá buscar uma tutela reparatória. Entretanto, para a obtenção da mesma, será imprescindível a discussão em relação ao dano e dolo ou culpa do agente que deu causa àquele, ou seja, deverá ser provada a presença dos pressupostos próprios da responsabilidade civil.

Por outro lado, caso a intenção do titular da marca seja apenas fazer com que alguém se abstenha de utilizar a sua marca de forma indevida, ou seja, de praticar o ato ilícito²⁵⁰, não importará a discussão e a prova acerca da probabilidade que deste uso indevido decorra um dano, tampouco a intenção do agente ao utilizar a marca de forma indevida. Isso porque existe norma que garante a proteção do direito de exclusividade do uso da marca por seu titular, possibilitando que este busque a tutela inibitória, a fim de impedir a prática de atos violadores ao seu direito de propriedade.

Luiz Guilherme Marinoni, citando exemplo ligado ao Direito do consumidor, refere que, caso se permitisse a alegação e prova do dano, não teria sentido a existência das normas de proteção do Estado, nos seguintes termos:

Ora se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa conduta, ela foi editada justamente porque a sua prática pode trazer danos, e por isso deve ser evitada. Assim, ampliar a cognição das ações inibitória e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que negar a norma jurídica. Em outros termos: caso o réu pudesse negar a norma, afirmando que a sua conduta não produziria dano, a norma não teria significação alguma. Do que adiantaria a norma proibir uma conduta, por entendê-la capaz de produzir dano, se o procedimento judicial abrisse oportunidade à discussão do que foi nela pressuposto? Pense-se, por exemplo, na norma que proíbe a venda de determinado remédio ou produto, reputados nocivos ao consumidor. Caso não existissem ações voltadas a impor a

²⁴⁹Diferentemente, seria a situação em que já tivesse havido violação ao direito de marca do seu titular, entretanto, desacompanhada de dano, porque não seria possível buscar a tutela ressarcitória. Neste caso, seria possível buscar a tutela de remoção do ilícito, já que o uso indevido da marca por constituir ato ilícito deve ser removido antes que cause dano ao seu titular.

²⁵⁰O Direito à marca comercial é um dos direitos que embora tenha conteúdo patrimonial depende para ser adequadamente usufruído da sua não violação por parte de terceiros. Direitos deste tipo não se conciliam com o ressarcimento em pecúnia, visto que o uso exclusivo de determinada marca pode ser determinante para o sucesso de uma atividade. Defendendo a vantagem da tutela inibitória em relação à tutela ressarcitória no tocante ao Direito à marca, Moara França destaca o seguinte: “sabe-se, contudo, que o próprio ressarcimento pode ser impraticável diante da dificuldade em mensurar e quantificar os danos resultantes de uma imitação, falsificação, utilização indevida da marca ou prática de atos que importem concorrência desleal, e ainda em provar o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo infrator e o dano experimentado pelo titular dos direitos sobre a marca”. (FRANÇA, 2008, f. 82).

vontade da norma, sempre seria possível a comercialização de remédio ou produto afirmado nocivo pela legislação. Não existiria nessa perspectiva, ação capaz de inibir ou remover o ilícito, pois o réu sempre poderia apresentar contestação dizendo que tal comercialização não iria trazer danos. Portanto, essas ações seriam reduzidas, no máximo, a uma ação contra a probabilidade de dano. E daí novamente aparecia a pergunta: Qual a razão de ser das normas de proteção?²⁵¹

Sendo assim, quando o ordenamento jurídico consagra uma norma que proíbe ou determina a prática de determinada conduta, a fim de dar tutela a um direito material, bastará, para a obtenção da tutela inibitória, apenas a demonstração pelo autor de que tal norma provavelmente será violada, sendo prescindível a demonstração de que, daquela violação, decorrerá provavelmente um dano. Até porque o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito.

Frise-se, a tutela inibitória não visa evitar o dano, possuindo objetivo diverso, o de evitar a prática, repetição ou continuação do ato ilícito. Por essa razão é que se constata que esse tipo de tutela preventiva não está preocupado com a possibilidade de que de tal violação decorra um dano. Luiz Guilherme Marinoni salienta que “[...] do ponto de vista probatório, é muito mais fácil provar a probabilidade da prática, repetição, ou continuação e ato contrário ao direito, do que a probabilidade de dano.”²⁵²

Além do dano, os elementos subjetivos da eventual conduta contrária ao direito do réu restam também excluídos da cognição da tutela inibitória, em razão de que também não importa para esta tutela saber se o indivíduo que praticará a conduta contrária ao direito agirá com dolo ou culpa. Implica dizer que, se o indivíduo, ainda que sem culpa, estiver na iminência de praticar um ato ilícito, deverá ser deferida a tutela inibitória.

Sérgio Cruz Arenhart refere que “[...] a ideia da culpa só tem sentido e fundamento quando se investiga a situação do dano e, especificamente, para o fim de estabelecer quem é o responsável por aquele dano”.²⁵³

Ademais, também do ponto de vista probatório, deve-se ressaltar a dificuldade que a parte autora apresentaria em provar a culpa do réu pela prática de ato ainda não ocorrido. Em outras palavras, não seria possível antecipadamente valorar elementos subjetivos da conduta²⁵⁴ contrária ao direito que pode vir a ser praticada pelo réu, simplesmente por ela ser futura e eventual, ou seja, não há certeza acerca da sua ocorrência.

Outra questão a ser destacada que demonstra a desnecessidade de provar elementos subjetivos da conduta do indivíduo que pode vir a praticar o ato ilícito diz respeito à

²⁵¹MARINONI, 2013, p. 217-218.

²⁵²*Id.*, 2015, p. 113.

²⁵³ARENHART, 2000, p. 157.

²⁵⁴RAPISARDA, 1987, p. 89.

finalidade em si da tutela inibitória. Ela não busca punir o indivíduo que eventualmente praticará o ato ilícito, mas sim impedir que este ocorra. Dito de forma diversa, a finalidade dessa tutela é a prevenção do ato ilícito e não a imposição de sanção, punição a quem pode vir a praticar o ato ilícito²⁵⁵.

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, a desnecessidade de comprovação dos elementos em questão foi positivada pelo legislador de maneira expressa no parágrafo único do art. 497 do CPC, cuja redação é a seguinte: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Entretanto, apesar da referida previsão, há autores que entendem que o legislador, com tal redação, não vedou a possibilidade para o autor de requerer a produção de provas em relação ao dano e dolo ou culpa do indivíduo que pode vir a praticar a conduta proibida pelo ordenamento jurídico. Márcio Bovino, por exemplo, analisando o termo “irrelevante” presente em tal dispositivo, refere que “[...] a nosso ver acertou o legislador ao permitir que o autor, mesmo sendo desnecessário, opte pela produção da prova da culpa ou dolo e, porque não, da ameaça ou mesmo materialização do dano”²⁵⁶.

Em relação à visão do supracitado autor, pensamos que o termo “irrelevante” constante na redação do dispositivo em questão deve ser interpretado de acordo com a finalidade da tutela inibitória, considerando-se “vedada”, e não “irrelevante” a produção de prova do dano e da culpa em sentido lato, visto que esta não seria uma opção razoável, até porque retardaria a apreciação judicial do pedido do demandante a respeito da concessão da tutela inibitória, algo incompatível, portanto, com a necessidade de limitação da cognição e a urgência exigida por esta tutela preventiva.

Percebe-se que tal entendimento de Márcio Bovino acerca da possibilidade de produção de provas do dano e da culpa do indivíduo que pode praticar o ato ilícito é fruto da não dissociação das categorias do ato ilícito e fato danoso. Tanto é que o referido autor, ao mencionar o debate existente na doutrina em torno da conceituação do ato ilícito puro (disposto no art. 186 do Código Civil), afirma o seguinte:

²⁵⁵RAPISARDA, 1987, p. 89.

²⁵⁶BOVINO, Márcio Lamonica. O desafio da escassez probatória na tutela inibitória preventiva judicial: o que pode mudar com o Novo Código de Processo Civil? In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 891.

Entendemos, neste sentido, inalterado e em harmonia com o NCPC o conceito de ato ilícito puro do Código Civil brasileiro (onde a presença do dolo ou culpa e a ocorrência de dano são elementos indispensáveis), permitindo apenas o manuseio da ação inibitória judicial sem a necessidade da produção da prova (em sua maioria diabólica) da ação ou omissão do agente e da ocorrência de dano da parte lesada²⁵⁷.

Cabe afirmar mais uma vez que ato ilícito é apenas ato contrário ao direito, devendo-se separar no plano do direito material o ato ilícito e o fato danoso, em razão de que o dolo e culpa e existência de dano são elementos que dizem respeito exclusivamente à imputação da responsabilidade civil. É imprescindível que, a partir da vigência do novo CPC, o art. 186 do Código Civil deva ser necessariamente lido à luz do art. 497, parágrafo único, para se chegar a um conceito de ato ilícito no Direito Brasileiro. Tal dissociação é importante para o fim de que as partes possam conhecer o que deve ser provado.

Sendo assim, caso haja requerimento pelas partes no tocante à demonstração do dano temido ou dolo ou culpa, o juiz deverá indeferir a produção de qualquer prova nesse sentido, em virtude de sua impertinência ao processo, em conformidade com o art. 370 do CPC. Tal limitação da cognição – que é restrita ao ato ilícito em si, cuja ocorrência busca-se impedir – é plenamente legitimada pela necessidade de dar efetividade, atuação às normas de proteção do Estado.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, com relação à tutela inibitória, são taxativos na seguinte afirmação:

[...] não participam da causa de pedir, da defesa, da prova, da sentença – vale dizer, não integram o debate processual, não compõem o mérito da causa – alegações concernentes ao fato danoso temido ou eventualmente ocorrido, bem como atinentes à existência de dolo ou culpa do demandado²⁵⁸.

Após verificar que restam excluídos do objeto da prova na tutela inibitória o dano e os elementos subjetivos do eventual ato contrário ao direito a ser praticado pelo réu, passar-se-á à prova do fato temido, assunto a ser estudado na seção seguinte.

2.2 O OBJETO DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA. A TUTELA INIBITÓRIA COMO TUTELA CONTRA O ATO ILÍCITO. A PROVA DO FATO TEMIDO

No sistema processual civil tradicional²⁵⁹, cujo alicerce encontra-se na tutela

²⁵⁷BOVINO, 2015, p. 890-891.

²⁵⁸MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 504.

²⁵⁹“O direito liberal clássico – onde o processo civil que ainda repercute sobre nós foi elaborado –, além de eminentemente patrimonialista, era preocupado com a rígida delimitação dos poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares. Por esta razão, tal direito não se preocupou com a tutela

repressiva, ou seja, tutela posterior à violação de direito, concebido para atender a situações do passado, a atividade probatória das partes está voltada a possibilitar ao juiz a reconstrução histórica dos fatos.

O juiz, por sua vez, aplicava aos referidos fatos a regra jurídica abstrata prevista pelo ordenamento jurídico (juízo de subsunção), posteriormente, extraindo a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizado pelo legislador²⁶⁰.

Não é por outra razão que a prova²⁶¹, nesse contexto, só poderia recair sobre afirmações concernentes a fatos²⁶², portanto, já ocorridos. Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero destacam que:

Na perspectiva probatória, em geral, o fato é algo passado, algo já sucedido quando chega ao processo, e por isso, não poucas vezes também é denominado fato histórico, situando-se dentro de um eixo de coordenadas temporais e espaciais, a uma determinada distância do tempo e lugar em que terá efeito sua reprodução, por meio de prova²⁶³.

Entretanto, quando se está diante de um sistema processual moderno²⁶⁴ que tem por objetivo a concessão não apenas de tutela repressiva ao jurisdicionado, mas também de tutela preventiva, a atuação do mesmo passa a ser dirigida não apenas a remediar violações de direito já ocorridas, mas também a obstar a ocorrência do ato ilícito.

Isso porque, nesse sistema processual, cuja finalidade é a tutela dos direitos²⁶⁵, a meta

genuinamente preventiva (inibitória) e as suas sentenças não foram moldadas para propiciá-la, até porque, para tanto, o juiz deveria contar com o poder de constringer a vontade do demandado a um não fazer, o que, segundo a concepção reinante à época, constituiria um atentado contra a liberdade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Inibitória (a diferença entre segurança e prevenção). In: CIANCI, Mirna et al. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 514-515).

²⁶⁰ARENHART, 2003, p. 235.

²⁶¹Conforme a redação do art. 369 do CPC “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

²⁶²Michele Taruffo explica que a prova recai não sobre fatos, mas sobre enunciados acerca de fatos. Nas palavras do autor: “Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio”. TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

²⁶³ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 59. v. 2

²⁶⁴Tal modelo de processo civil é o do Estado Constitucional que “não é indiferente às necessidades dos *novos direitos* e daquelas posições jurídicas que não podem ser bem tuteladas senão pela *tutela específica* – que muitas vezes demandam *tutela preventiva* para sua realização”. (MITIDIERO, 2014, p. 110).

²⁶⁵MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 51-74, mar. 2014. ; MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes**

prioritária consistirá em fornecer técnicas processuais (técnica antecipatória, executiva, dentre outras) capazes de evitar a lesão a direitos, principalmente daqueles que não podem ser apreciáveis economicamente (meio ambiente, saúde, personalidade, dentre outros), a fim de garantir, portanto, a fruição da integridade do direito por seu titular.

Nessa linha, não é demais trazer o ensinamento de Teori Zavascki, que afirma que o processo, enquanto instrumento que busca a realização de direitos, “[...] somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas”²⁶⁶.

Consequentemente, neste sistema moderno, em que se busca a prevenção da violação de direito, o foco no que diz respeito à prova não estará obviamente nos fatos já ocorridos, mas sim na obtenção de um prognóstico acerca de um fato que, apesar de ainda não ter ocorrido, provavelmente ocorrerá.

Sendo assim, a prova a ser produzida e valorada só poderá ser a prova do fato temido, cuja obtenção se dará mediante um juízo indutivo²⁶⁷.

Além disso, levando-se em consideração que a tutela inibitória tem atuação voltada para a provável ocorrência de um ato ilícito no futuro, não se pode imaginar a existência de prova direta que aponte seguramente para o fato de que a ameaça ao direito efetivamente irá concretizar-se. Por essa razão é que a prova, nesse tipo de tutela, recairá sobre fato indiciário, sendo capaz apenas de indicar a provável ocorrência do ato ilícito.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao citarem um exemplo envolvendo a ameaça de direito à honra, demonstram de forma clara a impossibilidade de se adquirir certeza quanto à realização efetiva do ato temido, obviamente por tratar-se de questão atinente à prática de um ato futuro. Nas palavras dos autores:

Suponha-se a situação de alguém que teme a violação do seu direito à honra e, assim, proponha ação inibitória e requeira tutela antecipada inibitória, que reste concedida para proibir a ré de divulgar determinada notícia. E ainda que, atendida a ordem judicial, a ré apresente contestação afirmando que jamais cogitou de veicular tal notícia. Seria possível dizer que houve, nesse caso, reconhecimento da

Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 25.

