

PROVA E CONVICÇÃO JUDICIAL NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor Titular de Direito Processual Civil na UFPR.
Pós-Doutor pela Universidade Estatal de Milão.
Visiting Scholar na Columbia University Law School.
Advogado em Curitiba e em Brasília*

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - A importância da compreensão da tutela judicial contra o ilícito diante do direito ambiental; 3 - O objeto da prova na ação inibitória; 4 - A presunção na aferição da ameaça e a convicção necessária para a sua declaração judicial; 5 - A formação da convicção nos diferentes modelos de ação inibitória; 6 - Ilícito com efeitos concretos duradouros; 7 - Objeto da prova na ação de remoção do ilícito; 8 - A convicção judicial na tutela antecipada contra o ilícito

RESUMO: A proteção do meio ambiente não se satisfaz apenas com tutela judicial ressarcitória, ainda que *in natura*: faz-se necessária tutela jurisdicional preventiva e tutela jurisdicional contra o ato ilícito cujos efeitos perduram no tempo. Depende, na generalidade dos casos, de tutela judicial que iniba a violação das normas que lhe protegem (tutela inibitória) ou de tutela que remova ou elimine os efeitos concretos que, derivados da violação da norma, constituem exatamente o que esta não deseja ou proíbe (tutela de remoção do ilícito). No presente artigo fixam-se os pressupostos para a concessão de tais modalidades de tutela, visando esclarecer o objeto da prova e a convicção judicial (na tutela inibitória *verossimilhança preponderante*) necessária na tutela do meio ambiente.

ABSTRACT: Environment protection is not fully accomplished with only repressive judicial action: it is necessary preventive action and action against the illicit act itself whose effects persist in time. It depends, in most cases, of a judicial protection that inhibits the violation of the rules (*injunction*) or of a judicial action focused into the removal of specific effects that derive from violating legal standards. This paper aims to set up the conditions for granting those actions, clarifying the object of proof and the judicial persuasion necessary to the protection of the environment.

PALAVRAS CHAVE: meio-ambiente – prova – convicção judicial - tutela inibitória e de remoção do ilícito

KEY WORDS: environment – proof - judicial persuasion - injunction,

1. Introdução

O meio ambiente, como é intuitivo, não apenas exige tutela judicial preventiva, como também tutela judicial contra o ato contrário ao direito cujos efeitos perduram no tempo. Vale dizer: o direito ambiental necessita de tutela judicial em face do ilícito e não apenas de tutela contra o ilícito danoso¹.

Porém, há grande dificuldade, mesmo em sede doutrinária, para se individualizar uma tutela judicial que tome em consideração apenas o ato contrário ao direito. Isso pela suposição, derivada da herança do direito privado, de que o ilícito civil guarda, em sua composição, o fato danoso. Na verdade, a ideia de que o ilícito civil não se desliga do dano é reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – a partir da premissa de que o bem juridicamente protegido é a *res* dotada de valor de troca – que a tutela judicial contra o ilícito é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico do dano.²

Quando os bens tuteláveis são resumidos a coisas que podem ser individualizadas pelo seu valor em dinheiro, a reação judicial contra o ilícito pode empregar o metro da pecúnia para conferir a extensão do dano e, então, sancionar o infrator. Portanto, é fora de dúvida que a unificação da categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, infiltrada em nossa tradição jurídica, é resultado de uma visão “mercificante” dos direitos. O problema é que até hoje essa concepção prevalece em sede doutrinária e

¹ Isso em razão dos princípios constitucionais conformadores de uma tutela jurisdicional efetiva do meio ambiente (princípios da precaução, da prevenção, da informação, da participação e do “*poluidor pagador*”). Ver, por todos: Antônio Herman V. Benjamin, Introdução do Direito Ambiental Brasileiro, *Revista de Direito Ambiental*, v. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr. 1999, p. 48 e seg.

² Cesare Salvi, Legittimità e ‘razionalità’ dell’art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 591.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

repercute sobre a formação da jurisprudência. Bom exemplo é a referência à obra de Orlando Gomes, dada a sua grande repercussão sobre a prática forense e as decisões dos tribunais. Eis o que nela está escrito:

“Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contrajus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. *Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso*”.³

A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos.

Ao não questionar o vetusto conceito de ilícito civil, a doutrina processual agrava o problema quando, por exemplo, atrela às tutelas preventivas e urgentes o conceito de “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Ora, se a tutela que almeja evitar o ato contrário ao direito nada tem a ver com o dano, é claro que o receio de dano não é pressuposto da tutela preventiva, ou melhor, da tutela inibitória, nem, muito menos, da tutela inibitória na forma antecipada.

Como é intuitivo, ligar tutela preventiva com “ameaça de dano”, “receio de dano” e “probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação” é persistir no equívoco de que a tutela judicial contra o ilícito é sempre a tutela contra o dano.

Ademais, como os efeitos concretos deixados por uma ação ilícita igualmente não

³ Orlando Gomes, *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 313-314.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

se confundem com fato danoso, a ação de remoção do ilícito não tem entre seus pressupostos o dano, mas apenas os efeitos concretos do ato contrário ao direito, de que podem provir danos. Pela mesma razão, a tutela antecipada, nesta ação, tem como pressuposto único a probabilidade de a ação praticada ser contrária ao direito e não a probabilidade ou o receio de dano.

