

A SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INIBITÓRIA
THE LOSS OF THE SUIT IN INHIBITORY ACTION

*Leonardo Beduschi **

*Rodrigo Mendes Johann **

Resumo: Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de investigar a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência na ação inibitória pura e efetivada, ou seja, aquela na qual o ato ilícito deixou de ser praticado pelo réu, não havendo a formulação, na ação, de nenhum outro pedido de eficácia condenatória. Ao fim do estudo, a conclusão aponta no sentido de que o juiz deverá aplicar o princípio da causalidade e, cotejando a função preventiva da tutela inibitória com as regras atinentes ao ônus da prova, distribuir os encargos sucumbenciais conforme a parte tenha dado, ou não, causa ao ajuizamento da ação inibitória.

Palavras-chave: Ação inibitória. Tutela inibitória. Tutela jurisdicional preventiva. Honorários advocatícios. Ônus da prova. Princípios da sucumbência e da causalidade.

Abstract: This work was written to investigate the setting of attorney fees tax loss in the inhibitory action pure and effective, ie one in which the tort is no longer practiced by the defendant, without the formulation of no other application sentencing. At the end of the study, the conclusion is that the judge shall apply the principle of causality, comparing the injunction preventive protection with the rules relating to burden of proof, maintenance fees to distribute the burden as the party has given or not, because the filing of the inhibitory action.

Key words: Inhibitory action. Inhibitory injunction. Preventive legal remedy. Attorney fees. Burden of proof. Principles of defeat and causality.

* Especialista em Direito Processual Civil (USFC) e Direito Constitucional (UNISUL), e Professor Substituto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo na Universidade Regional de Blumenau (FURB). lbeduschi@furb.br

** Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB).

1 INTRODUÇÃO

A partir da atual redação do art. 461 do Código de Processo Civil Brasileiro, alterada pela Lei nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, foi inserido no sistema jurídico processual brasileiro um instrumento processual para a prestação da tutela inibitória individual, tornando viável a obtenção desta modalidade de tutela jurisdicional mediante a propositura de uma única ação de natureza cognitiva, ou seja, dispensando o manejo equivocado (mas necessário em época anterior a esta alteração legislativa) da tutela cautelar.

Esta nova tutela afigura-se muito importante, a partir da necessidade de se conferir uma tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas decorrentes das alterações na sociedade e no Estado, criando um meio efetivamente capaz de prevenir o ilícito, e não apenas preocupando-se em reparar o dano que dele advém. Dentro desse contexto de prevenção do ato ilícito, através do uso da tutela inibitória mediante a técnica da antecipação de tutela e das sentenças mandamental e executiva, surge a possibilidade de se antecipar ao ato ilícito, a fim de impedir a sua realização e assim, preventivamente, tutelar de maneira adequada o direito da parte interessada.

Entretanto, na tutela inibitória, ao contrário do que ocorre na tutela ressarcitória, o dano não é o foco da atuação jurisdicional, de modo que, alcançando o autor a inibição da prática do ato ilícito, o dano não chega a se concretizar. Assim, surgem os seguintes questionamentos: supondo que a tutela inibitória seja obtida de forma efetiva e o ato ilícito não seja praticado, qual das partes sucumbiu na demanda? E, portanto, qual das partes deve suportar os ônus sucumbenciais, nos termos do art. 20 do CPC?

O trabalho tem por escopo responder a estes questionamentos, voltando-se aos casos em que se busca a “tutela inibitória pura”, assim entendida a forma de tutela inibitória que previne que o ato ilícito venha a ocorrer, mesmo que não tenha ocorrido nenhum ilícito anterior e sem a cumulação, na demanda, de pedidos de outras naturezas.

2 FORMAS DE TUTELA JURISDICIONAL

2.1 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS

Segundo Zavascki (2000 p. 5), quando se estuda a tutela jurisdicional: “[...] se está a falar [...] na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”. E, também que “prestar tutela jurisdicional [...] significa [...] formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.”

Bueno (2009, p. 270), ao tratar do tema, ensina que a tutela jurisdicional “deve ser entendida como a contrapartida *garantida* pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares na exata medida em que uma tal atribuição faça-se necessária por alguma razão.” Ainda, Bueno assinala que:

O que é importante, pois, de se ter em mente, destarte, é que *tutela jurisdicional* significa, a um só tempo, o “tipo” de proteção pedida ao Estado-juiz – o que a doutrina tradicional usualmente chama de “pedido imediato” – mas também (e principalmente) os “efeitos práticos” desta proteção no plano do direito material com vistas a proteger um determinado bem jurídico (um determinado *interesse*) que justificou o pedido de exercício da função jurisdicional (“pedido mediato”, para empregar a nomenclatura tradicional).

Para que de fato o Estado-juiz conceda tutela jurisdicional, não basta que este profira, por exemplo, uma “sentença” reconhecendo a existência de lesão ou ameaça ao direito do autor. Somente isto é insuficiente, sendo essencial que este reconhecimento surta efeitos práticos e que estes possam ser sentidos além do processo, no plano material. Desta maneira, de nada serve declarar que um direito é digno de “tutela”, “proteção”, se a mesma não é *efetiva*, no sentido de *concretizada* sobre o direito que está “fora” do processo. Daí a importância do estudo dos meios de execução e da classificação das sentenças, que são as técnicas processuais que vão buscar a realização, no mundo dos fatos, dos preceitos fixados no pronunciamento judicial.

Conforme Marinoni (2006, p. 431), deve-se distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim/resultado a ser obtido no plano do direito material (a tutela jurisdicional do direito). Nessa perspectiva, as sentenças (condenatória, mandamental, etc.) são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Nas palavras de Marinoni (2006, p. 432):

As sentenças espelham o modo (a técnica) através da qual o processo tutela os diversos casos conflitivos concretos. Perceba-se que quando se pensa em termos de tutela dos direitos é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela aos direitos, o que não é possível saber ao se constatar que foi proferida sentença condenatória ou mandamental, pois estas não refletem um resultado que o processo proporciona no plano do direito material.

Assim, o autor segue explicando que além das sentenças, para a adequada prestação jurisdicional, importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, como mecanismos de interferência no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material, e ainda o procedimento e a cognição. Portanto, as tutelas dos direitos estão no plano do direito material, ao passo que as sentenças, os meios executivos e todas as outras técnicas de tutela estão no plano do direito processual. E são essas técnicas de prestação de tutela que devem ser estudadas pelo Direito Processual Civil.

Sob esse aspecto, a tutela jurisdicional pode ser classificada, também, tendo em vista a perspectiva do ato ilícito, em tutela *preventiva* e tutela *repressiva*. Esta classificação, importante para a adequada compreensão do tema central deste estudo, possui base na dicotomia estabelecida pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que se refere à *ameaça* a direito e à *lesão* a direito. Para Bueno (2009, p. 282), “uma coisa é conceber a tutela jurisdicional a partir de uma visão *prospectiva* (voltada para o futuro), para evitar a ameaça ou sua propagação. Outra é conceber a tutela jurisdicional de uma visão *retrospectiva* (voltada para o passado), destinada a eliminar a lesão a direito [...]”.