²⁶⁶ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

²⁶⁷Destacando o tipo de raciocínio judicial a ser empregado em ações envolvendo a tutela inibitória, Gioconda Pitt afirma o seguinte: “Cumprido destacar que, em tal caso, o raciocínio a ser utilizado pelo julgador não será abduutivo, pois o resultado ainda não aconteceu. A tutela inibitória visa justamente prevenir que o ato ilícito aconteça. É tutela voltada ao futuro de modo que não cabe remontar a sua causa. O raciocínio, daí, será indutivo”. PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil**. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. f.148.

procedência do pedido? Como saber se a ré não divulgou a notícia em função da efetividade da tutela antecipada ou porque jamais pretendia divulgar a notícia?²⁶⁸

Na mesma linha, Luciane Tessler refere que “fala-se em probabilidade porque, em se tratando de tutelas preventivas, nunca se poderá provar que no último instante o agente não irá desistir da conduta”. A autora acrescenta ainda que “[...] a certeza, assim como a verdade, como dito, consiste em conceito elaborado por paradigma já transposto. Por isso fala-se em ameaça de violação como objeto de prova da ação inibitória”²⁶⁹.

Deve-se ressaltar, então, que a prova não será de que um fato futuro ocorrerá, até porque não é possível que a prova tenha por objeto um fato que ainda não ocorreu; diferentemente, o que se demonstrará é a probabilidade de ocorrência desse fato futuro que se dará por meio de um fato no passado²⁷⁰.

É possível afirmar que, nas ações em que se busca a tutela inibitória, não haverá a formação de um juízo acerca de um fato ocorrido, ao contrário, haverá a formação de um juízo acerca da probabilidade da prática do ato ilícito.

Em razão do exposto, é necessário frisar que a cognição nas ações judiciais em que se busca a tutela inibitória terá por objeto dois elementos: a probabilidade da ocorrência de um ato (ameaça) e a sua ilicitude²⁷¹. Ressalta-se, mais uma vez, que fica dispensada da cognição judicial a prova do dolo ou culpa do agente, bem como do dano.

A ilicitude do ato temido é elemento que pode facilmente ser demonstrado pelo autor, por se tratar de questão de direito. Basta a constatação de que a conduta descrita por ele, a ser praticada pelo réu, viola previsão legal.

Em relação à ilicitude do ato temido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart referem que:

[...] a noção de ilicitude ou não de certa conduta é juízo de valor, que depende, em regra, da mera comparação do ato afirmado com o ordenamento jurídico. Vale dizer: o conceito de ilicitude se extrai da comparação da conduta (ainda que hipotética) com as regras existentes no ordenamento jurídico, as quais qualificam as condutas como lícitas ou ilícitas. Por essa razão, a afirmação da ilicitude da conduta, normalmente, não dependerá de prova, reduzindo-se, no mais das vezes, à análise de uma questão de direito que obviamente não depende de prova²⁷².

Diferentemente da ilicitude do ato temido, a probabilidade da ocorrência do ato é o elemento da cognição judicial cuja prova “na maioria das vezes, configura-se como o maior

²⁶⁸MARINONI; ARENHART, 2015, p. 268.

²⁶⁹TESSLER, 2004, p. 308.

²⁷⁰MARINONI, Luiz Guilherme. A prova na ação inibitória. *Revista Jurídica*, v. 294, p. 7-15, abr. 2002.

²⁷¹NUNES, 2013, p. 105.

²⁷²MARINONI; ARENHART, 2015, p. 272.

entreve do requerente para obter o convencimento do juízo²⁷³, podendo-se acrescentar que tal problema se agrava principalmente naqueles casos em que se busca a tutela inibitória na sua forma pura.

Com relação ao primeiro elemento da cognição judicial no âmbito da tutela inibitória, ou seja, probabilidade de ocorrência de um ato (ameaça), Milena Fório destaca que:

Esta ameaça deve ser séria e baseada em atos realizados ou em curso que levem 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 indícios²⁷⁴.

No mesmo sentido, Joaquim Spadoni refere que a ameaça em questão pode restar configurada por meio da demonstração de atos em curso ou já perpetrados pelo réu que “[...] indicam, de forma razoável, uma futura violação do direito do autor, sejam esses atos preparatórios, sejam atos anteriormente praticados, e cuja probabilidade de continuação ou repetição é evidenciável.”²⁷⁵.

Sérgio Cruz Arenhart destaca a grande dificuldade a ser enfrentada pelo autor no que diz respeito à prova da ameaça para fins de obtenção da tutela inibitória, referindo que “[...] nos moldes tradicionais com que os tribunais brasileiros estão acostumados a lidar com o tema, pode acarretar significativa diminuição em seu campo de cabimento, senão sua falência [...]”²⁷⁶.

Sérgio Cruz Arenhart justifica a supracitada afirmação amparado em três argumentos: 1) “a prova da ameaça é, em geral, muito subjetiva, calcada em dados internos à pessoa (tanto àquele que a sente, como àquele que efetivamente causa o temor)”; 2) “a exteriorização dessa ameaça não deixa vestígios idênticos àqueles deixados pelo dano, por exemplo, que tem fontes de prova evidentes, diretas e seguras”; e 3) “a prova da ameaça se liga a fato futuro, ainda não acontecido (a efetiva lesão), e é da lógica que não se pode *provar* (senão apenas *prever*) o que ainda não se concretizou”²⁷⁷.

A prova da ameaça de violação ao direito é questão frequentemente discutida em sede de mandado de segurança preventivo e interdito proibitório. Em sede das referidas ações

²⁷³FÓRIO, *passim*.

²⁷⁴*Ibid.*

²⁷⁵SPADONI, 2007, p. 51.

²⁷⁶ARENHART, 2003, p. 230.

²⁷⁷ARENHART, 2003, p. 230, grifos do autor.

preventivas, a doutrina e jurisprudência²⁷⁸ tem adotado como critério para a configuração da ameaça, que esta seja “objetiva e atual”²⁷⁹. Esse critério utilizado para as ações em que se busca a tutela preventiva específica é norteador para a configuração da ameaça de violação a direito em ações em que se busca a tutela inibitória genérica.

Segundo Eduardo Talamini, a ameaça será “[...] objetiva no sentido de que não é qualquer temor, derivado da simples insegurança psicológica do titular do direito, que autoriza a proteção preventiva [...]”. A ameaça será atual “[...] porque a transgressão deve ser iminente²⁸⁰ e não prevista para um futuro remoto.”²⁸¹.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a ameaça será “[...] objetiva quando real, ou seja, traduzida por atos e fatos, e não meras suposições; e será atual quando exista no momento em que a tutela é pedida.”²⁸².

Tratando especificamente da questão da configuração da ameaça em sede de mandado de segurança preventivo, para o atendimento do requisito “justo receio de sofrer violação a direito líquido e certo”²⁸³ previsto em lei, Sérgio Ferraz refere que, para este remédio cumprir a sua função de evitar ilegalidades e arbitrariedades, a ameaça de concretização deve ser “palpável e próxima no tempo”. Refere, ainda, “daí a correta rejeição do remédio, quando o ato ou omissão administrativa não se encontra, em si, indiciariamente esboçado”²⁸⁴.

Luciane Tessler destaca que “[...] a ameaça, para ser causa de pedido da ação

²⁷⁸ A seguir trecho de uma decisão proferida em mandado de segurança: “Desse modo, o mandado de segurança pode ser impetrado para corrigir lesão a direito líquido e certo ou para evitar tal lesão, nos casos em que houver justo receio de sofrê-la, sendo que o cabimento de mandado de segurança preventivo exige muito mais do que um mero receio subjetivo da lesão a um direito, mas sim a existência de uma ameaça real, plausível, concreta e objetiva, traduzida em atos da Administração preparatórios ou ao menos indicativos da tendência da autoridade pública a praticar o ato ou a se omitir deliberadamente quando esteja obrigada a agir”. (STJ, primeira seção, MS 20.293/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/09/2015).

²⁷⁹ A expressão “objetiva e atual” constou de declaração aprovada no Congresso Internacional de Direito Comparado, Bruxelas, 1958, favorável à instauração de uma tutela preventiva em todos os países.

²⁸⁰ Em posição diversa a de Eduardo Talamini, o autor Joaquim Spadoni sustenta que a iminência da lesão, a brevidade da realização do ato ilícito temido para a concessão da tutela inibitória “é requisito para a concessão da medida liminar, da tutela inibitória antecipada e provisória. Para a tutela definitiva, concedida em decisão final, basta a atualidade da concreta ameaça da violação, basta a *probabilidade* – e não mera possibilidade – de o ato ilícito ser, no futuro, praticado, fato este a ser demonstrado no transcorrer da fase instrutória do processo”. (SPADONI, 2007, p. 53). No mesmo sentido, Márcio Carpena justifica seu entendimento, nos seguintes termos: “é que não se pode admitir, sob pena de se cometer grave erro, que o requerente seja carente de medida enquanto o dano não se aproximar, devendo esperar que isso ocorra para, então, correr às pressas ao Poder Judiciário pedindo proteção. Na realidade, o que importa para o deferimento da tutela de prevenção é a probabilidade de transgressão do dever de conduta exigível, seja isso agora ou daqui a algum tempo”. CARPENA, 2003, p. 179.

²⁸¹ TALAMINI, 2003, p. 224-225.

²⁸² GRINOVER, 1981, p. 112.

²⁸³ Previsto no art. 1º da lei 12. 016/2009, cuja redação é a seguinte: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

²⁸⁴ FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 95.

inibitória, deve caracterizar mais que a mera intimidação do sujeito, há que, efetivamente ser idônea para concretizar a violação”. Por tal razão, ainda que exista promessa por parte do réu concernente à futura prática de ato ilícito, esta, por si só, não será capaz de configurar no caso concreto a probabilidade de ocorrência da violação. A fim de demonstrar tal afirmação, a autora traz o seguinte exemplo extraído do Direito Ambiental:

Imagine-se a hipótese de uma indústria que iniciará suas atividades produtivas sem ter instalado um filtro antipoluição. Perfeitamente justificável que os vizinhos sintam-se atemorizados, mas, eventualmente, pode restar demonstrado que o vapor emitido pela chaminé não seja poluidor. Diante da ineficácia absoluta do meio empregado para gerar poluição, não se pode falar em ameaça, pois, muito embora presente a intimidação, não existe a probabilidade de ocorrer o ilícito²⁸⁵.

Semelhante critério para aferição da ameaça de violação a direito em sede de mandado de segurança é utilizado no sistema da *common law* para a concessão de *injunctions* (*quia timet*) para os casos, portanto, em que se busca evitar a prática do ato ilícito. Sobre o assunto, Aldo Frignani, amparado pela lição de De Funiak, destaca que deve haver uma probabilidade razoável de violação (*reasonable probability*), não sendo suficiente a mera possibilidade de violação (*mere possibility*)²⁸⁶.

Comentando o critério utilizado para a concessão das referidas *injunctions*, Aldo Frignani afirma:

*Naturalmente, secondo un approccio che nel mondo della common law diventa peculiare, sarà il giudice a valutare caso per caso la ragionevolezza del «timore» che un illecito venga commesso, in quanto non esistono nè nella legge scritta (statues) nè nella common law, norme da cui possa ricavare, in via generale ed aprioristica, una definizione della reasonable probability*²⁸⁷.

A identificação do objetivo da tutela inibitória pretendida – se destinada a impedir a repetição, impedir a continuação ou não havendo ilícito anterior, impedir a prática do ato ilícito–, é importante para que o autor tenha conhecimento do que efetivamente é necessário provar para que ele obtenha a concessão da tutela preventiva.

A prova produzida pelo autor nas ações judiciais em que se busca a concessão da tutela inibitória para evitar a repetição ou continuação de ato ilícito, ou seja, quando este já foi praticado ou iniciado, terá por objeto a demonstração da ocorrência de um fato no passado

²⁸⁵TESSLER, 2004, p. 309.

²⁸⁶FRIGNANI, 1974, p. 205.

²⁸⁷Tradução livre: “Naturalmente, segundo uma abordagem que no mundo da *common law* a torna peculiar, caberá ao juiz avaliar caso a caso a razoabilidade do ‘temor’ que um ilícito venha a ser cometido, já que não existem nem na lei escrita (*statues*) nem na *common law*, normas de onde se possa retirar, em via geral e apriorística, uma definição da *reasonable probability*”(FRIGNANI, 1974, p. 205).

que seja capaz de indicar a provável repetição ou continuação de tal ato contrário ao direito.

Por outro lado, nas ações em que se pleiteia a inibitória²⁸⁸ e não se constata a execução de nenhum ato ilícito anterior, a demonstração da existência de ameaça de prática de ato contrário ao direito recairá sobre atos preparatórios praticados pelo demandado que sejam indicativos da probabilidade de ocorrência do ato contrário ao direito.

Luiz Guilherme Marinoni, referindo-se às ações em que se busca a tutela inibitória pura ou genuína e à complexidade enfrentada no tocante à produção de provas²⁸⁹, refere que nelas “[...] não é possível ao menos indicar ilícito de igual natureza ao temido. Somente é viável demonstrar fato de natureza completamente diversa, que ainda não constitui ilícito, mas, ainda assim, é sinal de que o ilícito provavelmente ocorrerá [...]”²⁹⁰.

Leonardo Nunes, trazendo como exemplo uma ação em que se busca a tutela inibitória pura para impedir a prática de ato ilícito consistente na disponibilização ao mercado de gênero alimentício perecido, explica que “[...] o anúncio de preços na mídia poderia não representar qualquer ato ilícito, embora seja ato preparatório inequívoco da disponibilização de alimentos impróprios ao consumo humano.”²⁹¹.

Por outro lado, a prova no âmbito da tutela inibitória será facilitada nos casos em que o réu, apesar de não negar que praticará um ato, afirma que este não terá a natureza ou extensão do ato proibido pela norma²⁹².

Isso se deve ao fato de que, nas ações em que se busca impedir a repetição ou continuação do ato ilícito, bastará apenas verificar se o ato anteriormente praticado se enquadra ou não na proibição legal. Já quando se tratar de ações em que se visa obstar a prática de um ato ilícito, quando nenhum ato da mesma natureza foi cometido, haverá a necessidade de se apurar se a realização do ato pretendido é vedado pela norma legal²⁹³. Em outras palavras, o objeto da prova será limitado a confrontar a narração do ato temido com o

²⁸⁸Leonardo Nunes refere que “o ponto crucial dessa modalidade de ação inibitória reside na dificuldade do estabelecimento da prova, que se dá pelo fato de que os argumentos do autor levam ao conhecimento do juízo um temor de provável ofensa a direito, sem, no entanto, apresentar fatos concretos que indiquem a configuração inequívoca do ilícito. A tarefa judicial será por demais árdua, portanto ainda não disporá o juiz de nenhum ato concreto que importe ilicitude, mas unicamente a sua probabilidade”. (NUNES, 2013, p. 94).