Deixe-se claro que a tutela inibitória visa a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, a tutela de remoção objetiva remover ou eliminar os efeitos concretos deixados pela ação ilícita e a tutela ressarcitória serve à reparação do dano, *in natura* ou pelo equivalente monetário⁴.

A confusão entre ilícito e dano, após fazer sentir a ausência de técnicas processuais destinadas a inibir o ilícito e remover os seus efeitos concretos sem prescindir do dano, recai sobre o plano probatório, trazendo gravíssimos problemas, que, além de passarem despercebidos nos trabalhos de doutrina⁵, geram graves dificuldades e injustiças concretas no cotidiano da justiça civil.

Note-se que, ao não se eliminar o dano dentre os pressupostos das tutelas inibitória e de remoção do ilícito, exige-se, por conseqüência, não apenas a sua prova, mas também a demonstração da culpa ou da sua dispensabilidade para a concessão da tutela jurisdicional.

De modo que o real problema da prova, em grande parte das ações ambientais,

⁴Sobre a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012; Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 3a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

está em não se identificar, de forma correta, aquilo que necessita ser provado.

2. A importância da compreensão da tutela judicial contra o ilícito diante do direito ambiental

É sabido que o direito fundamental ao meio ambiente - como outros direitos fundamentais - depende de prestações normativas, vale dizer, de normas que imponham condutas positivas ou omissivas para que danos não lhe sejam ocasionados.

A importância da atuação das normas de proteção exige a estruturação de ações judiciais capazes de viabilizar a realização do desejo nelas contido. Trata-se de tutela judicial específica da norma ou de tutela judicial a substituir a tutela normativa. Essa modalidade de tutela judicial, voltada ao cumprimento do dever específico instituído na norma, obviamente não representa uma tutela ressarcitória ou contra o dano, mas sim uma tutela judicial de proteção aos direitos fundamentais.

Assim, o meio ambiente depende, na generalidade dos casos, de tutela judicial que iniba a violação das normas que lhe protegem ou que remova ou elimine os efeitos concretos que, derivados da violação da norma, constituem exatamente o que ela não deseja ou proíbe. Em outras palavras, a tutela jurisdicional do meio ambiente requer, acima de tudo, ações inibitória e de remoção do ilícito.⁶

Tais ações representam, diante do panorama do processo civil tradicional -

⁵ Exceção a esse quadro, com enfoque específico para tutela do direito ambiental: Luciane Gonçalves Tessler, *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶ A respeito da importância das tutelas inibitória e de remoção do ilícito para a efetiva proteção do meio ambiente, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 3a. ed.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

preocupado com a tutela dos direitos patrimoniais -, não apenas novidades, mas instrumentos processuais próprios ao Estado constitucional e imprescindíveis para a efetiva tutela do bem ambiental.

Porém, se o meio ambiente, dada a sua natureza, obviamente não pode ter como meio de tutela judicial apenas a ação ressarcitória⁷, é preciso deixar claro os pressupostos das ações judiciais que melhor lhe aproveitam, assim como o convencimento que se deve exigir do juiz em relação a eles para que a tutela judicial realmente possa ser efetiva nos casos em que as normas de proteção acabam sendo insuficientes.⁸

⁷ Isso não quer dizer que a tutela ressarcitória, especialmente a tutela ressarcitória *in natura* ou na forma específica, não tenha importância para a proteção judicial do meio ambiente. Como escreve Gabriel Stiglitz, “*privilegiar la reparación em espécie por sobre la indemnización dineraria, constituye otra de las evoluciones del moderno derecho de daños, de particular transcendencia em matéria de protección del medio ambiente*” (Gabriel Stiglitz, *El daño al medio ambiente en la Constitución nacional, Responsabilidad por daños em el tercer milenio*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 319). Jorge Bustamante Alsina, ao tratar do ressarcimento na forma específica em face do direito ambiental, afirma que essa forma de ressarcimento é a mais apropriada, “sobre todo si se trata del daño ambiental, pues el ambiente sano es un derecho humano que determina la calidad de vida Del hombre garantizada por la Constitución Nacional. Por otra parte, El derecho al ambiente constituye uno de esos intereses supraindividuales por su incidencia colectiva. Su significación ontológica solaente recupera su valor mediante su recomposición, y no satisface colectivamente a todos los damnificados que padecen El impacto ambiental, que alguno o algunos de ellos reciban una indemnización pecuniária como compensación por el daño particular de cada uno de ellos” (Jorge Bustamante Alsina, *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 93).

Tal entendimento busca implementar o *princípio da reparação integral* do dano ambiental e tem sido evidenciado pelo STJ em sua mais recente jurisprudência. É o que se vê no acórdão proferido no recurso especial n. 1.165.284/MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, em cuja ementa se consignou que “*a jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza propter rem*”. No corpo do voto se lê: “*Convém frisar que os deveres de indenização e recuperação ambientais não são ‘pena’, mas providências ressarcitórias de natureza civil que buscam simultânea e complementarmente, a restauração do status quo ante da biota afetada e a reversão à coletividade dos benefícios econômicos auferidos com a utilização ilegal e individual de bem que, nos termos do art. 225 da Constituição, é ‘de uso comum do povo’*”.