Quando preventiva, a tutela jurisdicional possui a função de impedir a prática ou a repetição de ato contrário ao direito, razão pela qual lhe foi atribuído o nome de “tutela inibitória”.

A tutela inibitória, que é instrumentalizada por meio das ações previstas nos arts. 461 do Código de Processo Civil (CPC) e 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), além de outros procedimentos especiais codificados ou não, foi objeto de extenso estudo por parte de Luiz Guilherme Marinoni, a quem se deve a sua sistematização dogmática no direito processual civil brasileiro.

2.2 TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA (INIBITÓRIA)

A tutela inibitória possui fundamento constitucional no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ao referir-se a *lesão*, o texto constitucional refere-se à “tutela repressiva”, na qual, observado o dano, deve se dar a reparação a mais completa possível. Porém, ao referir-se à *ameaça* a direito, o que se busca é que *também* a *mera ameaça* dê ensejo a uma pronta e adequada intervenção jurisdicional e uma pronta e adequada solução jurisdicional.

Busca-se garantir, assim, que a ameaça sequer venha a se converter em lesão, seja porque, à luz dos novos direitos (como o ambiental e do consumidor) uma vez lesionado o direito é *impossível* voltar ao *status quo ante* ou, até mesmo, apagar os efeitos gerados por esta lesão, seja porque, e simplesmente, não é desejável que ocorra a lesão, ainda que seja possível o retorno ao *status quo ante*. É esta a preocupação destacada pela própria Constituição Federal que reside a noção suficiente de “tutela preventiva”, de proteção de uma situação de ameaça, segundo ensina Bueno (2009, p.284).

Para o autor, a análise e a importância do exame da tutela *preventiva* nesta perspectiva constitucional fica ainda mais interessante na medida em que há determinados direitos, assegurados no plano do direito material, que não permitem, pela sua própria natureza, compensação monetária ou reparação porque são, até mesmo, carentes de qualquer

expressão financeira, como por exemplo, os direitos relacionados à personalidade (art. 5º, X, da Constituição Federal e 12 e 21 do Código Civil), ou mesmo os direitos relacionados ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal).

Mesmo nos casos de direitos que admitam, de algum modo, expressão monetária e que, por isto mesmo, aceitariam a tutela jurisdicional *repressiva* (ressarcitória), justifica-se a prestação da tutela jurisdicional *preventiva*, posto que a grandeza do art. 5º, XXXV da Constituição reforça a realização concreta do “modelo constitucional do processo civil”, onde toda a estrutura do direito processual civil deve basear-se a partir da noção de *ameaça* a direito e não só, como tradicionalmente se deu, a partir da compreensão de *lesão*. Jamais uma forma de tutela jurisdicional pode sobrepor-se a outra, excluí-la. Ambas devem ser pensadas e sistematizadas, desde o plano constitucional, para proteger suficiente e adequadamente todas as possibilidades de *lesão* e de *ameaça* a direito consoante sejam as particularidades de cada caso concreto. É por esta razão que, segundo Bueno (2009, p. 284):

[...] parcelas da doutrina, capitaneadas nas letras jurídicas nacionais por Luiz Guilherme Marinoni, vêm sustentando ser mister, para a adequada compreensão da tutela *preventiva* (o precitado autor refere-se a esta *classe* de tutela como *inibitória*), distinguir entre “ilícito” e “dano”. A tutela *preventiva* volta-se a evitar o ilícito, assim entendido qualquer ato praticado em desconformidade com o direito, independentemente da existência de dano. Quando menos, o que a tutela *preventiva* tem em mira é remover eventuais ilícitos continuados ou repetidos, independentemente dos danos eventualmente ocorridos. Assim, **a tutela *preventiva* dirige-se a evitar que situações, as mais amplas possíveis, contrárias ao direito, venham a ocorrer e, na hipótese de elas ocorrerem, para evitar que seus efeitos propaguem-se no tempo e no espaço.** Para isto, não há necessidade de dano, embora ele possa ocorrer sem descaracterizar, como tal, a amplitude da tutela que este *Curso* chama *preventiva*. (grifo acrescido)

Nessa mesma linha, o autor defende que:

Trata-se, é esta a verdade, de dar adequada interpretação ao que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal prevê. A tutela jurisdicional deve assegurar não só a reparação a *lesões*, *mas*, muito mais do que isto, evitar que ameaças a direito convertam-se em *lesões*, em *danos*. A “tutela jurisdicional da ameaça” (tutela jurisdicional *preventiva*), portanto, prescinde da ocorrência do *dano*, da *lesão*. Ela se justifica, para ser prestada, tão-só pela *ameaça* de *ilícito*, de ato contrário ao direito, *independentemente* da ocorrência de dano.

Sendo assim, se faz necessária a construção de uma forma de tutela jurisdicional específica que seja suficientemente apta para assegurar a fruição *in natura* de determinados direitos – fruição dos próprios direitos, como se fossem cumpridos pelo obrigado ou respeitados por todos, e não de seu equivalente pecuniário – evitando-se, exatamente por isto, que se concretize uma situação contrária ao ordenamento jurídico que é a violação ao direito, e por consequência, a ocorrência de uma *lesão* não poucas vezes irreparável.

Cabe salientar, todavia, que esta perspectiva de exame da tutela jurisdicional não chega a ser uma novidade completa no direito processual civil brasileiro, aplicando-se às relações de consumo desde a entrada em vigor do CDC (art. 84, Lei 8.078/1990).

Tradicionalmente, faz-se referência a determinadas “ações” voltadas a tutelar situações de direito material que estão na iminência de sofrer dano, mas nas quais ainda não houve lesão. Segundo Bueno (2009, p. 285), “já no Código de Processo Civil de 1939 era reservado todo um capítulo de seus procedimentos especiais para disciplinar as chamadas ações cominatórias. Os artigos 302 a 310 daquele Estatuto, com efeito, regulavam a ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato”. No Código de Processo Civil de 1973, vale destacar, a “ação cominatória”, tal qual conhecida do direito processual anterior, veio a ser substituída pelo artigo 287, revelador da forma “residual” que assumiu aquele anterior “procedimento especial” ou “processo especial”, como os denominava o Código de 1939.

O próprio mandado de segurança, regido pelos artigos 319 a 331 do Código de Processo de 1939, já conhecia a sua forma “preventiva” (art. 319, *caput*). As chamadas “ações possessórias” disciplinadas como “procedimentos especiais” no Código de Processo Civil de 1973 são também bons exemplos de exercício de “tutela preventiva”, como fazem prova os artigos 921, II, 928 e 932. Também se pode dizer o mesmo em relação ao que prevê o artigo 934, I a III, que trata sobre a “ação de nunciação de obra nova”, inclusive com a possibilidade do embargo extrajudicial (art. 935). Já no âmbito do “direito processual coletivo”, o autor destaca o artigo 11 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que fixa:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Porém, mais importante do que indicar as referências expressas da tutela jurisdicional preventiva no plano da legislação processual civil, é verificar que, em função do “modelo constitucional do processo civil” criado pela Constituição Federal de 1988, toda vez que houver, no plano material, algum direito cuja fruição plena só se justifique na sua forma específica, *in natura*, isto, por si só, *impõe*, no plano processual, a concepção de uma forma de tutela jurisdicional apta a assegurar aquela específica fruição. O direito processual civil como um todo deve ser pensado de forma a evitar, a todo custo, que a situação de *ameaça* se converta em *lesão*.