²⁸⁹Nesse sentido, Leonardo Nunes estudioso da tutela inibitória coletiva afirma que “haverá casos de ausência de um grau apurado de segurança daquilo que particularmente se extrai da prova, na demanda preventiva. A hesitação deve ser sopesada, considerando-se a fragilidade do bem jurídico tutelado, cuja natureza sugere um cuidado especial. Dado o caráter não patrimonial da maior parte dos direitos coletivos, a tutela jurisdicional repressiva, de conteúdo reparatório-compensatório, não se apresentaria adequada. Tal característica há de ser levada em conta no momento da apreciação da prova”. (NUNES, 2013, p. 106).

²⁹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção judicial na tutela do meio ambiente. **Revista de Direito ambiental**, v. 17, n. 68, p. 181-198, out/dez 2012.

²⁹¹*Op. cit.*, 2013, p. 106.

²⁹²MARINONI, 2002, p. 9-10.

²⁹³*Ibid*, p. 9-10.

direito invocado, com o intuito de apurar se a conduta é vedada ou permitida pelo ordenamento jurídico.

Nos supracitados casos, portanto, em que há discordância por parte do réu apenas no tocante à natureza do ato por ele a ser realizado no futuro, ou seja, quando se sustenta que tal conduta não representa ato contrário ao direito, a prova não terá por objetivo demonstrar um fato indiciário que demonstre a probabilidade de realização de um ato ilícito, diferentemente, recairá apenas sobre a ilicitude do ato temido.

Identificado o objeto da prova na tutela inibitória, torna-se importante destacar o tipo de convicção judicial exigido para a concessão da referida tutela preventiva, tanto na sua forma final, quanto antecipatória.

Primeiramente, considerar-se-á a hipótese de concessão da tutela inibitória final, ou seja, ao término do processo. Nos casos em que o jurisdicionado tem por objetivo obstar a repetição ou continuação do ato ilícito, em que se constata, portanto, a existência de um ilícito já perpetrado ou iniciado no passado, a convicção judicial exigida para a concessão de proteção ao direito material daquele será a convicção de verdade em relação ao fato passado, isto é, em relação ao fato indiciário e à ilicitude do mesmo. Por outro lado, será suficiente a convicção de verossimilhança no tocante à presunção que incidirá sobre o fato temido (isto é, presunção decorrente da ligação entre a prova do fato passado e o fato futuro)²⁹⁴.

Da mesma forma, quando o autor buscar a concessão da tutela inibitória final na sua forma genuína, ou seja, a fim de evitar a prática do ato ilícito ainda não praticado, quando existem apenas atos preparatórios ou fatos que indiquem a probabilidade de ocorrência do ato ilícito, a convicção exigida com relação aos mesmos, e em relação à ilicitude do fato temido, será a convicção de verdade. A convicção judicial de verossimilhança será suficiente apenas para a referida presunção formada a partir do fato indiciário²⁹⁵.

É facilmente constatável a necessidade de se buscar, não raras vezes, a tutela inibitória na sua forma antecipatória, nos casos em que a urgência e, portanto, o risco de ameaça a direito, impõem a concessão desta tutela preventiva para a proteção do direito material, antes mesmo do término do curso do processo. São situações em que a tutela inibitória apenas será efetiva na prevenção contra o ilícito se for concedida antecipadamente.

Nas supracitadas situações em que direito material, para não ser violado, antes de uma decisão judicial final, demanda a concessão da tutela inibitória de forma antecipada, será exigida apenas a convicção judicial de verossimilhança e não a convicção de verdade, tanto

²⁹⁴MARINONI; ARENHART, 2015, p. 373.

²⁹⁵*Ibid*, p. 374.

nas ações judiciais em que se busca impedir a repetição ou continuação do ato ilícito, quanto naquelas em que se visa afastar a ocorrência de um primeiro ato ilícito²⁹⁶.

Haverá, portanto, nas primeiras ações judiciais, convicção de verossimilhança não apenas no tocante à presunção formada a partir do fato passado, mas também em relação a este (fato indiciário) e à sua ilicitude. Na mesma linha, no tocante às ações em que se busca a tutela inibitória na sua forma pura, restará a possibilidade de se alcançar a convicção judicial de verossimilhança não apenas em relação à referida presunção, mas também em relação aos atos preparatórios e à ilicitude do fato temido²⁹⁷.

Após abordar a questão relacionada à prova do fato temido, tratar-se-á, na seção seguinte, da admissão da prova indiciária para obtenção da tutela inibitória.

2.3 A ADMISSÃO DA PROVA INDICIÁRIA PARA A OBTENÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Nas ações em que se busca a tutela inibitória, a prova, como já referido, terá por objeto a demonstração da probabilidade de ocorrência de um ato ilícito. Em decorrência disso, todo e qualquer fato que diga respeito ao futuro apenas poderá ser um fato indiciário, ou seja, fato que possa indicar, por meio de uma presunção, a provável prática de ato contrário ao direito.

E, sendo assim, para que as presunções sejam admitidas nas demandas em que se pleiteia a tutela inibitória, será necessário apurar se o fato que se busca demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito da tutela preventiva²⁹⁸.

Considera-se pertinente o fato indiciário quando este apresenta relação direta com o ato ilícito temido que se busca evitar com a tutela inibitória. Caso tal relação se mostre inexistente, portanto, deverá ser indeferida a prova indiciária, visto que a eventual demonstração do fato indiciário não forneceria nenhuma convicção quanto à provável ocorrência do ato ilícito²⁹⁹.

De igual forma, também deverá ser indeferida a prova indiciária quando o meio de prova que a parte pretende utilizar para a demonstração do fato conhecido seja inadequado, por exemplo, quando ela deseja provar por um meio diferente daquele específico exigido para

²⁹⁶MARINONI; ARENHART, 2015, p. 374.

²⁹⁷*Ibid*, p. 374.

²⁹⁸MARINONI, 2002, p. 13.

²⁹⁹*Ibid*, p. 13.

tanto³⁰⁰. Caso não seja indeferida a prova, tal demonstração comprometerá a validade da presunção, em razão de que “[...] o silogismo de inferência será inadequado, porque há vício na prova do fato-origem (secundário) do raciocínio.”³⁰¹.

Conforme já mencionado, para a admissão da prova indiciária e formação da presunção judicial, além do fato conhecido necessitar ser pertinente, ainda deverá ser relevante. Será qualificado como tal o fato indiciário que puder evidenciar, uma vez demonstrado, a probabilidade de ocorrência do ato temido, de forma a influir, portanto, no julgamento da causa³⁰².

Consequentemente, o juiz indeferirá a prova indiciária da qual se busca obter a presunção se constatar que, mesmo que se tenha este fato como existente e demonstrado, dele não seja possível extrair como consequência natural a existência do fato a ser provado.

Danilo Knijnik destaca que, para que o fato desconhecido (fato indiciário) possa ser provado por presunção simples, “[...] não basta apresentar-se como consequência possível ou mais ou menos provável do fato conhecido. A mera possibilidade de ocorrência de um certo fato não pode ser considerada suficiente para reputá-lo ocorrido.”³⁰³.

Sendo assim, é imprescindível “[...] não apenas que o fato ignorado esteja no âmbito das consequências possíveis, mas em grau de probabilidade tal, que induza o convencimento racional de que o fato desconhecido tenha efetivamente ocorrido.”³⁰⁴.

Adaptando a supracitada posição em relação à prova indiciária para a formação da presunção judicial, a fim de buscar a tutela inibitória, pode-se afirmar que do fato indiciário se deve extrair a conclusão de forma suficientemente segura de que deste, não possivelmente, mas provavelmente, decorrerá o ato temido, ou seja, o ato contrário ao direito.

Alvaro de Oliveira sustenta que o raciocínio desenvolvido pelo juiz para a formação das presunções deve cumprir determinados requisitos, sem os quais não pode ser considerado válido³⁰⁵. O primeiro requisito apontado pelo autor diz respeito à “[...] existência de conexão precisa e direta entre o fato conhecido e desconhecido.” Já o segundo consiste no fato de que

³⁰⁰O art. 230 do CC proíbe o emprego de presunções nos casos em que a lei exclua a prova testemunhal. O art. 401 do CPC de 1973, por sua vez, vedava o uso da prova exclusivamente testemunhal para os contratos superiores a dez salários mínimos, consequentemente, não cabia a prova indiciária neste tipo de situação. Entretanto, tal regra não foi repetida no novo CPC, sendo assim, a prova indiciária apenas estará vedada nas situações de fatos já provados por documento ou confissão, ou quando a lei determine o meio de prova específico documental ou pericial para demonstração do fato, em conformidade com o que está previsto, respectivamente, nos incisos I e II do art. 443 do CPC.

³⁰¹MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 296, v.2.

³⁰²MARINONI, 2002, p. 13.

³⁰³KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49.

³⁰⁴*Ibid*, p. 49.

³⁰⁵ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Presunções e Ficções no Direito Probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011.

o indício, ou fato conhecido, “[...] deve conduzir necessariamente ao fato desconhecido³⁰⁶. De tal sorte, se o fato desconhecido pode ter multiplicidade de causas, ou ser causa de muitos efeitos, o indício perde força e impede o emprego da presunção [...]”. Por fim, o autor ressalta a importância da prova do fato se basear em mais de um indício³⁰⁷, frisando que caso seja único, ele deverá exibir valor probatório elevado³⁰⁸.

Luiz Guilherme Marinoni refere ser possível constatar situações em que o “[...] fato essencial pode decorrer do fato indiciário, mas também pode decorrer de um outro fato [...]”, ou seja, que “[...] o fato indiciário, uma vez demonstrado, pode auxiliar para demonstrar o fato essencial, mas também pode apontar para outro fato [...]”, defendendo que nestes casos não deverá ser indeferida a prova indiciária para formação da presunção judicial, visto que esta, em que pese tenha a credibilidade mais reduzida, poderá, somada a outra presunção, auxiliar na formação de um juízo de procedência da ação³⁰⁹.

Em outros termos, a circunstância da demonstração do fato indiciário não conduzir apenas à conclusão acerca da existência do fato principal não é motivo para a inadmissão da prova indiciária para formação da presunção. Tal situação, entretanto, deverá ser considerada no âmbito da valoração da presunção para formação do juízo de mérito acerca da procedência da ação.

Em decorrência disso, a doutrina sustenta que a força probatória do indício será diretamente proporcional à conexão lógica existente entre este e o fato a ser provado. Nesse sentido, Hernando Devis Echandía destaca que “[...] la mayor o menor fuerza probatoria del indicio, depende del mayor o menor nexo lógico que existe entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar.”³¹⁰.

Nessa linha, Francisco Rosito frisa que “[...] naturalmente a formação e a força probante da presunção dependem da qualidade dos indícios verificados, dado que consistem

³⁰⁶Nesse sentido, Marina Gascón Abellán destaca que o indício deve ser unívoco ou preciso. “É unívoco ou preciso o indício que conduz necessariamente ao fato desconhecido; é pelo contrário equívoco quando pode ser devido a muitas causas, ou ser causa de muitos efeitos”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 155.

³⁰⁷Com relação à pluralidade de indícios, Marina Gascón Abellán refere que este critério parece lógico ao menos por duas razões: primeiro, é uma maneira de evitar o risco de que baseado em um único dado, que, como já se tem dito, é essencialmente equívoco, se estabeleça uma conclusão errônea; segundo, porque o procedimento indiciário ou de prova indireta é indutivo, porque seu resultado é de mera probabilidade, de maneira que quanto mais indícios apoiem este resultado mais confiável será. (GASCÓN ABELLÁN, 1999, p. 152).

³⁰⁸ALVARO DE OLIVEIRA, 2011, p. 19.

³⁰⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Simulação e Prova**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files/_SIMULAÇÃO-E-PROVA1.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2015.

³¹⁰Tradução livre: “A menor ou maior força probatória do indício, depende do maior ou menor nexo lógico que existe entre aquele e o fato desconhecido”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría General de la prueba judicial**. Tomo II. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988. p. 637.

no fundamento dessas ilações, a fim de que possam formar a convicção judicial.”³¹¹.

Sérgio Covello refere que “[...] para que seja fonte segura da presunção, é preciso que o indício seja evidente ou que esteja devidamente provado, sob pena da presunção quedar infrutífera.”³¹².

Maria Thereza Moura salienta que “A força probante dos indícios deriva da prudente apreciação do juiz, que está obrigado a expor, de maneira exaustiva e convincente, por meio da motivação, o seu convencimento.”³¹³.

Após tratar da necessidade de admissão da prova indiciária para a obtenção da tutela preventiva, passar-se-á à admissão das presunções no raciocínio probatório para a obtenção da tutela inibitória, assunto a ser estudado na seção seguinte.

2.4. A ADMISSÃO DAS PRESUNÇÕES NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO PARA OBTENÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Como é possível perceber, o fato temido que se busca impedir – tanto nas ações em que se busca prevenir a repetição ou continuação do ilícito, quanto nas que se visa afastar a ocorrência do mesmo – é um fato futuro. Isso porque a tutela inibitória tem por essência a atuação antecipada à lesão ao direito, objetivando evitar, assim, a concretização do fato temido.

Em razão disso, constata-se que todo e qualquer fato que diga respeito ao futuro apenas poderá ser um fato indiciário ou indicativo de uma provável ocorrência de ato

³¹¹ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 97.

³¹²COVELLO, Sérgio. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 98.

³¹³MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 88. Danilo Knijnik aponta as três teorias para valoração dos indícios (que apresentam como ponto de partida o art. 192, II, do CPP e do art. 2729 do CC italiano, que exige precisão, gravidade e concordância dos indícios): 1) teoria tradicional; 2) teoria eclética ou mediana; e 3) teoria da múltipla conformidade. A teoria tradicional defende que cada indício tem isoladamente de ser preciso (“deve ser certo e deve estar provado de maneira rigorosa”), grave (a regra de experiência deve extrair do indício “um número relativamente restrito e preciso de consequências”) e concordante (a multiplicidade de indícios devem dirigir-se a um único resultado) levando cada um, isoladamente, à certeza do fato desconhecido. Para a teoria eclética a valoração dos indícios ocorre em momentos distintos, inicialmente se analisa o indício individualmente (a gravidade e precisão) e posteriormente, se analisa o conjunto dos mesmos em termos de concordância. Tal teoria rejeita a possibilidade de formação do juízo amparado apenas em um indício, ainda que grave e preciso, sendo necessária a pluralidade de indícios para realizar um juízo de concordância. Diferentemente, para a teoria da múltipla conformidade, a prova indiciária deve ser valorada não de forma individual, mas de forma global e unitária, devendo os indícios serem graves, precisos e concordantes, sempre no seu conjunto. O autor destaca que “não há razões materiais para impedir o juiz de proceder a uma avaliação que se poderia denominar ‘conglobante’ na apreciação dos indícios: mesmo que falte o requisito da gravidade para cada peça indiciária, o julgador poderá supri-la mediante a combinação de todos os elementos disponíveis, desde que concordantes entre si e conducentes à certeza exigida segundo o modelo de constatação aplicável [...] o processo civil recepciona a múltipla conformidade”. (KNIJNIK, 2007, p. 50-56).

contrário ao direito. A prova, nesse sentido, estará voltada a demonstrar a probabilidade de ocorrência de um fato futuro, abandonando-se a concepção tradicional de que a prova está voltada apenas à reconstrução de fatos passados.