⁸Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 3a. ed., cit.

3. O objeto da prova na ação inibitória

A necessidade de uma tutela antecedente ao dano, de conteúdo nitidamente preventivo, levou os estudiosos a tentar explicar o fundamento e a finalidade desse tipo de tutela. Se a tutela não visa a reparar o dano, qual seria o seu fundamento e escopo? Esta pergunta foi respondida, no curso da evolução da doutrina, de várias formas.

Afirmou-se, em uma doutrina elaborada há bastante tempo, que a “ação” (física), em alguns casos, pode não resultar em um evento danoso; lembrou-se, ainda, que podem ser praticados atos preparatórios voltados a uma finalidade sem que a ação seja praticada e que, também, uma ação pode ser apenas anunciada como um propósito, sem que qualquer ato seja praticado. Muito embora não verificado o dano ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou o simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito, não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre o “ilícito de perigo” e o “ilícito de lesão”.⁹

Essa distinção, que foi feita por Candian, parece ser uma das tentativas iniciais de se explicar a diferença entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória, a primeira voltada contra o ilícito de perigo e a segunda dirigida contra o ilícito de lesão.¹⁰ Candian, ao mencionar uma série de casos que configurariam exemplos de tutela contra o ilícito de perigo, agrupa em uma mesma categoria a tutela cautelar e a tutela inibitória, realizando uma sensível ampliação da noção tradicional de ato

⁹ A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 119.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

conservativo.¹¹ Porém, transparece da doutrina de Candian uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito; quando Candian fala em ilícito de perigo, *como categoria contra posta à de ilícito de lesão, fica claro que o ilícito de perigo diz respeito a um perigo de dano*. É evidente, portanto, que a elaboração de Candian não pode ser aceita como adequada à explicação da tutela preventiva,¹² *já que marcada por uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito*.¹³

Lodovico Barassi, outro conhecido civilista italiano, tratando da “prevenzione del fatto danoso”, pergunta se é admitida uma ação destinada “a prevenir as lesões jurídicas”. Segundo ele, uma ação desse tipo objetiva fazer cessar um estado atual de coisas que necessariamente deve conduzir a uma futura lesão; uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique.¹⁴ Ao descrever alguns casos que constituiriam exemplos de tutela preventiva, alerta Barassi que as situações às quais as ações preventivas fariam referência constituiriam o ilícito de perigo, que se distinguiria, assim, do ilícito de lesão.¹⁵

¹¹ Idem, ibidem, p. 120-121.

¹² Ver, nesse sentido, Aldo Frignani, Azione in cessazione. *Novissimo Digesto italiano*, 1980, p. 654; Cristina Rapisarda, Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 480.

¹³ É interessante ressaltar, porém, que Candian fala em prevenção do ilícito como princípio geral do ordenamento jurídico: “Quanto alla ragione determinante delle autorizzazioni e delle iniziative, rispettivamente impartite e consentite dall’ordinamento, essa risiede in una immanente esigenza di economia. A parte, infatti, le ipotesi in cui il danno è per sua natura (come quello proveniente dalla insolvenza del debitore) insuscettibile di riparazione, l’ordinamento manifesta, con numerose disposizioni, la tendenza a preferire le misure della prevenzione, dovunque siano possibili, a quelle della riparazione o della pena o del risarcimento, cioè in genere alle misure repressive (inteso il termine in senso lato). Appunto la varietà delle situazioni alle quali, con le numerose norme citate, ed altre ancora, si è voluto provvedere, dà per certo che non tanto si tratta di singole disposizioni da applicare ai casi di volta in volta preveduti, quanto di un principio generale dell’ordinamento giuridico: di un principio, appunto, ispirato alla ora cennata esigenza economica” (A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 121).

¹⁴ Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 429.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 429.

Barassi deixa transparecer com toda nitidez que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, o que não o impede, portanto, de aderir à terminologia utilizada por Candian, e de falar de “ilícito de perigo” e de “ilícito de lesão”. A tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita (ilícito de perigo) teria natureza preventiva porque destinada a impedir um futuro dano. Segundo Barassi, a tutela preventiva pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro, e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado algum dano, provavelmente pode ocasioná-lo.¹⁶

A posição de Barassi merece a mesma crítica que foi endereçada à doutrina de Candian. Barassi, ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita continuativa) *que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano.*

Bonasi Benucci distinguiu perigo e dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e de sua capacidade de provocar dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto o dano, por ser uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva.¹⁷ Note-se que esta elaboração doutrinária difere daquela construída por Candian,¹⁸ já que a concepção de Benucci não fala em ilícito de perigo e ilícito de lesão, mas apenas em ilícito que guarda em si,

¹⁶ Idem, ibidem, p. 430.

¹⁷ Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 575.