É fundamental, segundo os ensinamentos de Bueno (2009, p. 287), “pesquisar como se pode prevenir que uma situação de ameaça se converta em lesão ou, o que é o mesmo, saber quais as formas a tutela preventiva pode assumir para atuar nas diferentes situações de

direito material com aquele mesmo objetivo”. Estas “formas de tutela preventiva” são os diversos modos que o Estado-juiz, através do exercício da função jurisdicional, pode empregar para atingir aquela finalidade.

2.3 A AÇÃO INIBITÓRIA

A tutela inibitória pode ser prestada pelos mais variados mecanismos processuais, tais como a ação civil pública, o interdito proibitório, o mandado de segurança preventivo, dentre outros.

Para os estreitos limites deste trabalho, deve ser destacada a ação inibitória instrumentalizada por meio do art. 461 do CPC (ou pelo art. 84 do CDC), que envolve direitos individuais, pois a tutela inibitória coletiva (ou seja, aquela que tem por escopo a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* elencados no parágrafo único do art. 81 do CDC) possui regras procedimentais próprias, especialmente no que concerne aos ônus sucumbenciais (at. 87 do CDC).

A primeira nota característica da ação inibitória é a sua feição cognitiva, pois é uma ação que tramita segundo os ditames do processo de conhecimento. Da sua natureza cognitiva exsurtem os demais vetores que orientam a sua tramitação no que se refere, por exemplo, à prova a ser nela produzida e à distribuição do respectivo ônus, os recursos cabíveis e a execução do julgado nela prolatado.

Ter em mente tal natureza é fundamental para traçar uma linha distintiva muito importante, que separa a ação inibitória da tutela cautelar. Em resumo, pode-se afirmar que a tutela inibitória não possui feição cautelar porque não está ligada instrumentalmente a nenhuma outra demanda dita “principal”, possuindo evidente caráter “satisfativo”. Grosso modo, é possível afirmar que a ação inibitória é a própria “ação principal”.

A preventividade da tutela cautelar (pois voltada a afastar o *periculum in mora*) por muito tempo não permitiu tal distinção, sendo que, muitas vezes, ainda hoje é possível vislumbrar, no cotidiano forense, a tutela inibitória ser instrumentalizada por meio de “cautelar satisfativa”. Por exemplo, nos cartórios judiciais é possível encontrar ações cautelares tendo por pedido a inibição da prática de ilícitos no âmbito de contratos particulares de serviços médicos, nas quais a satisfatividade da medida é evidente.

Para Marinoni, tal confusão é “compreensível em razão da desfiguração da tutela cautelar diante das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada” (2008, p. 56), pois o procedimento comum clássico (despido das modernas técnicas processuais hauridas da evolução da processualística) era incapaz de prestar adequadamente a tutela inibitória.

Numa verdadeira rebelião da prática contra o processo civil¹, os advogados lançavam mão de um remédio processual (tutela cautelar) rechaçado no âmbito doutrinário e científico para aquela finalidade, mas de efeitos práticos evidentes, especialmente por conta da liminar a ele ínsita.

Em resumo: a tutela cautelar possuía aquilo que as sucessivas reformas no Código de Processo Civil introduziram no procedimento comum, mormente a técnica antecipatória e as sentenças mandamentais e executiva². Nos dias atuais, o uso da ação cautelar inominada não mais se justifica para prestar a tutela inibitória graças aos arts. 273 e 461 do CPC, que introduziram no procedimento comum as mencionadas técnicas.

Adotando-se a classificação quinária das sentenças (e passando ao largo da acesa discussão que envolve o tema), tem-se que a sentença mandamental, na qual o juiz, “visando a realização do direito, atua sobre a vontade do demandado surgiu no direito brasileiro já há bastante tempo, em razão das peculiaridades de determinados procedimentos especiais, como o do interdito proibitório” (MARINONI, 2008, p. 89).

Entretanto, foram as novas necessidades de tutela jurisdicional, especialmente as marcadas por conteúdo não-patrimonial (nas quais a tutela inibitória possui extensa aplicação), que passaram a exigir a imposição de condutas de não-fazer e, por consequência, a sentença mandamental. Ora, de pouco vale impor um não-fazer sem que ao provimento do juiz seja atrelada uma medida de coerção indireta, como a multa (MARINONI, 2008, p. 89).

É possível afirmar, como corolário lógico, que a sentença atrelada à multa tem significado completamente diverso do atribuído à sentença condenatória pelo direito liberal clássico (MARINONI, 2008, p. 90), razão pela qual (novamente, afastando-se da celeuma doutrinária existente) a tutela inibitória é efetivada de forma mais adequada por meio das sentenças mandamental e executiva, combinadas com a técnica da antecipação dos efeitos práticos da tutela final pretendida.

E tal constatação pode ser demonstrada com alguma facilidade, já que o conceito de tutela inibitória passa necessariamente pela noção de prevenção contra o ilícito. Ou seja, a tutela inibitória prescinde da demonstração de dano, ficando circunscrita à ameaça da prática de ato ilícito, sendo que poucas técnicas processuais são tão efetivas para tal desiderato quanto uma decisão antecipatória, de natureza mandamental, que ordene um fazer ou não-fazer sob pena de multa.

Essa característica da tutela inibitória a torna um dos temas mais sutis do direito processual civil atual, mormente diante do efeito prático que dela se espera, pois, sendo uma modalidade de tutela específica, o seu escopo é o resultado prático equivalente ao do cumprimento espontâneo por parte do réu (CPC, art. 461).

Ora, se o réu deixar de praticar o ato ilícito, é de se supor que argumente, em sua defesa, que esta seria a sua conduta independentemente da determinação judicial para tanto, criando, assim, uma questão que deverá ser solucionada pelo Estado-juiz no momento da distribuição dos ônus sucumbenciais.

Sob este viés, justamente por ser uma ação de conhecimento, à ação inibitória que versa sobre direitos individuais aplicam-se as regras ordinárias da sucumbência estipuladas no Livro I do CPC, inclusive o seu art. 20, que assinala que “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.”

Deixando o réu de praticar o ato ilícito, o questionamento que se avulta é: quem sucumbiu na demanda? O réu, que não cometeu o ato ilícito, ou o autor, que sustentou ter justificativas plausíveis para movimentar o aparato judiciário?

É sob este enfoque que serão abordados os critérios de fixação dos honorários advocatícios nas demandas cognitivas.

3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

3.1 CONCEITO

Segundo Moreira (2005, p. 76) o vocábulo “honorário” provém do latim, onde “*honorarius*”, de *honor*, originalmente significa tudo que foi feito ou dado por honra, sem qualquer ideia de pecúnia, sendo também utilizado, em acepção econômica, como forma de designar prêmio ou estipêndio dado ou pago em retribuição a certos serviços.