Consequentemente, para viabilizar a concessão desta tutela preventiva, torna-se necessária a admissão de presunções no raciocínio probatório para a obtenção da tutela inibitória; caso contrário, o direito material restaria desprotegido pelo processo.

Considerando, portanto, que para compreender a questão da prova na tutela inibitória é importante conhecer o tema das presunções, é que ao longo desta seção se aprofundará o estudo desse instituto, buscando abordar alguns aspectos como conceito, classificação e seu enquadramento ou não como meio de prova.

A doutrina tradicional costuma dividir as presunções em duas espécies: presunção legal e presunção comum, simples, judicial ou do homem (*hominis*). Enquanto a primeira espécie é estabelecida pela legislação, a segunda é extraída pelo julgador.

Alvaro de Oliveira destaca que as presunções legais³¹⁴ consistem “em mandamentos normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática”³¹⁵.

Afirma Antonio Dellepiane que a presunção legal “[...] não é outra coisa que a determinação legal pela qual se manda haver por estabelecido algum fato sempre que outro fato indicador do primeiro haja sido suficientemente comprovado.”³¹⁶

Hernando Devis Echandía refere que a função exercida pela presunção legal é substancial e extraprocessual, além de indiretamente probatória, consistente em dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial³¹⁷.

Para Florence Haret, a presunção legal “[...] orienta a formulação das normas de direito no sentido de permitir a construção de determinados fatos jurídicos³¹⁸, ou melhor, fazer

³¹⁴O art. 374 do CPC estabelece que “não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Darci Ribeiro ao comentar tal dispositivo, destaca que “a regra legal está muito bem escrita e é muito mal compreendida, posto que a presunção é composta necessariamente de dois fatos, como veremos a seguir, um conhecido e outro desconhecido, o fato em favor do qual milita a presunção legal de existência ou veracidade é somente o fato desconhecido, razão pela qual obviamente este fato está dispensado de prova, e não poderia ser diferente, já que não se pode exigir a prova de um fato desconhecido. Agora, o outro fato, o conhecido, certamente a parte tem o ônus de provar se quiser dele deduzir o fato desconhecido”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 29-47. p. 41.

³¹⁵ALVARO DE OLIVEIRA, 2011, p. 14.

³¹⁶DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 109.

³¹⁷DEVIS ECHANDÍA, 1988, p. 695.

³¹⁸Florence Haret refere que “o fato presumido A pode não ser, mas será tido, para o universo do direito, *como se fosse*; assim como da mesma forma pode ser, no mundo real, mas será observado *como se não fosse* no

juízo sobre os fatos que se demonstram de difícil prova e investigação.”³¹⁹.

Também no sentido de que a presunção (tanto legal quanto judicial) é instrumento importante para situações em que a demonstração do fato se revela tarefa difícil, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart referem que:

Verificando o legislador ou o magistrado que a prova para determinado fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá valer-se da ideia de presunção para construir um raciocínio capaz de conduzir-lhe a conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Como se pode observar, este poderoso instrumento é um importante aliado do processo para a prova dos fatos em que seja difícil a sua verificação ou de eventual ocorrência como os fatos futuros, no caso das ações inibitórias³²⁰

A presunção legal pode ser subdividida em presunção *iuris et de iure* e, presunção *iuris tantum*. A presunção legal do tipo *iuris et de iure* (absoluta)³²¹ impõe normativamente a veracidade de uma determinada situação, não admitindo que o prejudicado por ela possa provar o contrário. Deltan Dallagnol destaca que, em se tratando de presunção legal absoluta, “[...] a probabilidade de o fato existir ou não existir, com base em regras indutivas e da experiência, é totalmente e propositalmente desconsiderada. Outros valores que não a verdade estão em jogo e orientam o legislador a pré-determinar o resultado”³²².

A presunção legal *iuris tantum* (relativa) também estabelece como verdadeiros certos fatos ou situações jurídicas, entretanto, diferentemente da presunção legal absoluta, admite prova em contrário. Esse tipo de presunção cria, assim, uma regra de distribuição do ônus probatório, visto que coloca sobre a parte a quem desfavorece a presunção, o ônus de afastá-la³²³.

Parte da doutrina ainda acrescenta uma terceira espécie de presunção legal chamada de presunção mista, intermediária, ou de contraprova vinculada. Tal espécie, apesar de admitir a prova em contrário, limita essa possibilidade para algumas hipóteses determinadas, devendo, portanto, ser apresentada prova específica prevista pela lei. Sendo assim, apresentada tal

domínio das normas jurídicas”. HARET, Florence. Por um conceito de presunção. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 725-744, jan-dez 2009.(grifos da autora).

³¹⁹*Ibid*, p. 734.

³²⁰MARINONI; ARENHART, 2015, p. 158.

³²¹Alvaro de Oliveira subdivide a presunção *iuris tantum* em dois tipos: 1) de direito quando “se presume existente uma certa situação jurídica”; e 2) de fato quando “presume-se provada certa situação de fato, em determinado tempo e lugar”. O autor cita como exemplo de presunção *iuris tantum* de direito a situação prevista no art. 1245 do CC, que estabelece ser o adquirente o dono do imóvel até que haja a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento. Por outro lado, como exemplo de presunção *iuris tantum* de fato, o autor cita a presunção de pagamento pela entrega de título ao devedor, prevista no art. 324 do CC.

³²²DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 342.

³²³*Ibid*, 2015, p. 338.

prova específica para o caso, a presunção restará afastada; caso contrário, não haverá possibilidade do juiz se convencer de modo diverso³²⁴.

Vinicius Thibau refere que tanto os favorecidos pela presunção legal absoluta quanto aqueles favorecidos pela presunção legal relativa são dispensados “[...] de demonstrar a ocorrência do fato probando, cuja existência provável é antecipada pela lei.”³²⁵. Dito de forma diferente, segundo Eduardo Couture, tais sujeitos estarão dispensados de demonstrar dois dos três elementos que compõem uma presunção, ou seja, o fato desconhecido e o nexo de causalidade³²⁶.

Darci Ribeiro destaca que, para que a parte se beneficie da presunção invocada, “[...] necessário se faz demonstrar a base em cima da qual ela vigora.”³²⁷, ou seja, que deve ser provado o fato conhecido (fato-base) em que se funda a presunção. Darci Ribeiro exemplifica tal necessidade de prova por meio do art. 111 do Código Civil, cuja redação prevê que “[...] presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.”, nos seguintes termos:

[...] se um dos credores arguir em seu favor esta presunção, estará ele dispensado de prova? A resposta deve ser negativa, porque ele tem o ônus de provar, se ele quiser beneficiar-se da presunção, primeiro, que o devedor é insolvente, porque se não for insolvente e o bem estiver constricto, não há fraude; segundo, que tenha dado uma garantia de dívida a algum credor. São fatos conhecidos da presunção, para, através do nexo de causalidade, se beneficiar da fraude gerada, que é o fato desconhecido; do contrário, isto é, não sendo feita a prova da insolvência do devedor ou que ele tenha dado alguma garantia a um credor, ele não poderá beneficiar-se da presunção, porque não terá havido fraude³²⁸.

Ao lado das presunções legais, existem as presunções judiciais. A admissão desta espécie de presunção é imprescindível para a formação de um juízo de procedência da ação nos casos em que se constata que a prova dos fatos é de difícil demonstração ou até mesmo porque estes são de incerta ocorrência, isto é, para casos que envolvem fatos futuros, para as ações em se que busca a tutela inibitória.

Segundo Alvaro de Oliveira, as presunções judiciais “[...] decorrem do raciocínio desenvolvido pelo juiz que, a partir de fatos conhecidos, considera provado um fato desconhecido, não provado.”³²⁹. Esse autor afirma que, diferentemente das presunções legais,

³²⁴RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p. 102.

³²⁵THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 85.

³²⁶COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 228.

³²⁷RIBEIRO, 1998, p. 100.

³²⁸*Ibid*, p. 100-101.

³²⁹ALVARO DE OLIVEIRA, 2011, p. 18.

as judiciais não se baseiam em uma regra de lei, mas sim nas chamadas regras³³⁰ de experiência³³¹, “as quais refletindo regularidades empiricamente observadas permitem conectar o fato conhecido com o fato desconhecido.”³³².

Moacyr Amaral Santos refere que as presunções judiciais “[...] se fundam naquilo que ordinariamente acontece. São aquelas em que o juiz, baseado em coisas ou atos que geralmente acontecem, ou em fatos acontecidos, delas tira a verdade do caso *sub judice*.”³³³.

Michele Taruffo afirma que a presunção resulta de uma inferência realizada pelo juiz, que chega a uma conclusão do fato a provar (fato ignorado) partindo de um fato já conhecido ou provado (fato conhecido) que serve de premissa para o raciocínio baseado nas máximas de experiência³³⁴.

Conceituando as presunções judiciais, Proto Pisani destaca que:

Esse consistono nel ragionamento del giudice, una volta acquisita tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario volto a dedurre da questo l'esistenza o no del fatto principale ignoto³³⁵.

Sérgio Cruz Arenhart explica de que forma surge a presunção judicial:

O conhecimento do fato probando resulta de uma inferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato — que se prova nos autos — e ao qual, normalmente, a ocorrência daquele primeiro está ligada. Há, então, um fato “secundário” (externo à causa de pedir, não pertencente ao material fático da demanda) provado e, por sua ocorrência, se extrai a conseqüente existência (ou inexistência) do fato “primário” (pertencente à causa de pedir e cuja afirmação efetivamente consubstancia objeto de prova), em que se tinha, efetivamente, interesse. Este juízo é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica³³⁶.

Sérgio Covello aponta três características das presunções comuns: 1) formam-se na consciência do juiz. O juiz é quem vai desenvolver raciocínio a partir de um fato provado para

³³⁰Francisco Rosito refere que as presunções legais embora tenham por fundamento a lei, também possuem vinculação com as máximas de experiência. “Isto porque a origem dessas presunções, muitas vezes está na experiência que restou cristalizada ao longo do tempo a ponto de motivar o legislador a transformar regras até então de comum experiência em regras legais, buscando-se dispensar a prova daquilo que ordinariamente acontece, por razões sobretudo de efetividade e economia”. (ROSITO, 2007, p. 95).

³³¹A aplicação das regras de experiência está prevista no art. 375 do CPC, cuja redação dispõe: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

³³²ALVARO DE OLIVEIRA, 2011, p. 19.

³³³SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 83.

³³⁴TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.p. 471.

³³⁵Tradução livre: “consistem no raciocínio pelo juiz, uma vez adquirido por meio de fontes materiais de prova (ou mesmo por meio do notório ou em sequência da não contestação) o conhecimento de um fato secundário, dirigido a deduzir deste a existência ou não do fato principal ignorado”. (PROTO PISANI, 1999, p. 468).

³³⁶ARENHART, Sérgio Cruz. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006. p. 298.

formar uma presunção, não sendo obrigado a presumir quando verificar que o indício não é suficiente para chegar, por inferência, ao fato desconhecido; 2) não têm valor predeterminado. São avaliadas pelo juiz conforme o grau de convicção que possam gerar naquele, não possuindo caráter vinculativo, ou seja, podem ser ou não acatadas pelo juiz; 3) são ilimitadas e indeterminadas³³⁷.

Para Hernando Devis Echandía, a função desempenhada pela presunção judicial³³⁸ é exclusivamente processual; como princípio baseado nas máximas gerais ou técnicas de experiência, serve ao juiz para determinar o valor probatório do indício ou de outra prova qualquer³³⁹.

Após apontar as espécies de presunções, deve-se reconhecer que este instituto frequentemente é objeto de discussão na doutrina, haja vista os diferentes posicionamentos em torno da sua natureza jurídica das presunções, especialmente no que diz respeito ao seu enquadramento como meio de prova.

Defendendo que a presunção é meio de prova, Sérgio Covello refere que, como prova indireta, o intelecto chega à verdade por meio de um fato conhecido, que guarda relação com o fato probando. O autor explica ainda que a presunção é prova em ambos os sentidos, objetivo e subjetivo, respectivamente, porque “[...] meio eficaz de demonstrar a existência ou inexistência de certos fatos; bem como porque “produz a convicção, levando o magistrado, como qualquer outra prova, à certeza moral.”³⁴⁰.

Proto Pisani defende que “[...] *la prova per presunzioni, pertanto, non è un mezzo di prova che si aggiunge a quelli già conosciuti, bensì solo l’attività logica necessaria per pervenire alla conoscenza del fatto principale da provare.*”³⁴¹.

Segundo Eduardo Cambi, “[...] a presunção não é meio de prova³⁴², mas uma forma de

³³⁷COVELLO, Sérgio. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 97.

³³⁸Sérgio Covello destaca que a presunção “não é mera suposição, pois o direito não se baseia – nem pode basear-se – em suposições, mas convencimento antecipado. Tanto o legislador como o juiz quando presumem, o fazem em vista de circunstâncias suficientes para produzir uma convicção, sem, todavia levar a uma certeza absoluta. Também não é mera ideiação ou conjuntura no sentido vulgar do termo; é algo mais consistente, segundo bem explana Moacyr Amaral dos Santos. ‘Como conjuntura, – diz o mestre – reflete um trabalho mental, mas desta difere porque na presunção este trabalho se funda num fato certo, num indício. Há, na presunção, como ponto de partida um fato certo’. Com efeito, a presunção não é mera suposição pessoal, subjetiva, particular”. COVELLO, 1983, p. 19-20.

³³⁹DEVIS ECHANDÍA, 1988, p. 613.

³⁴⁰COVELLO, 1983, p. 46.

³⁴¹Tradução livre: “A prova por presunção, portanto, não é um meio de prova que se acrescenta a aqueles já conhecidos, mas sim somente a atividade lógica necessária para alcançar o conhecimento do fato principal a provar”. (PROTO PISANI, 1999, p. 445).

³⁴²Não obstante o art. 212 do Código Civil prever que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV – presunção”.

raciocínio judicial em que o magistrado, com base em um fato provado (indício)³⁴³ e valendo-se de máximas de experiência comum (aquilo que ocorre normalmente), conclui pela existência de outro, que é relevante para produzir a consequência pretendida.”³⁴⁴.

No mesmo sentido de que a presunção não é meio de prova, Barbosa Moreira sustenta que:

Parece bastante claro que presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio, ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, in *mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente³⁴⁵.

Barbosa Moreira, além de salientar que a presunção não é meio de prova³⁴⁶, e que esta consiste apenas em um processo mental que leva o juiz, a partir de um fato conhecido, a concluir pela existência de um fato desconhecido, frisa que, por meio de tal raciocínio, tampouco o juiz estará realizando valoração de prova, visto que esta se dará em relação ao fato conhecido de que pode exsurgir o nexa com o fato desconhecido³⁴⁷.

