

Anúnciação: Como provar a violação dos direitos da personalidade

A tutela inibitória, analisada à luz do princípio da prevenção, deve ser entendida como o mecanismo para evitar a prática de um ilícito.



O primeiro ponto que merece atenção é que o pressuposto

ensejador da tutela inibitória é a ameaça de ato ilícito e não a ameaça de dano.

A técnica em apreço exige para sua utilização a ocorrência do ilícito (ou a sua ameaça), sem achar-se atrelado ao dano, senão tal modalidade de tutela estaria desvirtuada, já que com a ocorrência deste último nasce no jurisdicionado o direito de exercitar seu direito de tutela de natureza ressarcitória. A inibição objetiva evitar a violação do direito preservando-o *in natura*, ou seja, na forma prevista na legislação material.

A ação inibitória se aplica à possibilidade de ocorrência, continuação e repetição do ilícito, não se preocupando com o ressarcimento do dano, e, por consequência lógica, com seus elementos subjetivos: dolo e culpa.

Mesmo nas ações inibitórias fundadas em continuação e repetição do ilícito não cabe perquirir as elementares da culpa *lato sensu*: dolo e culpa *stricto sensu*, já que, do mesmo modo que nas inibitórias puras o que visa tal técnica processual é o ilícito.

Embora inexista no ordenamento jurídico pátrio regramento processual específico sobre as tutelas de caráter preventivo (inibitórias e de remoção de ilícito), em inúmeras normas é assegurado o direito de inibir a prática ilícita, mesmo inocorrendo o dano; pode-se citar a ameaça ao direito da personalidade, aqui objeto de estudo, prevista no artigo 12 do Código Civil; direito de vizinhança, artigo 1.301 do mesmo Código; os remédios constitucionais de mandado de segurança e habeas corpus de índole preventiva; no Código de Processo Civil, podemos citar interdito proibitório (artigo 567) e embargos de terceiro (artigo 674).

Prova em sede de ação inibitória

O primeiro aspecto importante nesse ponto é a limitação objetiva da defesa e sobre o que pode recair a cognição judicial. Ora, se o objeto da tutela em estudo se resume ao ilícito, não pode a defesa adentrar na análise do dano e da culpabilidade; tampouco a cognição judicial pode adentrar sobre tais aspectos, inclusive em sede de tutela inibitória antecipada (tutela da urgência) .

A questão da prova em sede de tutela inibitória nas hipóteses de continuação e repetição não gera grande dificuldade, já que ao menos um ilícito já ocorreu ou a conduta ilícita já se iniciou. Assim, existindo um fato passado e constatado o seu caráter violador do ordenamento jurídico, a demonstração da sua continuação ou repetição se dá através de raciocínio presuntivo ante a existência de um indício.

Entretanto, em sede de tutela inibitória pura, onde o jurisdicionado está diante de uma ameaça, visando evitar a ocorrência do ilícito, a sua comprovação merece especial atenção, posto que para a tutela de alguns direitos (como os da personalidade) a prova merece ser analisada de forma diversa à comumente procedida em sede das tutelas ressarcitórias.

O primeiro mecanismo recai sobre a "ameaça da prática de ato contrário ao direito". A ideia de conduta lícita/ilícita é de simples comparação à conduta abstrata prevista na norma. Assim, lícita é uma conduta autorizada pela lei e ilícita, uma vedada.

Outro mecanismo é o emprego de provas indiretas, consistente no uso de indício/prova indiciária/ raciocínio presuntivo/ presunção/ juízo, que, embora sejam conceitos próximos não podem se confundir.

Assim, os fatos narrados pelo autor, através do raciocínio presuntivo, elaborado perante a prova indiciária conduzirão o magistrado a formular a sua convicção. Outros meios de prova indireta de que o jurisdicionado e o Estado-juiz podem se valer são a prova emprestada (CPC, artigo 372), documentos digitais (CPC, artigos 439 a 441) e o uso, pelo Estado-juiz, das regras de "*experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece*" (CPC, artigo 375).