Com o passar do tempo, observou-se uma mudança na visão da sociedade no que diz respeito à conceituação dos honorários advocatícios, passando a entendê-los, efetivamente, como pagamento relativo à prestação do serviço do profissional tecnicamente habilitado. E o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 22, dissipou qualquer dúvida restante de que o advogado merece ser remunerado pelos serviços prestados, ao estabelecer que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”

Nos dias de hoje, os honorários advocatícios são o pagamento pelo serviço prestado pelo advogado para seu cliente, devido em virtude do empenho que aquele terá durante todo o trâmite legal do processo na busca do direito de seu constiuinte, através da ação judicial, pelo qual foi contratado ou indicado, e, por isso mesmo, são a fonte de renda e sustento do profissional do direito.

Cabe ao advogado empenhar todo seu conhecimento jurídico e profissional na defesa dos interesses de seu cliente, que, em troca, o retribui através do pagamento dos honorários advocatícios, convencioneados ou sucumbenciais. Cabe esclarecer, por ora, que este último é ônus da parte vencida no processo judicial, e assim, não é pago pelo cliente ao seu próprio advogado, porém nem por isso deixa de ser uma forma de retribuição pecuniária pelo serviço empenhado.

3.2 ESPÉCIES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A sucumbência consiste na obrigação, que a parte vencida no processo tem, em pagar: a) as custas processuais, geradas para a concretização dos atos processuais e que serão restituídas aos cofres públicos; b) os honorários de sucumbência, a serem fixados pelo juiz da causa, quando da sentença, a ser pagos ao advogado da outra parte, por conta do empenho despendido por este, levando à vitória na causa; e, c) as demais cominações que possam surgir do pleito para integração do direito do vencedor como, por exemplo, juros e correção monetária.

Conforme destaca Ramos (2003, p. 426), “os honorários, segundo o Estatuto, podem ser de três tipos, quais sejam: honorários convencionais, de sucumbência e arbitrados judicialmente”. São através destes que o advogado receberá o pagamento pela prestação de seus serviços profissionais, merecendo destaque, neste estudo, os honorários de sucumbência.

Segundo Ramos (2003, p. 426), os honorários advocatícios de sucumbência “são os que decorrem do êxito que seu trabalho propiciou ao cliente na demanda judicial”. E, segundo explica a autora, estes são fixados de acordo com o comando legal do art. 20, do Código de Processo Civil, entre um mínimo de 10% e um máximo de 20% sobre o valor da condenação, ou consoante apreciação equitativa do juiz, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável.

Os honorários de sucumbência, primordialmente, referem-se ao decair de uma das partes ou das duas ao mesmo tempo, sendo que, para Cahali (1997, p. 175) “sucumbir é ver a ação rejeitada, se se é o autor, ou ver pronunciadas as condenações contra si, se se é o réu”.

Ao citar Chioyenda, Silva (1980, p. 5) explica que “sucumbência é o fato objetivo da derrota, isto é, a desconformidade entre a pretensão da parte e o resultado do julgamento. É um estado que desponta no processo, em conseqüência da decisão do julgador contrariar o que deseja, a título de prestação jurisdicional, o litigante derrotado.”

Conforme Onófrío (2002, p. 113), o princípio da sucumbência foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Lei nº. 4.632/65, que modificou o art. 64, do Código de Processo Civil de 1939. A referida lei foi a primeira a introduzir o princípio em nosso ordenamento jurídico, que tem como pressuposto a submissão da parte vencida ao que foi decidido nos autos, não cogitando de culpa do litigante derrotado, bastando-lhe o resultado negativo da ação.

A distribuição dos ônus sucumbenciais em demandas de caráter reparatório, é relativamente fácil pois reconhecido o dever de indenizar, a fixação os honorários dar-se-á por mera consequência. Entretanto, em se tratando da tutela inibitória, os contornos do problema não são tão perceptíveis.

A responsabilidade do vencido pelas custas processuais encontra diversas justificativas doutrinárias. Para a doutrina mais antiga, a condenação seria decorrência do fato do vencido ter demandado sem ter direito à tutela jurisdicional. Seu agir equivaleria a um ato ilícito, valendo a condenação como pena. Para Onófrío (2002, p. 114):

Os autores franceses e os italianos, até princípios do século passado, seguiam a doutrina imputada a Weber. O vencido, de algum modo, tem culpa por haver dado início a demanda e, por isso, deve ressarcir o vencedor pelas despesas da ação a que deu causa. O fundamento da condenação reside no fato de que a norma jurídica impõe a quem, por culpa, cause prejuízo a outrem logo, deve ressarcir. Essa é a chamada Teoria do Ressarcimento que encontra amparo legal no art. 159, do nosso Código Civil.

E, logo mais, explica que Giuseppe Chiovenda afastou-se das teorias do dano e da culpa, criando uma terceira, que hoje é a dominante. Este, ao afastar a culpa e o dano, leciona que, ainda que tenha agido com manifesta boa-fé, responde pelas despesas porque foi vencido, pouco importando as razões de sua derrota.

O Superior Tribunal de Justiça, sufragando este posicionamento em acórdão relatado pelo Ministro Barros Monteiro, no julgamento do Recurso Especial nº 50072/MG, assim se pronunciou:

Custas processuais e honorários advocatícios. Extinção do processo por desaparecimento do objeto. A condenação em honorários advocatícios funda-se, em princípio, no fato objetivo da derrota. Não demonstrado, ademais, de que a litigante vencedora no pleito tenha dado causa, de modo injustificado, à instauração do processo. Recurso conhecido e provido por unanimidade. (BRASIL, 1994)

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, em outro acórdão relatado pelo Ministro Barros Monteiro (Recurso Especial 137.285/PB), expôs que “A ausência de culpa do sucumbente causador da instauração do processo não interfere na sua responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios” (BRASIL, 1997).

3.3 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

O trabalho realizado pelo advogado em função de seu cliente ou em função própria, no caso de vitória na lide disputada, gera um quantitativo a ser pago por seus serviços prestados: os honorários advocatícios de sucumbência.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, estabelece os elementos que deverão ser levados em conta pelo juiz, quando da definição dos honorários de sucumbência, quais sejam:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Para Cahali (1997, p. 458), ainda que as alíneas acima citadas sejam específicas ao determinar os elementos para a fixação do valor dos honorários advocatícios, estes não podem ser considerados como exaurientes, para um convencimento tendente à sua justa determinação.

Neste sentido, Miranda (1995, p. 395) adverte que o magistrado “tem que atender àquilo que se passou na lide e foi por ele verificado: a falta de zelo do profissional, ou o pouco zelo que revelou. O que tem de ser difícil ou fácil é o lugar em que atuou o advogado; a natureza e a importância da causa, o trabalho que tem o advogado.”

Estes mesmos critérios devem ser utilizados, evidentemente, na fixação dos honorários advocatícios na ação inibitória, mas sempre sob o enfoque da ameaça da prática do ato ilícito, razão pela qual algumas peculiaridades merecem atenção redobrada.