Na mesma linha, Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael de Oliveira defendem que a

³⁴³Segundo a redação do art. 239 do Código de Processo Penal “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

³⁴⁴CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 272. (grifos do autor)

³⁴⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**. Temas de Direito processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.

³⁴⁶Na visão de Luigi Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo as presunções judiciais, diferentemente das presunções legais que apenas dizem respeito à regulação quanto ao ônus da prova, são meios de prova. Os autores criticam a norma do art. 2727 do CC italiano – cuja redação dispõe que “le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato” – por definir da mesma forma fenômenos distintos. Nas palavras dos autores: “Questa norma è incongrua perché definisce contemporaneamente, sulla base di una supposta ma in realtà inesistente analogia, due fenomeni completamente diversi tra loro, e che quindi è necessario tenere distinti. Le presunzioni <<tratte dalla legge>> sono le *presunzioni legali*, che spiegano efficacia quanto alla regolamentazione dell’onere della prova, ma che non hanno nulla a che vedere con la prova dei fatti in giudizio. Sono invece mezzi di prova in senso proprio le c.d. *presunzioni semplici*, ossia quelle che *il giudice* trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato”. Tradução livre: “Esta norma é incongruente porque define concomitantemente com base em uma suposta, mas na realidade inexistente analogia, dois fenômenos completamente diversos entre eles, e que portanto é necessário manter distintos. As presunções tratadas pela lei são as presunções legais, ou seja, aquelas que explicam eficácia quanto à regulamentação do ônus da prova, mas que não tem nada que ver com a prova dos fatos em juízo. São ao invés meios de prova em sentido próprio as assim ditas presunções simples, ou seja, aquelas que o juiz extrai de um fato conhecido para chegar a um fato ignorado”. COMOGLIO Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.2.** ed. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 652; TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano. v. 59, n. 4, p. 1165-1190, Dec. 2010.

³⁴⁷BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 57.

presunção não é meio de prova, nem fonte de prova, afirmando que, na verdade, “trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a serem aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso”³⁴⁸.

Também Hernando Devis Echandía refere que as presunções são “el resultado de los razonamientos probatorios del juez y non medio de prueba”³⁴⁹.

Sérgio Cruz Arenhart afirma que o conhecimento adquirido acerca da existência de um fato desconhecido por meio da presunção não pode ser considerado meio de prova, e explica que “[...] o que se tem na presunção é a prova – através de um meio de prova próprio³⁵⁰ (como o documento, o testemunho etc.) – de um fato e um raciocínio que conduz à conclusão de que outro fato, ligado àquele, também ocorreu.”³⁵¹. Acrescenta, ainda, que a “[...] sistemática de ‘produção’ das presunções em juízo não difere, em nada, da produção de qualquer prova.”, visto que será necessário produzir-se uma prova, entretanto esta não incidirá sobre fato da causa, mas sim sobre fato externo a esta, que se conecta a um fato da causa por raciocínio lógico indutivo³⁵².

Sendo assim, o que se verifica é que as presunções judiciais não consistem em meios de prova, mas resultado de um processo lógico por meio do qual o juiz raciona a partir de um fato conhecido para inferir a existência do fato desconhecido, ou no caso específico da tutela inibitória, a existência de probabilidade da prática, continuação, ou repetição do ato ilícito, ou seja, da ameaça a direito.

Evidentemente, no que concerne às presunções, como bem salienta Michele Taruffo, não se pode desconsiderar que se trata de inferências probabilísticas que, como tais, não são idôneas para produzir conclusões certas e absolutas sobre o fato a provar³⁵³.

Constata-se, portanto, que, a partir de uma prova indiciária, o juiz vai raciocinar com base na experiência e no senso comum para elaborar uma presunção acerca da provável ocorrência de um fato futuro, ou seja, acerca da probabilidade de prática de um ato ilícito, não

³⁴⁸DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 53. v. 2

³⁴⁹Tradução livre: “o resultado dos raciocínios probatórios do juiz e não são um meio de prova”. DEVIS ECHANDÍA, 1988, p. 697.

³⁵⁰Deve-se ressaltar que o indício não é meio de prova, mas dado fático que deve ser objeto de demonstração através de meios de prova previstos e admitidos (testemunhal, documental, dentre outros). A redação do art. 369 do CPC dispõe o seguinte: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

³⁵¹ARENHART, Sérgio. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coords.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006, p. 299.

³⁵²ARENHART, Sérgio. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coords.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006, p. 299.

³⁵³TARUFFO, 2002, p. 474.

se podendo deixar de reconhecer que “o juízo sobre o mérito, na ação inibitória, não se submete aos mesmos rigores dos juízos tradicionais.”³⁵⁴.

Por tal razão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que, por ser a ação em que se busca a tutela inibitória uma ação voltada ao futuro é que “o direito apenas pode ser demonstrado por prova indiciária e a convicção apenas pode chegar em um resultado de verossimilhança”, probabilidade da prática do ato ilícito. O uso de tal espécie de prova, bem como a aceitação de um juízo não de convicção de verdade, mas de verossimilhança ou probabilidade da prática do ato temido, portanto, “[...] são justificados pelo direito material que necessita de prevenção e pela norma constitucional que outorga o direito de ir a juízo para evitar violação.”³⁵⁵.

Em outras palavras, no que diz respeito ao juízo a ser formado para a concessão da tutela inibitória final, deve-se salientar a necessidade de se abrir exceção à convicção de verdade que, em regra, é exigida aos juízes ao final do processo, a fim de se admitir a redução da exigência de prova, para aceitar a suficiência de um juízo de convicção de verossimilhança. Por outro lado, tal flexibilidade quanto à convicção não será necessária³⁵⁶ diante da concessão da tutela inibitória na forma antecipada, visto que para esta há uma imposição legal da convicção por verossimilhança, não se podendo, então, exigir da atividade probatória mais do que a demonstração da aparência da verdade das afirmações de ameaça e ilicitude³⁵⁷.

Aspecto importante a ser destacado diz respeito à importância do senso comum, da função³⁵⁸ desempenhada pelas máximas de experiência³⁵⁹ no tocante à prova indiciária. Isto

³⁵⁴MARINONI; ARENHART, 2015, p. 283.

³⁵⁵*Ibid*, 2015, p. 285.

³⁵⁶Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem também ser possível, da mesma forma como para a tutela final, redução das exigências de convicção no curso do processo para situações peculiares, nos seguintes termos: “quando da decisão sobre tutela antecipatória *o módulo de prova (ainda que já reduzido pela própria lei processual) também pode variar* para atender a dificuldade de prova em face de uma certa situação de direito material, quando deverão ser considerados o grau de credibilidade das alegações – obviamente que em uma perspectiva objetiva – e o valor do direito que se pretende tutelar”. (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 288 (grifos dos autores). A respeito da redução do módulo de prova, cabe mencionar de forma breve alguns aspectos sobre o assunto expostos nos estudos do jurista alemão Gerhard Walter. O autor destaca que é o próprio direito material que justifica a redução do módulo de prova, em razão de que não seria razoável impor ônus excessivo à demonstração de determinados fatos, sob pena de inviabilizar a tutela daquele. Cita como exemplo de situações que autorizam a redução do módulo as enfermidades profissionais, acidentes do trabalho, lesões pré-natais, responsabilidade objetiva, dentre outros. Refere, ainda, que a prova obtida por presunção simples consiste em forma de redução do módulo de prova, já que esta tem seu módulo reduzido a uma preponderância de verossimilhança, módulo “sensivelmente menor”, para evitar que exigências severas em matéria de prova restrinjam demasiadamente a tutela jurídica. WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.p. 230, 240 -249.

³⁵⁷MARINONI; ARENHART, 2015, p. 288.(grifos dos autores)

³⁵⁸Para Michele Taruffo as máximas de experiência atuam apenas na formação de elementos de confirmação da conclusão da inferência de natureza indutiva. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. São Paulo:

porque o juiz, para avaliar a credibilidade de um meio de prova, a confiabilidade de uma prova para demonstração da verdade de um enunciado fático, bem como para a formação³⁶⁰ de uma presunção³⁶¹, valer-se-á de um critério baseado na cultura de homem médio vivente em uma certa sociedade e em um dado momento histórico³⁶². No que diz respeito ao uso do senso comum para a formação da presunção, Michele Taruffo destaca que:

O fundamento da ilação probatória consiste em critérios, *standards* ou regras que permitem a passagem lógica de um a outro enunciado de fato, mas este fundamento não consiste em normas jurídicas. O juiz não o extrai do mundo das normas, mas do mundo do senso comum: é partindo dos *conhecimentos comuns* que por indução ele chega a formular um juízo de verdade sobre o enunciado referente ao *factum probandum*³⁶³.

No que diz respeito às máximas de experiência, Danilo Knijnik destaca que elas estão presentes em qualquer juízo de fato, justamente “[...] por não haver distinção, nem ontológica, nem gnoseológica, entre prova direta e indireta.”. “Da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada, só é possível concluir mediante o emprego de uma ou mais máximas de experiência.”³⁶⁴. O autor explica que:

Até mesmo a testemunha mais confiável exige do julgador a formulação de uma estrutura de raciocínio em que uma máxima de experiência é aplicada. Exemplo: “A” informa ao juiz que “B” fez “x”. O juiz só poderá concluir que “B” realizou o “x” procedendo da seguinte forma: “A” é pessoa proba e honesta; “A” diz a verdade; então, o que “A” atribui a “B” é verdade. Em conclusão “B” fez “x”. A

Marcial Pons, 2012. p. 241. Porém na doutrina nacional, a título de exemplo, Didier Jr, Paula Braga e Rafael de Oliveira, há o reconhecimento de que quatro funções são desempenhadas pelas máximas de experiência. São elas: 1) apuração dos fatos, a partir dos indícios; 2) valoração da prova, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas; 3) aplicação dos enunciados normativos, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados; e 4) limite ao convencimento do juiz: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência. DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 52.

³⁵⁹Michele Taruffo refere que “le massime d' esperienza si riferiscono tendenzialmente ad una pluralità di fatti o di comportamenti, la cui conoscenza si suppone derivata dall'esperienza di questi fatti o comportamenti, ed enunciano quella che appare essere una regolarità nel loro verificarsi”. Tradução livre: “as máximas de experiência se referem tendencialmente a uma série de fatos ou de comportamentos, cujo conhecimento se supõe derivado da experiência destes fatos ou comportamentos, e enunciam aquilo que parece ser uma regularidade na sua ocorrência”. TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, v. 53, n. 2, p. 551-560, Giug. 2009.

³⁶⁰Marina Gascón Abellán refere que “a validade do procedimento presuntivo depende muito fundamentalmente da correção das máximas de experiência usadas”. (GASCÓN ABELLÁN, 1999, p. 153).

³⁶¹Francisco Rosito sustenta que “nestes casos, as máximas de experiência são chamadas a desempenhar uma função instrumental lógica; não representam o fato conhecido (indício), nem são o fato a provar (objeto da presunção); constituem, isto sim, o meio necessário do qual o juiz se serve para ordenar esses dois fatos. Consequentemente, a presunção equivale a uma convicção fundada sobre a ordem natural das coisas”. (ROSITO, 2007, p. 111)

³⁶²TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, 1997.

³⁶³TARUFFO, 1997, p. 106. (grifos do autor)

³⁶⁴KNIJNIK, 2007, p. 68-69.

passagem entre o que “A” disse (percebido pelo juiz) e o que “B” fez (não percebido pelo juiz) viabiliza-se pelo emprego de uma máxima de experiência³⁶⁵.

As máximas de experiência se dividem em duas espécies: comuns ou técnicas. A primeira espécie são “[...] generalizações empíricas por serem fundadas sobre aquilo que ordinariamente acontece (*id quod plerumque accidit*). Fazem parte do patrimônio cultural da sociedade, da cultura do homem médio, inerente à vida em sociedade.”. Por outro lado, as máximas de experiência técnicas passam a fazer parte da cultura do homem médio. “Ordinariamente, são regras de conhecimento mais restrito provenientes da ciência, arte ou profissão, mas que podem ingressar no patrimônio comum, em consonância com o avanço cultural.”³⁶⁶.

A aplicação das regras de experiência está prevista no art. 375 do CPC, cuja redação dispõe o seguinte: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”.

Ainda se deve ressaltar que as máximas de experiência e o senso comum possuem importância não apenas para o desenvolvimento do raciocínio judicial a partir da prova indiciária para a formação da presunção, mas também na formação do juízo final na ação em que se busca a tutela inibitória, amparado em uma ou mais presunções. Luiz Guilherme Marinoni destaca que:

É preciso que fique claro que não é necessária a soma de várias presunções para a formação do juízo de procedência; uma única presunção, dependendo do caso concreto, pode ser suficiente para estabelecer a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido. No entanto, ao existir apenas uma presunção, esta deve ser capaz de formar um juízo de procedência que possa ser plenamente justificável; em outras palavras, se pode dizer que, tratando-se apenas de uma presunção, o juiz deve valorá-la com extremo rigor³⁶⁷.

O juízo final da ação em que se busca a tutela inibitória será formado pela prova indiciária, a presunção e as peculiaridades da situação do caso concreto, ou seja, devendo ser considerada a credibilidade da alegação do autor, bem como a dificuldade do mesmo em demonstrar a ameaça ao seu direito, advinda de provável prática do ato ilícito por parte do réu e que o processo deve tutelar direitos³⁶⁸.

³⁶⁵*Ibid*, p. 69.

³⁶⁶ROSITO, 2007, p. 149.

³⁶⁷MARINONI, 2002, p. 15.

³⁶⁸MARINONI; ARENHART, 2015, p. 290-291.

Não se deve desconsiderar a necessidade de redução das exigências de prova, visto que o objeto da prova na tutela inibitória é a provável prática de um ato que é futuro. “Outro raciocínio equivale a exigir uma prova impossível ou, pior ainda, impor o sacrifício do direito à tutela jurisdicional e do próprio direito material que se busca proteger.”³⁶⁹.

Dito de outra forma, não se pode exigir, em sede de tutela inibitória, um tipo de cognição e de profundidade da prova da ameaça da provável violação de direito semelhante àquele necessário para outros tipos de tutela que não possuem caráter preventivo. Deve haver um tratamento probatório diferenciado conforme o tipo de tutela pretendida.

Em suma, a presunção única ou o seu conjunto deverá, portanto, ter sua credibilidade valorada por meio da experiência ou do senso comum do julgador, a fim de se constatar se é possível formar uma conclusão acerca da totalidade do fato principal³⁷⁰, isto é, acerca da existência de probabilidade da prática do ato temido. Em outras palavras, deverá ser apreciado se a prova indiciária e a presunção permitem ou não um juízo de procedência da ação em que se busca a tutela inibitória.

Por fim, há que se ressaltar que, para afastar eventuais arbitrariedades, o juiz deverá cumprir o dever de fundamentação, apontando o motivo pelo qual chega a determinada presunção e porque esta o convence da procedência do pedido da ação em que se busca a tutela inibitória, assunto a ser tratado na próxima seção.