¹⁸ A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 119 e ss.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

necessariamente, o perigo de dano. Há uma unidade conceitual para o ilícito, que seria, em poucas palavras, o ato *contraius* que pode causar dano.¹⁹ Porém, ao inserir na constituição do ilícito o perigo, Benucci refere-se ao perigo como uma “potencialidade danosa”, evidenciando, assim, que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra a probabilidade do dano.²⁰

Ao que parece, a doutrina, quando afirma que não há ilícito sem dano, identifica o ato *contraius* com a sua normal consequência, e isso ocorre porque o dano é o sintoma sensível e concreto da violação da norma. Assim, confunde-se ilícito com dano por não se perceber que o dano apenas decorre do ilícito, podendo, inclusive, não acontecer, bem como por existir entre o ato ilícito e o dano, frequentemente, uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, mesmo no plano lógico.²¹

O dano não integra o conceito de ato ilícito. Uma vez praticado o ilícito, o dano aparece como requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir. Portanto, se o dano é consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da

¹⁹ Giuseppe Auletta, ao analisar a estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, igualmente conclui que o requisito do dano é substituído pelo de perigo de dano (Attività. *Enciclopedia Del Diritto*, v. 3, p. 987).

²⁰ “La individuazione dell’elemento della *potenzialità dannosa* come completamento della fattispecie costitutiva dell’illecito civile consente di riunire in unica categoria quelle molteplici ipotesi di illecito in cui il danno non è ancora occorso, ma sussiste già una situazione di pericolo determinata da atti la cui prosecuzione o ripetizione porterà (secondo un calcolo di probabilità) alla produzione di un danno, se non tempestivamente interrotta ed inibita con rimozione altresì di quegli effetti già determinati dall’atto e che potrebbero essere fonte autonoma di danno” (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 575).

²¹ Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 569.

continuação do ilícito.²²

Atualmente, a melhor doutrina italiana deixa claro que a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito e não o dano.²³ Frignani²⁴ e Rapisarda,²⁵ que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita, e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ato contrário ao direito (ilícito).²⁶

Supunha-se, ademais, exatamente porque se fazia uma identificação entre ilícito e

²² Frignani, analisando a teoria de Bonasi Benucci, diz o seguinte: “Alle stesse critiche può essere sottoposta anche la teoria che, nel tentativo di superare la dicotomia candiana tra illecito di danno e illecito di pericolo, ha ritenuto che l’illecito sia sempre individuato dalla sua ‘potenzialità dannosa’; in altri termini, anche questa dottrina imposta il suo ragionamento sul danno, seppure eventuale o possibile. (...) A prima vista tale formulazione sembra presentare una notevole aderenza alla realtà, ma la sua debolezza sta nel considerare *l’idquodplerumqueaccidit* come elemento essenziale di una fattispecie, e non invece come elemento accidentale. Non si tiene però in considerazione che il legislatore contempla tanti tipi di condotta, proibiti dal diritto e perciò costituenti una fattispecie di illecito, che non porteranno necessariamente ad un danno, e dove perciò l’illeceità prescinde anche dalla potenzialità dannosa” (Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 655).

²³ Aldo Frignani, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 417 e ss.; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 108 e ss.

²⁴ Frignani, referindo-se à distinção, formulada por Candian, entre ilícito de perigo e ilícito de lesão, diz o seguinte: “Secondo questa impostazione ogni contravvenzione della legge dovrebbe risolversi in un illecito di danno o in un illecito di pericolo (di danno). Come si vede, il danno rimarrebbe il metro di misura, il perno centrale di tutto il sistema della responsabilità. Ma non sembra corretto impostare il problema in questi termini, perché il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l’illecito soltanto dalla presenza del danno” (Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 654).

²⁵ Cristina Rapisarda, Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 7; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

²⁶ De acordo com Frignani, “l’elemento del pericolo entra in gioco anche nell’inibitoria, ma ad altri fini. Mentre nella distinzione di cui sopra esso era riferito al danno, qui il pericolo è riferito alla lesione. In questo senso, l’inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l’illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l’illecito venga commesso, se ancora non si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui si dice dell’inibitoria che è un’azione essenzialmente preventiva” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

dano, que o elemento psicológico (dolo ou culpa) fosse absolutamente necessário para a configuração do próprio ilícito.

Porém, quando o ilícito é afastado do dano, não há qualquer motivo para se cogitar sobre culpa ou dolo. De lado a responsabilidade objetiva, o ato humano é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposos ou doloso; tais elementos são relacionados com a responsabilidade pelo dano.

O dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e, desta forma, estão obviamente fora da atividade probatória. O *thema decidendum*, na inibitória, é restrito à futura ocorrência de ilícito e, assim, deve ser decomposto em dois elementos: i) a ameaça da prática de ato e ii) a sua ilicitude.

4. A presunção na aferição da ameaça e a convicção necessária para a sua declaração judicial

Cabe uma análise crítica sobre a prova capaz de evidenciar a ameaça de lesão. Deixe-se claro, antes de mais nada, que o perigo de lesão não pode ser confundido com o perigo de que a violação possa ocorrer em algum dia. É imprescindível que haja uma situação específica a ameaçar o direito. A tendência é exigir a ocorrência de dados objetivos e concretos capazes de demonstrar a ocorrência do justo receio de lesão. Não basta, em outras palavras, o mero temor subjetivo de futura violação. Requer-se que o temor se apóie em elementos concretos, exteriores, capazes de avalizar o receio²⁷.