4 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INIBITÓRIA

4.1 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória, por ser preventiva, volta-se a evitar que situações contrárias ao direito, venham a ocorrer e, na hipótese de elas ocorrerem, para evitar que seus efeitos propaguem-se no tempo e no espaço através da repetição do ato ilícito. Esta forma de tutela jurisdicional tem como norte a garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal).

Segundo Marinoni (2008, p. 192), a prestação da tutela inibitória dá-se por meio de ação de conhecimento, de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Tem sua importância destacada por se tratar de uma ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Assim, tem-se que “a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, [...] tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos [...]”.

A ação inibitória tem seu fundamento no próprio direito material. Se várias são as situações de direito substancial que, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, faz-se clara a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva.

E justamente por ser preventiva, volta-se contra a probabilidade de ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação deste e, assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que em nada se confunde com o ressarcimento de dano e, por consequência, com os elementos subjetivos culpa ou dolo.

Essa ação não requer nem mesmo a probabilidade de *dano*, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito). Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, conclui Adolfo di Majo, como citado por Marinoni (2008, p. 195), sendo o seu elemento visível e explícito, mas não é dele indissociável.

Assim, por exemplo, existindo um direito que exclui um fazer, ou uma norma definindo que algo não pode ser feito, a mera probabilidade de ato contrário aquele preceito – e não de dano – é suficiente para que os direitos sejam tutelados através da tutela jurisdicional inibitória. Ou seja, à guisa de exemplo, o titular de uma marca comercial tem o direito de inibir alguém de usar indevidamente a sua marca pouco importando se tal uso vai produzir dano. Da mesma maneira, em outro exemplo, havendo uma norma que impeça a venda de determinado produto, a associação dos consumidores pode pedir a inibição da venda, sem ter que demonstrar probabilidade de dano. Desta forma, Marinoni (2006, p. 47) ensina que:

É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.

A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar, e objeto direto deste estudo, tem-se a tutela inibitória que visa impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu, conhecida como “tutela inibitória

pura”. Marinoni (2008, p. 196), ao citar Lodovico Barassi, constata que esta espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência da doutrina, o que se explica em razão de que essa modalidade de ação inibitória, ao atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, pois que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade de sua repetição ou da continuação da ação ilícita.

Denota-se, desta forma, que o problema das três formas de ação inibitória encontra-se diretamente ligado à prova da ameaça. Enquanto duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, mesmo voltadas para o futuro, e assim para a probabilidade de repetição ou de continuação de ato contrário ao direito, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já ocorrido, a outra não pode enxergar ilícito algum no passado, mas apenas *atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado*.

No caso do ilícito já praticado, faz-se menos árdua a tarefa de demonstrar a probabilidade de que outro ilícito poderá ser praticado, ou mesmo que a ação tida como ilícita poderá prosseguir. Marinoni (2008, p. 197), ao citar Frignani, garante que, “levando-se em conta a natureza da atividade ou do ato ilícito, não é difícil concluir a respeito da probabilidade da sua continuação ou da sua repetição”.

Porém, ainda que as três formas da ação inibitória se diferenciem na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado, não há motivos para que a tutela inibitória seja vista de forma diferenciada diante das hipóteses elencadas. A dificuldade em provar que o ato contrário ao direito irá ocorrer não pode constituir *obstáculo* à ação inibitória, mesmo nos casos de “tutela inibitória pura”. Nas palavras de Marinoni (2008, p. 197):

Lembre-se que a modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Assim, por exemplo, no direito alemão, não obstante o teor da letra §1.004 do BGB, que se refere expressamente a “prejuízos ulteriores”, e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunction*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito. Na Itália, a Lei sobre Direito do Autor admite expressamente o uso da ação inibitória em sua três modalidades, pois, ao lado de prever a tutela destinada a impedir “la *continuazione* o la *ripetizione* di una violazione già avvenuta”, frisa que “chi ha ragione di temere la *violazione* di un diritto (...) può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdotta la *violazione*” (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor – Lei 633/41). A doutrina italiana mais moderna não só sustenta que a melhor definição legislativa de ação inibitória está presente na norma que acaba de ser referida, como também admite que essa ação, diante de sua evidente necessidade para a efetividade da tutela dos direitos, é garantida pelo art. 24 da Constituição, que funda o princípio da efetividade, garantindo a todos uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Com isso, como é óbvio, a doutrina italiana reconhece a imprescindibilidade da ação inibitória anterior a qualquer ilícito.

O destaque dos pressupostos da tutela inibitória é importante, pois terá reflexos na prova que será produzida na ação inibitória e, conseqüentemente, na verificação da sucumbência.

4.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE DANO E ATO ILÍCITO

Marinoni (2006, p. 46), ao citar Aldo Frignani, ensina que, por muito tempo, imaginou-se que a lei, por obrigar quem cometesse um dano a indenizar, não diferenciase ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. Porém, o mesmo autor italiano defende a ideia que o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não o é para a constituição do ilícito.

Segundo Didier Júnior (2007, p. 310), a doutrina tradicional (com exceção de Pontes de Miranda e seus seguidores) sustenta que o dano é um elemento essencial do ato ilícito, de modo que a violação de um dever jurídico que não causasse dano não poderia ser considerada propriamente um “ato ilícito”. Entretanto, a prática de um ato contrário ao direito não implica necessariamente o surgimento de um dano, o que tornam inconfundíveis os conceitos de ato ilícito (“conduta contrária ao Direito como, por exemplo, a violação de um dever jurídico”) e dano (“prejuízo material ou moral, que pode ter várias fontes”). O Direito Penal há muito já percebeu essa diferença, tanto que distingue os crimes de mera conduta (ex.: omissão de socorro) dos crimes de resultado (ex.: homicídio).

O mesmo autor (2007, p. 311), segue explicando que o artigo 186 do Código Civil, ao instituir 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**” (grifo nosso), erra ao confundir as duas ideias, exigindo, para a conformação do ato ilícito, a existência do dano. O uso da preposição “e” indica que, para o Código Civil, a existência do dano é exigência para a conformação do ato ilícito. “Talvez a confusão se dê porque o dano é a prova da violação da norma, é o seu sintoma sensível, embora não necessário nem suficiente”, afirma Didier Júnior (2007, p. 311).

Na verdade, sendo a inibitória uma tutela voltada para o futuro e genuinamente preventiva, torna-se óbvio que o dano não está ente seus pressupostos e não lhe diz respeito.

Esta nova forma de pensar da doutrina, surgida da necessidade de prestação de uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva, fez com que se isolassem as tutelas dirigidas contra o ilícito e contra o dano, separando-se em inibitória e ressarcitória, respectivamente. Foi na Itália, a partir dos anos 1950 que esta diferenciação começou a tomar forma e a ganhar força para romper com os paradigmas da doutrina tradicional.

Conforme explica Marinoni (2006, p. 46-47), a moderna doutrina italiana, em referência ao tema, esclarece que a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito e não o dano. Ao citar Frignani e Rapisarda, autores das principais obras italianas a respeito da tutela inibitória, Marinoni afirma 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).”