2.5 A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA QUANTO À PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

O art. 93, IX, da Constituição Federal³⁷¹ prevê expressamente o direito por parte do jurisdicionado e, em contrapartida, o dever, por parte do Estado-Juiz, de fundamentação das decisões judiciais.

Juan Salaverría destaca que o supracitado dever foi concebido para controlar a justiça das decisões, tutelar os direitos dos indivíduos frente ao Estado e permitir a censura popular sobre as eventuais arbitrariedades dos poderes públicos. O autor refere que tal dever desempenha, portanto, duas importantes funções: a burocrática, também chamada de técnico-

³⁶⁹*Ibid*, p. 290-291.

³⁷⁰FÓRIO, *passim*.

³⁷¹A redação do art. 93, IX, da Constituição Federal, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Tal redação foi reproduzida no art. 11 do CPC de 2015.

jurídico, busca favorecer o controle de instâncias superiores; e a democrática ou social, que busca permitir o controle da opinião pública³⁷².

Michele Taruffo refere que a motivação não pode ser reduzida a mera exposição do procedimento lógico ou psicológico por meio do qual o juiz chegou a uma determinada decisão, devendo ser compreendida como a exposição de um raciocínio justificativo por meio do qual o juiz demonstra que a sua decisão se encontra sobre bases racionais para fazê-la aceitável³⁷³. Nas palavras do autor, é “[...] *una justificación racional*³⁷⁴ *elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo o caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión.*”³⁷⁵.

Para Michele Taruffo, a motivação deve apresentar um “conteúdo mínimo essencial”, compreendendo: 1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz para a individualização das normas aplicáveis, acerto das alegações de fatos, qualificação jurídica do suporte fático, consequências jurídicas derivadas da qualificação jurídica do fato; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados; e 3) a justificação de cada um dos enunciados fundada em critérios capazes de demonstrar que as escolhas do juiz foram racionalmente corretas³⁷⁶.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015, no art. 489, a fim de densificar o direito à fundamentação previsto na Constituição Federal, estabeleceu parâmetros objetivos para determinar a suficiência de motivos. Consequentemente, é possível visualizar a mudança de um modelo de “motivos suficientes”, no qual o juiz não está obrigado a enfrentar todos os

³⁷²IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **El razonamiento en las resoluciones judiciales**. Lima: Palestra, 2009. p. 22.

³⁷³Nessa linha, Juan Igartua Salaverría refere que o termo “motivação” não apresenta uma acepção única, destacando duas concepções acerca da motivação: a concepção psicológica e a concepção lógica. A primeira consistiria na exteriorização do *iter* mental mediante o qual o juiz chega a decisão. Diferentemente, a segunda concepção não defende a necessidade de descrever como foi formada a decisão, mas sim de justificá-la mediante argumentos jurídica e racionalmente válidos. (IGARTUA SALAVERRÍA, 2009, p. 19).

³⁷⁴Michele Taruffo critica a concepção que defende que a motivação não seria outra coisa a não ser um discurso retórico-persuasivo, ou seja, que não busca justificar racionalmente a decisão, mas sim convencer alguém de aceitá-la, nos seguintes termos: “o juiz, ao motivar, não deve persuadir pessoa alguma; ao invés disso deve fornecer as razões pelas quais sua decisão pode parecer fundada diante de um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade. Em particular, no que diz respeito à motivação dos fatos, essa não visa criar na mente de alguém um *status* psicológico correspondente à crença subjetiva (à persuasão) de que os fatos em questão são verdadeiros. A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões, com base nas quais justifica sua decisão, fazendo referência às provas; não é tarefa sua – e muito menos poderia ser seu dever fazê-lo – persuadir alguém para que creia na veracidade daqueles fatos”. (TARUFFO, 2012, p. 273).

³⁷⁵Tradução livre: “é uma justificação racional elaborada *ex post* em relação à decisão, cujo objetivo é, em todo o caso, permitir o controle sobre a racionalidade da própria decisão”. Para Michele Taruffo o controle *ex ante* da decisão é realizado durante o processo pelo exercício do contraditório pelas partes (TARUFFO, 2002, p. 435).

³⁷⁶TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 387.

argumentos das partes³⁷⁷, sendo necessário apenas que explicita os motivos que formaram o seu convencimento; para um modelo de “motivação analítica”³⁷⁸, no qual é imposta a exigência de que o discurso justificativo da decisão expresse efetivo diálogo com as razões das partes³⁷⁹.

Dito de outra forma, se, no modelo de “motivos suficientes”, o juiz não tinha a obrigação de “evidenciar as razões da derrota dos fundamentos opostos, na suposição, um tanto duvidosa, de que estejam logicamente excluídos. O juiz enuncia as escolhas feitas, não necessariamente as razões pelas quais as fez em vista de argumentos de prova contrários”, no modelo de “motivação analítica”, “[...] toma-se o contraditório em sentido mais forte, como elemento nuclear de um modelo colaborativo de processo.”³⁸⁰.

Com a passagem do modelo de “motivos suficientes” para o de “motivação analítica”, é possível perceber uma mudança no parâmetro para a aferição da correção da motivação, constatada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, nos seguintes termos:

Partindo-se de uma *acepção forte de contraditório*, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial *deixa de ser tão somente intrínseco* (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e *passa a assumir também feição extrínseca* (a fundamentação dos arrazoados das partes). *Não há falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais*³⁸¹.

Daiisson Flach, em crítica ao art. 489 do CPC, destaca que o legislador, no § 1º³⁸², entretanto, se manteve silente em relação à determinação de parâmetros concretos de controle

³⁷⁷Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero destacam que “o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados [...] Argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para a alteração do julgado”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 493).

³⁷⁸Marina Gascón Abellán destaca que a técnica analítica de motivação entende que esta deve estruturar-se em uma exposição pormenorizada de todas as provas produzidas, do valor probatório atribuído às mesmas e de toda a cadeia de inferências que conduziu finalmente à decisão. Dedicar-se, assim, particular atenção à valoração de cada elemento de prova e a decisão final se configura como o resultado de uma combinação baseada nas provas concretas. A autora apresenta em contraposição à técnica analítica, a técnica holística que consiste na exposição conjunta dos fatos, um relato, uma história que os coloca em conexão em uma estrutura narrativa. (GASCÓN ABELLÁN, 1999, p. 224).

³⁷⁹FLACH, Daiisson. Motivação dos juízos fáticos-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 746.

³⁸⁰*Ibid*, p. 746.

³⁸¹SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 780, grifos dos autores; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, abril, p. 61-78, 2012. p. 64.

³⁸²Segundo o § 1º do art. 489 do CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato

do discurso justificativo dos juízos fático-probatórios, ou seja, quanto à motivação do fato, limitando-se a fazer referência apenas no § 2º do referido dispositivo³⁸³ às “premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Em defesa da necessidade de um modelo analítico de motivação também para a determinação das premissas fáticas da decisão, o autor refere que:

[...] o discurso justificativo da decisão deve expressar as razões que fundam os juízos fáticos, de modo a permitir a análise de sua racionalidade e a sua conciliabilidade em vista dos elementos disponíveis e regras a observar. Trata-se, em última análise, de determinar, de modo justificado, a verdade das proposições fáticas formuladas pelas partes, como exigência de uma decisão justa³⁸⁴.

Em outras palavras, em que pese a ausência por parte do legislador de parâmetros para tanto, subsiste a necessidade de adequada motivação da valoração dos elementos probatórios do processo, devendo o juiz não somente indicar quais os elementos de prova que corroboram a hipótese de fato considerada verdadeira³⁸⁵, mas também justificar a razão pela qual devem ser desconsiderados os outros elementos probatórios que contrastam com a versão escolhida³⁸⁶.

Tal exigência de controle deriva da discricionariedade atribuída ao juiz na utilização e valoração das provas³⁸⁷. A concessão de tal liberdade³⁸⁸ denota simplesmente que não existem

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

³⁸³O § 2º do art. 489 do CPC estabelece que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

³⁸⁴FLACH, 2015, p. 747. Michele Taruffo refere que “a decisão é justa quando fundada em uma apuração verídica dos fatos da causa, certamente não basta «enunciar» esses fatos para estabelecer a verdade de sua descrição. Como também já visto, um enunciado pode ser aceito como verdadeiro desde que tenha sido adequadamente confirmado pelas provas disponíveis: na ausência dessa confirmação esse não é nem verdadeiro nem falso, não podendo, então, constituir um fundamento válido da decisão final”. (TARUFFO, 2012, p. 273).

³⁸⁵Jordi Ferrer Beltrán destaca que a decisão judicial estará justificada se a proposição fática for aceitável, isto é, se existir no expediente judicial elementos de juízo suficientes a seu favor. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 100.

³⁸⁶Vitor de Paula Lia Ramos atenta para a necessidade de fundamentação analítica, a fim de evitar que o juiz desconsidere provas, deixando de analisá-las, ou até mesmo para afastar eventuais preconceitos e prejuízos seus na valoração da prova. Na sequência refere que “a ausência de informações, com efeito, repercute de maneira muito grave sobre o contraditório, visto que as partes não terão condições de verificar se as provas produzidas foram efetivamente levadas em conta; perdem, ainda, a possibilidade de solicitar ao juiz esclarecimentos, ou mesmo correção de equívocos, quanto ao raciocínio probatório utilizado”. LIA RAMOS, Vitor de Paula. O modelo probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 115-134. p. 131.

³⁸⁷TARUFFO, 2002, p. 436.

regras de prova legal ou taxada que predeterminem o resultado probatório de forma vinculante para o juiz, não sendo, portanto, uma liberdade absoluta. Por essa razão é que sua decisão deverá ser submetida ao exame da racionalidade e da lógica³⁸⁹.

A necessidade de fundamentação da prova se torna ainda mais evidente nas decisões proferidas no âmbito da tutela inibitória, visto que o juízo desta tutela preventiva será formado essencialmente pela prova indiciária e por presunção. Além disso, pelo fato de que, para a concessão desta tutela preventiva, não poderá ser exigido tipo de cognição e de profundidade da prova (da ameaça da provável violação de direito) semelhante àquele exigido para a concessão, por exemplo, de uma tutela contra o dano. Isto porque o objeto da prova na tutela inibitória é a provável prática de um ato que é futuro.

O juiz deverá justificar, com o amparo das máximas de experiência, as razões pelas quais a prova indiciária, por meio do raciocínio inferencial, permitiu a formação de uma ou mais presunções, que apontam para a conclusão acerca da existência de probabilidade da prática do ato temido, ou seja, deverá indicar que a prova indireta e a presunção permitem um juízo de procedência da ação em que se busca a tutela inibitória.

Não é demais ressaltar que, na decisão que concede a tutela inibitória, a justificação do juiz deverá evidenciar as peculiaridades do caso concreto, isto é, a existência de credibilidade na alegação do autor e a dificuldade deste de demonstrar a ameaça ao seu direito, advinda de provável prática do ato ilícito por parte do réu, e que o processo deve tutelar direitos.

Além disso, as máximas de experiência³⁹⁰ utilizadas pelo juiz e importantes para a formação da presunção e aferição da credibilidade da prova indiciária também deverão ser fundamentadas. Nas palavras de Danilo Knijnik:

[...] considerando que sempre e necessariamente incide na formação do juízo de fato uma máxima de experiência, impõe-se ao julgador mencioná-la e indicá-la, na

³⁸⁸Segundo o art. 371 do CPC “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Comentando tal dispositivo, Daniel Mitidiero refere que “o fato de o legislador do novo Código não aludir expressamente à livre valoração da prova, a propósito, obviamente não tem o condão de eliminar a necessidade de valoração e decisão entre diferentes versões dos fatos no processo – e, portanto, a liberdade judicial decisória sobre os fatos”. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 97).

³⁸⁹FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 66.

³⁹⁰Michele Taruffo destaca que as regras de experiência são regras de conteúdo muito diverso, dotadas de estrutura lógica e significados cognoscitivos distintos e frequentemente vagos e indefiníveis. Por tal razão, o autor defende que nem todo o raciocínio baseado nas referidas regras é já só por isso aceitável. O autor propõe como critério racional para utilização das máximas de experiência, que se recorra apenas àquelas que disponham de um amplo consenso na cultura média do lugar e do momento no qual se formula a decisão. (TARUFFO, 2002, p. 424).

fundamentação, a fim de que as partes possam sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório³⁹¹.

Em suma, é a fundamentação amparada na racionalidade que legitimará a presunção e o juízo de procedência da tutela preventiva, afastando possíveis arbitrariedades.

Após tratar da necessidade de fundamentação analítica quanto à prova na tutela inibitória, abordar-se-ão os *standards* de prova na seção seguinte.

2.6 O CONTROLE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA. OS STANDARDS DE PROVA

Os “modelos de constatação” ou “*standards* de prova” buscam determinar o grau de probabilidade suficiente para que possa ser considerada provada uma hipótese fática. Francisco Rosito destaca que:

[...] os modelos estão presentes na formação do juízo de fato, representando uma forma de viabilizar não o controle numérico-quantitativo da prova, mas critérios pelos quais o juízo de fato é formalizado, os quais permitem o juiz a concluir se a prova produzida é suficiente para a demanda. Logo, são pautas que permitem o julgador, em cada demanda, pela natureza do direito material em discussão, dar-se por convencido de que determinado fato corresponde à verdade desejada³⁹².

Jordi Ferrer Beltrán defende que a determinação do nível de corroboração exigido a uma hipótese fática nos distintos processos judiciais e nas suas distintas fases é consequência de uma valoração acerca da distribuição de erros que se consideram admissíveis, devendo esta ser realizada por cada sociedade³⁹³.

Danilo Knijnik destaca a necessidade de definição do modelo de constatação a ser utilizado como questão de direito prévia à formação do juízo de fato, a fim de que tal escolha valorativa do juiz possa ser submetida ao contraditório, visto que esta influenciará diretamente o resultado da decisão³⁹⁴.

³⁹¹KNIJNIK, 2007, p. 71. Aliás, quanto à formação do juízo de fato, Artur Carpes destaca que “o procedimento destinado à formação do juízo de fato possui íntima conexão com a efetividade do direito fundamental ao processo justo: *somente através do eficiente esclarecimento dos fatos é que se pode prestar adequada e efetivamente a tutela jurisdicional, seja para tutelar o direito material ou para negar a tutela pretendida pelo autor*”. (CARPES, Artur Thompsen. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178, grifos do autor).

³⁹²ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 157, p. 51-71, 2008.

³⁹³FERRER BELTRÁN, 2007, p. 142-143.

³⁹⁴KNIJNIK, 2007, p. 31-32. Danilo Knijnik destaca que “no direito americano, há uma relativa unanimidade no sentido de que a verificação da suficiência da prova seja considerada questão de direito, suscetível de exame. Entretanto, quando se trata de verificar o *standard* a ser utilizado para fazer essa verificação, não há mais qualquer unanimidade”. (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 224).