Por fim, o Código de Processo Civil facultou ao juiz (artigos 373, §1º) a possibilidade de distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, incluindo aí a sua inversão, nas hipóteses de "*excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*".

Todos os mecanismos acima delineados não são excludentes entre si, podendo ser utilizados separadamente ou em conjunto — conforme o caso concreto.

Outra questão tormentosa se refere à concessão da tutela de urgência, cujos requisitos previstos no atual Código de Processo Civil exigem a "*probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*" (artigo 300). O Código de Processo Civil revogado exigia um rigorismo exacerbado, através da "*prova inequívoca*", aliada à "*verossimilhança da alegação*" e ao "*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*".

Em interpretação sistemática e axiológica do Código de Processo Civil, constata-se a compatibilidade da concessão da tutela de urgência nas ações de conteúdo inibitório, já que os requisitos ensejadores da tutela de urgência são a demonstração da probabilidade do direito, perigo de dano e risco do resultado útil do processo (compatível com o instituto em análise).

A natureza dos direitos tuteláveis pela via inibitória, sobretudo quando se refere dos direitos da personalidade, quase sempre demandará o requerimento de concessão de tutela de urgência. Surge aí outra questão relativa à prova da ameaça, que demandará inegavelmente a instrução do feito, seja por designação de audiência de instrução, seja através de audiência de justificação prévia.

A melhor solução rumo para um único sentido: a prova deve *"limitar-se à demonstração da aparência da ameaça, inclusive da ilicitude do ato temido"*, através da *"redução do módulo de prova"* e do debate unicamente de direito já que se refere à demonstração da ocorrência do ilícito (MARINONI, 2017b, p. 313-314).

De tudo que foi dito sobre os meios de prova na tutela inibitória, em especial a pura, percebe-se que se deve relativizar a ideia clássica da prova, reduzindo-a ao mínimo constante na peça inicial.

A prova do fato constitutivo

A questão da prova do fato constitutivo nas ações inibitórias ganha mais corpo quando se está diante da hipótese de manejo de tal via na forma pura (inibir a prática do ilícito) para a tutela de direitos potestativos individuais — direitos da personalidade.

O grande problema surge quando, diante de uma iminência de violação (tutelada pela via inibitória pura), o autor não dispõe de qualquer outra prova além da sua palavra. Ora, se o objeto da prova dessa modalidade de tutela jurisdicional recai unicamente sobre a existência de ilícito (fato puramente de direito que independe de prova), como equalizar essa situação? Marinoni traz uma luz:

"Dai resulta a constatação de que tais espécies de direitos são insuscetíveis de oposição. Uma vez afirmados (tais direitos) como existentes, independem de prova, até porque essa prova seria a singela comprovação da existência da pessoa física que pretende a tutela jurisdicional, o que é pressuposto para a própria existência da relação jurídica processual" (MARINONI; LUIZ GUILHERME, 2017b, p. 309-310).

Para as hipóteses de ação inibitória contra reiteração ou continuação de ilícito, a prova recairá sobre o fato passado e pela técnica do raciocínio presuntivo demonstrar-se-á a ocorrência futura. Entretanto, no caso da tutela inibitória pura, versará unicamente sobre a proibição legal da conduta que será praticada. Assim, a instrução processual contará com um único ponto controvertido: *"o ato que será praticado enquadra-se na moldura legal que o proíbe?"* (MARINONI, 2017, p. 311).

Inúmeras são as hipóteses em que a ação inibitória em questão (pura para tutela dos direitos da personalidade) demanda a concessão de tutela de urgência para a salvaguarda dos direitos, todavia a efetividade da tutela jurisdicional esbarra em dois óbices — a falta de previsão normativa expressa para o procedimento em questão e o tempo despendido entre a formulação do pleito (ajuizamento da demanda) e o provimento de mérito.