²⁷ Veja-se, entre outros: PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris: Dalloz, 1991; CENTI, Jean Pierre. Le prix de l'environnement – une approche par l'anayse économique du droit In: FALQUE, M., MASSENET, M. (coord.), *Droits de propriété et environnement*, Paris: Dalloz, 1997.

Porém, a questão da prova merece tratamento diversificado, conforme a ação inibitória objetiva impedir a continuação ou a repetição do ilícito, ou evitar a sua prática. Note-se que, no caso em que um ilícito já foi praticado ou iniciou, a prova pode recair sobre algo que, estando no passado, pode evidenciar, com grande grau de aproximação, que o ilícito provavelmente se repetirá ou continuará, o que é suficiente para demonstrar a ameaça. Mas, mesmo que um ilícito já tenha sido praticado ou iniciado, o que se teme é o fato futuro, embora isso fique muito mais claro na hipótese de ação inibitória “pura” – ou seja, de ação que vise impedir a prática de um ilícito ainda que ato nenhum de igual natureza tenha sido praticado.

Se é assim, todo e qualquer fato que diga respeito ao fato futuro somente poderá ser um fato indiciário ou indicativo de que a violação ocorrerá²⁸. Isso quer dizer que, para se resolver a questão da prova na ação inibitória, é imprescindível conhecer o tema das presunções, além de, obviamente, aceitar que a prova não tem por objetivo apenas o passado.

Quando se teme a repetição do ilícito, a prova de que já foi praticado ato de igual porte é prova de um fato indiciário que, por meio de raciocínio presuntivo, permite a formação de uma conclusão – ou de uma presunção – de que provavelmente o ilícito será repetido. Tratando-se de ação dirigida a impedir a continuação do ilícito, a prova de que o ilícito, ou uma atividade ilícita, já iniciou, também é prova de indício que, apenas através do raciocínio, pode permitir que o juiz chegue a uma presunção e ao juízo de procedência.

²⁸ Sobre o tema, no direito alemão: MEDICUS, Dieter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, v. 4, p. 963 e ss; LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972. p. 528 e ss.

Na modalidade de ação inibitória que mais preocupa – que não tem o objetivo de apenas impedir a repetição ou a continuação do ilícito –, a conclusão de que não resta outra alternativa a não ser demonstrar um fato indiciário é ainda mais óbvia. Nesse caso, 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.

Ora, a prova de quem alega temer a prática de ilícito somente pode recair em fatos que indiquem a sua probabilidade. Não obstante, a doutrina ainda está com atenção no passado quando fala em ato ilícito (no caso em que se teme a sua repetição ou a sua continuação) e ato preparatório como suficientes à prova da ameaça. Melhor dizendo, imagina que a prova dos fatos passados é a prova da ameaça e, nesse sentido, que a prova dos fatos passados é a prova dos fatos diretos – e não a prova de fatos indiciários capazes de formar um juízo de probabilidade sobre algo que está no futuro. A dificuldade de ver tais fatos como indícios deriva de preconceitos infundados em relação à prova por presunção e à existência de um juízo que apenas possa se basear em convicção de verossimilhança.

De qualquer forma, é inevitável concluir que se a prova recai em um indício, e o juiz, a partir dele, raciocina com base na experiência e no senso comum para elaborar uma presunção sobre a ocorrência de um fato futuro, o juízo sobre o mérito, na ação inibitória, não se submete aos mesmos rigores dos juízos “tradicionais”.

Apanhadas as razões e a extensão do equívoco, torna-se fácil a sua dissolução. Basta aceitar a obviedade de que aquilo que deve ser demonstrado é a afirmação de que um fato futuro provavelmente ocorrerá, e não a afirmação de que um fato

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

aconteceu. Os fatos passados se destinam apenas a demonstrar a afirmação de que o réu provavelmente praticará o ato contrário ao direito. Ou seja, o que se alega, e por isso deve ser demonstrado, é a probabilidade da prática do ato, ainda que essa demonstração se dê por meio de raciocínio presuntivo, isto é, a partir da prova do indício – que é fato passado.

Note-se que, se o fato passado fosse um fato direto, o juiz não precisaria relacioná-lo com o fato temido. Aliás, ver o fato passado como fato direto implica admitir que o autor deve necessariamente alegá-lo na petição inicial, visto que apenas os fatos indiciários podem ser provados independentemente de alegação. Nesse sentido, se faltasse ao autor a alegação de um ato preparatório, a prova não poderia ser produzida. O absurdo dessa conclusão está em impor a aceitação de que um ato, indicativo da prática de um ilícito futuro, pode ser descartado pelo juiz pela razão de não ter sido afirmado na petição inicial. Um ato dessa espécie, em essência indicativo, possui indisfarçável natureza indiciária pelo simples motivo de que é um fato que gravita ao redor do fato essencial, servindo apenas para demonstrá-lo.

Por outro lado, é errôneo pensar que, ao se tomar como alvo o fato futuro e poder se chegar apenas a uma convicção de verossimilhança, existiria uma convicção judicial incompatível com a definição do mérito. É certo que, em toda ação de conhecimento, o juiz deve buscar a convicção da verdade. Porém, na ação inibitória a prova tem características particulares. Nesse caso, por ser a ação voltada para o futuro, o direito apenas pode ser demonstrado a partir de prova indiciária e a convicção apenas pode chegar num resultado de verossimilhança. Portanto, o uso da prova indiciária e o juízo de verossimilhança ou probabilidade da prática do ato são justificados pelo direito material que necessita de prevenção e pela norma constitucional que outorga o direito de ir a juízo para evitar a violação.