Danilo Knijnik, amparado na doutrina e jurisprudência norte-americana, aponta a existência de quatro *standards* ou modelos de constatação: 1) “prova além da dúvida razoável” (*evidence beyond a reasonable doubt*); 2) “excludente de qualquer hipótese de inocência” 3) “preponderância de provas” (*preponderance of evidence*); e 4) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*)³⁹⁵.

O modelo de constatação da “prova além da dúvida razoável” é empregado nos processos criminais, exigindo um “[...] grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas «irrazoáveis», numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente.”³⁹⁶.

Danilo Knijnik adverte que o modelo de constatação da “prova além da dúvida razoável” “[...] não deve ser utilizado em casos não-criminais, ainda que o fato nele versado seja um delito, ou seja, quando houver multi-incidência.”³⁹⁷.

O modelo de constatação da “prova excludente de qualquer hipótese de inocência” é um modelo mais rigoroso que o da “prova além da dúvida razoável”, empregado nos processos criminais cujos fatos sejam demonstrados por prova indiciária. Não por esta ser prova inferior às outras, mas por ser tipo de prova que apresenta maior chance de erro³⁹⁸. Tal modelo impõe-se para reduzir o risco de uma condenação injusta, visto que, na maioria das vezes, o bem jurídico em questão no processo é a liberdade.

O modelo de constatação da “preponderância de provas”, via de regra, é empregado no processo civil, em que estão envolvidos direitos patrimoniais, estabelecendo como provado algo que “é mais provável do que não”³⁹⁹. Dito de outra forma, este *standard* impõe a

³⁹⁵KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 37. José Baltazar refere que no Brasil “não há standard probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara, como a prova além da dúvida razoável e a preponderância de prova do direito norte-americano, valendo-se os juízes de critérios flexíveis de prova, com largo espaço para a discricionariedade judicial”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 154-170. p. 163.

³⁹⁶TARUFFO, 2012, p. 253. Inclusive Luciano Gagno refere que “no âmbito penal a contradição a um raciocínio lastreado em probabilidade é aceito e legitimado para absolvição, por conta do valor liberdade, que não sucumbiria diante de uma situação de probabilidade; não obstante, no âmbito civil, não existe valor superior que justifique a contradição a julgamento baseado em probabilidades, sendo, portanto, completamente avesso à razão, um julgado que nega a ocorrência de fatos prováveis pela ausência de convicção plena”. (GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à Justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 83-114, 2013.)

³⁹⁷KNIJNIK, Danilo. Os Standards do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

³⁹⁸*Id.*, 2007, p. 42.

³⁹⁹KNIJNIK, 2007, p. 38.

necessidade de que o juiz, ao se deparar com probabilidades relativas a diferentes versões dos fatos, opte por aquela que se mostre mais provável diante das provas disponíveis⁴⁰⁰.

Michele Taruffo frisa a óbvia racionalidade de tal *standard*, uma vez que na sua visão seria “[...] irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão relativamente «mais forte» deve prevalecer sobre a relativamente «mais fraca».”⁴⁰¹.

O modelo de constatação da “preponderância de provas” pressupõe a paridade de interesses e valores no processo e que, portanto, os litigantes suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado⁴⁰².

O modelo de constatação da “prova clara e convincente” estabelece como provado algo que é “altamente provável”. É um modelo intermediário inferior ao da prova além da dúvida razoável e superior ao da preponderância de provas, empregado em “casos civis considerados socialmente mais graves”⁴⁰³.

Os supracitados processos são chamados por Danilo Knijnik de “ações civis fortes” ou “processos civis especiais”, pois envolvem interesses mais relevantes se comparados com aqueles meramente patrimoniais, cujo resultado poderá culminar em uma grave afetação da esfera jurídica das partes. O autor afirma que:

São os casos, por exemplo, em que há alegação de fraude – da qual possa redundar reflexos penais – ou cujos interesses sejam de tal envergadura para as partes (destituição de pátrio poder, anulação de testamento) ou, ainda, que tenham um certo caráter penal (v.g., improbidade administrativa)⁴⁰⁴.

Danilo Knijnik destaca que a escolha do modelo de constatação a ser empregado na formação do juízo variará de acordo com o direito material e os valores consagrados no ordenamento, sendo estes os responsáveis por ditar o grau de certeza necessário para se reputar racional, aceitar como verdadeira determinada proposição fática, nos seguintes termos:

É indubitável que a certeza exigida para julgar-se uma indenização por acidente de trânsito não pode e não deve ser a mesma para que se decrete a perda do pátrio poder, que, a sua vez, não pode e não deve ser igual para que se prive alguém da liberdade, que, por fim, não pode ser a mesma quanto se trate de condenar alguém

⁴⁰⁰TARUFFO, 2014, p. 135.

⁴⁰¹*Ibid*, p. 135.

⁴⁰²ROSITO, 2008, p. 62.

⁴⁰³KNIJNIK, 2001, p. 34.

⁴⁰⁴*Op. Cit.*, 2007, p. 38.

criminalmente com base em indícios. Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado⁴⁰⁵.

Daisson Flach refere que, na definição dos *standards* probatórios, é preciso adotar parâmetros que “tomem em conta as circunstâncias do caso concreto, a natureza do direito posto em causa e o grau de afetação à esfera jurídica das partes”⁴⁰⁶.

Jordi Ferrer Beltrán sustenta que a determinação do modelo de constatação a ser empregado na formação do juízo de fato deverá ter por parâmetro a importância relativa dos bens em jogo, ou seja, a gravidade das possíveis consequências sofridas pelas partes em cada tipo de processo⁴⁰⁷, sendo necessário levar em consideração também o momento processual em que a decisão judicial é proferida. Em outras palavras, o juiz deverá avaliar se o nível de corroboração da hipótese fática é suficiente para a concessão da tutela ao direito da parte, tanto em sede de cognição sumária, quanto de cognição exauriente⁴⁰⁸.

Focando nas ações em que se busca a tutela inibitória, é possível afirmar que, em sede de cognição exauriente, o modelo de constatação a ser empregado na formação do juízo de fato poderá ser o da preponderância de provas ou da prova clara e convincente, sendo que a escolha entre ambos dependerá do direito material envolvido no processo. Isso se dá em razão de que a exigência quanto à suficiência de prova é diretamente proporcional à gravidade do litígio no plano do direito material.

Exemplificando, em ação em que se busca inibir o uso indevido de uma marca, ou seja, a tutela do direito à propriedade, o juiz poderá optar pelo modelo de constatação da preponderância de provas, que requer uma suficiência de provas em patamar mais baixo que o modelo de constatação da prova clara e convincente, visto que o processo em questão envolve direito material de natureza patrimonial.

Diferentemente, em ação em que se busca inibir uma violação a um direito de personalidade, o juiz poderá optar por um modelo de constatação para formação do juízo de fato que seja mais rigoroso, o da prova clara e convincente, tendo em vista que o direito material em questão é de natureza não patrimonial.

⁴⁰⁵KNIJNIK, 2007, p. 44-45.

⁴⁰⁶FLACH, 2015, p. 759.

⁴⁰⁷Jordi Ferrer Beltrán defende que o tipo de processo não é o parâmetro adequado para a determinação do modelo de constatação. Para o autor a importância relativa dos bens em jogo não é sempre maior nos processos criminais. Isso porque “um processo penal pode terminar com sentenças que afetem a sua liberdade ou, em alguns países a vida do acusado, porém também pode terminar com uma retirada da carteira de habilitação, uma sanção pecuniária e etc. Um processo civil, por sua vez, pode ter como consequências jurídicas também a sanção pecuniária, a retirada do pátrio poder sobre os filhos, a incapacidade para tomar decisões sobre a vida e patrimônio de uma das partes, etc.” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 140.)

⁴⁰⁸FERRER BELTRÁN, 2007, p. 140-141.

Da mesma forma, “a gravidade do litígio no plano do direito material também constitui importante baliza para a graduação do nível de exigência probatória que se deve empregar para formação da convicção judicial no âmbito da técnica antecipatória.”⁴⁰⁹, razão pela qual, o modelo de constatação a ser escolhido pelo juiz também pode ser o da preponderância de provas ou da prova clara e convincente.

Entretanto, deve-se ressaltar que, em sede de cognição sumária, eventualmente o modelo de constatação escolhido pelo juiz pode não ser o usualmente empregado para a formação do juízo de fato em processos que envolvam determinado direito material.

Exemplificando, pode ser que, em ação em que se busca evitar violação a direito ambiental, o juiz decida pelo modelo de constatação menos rigoroso, o da preponderância de provas, em vez de o usualmente empregado em casos envolvendo tais direitos, qual seja, o da prova clara e convincente.

Isso se justifica porque o juiz, ao enfrentar dúvida acerca da concessão ou não da tutela inibitória na forma antecipada, poderá utilizar como critério de decisão “a ponderação das posições em disputa.”⁴¹⁰. Para que a aplicação de tal critério não culmine em arbitrariedade, deverá ser observado o cumprimento das seguintes etapas: preparação, realização e reconstrução da ponderação.

A preparação da ponderação envolve a *explicitação e a análise pormenorizada e justificada das posições jurídicas* em jogo. A sua realização obedece à *necessidade de hierarquização* das posições das partes no processo. A reconstrução da ponderação, por fim, determina a necessidade de formulação de *regras de relação* entre as posições com pretensão de *replicabilidade* para casos futuros⁴¹¹.

A respeito da fase de realização da ponderação, Daniel Mitidiero destaca que se deve levar em consideração os seguintes aspectos: 1) “a natureza do bem jurídico que se busca proteger no processo com o emprego da técnica antecipatória – a tutela jurisdicional de bens não patrimoniais ou de bens infungíveis goza de preferência no procedimento de ponderação”; 2) “a intensidade de restrição da esfera jurídica do demandado que se pretende obter com a antecipação de tutela”; e 3) “que os argumentos linguísticos e sistemáticos devem ser prestigiados mais fortemente do que os argumentos históricos, genéticos ou meramente pragmáticos”⁴¹².

⁴⁰⁹MITIDIERO, 2014, p. 111.

⁴¹⁰MITIDIERO, 2014, p. 111.

⁴¹¹*Ibid*, p. 112 (grifos do autor)

⁴¹²*Ibid*, p. 112-113.

É possível, então, que seja concedida uma tutela inibitória na forma antecipada em ações em que se busca evitar um ilícito ambiental, apesar da inexistência no caso concreto da suficiência probatória exigida pelo modelo de constatação da “prova clara e convincente”.

O juiz, na dúvida, poderá decidir a favor da tutela do meio ambiente por existirem regras de preferência argumentativa que vêm do direito material, por exemplo, o princípio da precaução⁴¹³. Nesses casos, portanto, independentemente da alteração do modelo de constatação, o que se terá é um critério de solução de dúvidas acerca da antecipação da tutela inibitória.

⁴¹³Luciane Tessler refere que o princípio da precaução “parte da análise do potencial lesivo da atividade, para afastar o perigo, a fim de também evitar o próprio risco. Adota como premissa que o afastamento do perigo deve incidir mesmo nos casos em que inexista a certeza científica sobre sua ocorrência.” A autora destaca, ainda, que tal princípio “constitui o grande sustentáculo do direito material para o exercício da ação inibitória. A grande maioria das lesões ao meio ambiente é de difícil (quando não impossível) reparação. A atuação preventiva em matéria ambiental é imprescindível”. (TESSLER, 2004, p. 108).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se relevante, ao término deste trabalho, apresentar as principais conclusões formuladas:

1) A tutela inibitória é tutela voltada à prevenção do ilícito, dirigida ao futuro, imprescindível para a garantia da integridade do direito e fruição *in natura* do mesmo por seu titular, principalmente diante de direitos de conteúdo não patrimonial, tendo em vista que, uma vez violados, são insuscetíveis de serem adequadamente reparados.

2) A doutrina tradicional e, inclusive, o art. 186 do Código Civil associam o ato ilícito ao dano e à responsabilidade civil, conceituando o ato ilícito como ação ou omissão culposa contrária ao direito que causa dano a outrem. A existência da crença de que não há ilícito sem dano justifica-se pelo fato de que o dano é a normal consequência do ilícito e prova da violação; bem como pela frequente contextualidade cronológica entre o ato ilícito e o dano.

3) Sendo assim, há necessidade de separação dos conceitos de ilícito e de dano para a tutela dos novos direitos, devendo o ato ilícito ser entendido como ato contrário ao direito e o dano como prejuízo juridicamente relevante, visto que este e os elementos subjetivos da conduta contrária ao direito são relevantes apenas para o fim de imputação da responsabilidade civil, e não em todos os casos.

4) A partir de uma investigação histórica, é possível verificar a presença da tutela inibitória na experiência jurídica romana não pela via das *actiones*, veículo tradicional da época para a proteção de interesses em geral, pelo menos até a *cognitio extraordinária* (última fase do processo civil romano), mas sim por meio de medidas especiais céleres denominadas de interditos. Conforme a natureza do mandado emitido pelo pretor, os interditos poderiam ser classificados em três tipos: exibitórios, restitutórios e proibitórios. Os interditos exibitórios e restitutórios diziam respeito, respectivamente, às ordens do pretor para exhibir e restituir algo, impondo um fazer. Por outro lado, os interditos proibitórios se referiam a uma ordem negativa do pretor, uma proibição, uma imposição de um não fazer.

5) Diferentemente do Direito brasileiro, em que há previsão legal para a concessão da tutela inibitória atípica (art. 497, parágrafo único do CPC), no Direito italiano, em razão da ausência de semelhante disposição, há uma controvérsia histórica relacionada à possibilidade de concessão da tutela inibitória fora das hipóteses legais específicas. Também, no Direito italiano, diferentemente do Direito brasileiro, percebe-se uma insuficiência de meios coercitivos necessários à concessão de tutela específica, à efetivação da tutela inibitória, em

razão da ainda persistente estrutura do processo neste sistema jurídico: está centrada no binômio condenação-execução forçada.

6) A tutela inibitória no Direito Brasileiro apresenta atuação de forma um tanto semelhante àquela do instituto das *injunctions* do Direito Norte-Americano, porque em ambas há utilização de ordens expedidas por juízes para viabilizar o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, objetivando a prevenção do ilícito. Pode-se citar ainda a existência em ambos os Direitos de instrumentos executivos capazes de coibir o descumprimento das referidas ordens. No Direito brasileiro, o juiz pode valer-se do art. 139, IV, do CPC e art. 536 § 1º do CPC (imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, dentre outras), enquanto, no Direito Norte-Americano, tal descumprimento pode ser evitado pela ameaça de *contempt of court*.

7) A tutela inibitória tem por campo de atuação a prevenção da prática, repetição e continuação do ato ilícito. Será chamada de negativa quando envolver a imposição de prestações negativas, isto é, de abster-se (não fazer algo) e de tolerar (deixar que alguém faça algo). Por outro lado, a tutela inibitória será positiva quando envolver prestações positivas consistentes em um fazer.

8) O fundamento da tutela inibitória consiste no próprio direito material, visto que a existência, em si, deste impõe a necessidade de que ele seja protegido contra possíveis violações. Tal tutela poderá ser prestada dentro ou fora do processo.