Assim, não mais se exigiu que o jurisdicionado aguardasse a superveniência do dano para que pudesse agir em juízo: a só existência do ilícito ou a sua iminência já seria suficiente para que o jurisdicionado pudesse deflagrar a atividade jurisdicional.

Finalmente, o artigo 12 do Código Civil Brasileiro, embora encartado no capítulo que trata dos direitos da personalidade, trata de forma didática dos tipos de tutela específica decorrentes da divisão entre ilícito e dano, ao proclamar que “pode-se exigir que cesse a ameaça [caso de tutela inibitória], ou a lesão [caso de tutela reintegratória, objetivando remover o ilícito já consumado, sendo atualmente denominada de tutela de remoção do ilícito], a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos [caso de tutela ressarcitória], sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Portanto, seguindo os ensinamentos dessa nova doutrina, entende-se que a importância da distinção das tutelas está no fato de que cada uma possui pressupostos diferentes, sendo que o dano é pressuposto da tutela ressarcitória, e não da inibitória.

4.3 DA PROVA E DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

Nas ações inibitórias não se discute acerca do dano (pressuposto da tutela ressarcitória) ou da culpa (elemento subjetivo do ilícito, abrangendo também o dolo). Assim, a cognição judicial fica adstrita à verificação da ameaça da prática de ato contrário ao direito, concedendo-se, ou não, dependendo da (im)procedência da pretensão formulada no pedido, a tutela jurisdicional adequada a evitar que esta ameaça se concretize.

Para tanto, na ação inibitória é necessário verificar não só a probabilidade da prática de ato, mas também se tal ato configura ilícito. A verificação deste segundo requisito se dará através da confrontação do ato descrito, que se alega ilícito, e o direito em questão, o que, na maioria das vezes, não se demonstra difícil.

Marinoni (2006, p. 56) expõe a possibilidade de, dentro da ação inibitória, o réu não negar a prática futura de um ato, afirmando, entretanto, que o referido ato não terá a natureza ou a extensão do ato vedado pela regra legal. Em tal hipótese, a prova não terá por fim demonstrar um fato que indique a probabilidade da prática de um ato futuro, uma vez confessada a intenção de o réu praticá-lo, mas sim evidenciar que o ato que se pretende praticar é ilícito.

Problema diverso é o da prova da afirmação de que o ato (admitido como ilícito) será praticado, repetido ou continuará. Nestes casos, a prova deverá recair sobre a probabilidade de este ato contrário ao direito vir a ocorrer. Considerando-se apenas a demonstração da probabilidade do ato afirmado ilícito, devem ser alegados fatos que, uma vez demonstrados, possam levar o juiz a concluir que provavelmente será praticada a violação do direito.

Ocorre que, segundo esclarece Marinoni (2008, p. 213), “na ação inibitória destinada a impedir a repetição ou continuação de um agir ilícito, a prova da probabilidade é facilitada em virtude de já ter corrido um ilícito ou de a ação ilícita já ter se iniciado”. Comprovando-se o fato passado (fato indiciário), e levando-se em conta a natureza do ilícito, pode-se formar um raciocínio (presuntivo) que, ainda que partindo de uma prova indiciária (prova que aponta para o fato futuro), permita a formação de um juízo (de presunção) de probabilidade de ocorrência de um fato futuro.

Porém, no caso da “ação inibitória pura”, em que nenhum ilícito ainda aconteceu, e apenas existe a ameaça do ato contrário ao direito, a questão da prova torna-se muito mais complexa. Neste caso, enfrenta-se um problema relacionado à teoria tradicional da prova, que normalmente é direcionada para a recomposição de fatos pretéritos. Nas palavras de Marinoni (2008, p. 213), tem-se que:

Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. Assim, por exemplo, temendo-se a divulgação de notícia lesiva à personalidade, constituirá relevante indício, capaz de formar indício de procedência, a divulgação de anúncio, por parte de determinada rede de televisão, de que será divulgada a notícia. Tal prova indiciária, é relevante meio para demonstrar que provavelmente a notícia será divulgada.

É fundamental se lembrar, em se tratando de tutela inibitória, que o perigo de ofensa ao direito que se exige não se confunde com o mero perigo, genérico e hipotético, de que algum dia possa ocorrer tal violação possa ocorrer. Faz-se necessário haver uma situação específica que ameace a integridade do direito. Em outras palavras: não basta o mero temor subjetivo do futuro ato ilícito, e sim que esse receio esteja baseado em elementos concretos, exteriores, capazes de avaliar esse medo subjetivo. Somente assim o juiz poderá considerar que existe uma séria ameaça de um ato contrário ao direito ser praticado pelo réu.

Se já foram praticados atos preparatórios para a lesão ao direito (como, por exemplo, a remessa à editora de notícia ofensiva à honra de alguém ou a comunicação de que o demandante será inscrito perante os órgãos de proteção do crédito), restará caracterizada a ameaça necessária à tutela inibitória.

Por outro lado, não é incomum que a ameaça de lesão ao direito, apesar de efetivamente existente, careça de qualquer demonstração material externa e objetiva. A questão que aflora pode ser posta nos seguintes termos: como compatibilizar a necessidade de proteção preventiva ao direito à vida privada com as exigências tradicionais da comprovação da objetividade da ameaça?

Ou se mantém a exigência da prova da ameaça (gerando o perigo da inefetividade da construção da tutela inibitória) ou dispensa-se a prova, ficando a ação praticamente isenta de necessidade probatória (criando a séria possibilidade de prejuízo ao demandado).

Seguindo os ensinamentos de Marinoni e Arenhart (2006, p. 311) parece evidente que ambas as soluções são parcialmente insatisfatórias, especialmente diante da omissão legislativa sobre o tema.

No caso da tutela inibitória antecipada (artigo 461, 3º parágrafo do CPC e artigo 84, 3º parágrafo do CDC), a questão da prova deve limitar-se à demonstração da aparência da ameaça, inclusive da ilicitude do ato temido. Nessa situação, tanto para a decisão liminar quanto 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 própria proteção ao direito material.

Afinal, a prova na ação inibitória pura em particular (e no processo civil em geral) não serve como um mecanismo de reconstrução da verdade dos fatos, que é inatingível, e sim como um elemento retórico, destinado a convencer o magistrado da verossimilhança das alegações expendidas, um elemento de argumentação para a “construção dialética da realidade” no palco de discussões que é o processo.

Outro aspecto muito importante em relação à prova na ação inibitória, diz respeito ao seu ônus, entendido nas palavras de Dinamarco (2003, p. 71) como sendo “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Portanto, além de saber o que deve ser provado, deve-se saber ainda a quem incumbe o ônus de produzir tal prova para se alcançar o êxito na demanda.