Assim, impõe-se a conclusão de que a prova da ameaça é a prova da probabilidade da prática do ato temido. Isso não significa deixar de lado a necessidade da prova dos chamados elementos objetivos, mas apenas a constatação de que tais elementos nada mais do que indícios, sobre os quais obviamente deve recair a prova (indiciária), cuja finalidade é demonstrar ou provar a probabilidade da prática do ato contrário ao direito.

A convicção do juiz, na ação inibitória, somente pode ser a convicção sobre a probabilidade da prática do ato temido. Nesse sentido, há uma redução da convicção necessária para a formação do juízo de procedência (redução da exigência de prova) – quando consideradas as hipóteses “normais”.

Como é óbvio, a convicção de verossimilhança basta apenas em relação à presunção decorrente da ligação entre a prova do fato passado e o fato temido (futuro), pois quanto ao fato passado deve haver convicção de verdade. Assim, no que respeita a ação voltada a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, o juiz deve estar convicto de que o demandado já praticou ou iniciou um ato ilícito. A probabilidade diz respeito apenas à presunção a ser estabelecida entre a prova do fato passado e o fato futuro. Na outra modalidade de ação inibitória – denominada “pura” –, em que não se teme a repetição ou a continuação do ilícito, mas sim a prática de um ilícito sem que qualquer ato anterior da mesma natureza tenha sido cometido, deve haver convicção de verdade em relação a atos preparatórios ou a fatos objetivos que possam indicar a verossimilhança da prática do ato temido. Da mesma forma que nas outras duas ações, aqui a convicção de verossimilhança diz respeito apenas à presunção sobre o fato temido, e não ao fato passado.

5. A formação da convicção nos diferentes modelos de ação inibitória

Evidenciada a importância da prova por presunção em face da ameaça de ilícito, cabe distinguir a forma como ela atua diante de cada uma das três espécies de ação inibitória.

Quando se teme a repetição ou a continuação do ilícito, o fato indiciário é o ilícito já praticado ou iniciado. Se o autor não pode fazer o juiz chegar à probabilidade da repetição ou da continuação a não ser demonstrando a violação passada, é claro que isso é suficiente para formar a convicção do juiz. Nesse caso, a dúvida que pode persistir não pode ser paga pelo autor, pois quem viola um direito mostra, por meio do seu comportamento, que, além de não respeitar o direito do demandado, tem um interesse muito provável em repetir ou continuar o ilícito.

Quando nenhum ilícito foi praticado ou iniciado, a prova resta mais difícil. Nessa situação, a prova da ameaça diz respeito a atos preparatórios, ou a fatos objetivos que, sem constituírem atos da mesma natureza que o temido, podem indicá-lo como provável. Porém, como também ocorre em relação às outras duas situações de ação inibitória, não há aqui como fazer outra prova que não a prova por presunção simples.

Tal prova, diante da ação inibitória, é a única possível. Sem ela, e a possibilidade da redução das exigências de prova, não há como pensar em tutela inibitória. Mas, essa prova, no caso em que ilícito algum foi praticado ou iniciado, pode ter maior dificuldade para trazer ao juiz uma convicção necessária à concessão da tutela. Assim, o juiz deverá considerar as dificuldades probatórias peculiares a essa situação,

visualizando a prova no contexto do caso concreto.

6. Ilícito com efeitos concretos duradouros

Embora esse não seja o local adequado, é preciso lembrar que a tutela inibitória requer um agir ilícito que possa ser evitado. Assim, por exemplo, é possível inibir a poluição ambiental. Porém, há agir ou ação ilícita que, embora não produzindo dano, deixa presente os seus efeitos concretos. Nesse caso, por já ter ocorrido a ação ilícita, não há que se pensar em tutela inibitória. Porém, os efeitos concretos derivados de uma ação ilícita não constituem, necessariamente, dano.

Lembre-se de que o direito ao meio ambiente sadio é tutelado por normas de proteção, ou seja, por normas que impõem condutas negativas e positivas para a tutela do direito fundamental ao meio ambiente. As normas de proteção, considerando condutas que podem causar ou evitar danos ao meio ambiente, proíbe-as ou exige-as. A norma, assim, já tem finalidade protetiva ou preventiva, pois impõe conduta para evitar dano ao meio ambiente.

Sendo assim, a violação da norma, ao invés de significar dano, constitui apenas a prática de uma conduta – comissiva ou omissa – proibida. O problema é que essa conduta proibida pode ter efeitos duradouros no tempo, quando, então, esses devem ser eliminados ou removidos. Perceba-se que, caso a ação ilícita tenha efeitos instantâneos, e não duradouros, nada precisará ou poderá ser exigido judicialmente. Quando lixo é despejado em local proibido pela legislação²⁹, há ilícito com efeitos

²⁹ Como teve oportunidade de se manifestar o STJ no AgRg no Ag n. 1.320.906/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/02/2011.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

duradouros. Há, por assim dizer, uma fonte aberta à produção de danos ao meio ambiente.