Poder-se-ia imaginar que a instalação de audiência de justificação prévia constituiria um meio plausível para que a ocorrência da ameaça do ilícito restasse comprovada. Entretanto, o critério temporal fatalmente obstaculiza a plena efetividade da tutela jurisdicional em análise, já que, caso o Estado-juiz opte pela sua designação, o tempo despendido entre a distribuição da inicial e a efetiva ocorrência do ato pode tornar inócuo e esvaziado de qualquer serventia a via inibitória, já que fatalmente o ilícito poderá ter ocorrido, desvirtuando o objetivo do instituto em apreço.

A par da preciosidade dos bens jurídicos passíveis de tutela pela via inibitória, incumbe ao Estado-juiz proceder a sua análise apenas fundado na demonstração da aparência, já que a ausência de disciplina específica sobre o tema e o lapso temporal para que o Estado-juiz profira uma decisão não pode ter seu ônus imputado ao jurisdicionado, sob pena de configurar injustiça qualificada. E, novamente, Marinoni elucida a situação:

"Seja para a decisão liminar ou mesmo para a proteção final, o julgador deve satisfazer-se com a 'prova possível' da alegação, sem exigir elementos de convicção completos, capazes de gerar em sua consciência o que se chama de certeza', já que esta poderia tornar impossível a proteção que o próprio direito material reconhece ser imprescindível para os direitos" (MARINONI; LUIZ GUILHERME, 2017b, p. 314).

Somente será possível equalizar a questão posta em análise quando a teoria da prova passar a ser vista sob uma ótica diversa da utilizada nas hipóteses em que se busca uma tutela ressarcitória, declaratória ou constitutiva, já que em demandas onde se busca um provimento dessas naturezas, a instrução, em regra, recai sobre o ilícito já praticado e não demanda os percalços a que a inibitória precisa se submeter.

É necessário, pois, que o Estado-juiz, através dos mecanismos já apontados, afaste-se de um rigorismo exacerbado para que se prove a ocorrência da ameaça — iminência de ilícito ensejador da utilização da tutela inibitória pura — e passe a aceitar a existência mínima de prova, sendo esta unicamente a demonstração da ameaça de ocorrência do ilícito.

REFERÊNCIAS

Arenhart, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Ed. RT, 2003.

Barbosa, Jose Carlos Moreira. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Revista Faculdade de Direito UFPR.V. 19, 1979.

Bedaque, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Bittar, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

Bovino, Marcio Lamonica. **A ação inibitória enquanto tutela diferenciada autônoma**. 2016. 246 f.

Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7030>

. Acesso em 1/10/2018.

BRASIL. Congresso Nacional, **Código Civil**. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 25/10/2018.

_____. Congresso Nacional, **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25/10/2018.

_____. Congresso Nacional, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25/10/2018.

_____. Congresso Nacional, **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/10/2018.

Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Ed. Bookseller, 2009.

Calamandrei, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Ed. Bookseller, 2003.

Frigani, Aldo. Inibitória (azione). **Enciclopedia del diritto**. Milão, Giuffrè, v. XXI.

Gagliano, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil**, vol. 1, parte geral. Ed. Saraiva, 2005.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 1, Ed. RT, 2016a.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**, vol 2. Ed. RT 2017b.

_____. **Técnica processual e tutela de direitos**. Ed. RT, 2004c.

_____. **Tutela Inibitória Individual e Coletiva**. Ed. RT, 2006. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47764>. Acesso em: 25/10/2018.

_____. **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção de Ilícito**. Ed. RT. 2003. Disponível em:

<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-TUTELA-INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf>

. Acesso em: 25/10/2018.

Nery Junior, Nelson; Andrade Nery, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Pimenta, Andre Afeche. **A tutela inibitória puramente preventiva**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 12 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-inibitoria-puramente-preventiva,43854.html>. Acesso em: 25/10/2018.

Pinto, Edson Antônio Sousa. **A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais online. Revista de Processo | vol. 252/2016 | p. 303 – 318 | Fev / 2016 DTR2016217. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3276906/mod_resource/content/1/A%20TUTELA%20INIBIT%C3%93RIA-E-TUTELA-DE-REMO%C3%87%C3%83O-DO-IL%C3%8DCITO.pdf

. Acesso em: 25/10/2018.

Spadoni, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Date Created

16/03/2022