Ainda segundo Dinamarco (2003, p. 71), “no processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras”

A regra processual do ordenamento jurídico brasileiro é baseada no comando legal do artigo 333 do Código de Processo Civil, que imputa o ônus da prova da seguinte maneira: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Seguindo esta regra acerca do *onus probandi*, e utilizando-a na ação inibitória, tem-se que o autor da ação inibitória, que quer ver seu direito tutelado pelo Estado-juiz, e alega uma possível prática de um ato ilícito por parte do réu, tem o encargo de demonstrar essas alegações através de algum meio de prova. O autor, ao requerer do Estado-juiz providências para que o réu seja impedido de praticar futuramente determinado ato ilícito, fica encarregado de provar que a ameaça desta prática futura é séria e real, tendo grande probabilidade de, em caso de inércia por parte do Estado-juiz, o réu concretizar este ato contrário ao direito.

Porém, ainda que efetivamente existente, muitas vezes a ameaça de lesão carece de qualquer demonstração material ou de qualquer prova externa e objetiva, não sendo possível a parte autora trazer qualquer prova do fato constitutivo do seu direito.

Frente a este impasse, Arenhart (2006, p. 35) propõe a flexibilização do regime tradicional do ônus da prova, ao ensinar que:

Considerando que a falta de prova desta circunstância implica, inexoravelmente, a rejeição de sua demanda, não há dúvida de que, neste caso, a regra do ônus da prova funciona como *impeditivo* para a proteção judicial do interesse invocado. Haverá, então, choque evidente entre o art. 333 em comento e o preceito contido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, na medida em que a existência, no ordenamento jurídico infraconstitucional, daquela regra importa em exclusão (indireta, mas existente, já que de nada adiante alegar a violação se não há forma de prová-la) da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a lesão a direito. [...] No choque entre a previsão processual e a garantia fundamental constitucional, por lógica deve esta prevalecer, afastando a aplicação do regime tradicional do ônus da prova, previsto no art. 333, do código processual. Impõe-se, assim, uma interpretação conforme do texto apresentado pela legislação processual, a fim de que ele somente seja aplicado quando sua incidência não vier a impedir (ou a dificultar excessivamente) a proteção de interesses. Desta forma, quando surgir, pela incidência do art. 333, do Código de Processo Civil, a impossibilidade de proteção de certo tipo de interesse – porque inviável é a produção da prova por parte de quem deveria trazê-la (ônus subjetivo) ou deveria suportar o prejuízo pela sua falta (ônus objetivo) – não poderá ser esta regra aplicada, ficando ao talante do magistrado encontrar a distribuição do *onus probandi* segundo critérios que permitam a plena realização da garantia constitucional.

Em relação à ação que busca a tutela inibitória, não é difícil imaginar que o tema da prova (e, especificamente, a possibilidade de o autor produzir prova do fato constitutivo de seu direito) seja o principal obstáculo à proteção do direito requerida em juízo. Imagine-se,

por exemplo, que aquele que afirma lesão futura, a ser praticada por alguém, muitas vezes não tem como demonstrar a presença de concreta ameaça a seu direito, porque, talvez, a ameaça do réu não se exterioriza em atos materiais ou, ao menos, não deixa vestígios no mundo concreto (capazes de constituir prova).

Ainda assim, pode ser que a ameaça exista de fato, não resultando de mera conjectura do interessado. E, no entender de Arenhart (2006, p. 36), “deixar sem proteção este interesse (que será violado, às vezes sem possibilidade de restituição ao estado anterior) é desobedecer ao comando constitucional da inafastabilidade da jurisdição.”

Neste caso, então, o autor ensina ser viável afastar a incidência da regra do ônus da prova, permitindo ao juiz que distribua este ônus segundo as peculiaridades do caso concreto, ainda que sem observar as diretrizes do art. 333 do Código de Processo Civil. Pois, quando se trata de tutela preventiva, é possível imaginar que a modificação do regime padrão de distribuição do *onus probandi* seja a única forma possível de permitir a tutela sobre certos tipos de interesses. Assim, segundo esta doutrina, o magistrado poderia modificar o regime do ônus da prova, imputando à parte contrária (ré na ação inibitória) o ônus da demonstração da inexistência de qualquer ameaça de prática de ato ilícito. Desta forma, a alteração do regime do ônus da prova serviria como maneira alternativa de disciplinar a prova da ameaça de lesão, que é requisito indispensável para a tutela inibitória.

Não havendo outra forma de demonstrar a existência da ameaça e, satisfazendo a dúvida do juiz, poderá ele modificar o regime do ônus da prova, liberando o autor da prova impossível do fato futuro e imputando este ônus ao réu (a prova da ausência de qualquer ameaça).

Cabe esclarecer, todavia, que esta modificação do regime do ônus da prova não tem autorização expressa de lei e, sendo assim, para Arenhart (2006, p. 37), depende da concorrência de dois fatores: I – a impossibilidade concreta ou a dificuldade intransponível de o interessado produzir a prova sobre o fato futuro temido; II – a real possibilidade, vislumbrada pelo magistrado por evidências específicas do caso real, de que a parte contrária tenha condições de produzir provas capazes de demonstrar a inoccorrência da futura violação do direito. E segundo explica o autor:

Ausente o primeiro requisito, não há o respaldo constitucional para afastar a incidência do art. 333, do código processual, sobre o caso concreto. Por outro lado, faltando o segundo pressuposto, estar-se-á violando as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal), não havendo, ao menos em princípio, fundamento para que em tais casos, para a preservação da garantia do acesso ao Judiciário, se viole outra garantia de igual hierarquia, salvo em se recorrendo ao princípio da proporcionalidade.

Portanto, desde que satisfeitos os pressupostos apontados anteriormente (impossibilidade de produção da prova pelo autor e possibilidade concreta pelo réu), deverá o magistrado afastar a incidência da regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, distribuindo o ônus da prova, no caso, entre as partes, segundo as particularidades do caso concreto, e conforme esta maior facilidade na apresentação da prova. Ao concluir, entretanto, o autor faz uma última ressalva, que se faz importante ressaltar:

Logicamente, em todos os casos em que se possa recorrer a esta chamada modificação *necessária* do ônus da prova, parece ser relevante que o magistrado comunique, com antecedência, às partes desta sua decisão. Especialmente por se tratar da aplicação direta de garantias constitucionais, parece ser importante que as partes tenham prévia ciência a respeito do afastamento da regra processual (art. 333, do Código de Processo Civil), até para que possam insurgir-se contra esta deliberação. Assim, ainda que se trate essencialmente de regra de julgamento, esta modificação do regime de distribuição do ônus probatório deve ser previamente advertida aos sujeitos do processo.

Em poucas palavras, e sem adentrar neste vasto tema, é possível afirmar que, atualmente, há uma tendência doutrinária (e, com o advento do novo CPC, também legislativa), em evoluir da teoria estática do ônus da prova, adotada entre nós, para a teoria dinâmica.

4.4 A SUCUMBÊNCIA E O PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE

A sucumbência é o fato objetivo da derrota, isto é, a desconformidade entre a pretensão da parte e o resultado do julgamento. Para Onófrio (2002, p. 116), ao citar Chiovenda, é a sucumbência que fundamenta a condenação ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios.