Na verdade, toda vez que os efeitos posteriores à violação de norma de proteção constituem o resultado por ela indesejado há exatamente a prática da conduta proibida, ou seja, do ilícito, e não a produção de dano. Isso não teria importância caso não se percebesse a imprescindibilidade de uma tutela judicial capaz de remover ou eliminar os efeitos derivados da violação das normas de proteção. Tal tutela se destina a dar atuação ao desejo contido nas normas de proteção aos direitos fundamentais, sendo, assim, necessária à efetividade destes direitos.

A tutela de remoção do ilícito, assim como a tutela inibitória, *não é uma tutela contra o dano*. A tutela de remoção do ilícito objetiva a remover ou eliminar o próprio ilícito, isto é, a causa do dano; não visa ressarcir o prejudicado pelo dano³⁰. No caso de tutela de remoção do ilícito, é suficiente a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano.³¹ Como diz Michele Mòcciola, em ensaio publicado na *Rivista Critica Del Diritto Privato*, a consequência lógica da distinção entre dano e ilícito conduz à

³⁰ Como ensina Adolfo di Majo, a diferenciação entre remoção do ilícito e ressarcimento na forma específica é necessária para evidenciar que o ressarcimento na forma específica objetiva eliminar as consequências prejudiciais *do fato danoso* e não simplesmente restaurar o *status quo ante*. Nítida a diferença para a tutela inibitória que ataca a ação ilícita, portanto violadora na norma de proteção. Conforme adverte o jurista, garantir o ressarcimento na forma específica quer dizer, em outras palavras, assegurar a reconstituição da mesma situação de fato que existiria caso o dano não houvesse ocorrido (*La tutela civile dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1993. p. 225).

³¹ Ver Michele Giorgianni, Tutela del creditore e tutela "reale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 e ss.; Renato Scognamiglio, Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 e ss.; Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 e ss.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

formulação do critério segundo o qual todas as vezes que a intervenção judiciária tem por objeto a *fonte do dano* não há tutela ressarcitória.³²

Deixando-se claro que a tutela de remoção do ilícito visa eliminar o ilícito, e assim não tem relação com o dano, esclarece-se, igualmente, que esse tipo de tutela, à semelhança da tutela inibitória, *não tem entre os seus pressupostos a culpa ou o dolo*. Como escreve Cesare Salvi, a tutela ressarcitória (seja pelo equivalente ou na forma específica) pressupõe que o ofendido prove a responsabilidade do sujeito ao qual o dano é imputado (a não ser, obviamente, nos casos de responsabilidade sem culpa), o que não acontece no outro âmbito de tutela, em que está presente a tutela que visa a eliminar o ilícito.³³

Quer isso dizer que a tutela civil contra a construção de obra em local proibido, assim como outras de igual natureza, exige apenas que se investigue se o ato praticado é ilícito. Se uma obra foi construída em local proibido pouco importa o dano trazido ao meio ambiente ou a culpa. Ou melhor, o dano não releva para o efeito da destruição da obra, isto é, para a tutela de remoção do ilícito, mas certamente pode ser tomado em conta em ação ressarcitória. Os eventuais danos, derivados da indevida construção, devem ser indenizados, mas isto é tema que não se confunde com aquele que é objeto da ação de remoção do ilícito.

³² Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380-381.

³³ Cesare Salvi, Il risarcimento del danno in forma specifica, *Processo e tecnica di attuazione dei diritti*, Napoli: Jovene, 1989, p. 587.

7. Objeto da prova na ação de remoção do ilícito

Para a ação de remoção do ilícito importa saber, apenas, se houve violação de norma e, ainda, se desta violação decorreram efeitos concretos que abrem oportunidade para os danos que a própria norma quer evitar. O ilícito, portanto, deve ter efeitos concretos que se prolonguem no tempo.

Assim, de nada vale alegar, como matéria de defesa, que a ação proibida pela norma não trará danos nem, muito menos, que não houve conduta culposa para a produção dos efeitos indesejados.

A exposição à venda de produto proibido, por ser nocivo ao meio ambiente, obviamente não permite ao juiz que investigue se o produto realmente pode trazer danos ao meio ambiente. A questão do dano não faz parte da demanda que se destina a unicamente fazer valer o desejo de proteção contido na norma não observada. A busca e apreensão dos produtos, portanto, depende unicamente de se saber se a sua exposição à venda é vedada.

Do mesmo modo, certamente pouco importa saber se o construtor da obra edificada fora dos parâmetros traçados pela lei os conhecia ou se supunha, em razão de autorização incompatível com a norma, que podia construí-la.

Esclareça-se que aquele que, por exemplo, despeja lixo em local não permitido não fica obrigado, apenas por isso, a ressarcir o dano – que pode até não ocorrer -, mas a pagar multa. O ressarcimento, ao contrário da multa, depende da identificação e do delineamento do dano, estando, ainda, relacionado à culpa.

É possível perceber, nessa dimensão, que as discussões em torno da dispensabilidade da culpa muitas vezes não têm razão de ser. Só há motivo para pensar em dispensar a culpa quando se está diante de ressarcimento de dano e não quando se pretende eliminar o próprio efeito concreto indesejado pela norma violada.