9) A tutela jurisdicional declaratória é inidônea para a prestação da tutela inibitória por ser ela incapaz de permitir ao juiz interferir sobre a vontade do demandado, pois tem seu fim restrito a regular uma relação jurídica já determinada pela autonomia de vontade. Da mesma forma, tutela cautelar também é inidônea para a prestação da tutela inibitória, visto que ela tem por objetivo resguardar o direito à cautela de um direito discutido que já foi violado.

10) Em virtude da tutela inibitória ter por objetivo impedir a prática, continuação e repetição do ato ilícito, o dano e os elementos subjetivos da conduta contrária ao direito a ser praticada pelo réu (dolo ou culpa) devem permanecer excluídos da cognição do juiz, ou seja, não poderão ser objeto de prova nas ações em que se busca esta tutela preventiva. Tal orientação foi positivada pelo legislador de maneira expressa no parágrafo único do art. 497 do CPC. Por essa razão, qualquer requerimento do autor quanto à produção de prova dos referidos elementos deve ser indeferido pelo juiz, em razão de sua impertinência.

11) Do ponto de vista probatório, a exigência de demonstração de dolo ou culpa não seria razoável para a concessão de tal tutela, tendo em vista a impossibilidade de antecipadamente valorar-se elementos subjetivos da conduta contrária ao direito, que pode vir

a ser praticada pelo réu, simplesmente por ela ser futura e eventual, ou seja, não há certeza acerca da sua ocorrência. Também pelo fato de que a finalidade desta tutela é a prevenção do ato ilícito, e não a imposição de sanção, punição a quem pode vir a praticar o ato ilícito. O mesmo pode-se dizer com relação à demonstração do dano, não só pelo escopo em si da tutela inibitória, mas também porque ele não é consequência necessária do ato ilícito.

12) A cognição nas ações judiciais em que se busca a tutela inibitória terá por objeto dois elementos: a probabilidade da ocorrência de um ato (ameaça) e a sua ilicitude. A ilicitude é elemento que, por se tratar de questão de direito, depende apenas de um juízo de verificação se a conduta descrita pelo autor, a ser praticada pelo réu, viola previsão legal. Diferentemente da ilicitude, mais complexa é a demonstração da ameaça, que é questão de fato. A doutrina e jurisprudência em relação à prova da ameaça em sede de mandado de segurança e interdito proibitório têm adotado como critérios a necessidade de esta ser objetiva e atual. Será objetiva quando real, traduzida por atos e não meras suposições; e será atual quando existir no momento em que a tutela é requerida.

13) O fato temido que se objetiva impedir, tanto nas ações em que se busca prevenir a repetição (quando há ilícito já praticado) ou continuação do ilícito (quando há ilícito iniciado), quanto nas que se visa afastar a ocorrência do mesmo (quando não há ilícito anterior), é um fato futuro. Em razão disso, não se pode imaginar a existência de prova direta que aponte seguramente para o fato de que a ameaça ao direito efetivamente irá concretizar-se. Tal fato apenas poderá ser um fato indiciário ou indicativo de uma provável ocorrência, repetição ou continuação do ato contrário ao direito (atos preparatórios ou ilícito anterior), abandonando-se a concepção tradicional de que a prova está voltada apenas à reconstrução de fatos passados.

14) Consequentemente, para viabilizar a concessão desta tutela preventiva, torna-se necessária a admissão de presunções no raciocínio probatório para a obtenção da tutela inibitória; caso contrário, o direito material restaria desprotegido pelo processo. Isto porque, a partir de uma prova indiciária, que recairá sobre um fato conhecido, provado por um meio de prova próprio, o juiz raciocinará com base na experiência e no senso comum para elaborar uma presunção acerca da provável ocorrência do fato futuro, da provável ocorrência do ilícito.

15) Para que as presunções sejam admitidas nas demandas em que se pleiteia a tutela inibitória, será necessário apurar se o fato que se busca demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito da tutela preventiva. Considera-se pertinente o fato indiciário quando este apresenta relação direta com o ato ilícito temido que se busca evitar com a tutela inibitória. Por outro lado, será relevante o fato

indiciário que puder evidenciar, uma vez demonstrado, a probabilidade de ocorrência do ato temido, de forma a influir, portanto, no julgamento da causa.

16) O juízo final da ação em que se busca a tutela inibitória será formado pela prova indiciária, presunção, máximas de experiência e as peculiaridades do caso concreto, ou seja, devendo ser considerada a credibilidade da alegação do autor, bem como a dificuldade do mesmo em demonstrar a ameaça ao seu direito advinda de provável prática do ato ilícito por parte do réu e que o processo deve tutelar direitos.

17) Deve-se considerar a necessidade de redução das exigências de prova, visto que o objeto da prova na tutela inibitória é a provável prática de um ato que é futuro, não se podendo exigir cognição e profundidade da prova da ameaça da provável violação de direito semelhante àquele necessário para outros tipos de tutela que não possuem caráter preventivo.

18) Buscando afastar eventuais arbitrariedades, o juiz deverá cumprir o dever de fundamentação analítica quanto à prova na tutela inibitória. O juiz deverá justificar, amparado nos elementos de prova disponíveis, as razões pelas quais a prova indiciária, por meio do raciocínio inferencial, permitiu a formação de uma ou mais presunções, que apontam para a conclusão acerca da existência de probabilidade da prática do ato ilícito. Deverá considerar eventuais provas contrárias à presunção e indicar as máximas de experiência empregadas e o modelo de constatação adotado, a fim de viabilizar o contraditório. Em suma, é preciso explicar o porquê de a prova indiciária e a presunção permitem um juízo de procedência da ação em que se busca a tutela inibitória.

19) Por fim, deve-se ressaltar que a determinação do modelo de constatação adequado à formação do juízo de fato, nas ações em que se busca a tutela inibitória, tanto em cognição exauriente, como em cognição sumária, dependerá do direito material envolvido no processo. Poderá ser adotado o modelo da preponderância de provas ou da prova clara e convincente, não deixando de considerar que a exigência quanto à suficiência de prova é diretamente proporcional à gravidade do litígio no plano do direito material.

REFERÊNCIAS

- ALBERTARIO, Emilio. **Corso di diritto romano: possesso e quase possesso**. Milano: Giuffrè, 1946.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2
- _____. Ainda o problema da classificação quinária das tutelas jurisdicionais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 4,n.24, p. 105-107, maio 2008.
- _____. Direito Material, processo e tutela jurisdicional. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 33, n. 101, p. 45-78, mar. 2006.
- _____. Presunções e Ficções no Direito Probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 13-20, jun. 2011.
- _____. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Rafaela Almeida do. Tutela inibitória e concorrência desleal. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 1, p. 567-592, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O indício e a prova no direito processual. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006. p. 289-316.
- _____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. RT, 2003. v. 6
- ASSIS, Araken. O Contempt of court no Direito Brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 28, p. 18-37, jul-set. 2003.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 154-170.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**. Temas de Direito processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 18, p. 117-126, 1979.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 23-34, 2002.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Provisória. **Revista Advogado**, v. 35, n. 126, p. 137-142, maio 2015.

BELLELLI, Alessandra. Introduzione. In: _____ (a cura di). **Azione Inibitoria e interessi tutelati**: Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005. Napoli: Edizioni Italiane, 2007. p. 5-12.

_____. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 50, n. 4, p. 607-624, jul-ago, 2004.

BETTI, Emilio. **Istituzione di Diritto romano**. Padova: Cedam, 1947. v. 1

BIANCA, Massimo C. L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). **Azione Inibitoria e interessi tutelati**: Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005. Napoli: Edizioni Italiane, 2007. p. 14-27.

BISCARDI, Arnaldo. **La protezione interdittale nel processo romano**. Padova: Cedam, 1938.

BOVINO, Márcio Lamonica. O desafio da escassez probatória na tutela inibitória preventiva judicial: o que pode mudar com o Novo Código de Processo Civil? In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 889-911.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. O ambiente metodológico das codificações e a ilicitude civil. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Org). **10 anos do Código Civil: edição comemorativa**. Brasília: ESMPU, 2014. p. 51-75.

CALAIS, Eduardo. A tutela inibitória e a efetividade do processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maria Terra (Coord.). **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 171-196.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas

Europa-America, 1974.

CARPENA, Márcio Louzada. Da tutela constitucional inibitória no Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família**: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 169-185.

CAVALIERIFILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVANI, Renzo. A tutela inibitória e a multa para efetivação de tutela específica: um diálogo de coerência entre os arts. 461 do CPC e 84 do CDC. **Revista de Direito do consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 153-176, maio-jun. 2013.

CAVANI, Renzo. Qué es la tutela inibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos. **Gaceta Civil & Procesal Civil**, v. 8, p. 173-190, 2014.

CHIARLONI, Sérgio. Su taluni aspetti processuali del risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 287-298, 2014.

CLERMONT, Kevin M. **Principles of Civil Procedure**. St. Paul, MN: Thomson West, 2005.

COMOGLIO Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1985.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

COVELLO, Sérgio. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DELGADO SUÁREZ, Christian. **Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos**. 2013. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoria General de la prueba judicial**. Tomo II. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. v. 2

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1992.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Motivação dos juízos fáticos-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 746-772.

FÓRIO, Milena. **A prova nas tutelas inibitórias individuais**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Milena%20F%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

FRANÇA, Moara Rodrigues. **Tutela inibitória para a proteção dos direitos sobre a marca**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (Azione). **Enciclopedia del diritto**. Milano. Giuffrè, 1971. p. 559-581. v. 21

_____. **L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni 'fuori dal coro' di un civilista). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 52, n. 4, p. 999-1026, out-dez 1997.

GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à Justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 83-114, 2013.

GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milano: Giuffrè, 1955.

GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 8. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas-corpus e mandado de segurança. **AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 8, n.22, p. 102-116, jul. 1981.

HARET, Florence. Por um conceito de presunção. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 725-744, jan-dez 2009.

HAZARD JR. Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University, 1993.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **El razonamiento en las resoluciones judiciales**. Lima: Palestra, 2009.

JOHNSON, Wayne R. North Dakota's New Contempt Law: Will it Mean Order in the Court? **North Dakota Law Review**, v. 70, 1027, 1994.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Os Standards do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

KOPLIN, Klaus Cohen. **Tutela jurisdicional mandamental**. 2008. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da Tutela Inibitória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 95-127, jun. 2011.

LACERDA, Galeno Vellinho de. Mandados e sentenças liminares. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 12-20, 1971.

LIA RAMOS, Vitor de. O modelo probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 115-134.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. La tutela civil inibitoria. **La Ley**, 1995 C.

LUZZATTO, G. I. **Il problema d'origine del processo extra ordinem**. Bologna: Riccardo Pàtron, 1965.

MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti**. Milano: Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A prova na ação inibitória. **Revista Jurídica**, v. 294, p. 7-15, abr. 2002.

_____. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. As sentenças que dependem de execução. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 39, p. 77-101, 2006.

_____. Prova e convicção judicial na tutela do meio ambiente. **Revista de Direito ambiental**, v. 17, n. 68, p. 181-198, out/dez 2012.

_____. **Simulação e Prova.** Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files_/SIMULAÇÃO-E-PROVA1.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2015.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Inibitória (a diferença entre segurança e prevenção). In: CIANCI, Mirna et al. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 513-524.

_____. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único do CPC/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 313-332, 2015.

_____. **Tutela contra o ilícito:** inibitória e de remoção-art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Tutela inibitória e de remoção do ilícito.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em: 10 out. 2015.

_____. **Tutela Inibitória:** individual e coletiva. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. rev. Atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATTEI, Ugo. **Tutela inibitoria e tutela risarcitoria:** contributo alla teoria dei diritti sui beni. Milano: Giuffrè, 1987.

MAUDSLEY, Ronald Harling; MARTIN, Jill E. **Modern Equity.** 18. ed. London: Stevens and sons, 1981.

MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale e danno ambientale.** Collana del Dipartimento di diritto dell'economia dell'Università di Napoli Federico II, 7. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito:** proteção da confiança e limite ao exercício das

prerrogativas jurídicas no Direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 51-74, mar. 2014.

_____. **Antecipação da tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas:** do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, abril, p. 61-78, 2012.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 183, maio 2010.

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 27-66, julho, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos de personalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, n.122, p. 22-40, abr. 2005.

NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, **La Ley**, 1996-A.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Enjuiciamiento prima facie**. Barcelona: Atelier, 2007.

NUNES, Leonardo Silva. **Tutela inibitória Coletiva**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2013.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao Direito Material. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 31, p. 96-141, 2004.

PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court:** correcciones disciplinarias y medios de apremio. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 28, p. 207-234, 2007.

PEYRANO, Jorge. La acción preventiva. **Genesis: Revista de Direito processual civil**, Curitiba, v. 1, n.1, p. 577-620, jan/abr 1996.

PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito:** Inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998.

PIRES, Eduardo Rockenbach. **Tutela inibitória como instrumento de prevenção contra o assédio moral**: a efetivação da jurisdição trabalhista na proteção a direitos de natureza extrapatrimonial. 2014. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil**. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. **Revista Peruana de Derecho procesal**, Lima, n. 4, p. 231-270, dic. 2001.

_____. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.

_____. Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C ed inibitoria finale. **Rivista di Diritto Processuale**, v.41, n.1, p.138-149, genn./mar. 1986.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER, JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix. (Org.). **Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 29-47.

_____. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 157, p. 51-71, 2008.

_____. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. Injunctions e Contempt of court em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos da lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83-109.

SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Illecito. **Novissimo Digesto italiano**, Pescara, v. 8, p. 164-173, 1965.

SEABRA, Fausto José Martins. **A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva**. 2008. 67 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SHEARS, Peter; STEPHENSON, Graham. **James'Introduction to English Law**. 13. ed. London : Butterworth, 1996.

SILVA, Ricardo Guilherme S. Corrêa. **A tutela inibitória no direito de imagem de pessoa pública**. Curitiba: CRV, 2013.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 49

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461- A; CDC, art. 84). 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 2

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: _____. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Considerazioni sulle massime d'esperienza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, v. 53, n. 2, p. 551-560, Giug. 2009.

_____. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano. v. 59, n. 4, p. 1165-1190, Dec. 2010.

_____. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, 1997.

_____. **Uma simples verdade**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TESSLER, Luciana Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 9

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil:** Dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3. t. 2

_____. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 227-239, jan-mar 2000.

THIBAU, Vinicius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TRIMARCHI, Pietro. Illecito. **Enciclopedia del diritto.** Milão: Giuffrè, 1970. p. 90-111. v. 20

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba.** Bogotá: Temis, 1985.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio de multa:** A problemática em relação à pessoa jurídica. 2007. 347 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZELA VILLEGAS, Aldo. Los ámbitos de aplicación de la tutela inhibitoria y la jurisprudencia peruana. **Genesis:** Revista de Direito processual civil, Curitiba, n. 36, p. 356-371, abr-jun 2006.