8. A convicção judicial na tutela antecipada contra o ilícito

É preciso recordar que a tutela inibitória *final* se contenta com a ameaça, e que a aceitação da redução da convicção do juiz, nesse caso, resulta da irracionalidade de exigir uma convicção de verdade quando a única prova que pode ser feita aponta para o passado, a indicar um provável fato temido e futuro. A ameaça é um conceito que guarda em si a impossibilidade da sua plena demonstração mediante prova, uma vez que requer o emprego do raciocínio presuntivo, ou seja, do raciocínio que se apóia em indícios (fatos passados e plenamente provados) para possibilitar juízo acerca da probabilidade da prática do fato temido (ameaça).³⁴

Porém, tratando-se da tutela inibitória *antecipada*, a verossimilhança não diz respeito apenas ao juízo formado a partir do indício. Na hipótese de ação dirigida a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, a verossimilhança também recai sobre o fato passado e a sua ilicitude, enquanto que, no caso da chamada ação inibitória “pura”, a verossimilhança igualmente incide sobre os atos preparatórios e a ilicitude do ato temido.

³⁴Sobre a cognição de verossimilhança na perspectiva das diferentes tutelas de direito, ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova*, 2a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, Parte 1, item 18.4

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Em qualquer uma dessas situações, a concessão da tutela inibitória antecipada deverá ser racionalmente justificada mediante a referência das relações entre as provas e os fatos passados e a explicação do raciocínio-ponte entre tais provas e o fato temido, demonstrando-se, além disso, a probabilidade da sua ocorrência no curso do processo.

A importância de observar o direito material e o caso concreto, nesses casos, é facilmente constatável quando são consideradas as seguintes particularidades: i) a tutela inibitória (mesmo final) requer apenas a prova de um ato ilícito ou de um ato preparatório; ii) na tutela antecipada, o juiz deve ter somente uma convicção de verossimilhança *preponderante* acerca de tais atos; iii) na tutela antecipada, o raciocínio presuntivo deve se limitar a uma verossimilhança *preponderante* de que a prática, a repetição ou a continuação de um ato contrário ao direito, e não de um dano, ocorram no curso do processo.

Por outro lado, há casos em que uma norma de proteção já foi violada, sendo necessário remover os efeitos concretos do ilícito através de tutela antecipatória. Nesse caso basta apenas a convicção de verossimilhança da violação da norma, pouco importando o dano ou sua probabilidade. Quando o legitimado pede tutela antecipatória de busca e apreensão de produtos nocivos que foram postos à venda pelo réu é suficiente que o juiz forme uma convicção de verossimilhança acerca da violação da norma de proteção, sendo desnecessária a prova acerca de eventual dano. Assim, o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipatória, em um caso desse tipo, sob a alegação de que não há probabilidade de dano.

Note-se que, na hipótese dos produtos nocivos, a convicção de verossimilhança recai sobre um ilícito já praticado e o perigo de dano é decorrência automática da sua

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

constatação. Nessas situações, por isso mesmo, o requisito do receio de dano, presente no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil, deve ser adequadamente interpretado. O receio de dano deflui da conduta proibida pela norma de proteção, o que significa que, para a concessão da tutela antecipada, basta apenas a demonstração de que a norma foi provavelmente violada.

Perceba-se que a ação inibitória se preocupa com um ato ilícito futuro, a ação de remoção do ilícito com um ato ilícito passado e a ação de ressarcimento com um dano já ocorrido. Na ação inibitória, portanto, é preciso demonstrar que um fato passado aponta para uma ameaça de violação, na ação de remoção de ilícito basta provar a ocorrência do ilícito e na ação ressarcitória é necessário evidenciar o dano e a responsabilidade do demandado.

Tratando-se de tutela antecipada, a convicção deve ser compreendida na mesma perspectiva. Na tutela inibitória antecipada é preciso a convicção – de verossimilhança – de que foi praticado um ato e, além disso, de que esse ato, segundo as regras de experiência, aponta para uma ameaça de violação que poderá ocorrer no curso do processo. Porém, na tutela antecipada de remoção do ilícito basta a convicção de verossimilhança de que foi praticado um ilícito, pois a ação de remoção não se preocupa com um ato futuro. O perigo de ato futuro, nessa ação, poderia estar relacionado, no máximo, com o tempo de demora do processo, ou seja, com a tutela antecipatória. Porém, nem mesmo esse perigo precisa ser objeto de prova, pois pode ser aferido a partir da própria razão de ser da norma de proteção violada. Vale dizer, se a norma de proteção deseja evitar condutas capazes de provocar danos, a probabilidade da sua violação, por si só, já é suficiente para evidenciar o perigo na demora.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

A necessidade da identificação das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito é imprescindível não só para que as partes saibam o que deve ser discutido e provado em cada espécie de tutela antecipada, mas também para que o juiz tenha condições de racionalmente expressar a sua convicção. Ora, o juiz somente pode se dizer convencido se sabe do que deve se convencer. E as partes apenas podem controlar a motivação se sabem o que deve ser objeto do convencimento judicial.