Assim, para o processualista italiano, o fundamento da condenação do vencido nas despesas do processo, inclusive honorários advocatícios, reside, tão somente, no fato objetivo da derrota que a legitima. Fundamenta-se tal instituto na conclusão de que a atuação da lei não deve representar uma redução no patrimônio da parte em favor da qual esta foi aplicada. É do interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo daquele que tem razão, em face do interesse do comércio jurídico de que os direitos tenham valor, tanto quanto possível, nítido e constante.

Enfim, para aqueles que acolhem o princípio da sucumbência tal qual defendido pelo mestre italiano, à sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão.

Porém, como a ação inibitória tem natureza preventiva, por vezes pode ser árdua a tarefa de identificar a parte que sucumbiu no processo, e que, conseqüentemente, deve ser condenada ao pagamento dos honorários de sucumbência em favor do advogado da parte vencedora.

Em contraposição à teoria da sucumbência (que alguns chamam de princípio da sucumbência), criou-se a teoria da causalidade, que se funda no princípio de que aquele que deu causa à movimentação do aparato judiciário, do processo judicial, deve arcar com as suas despesas. Conforme ensina o principal defensor desta doutrina, Carnelutti, citado por Cahali (1997, p. 38):

[...] o princípio da causalidade responde justamente a um princípio *de justiça distributiva* e a um *princípio de higiene social*. De um lado, é justo que aquele que tenha feito necessário o serviço público da administração da Justiça lhe suporte a carga; é oportuno, pois, a previsão deste encargo reage a uma contenção no sentido de se fazer valer o cidadão mais cauteloso.

Assim sendo, em contraste com o princípio da sucumbência, o da causalidade leva em conta o comportamento subjetivo das partes, principalmente para auferir se este comportamento foi o responsável, foi quem deu causa, à instauração do processo judicial. Exige, pois, nas palavras de Vecchione, citadas por Cahali (1997, p. 40) “uma indagação mais criteriosa e penetrante das razões dos litigantes”

Porém, ainda que conceitualmente diferentes, a aplicação da teoria da causalidade não exclui necessariamente a da teoria da sucumbência. Pelo contrário, a bem da verdade, a teoria da sucumbência revela-se mais como um dos critérios de aplicação da teoria da causalidade. Tem-se a lição de Piero Pajardi, citada por Cahali (1997, p. 39), que:

[...] entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, do qual o primeiro é o conteúdo, o segundo o continente. O círculo do princípio da causalidade tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio; o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência. A sucumbência será, sob um plano conceitual e estático, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, *normalmente*, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido. E, em ordem de disposição, este elemento estatístico constitui a base da construção tradicional do princípio da sucumbência.

Desta forma, não restam dúvidas quanto à aplicabilidade em conjunto de ambos os princípios, sendo um a complementação do outro, e, assim, formando-se a maneira mais justa de o juiz fixar a condenação em honorários de sucumbência. Sobre o tema ensina Dinamarco (2002, p. 92-93):

Só por comodidade de exposição alude-se à sucumbência como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se, no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da causalidade: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão.

Um claro indicativo da relevância do princípio da causalidade foi a edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula nº 303, que determina que “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”, consagrando o mencionado princípio como regra de responsabilidade dos encargos processuais.

Deste modo, faz-se claro que a doutrina e a jurisprudência concordam em aceitar o princípio da sucumbência como sendo um dos critérios de aplicação do princípio da causalidade, e que este último é a verdadeira base para a decisão do Estado-juiz acerca da condenação nas custas processuais e honorários de sucumbência.

4.5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INIBITÓRIA EM UM CASO CONCRETO

É importante repetir que a tutela inibitória, tema de direito material que é, pode ser obtida por meio de vários instrumentos processuais, inclusive através da ação cominatória (que é na verdade, uma ação mandamental com o pedido lastreado no art. 287 do CPC). Em outras palavras: não é apenas a ação inibitória que pode prestar a tutela inibitória. Assim, não é porque o autor intitulou sua demanda por outro nome (por exemplo, de ação cominatória) que a tutela inibitória não poderá estar nela contida.

Um exemplo prático de demanda que continha pedido de tutela inibitória pura foi o da Ação Cominatória com Pedido de Tutela Antecipada movida por M. J. em face de U. B. C. T. M., na Comarca de Blumenau, requerendo, em breve síntese, que fosse a ré ordenada a autorizar a realização dos procedimentos quimioterápicos descritos na exordial, por força do contrato de plano de saúde privado firmado entre as partes.

Foi deferida a antecipação de tutela em favor do autor, obrigando a ré a cobrir a realização dos referidos procedimentos médicos. Citada, a ré defendeu-se alegando, em resumo, a existência de cláusula contratual restritiva do direito do autor.

Posteriormente, houve a notícia nos autos do falecimento do demandante e, como consequência, houve requerimento para a extinção do feito em virtude da intransmissibilidade do direito debatido, sendo que o espólio do autor formulou requerimento neste mesmo sentido.

O magistrado proferiu sentença no sentido de que o pedido em que a ação se baseia “afigura-se evidentemente intransmissível, mormente diante da inexistência de reflexos patrimoniais da pretensão do requerente”, motivo pelo qual decidiu pela extinção do feito sem resolução de mérito, com base no artigo 267, IX, do CPC.

Porém, em relação às custas processuais e às verbas de sucumbência no processo, cabe-se destacar as palavras do juiz, no sentido de que:

Com relação às verbas sucumbenciais, não há dúvidas acerca da responsabilidade da requerida em cumprir o contrato que firmou com o *de cuius*, conforme expressamente reconheceu a decisão interlocutória que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, razão pela qual, aplicando-se a regra da causalidade (CPC, art. 26), deve a ré suportar a custas e os honorários advocatícios da parte *ex adversa*.

A fim de dar sustentação jurisprudencial à sua decisão, o juiz ainda fez constar em sua sentença precedentes neste mesmo sentido:

1. "Extingue-se o processo, sem resolução do mérito, consoante o art. 267, IX, do CPC, quando ocorre a morte da parte autora, se o direito pleiteado é personalíssimo, portanto, intransmissível, como se dá no caso de pedido de fornecimento de medicamento" (Des. Subs. Jaime Ramos)

2. À luz do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou a que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da causa" (Min. Francisco Peçanha Martins). (Apelação Cível n. 2007.024425-6, da Capital, Relator Des. Orli Rodrigues)

Impossível imputar à parte autora os ônus da sucumbência se quando do ajuizamento da demanda existia o legítimo interesse de agir, era fundada a pretensão, e a extinção do processo sem julgamento do mérito se deu por motivo superveniente que não lhe possa ser atribuído. Recurso especial não conhecido. (REsp 687.065/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em de 23/03/2006).

Por fim, o magistrado frisou ser notória a grande quantidade de demandas judiciais deflagradas com o objetivo de obter o adimplemento de contratos referentes a planos privados de saúde, lembrando que esta situação pode implicar, inclusive, na condenação da pessoa jurídica contratada a pagar danos morais e citando como exemplo disto a Apelação Cível nº 2007.028124-7, da Capital, com relatoria do Desembargador Monteiro Rocha, julgada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Desta forma, o juiz julgou extinta sem análise do mérito a ação cominatória com pedido de tutela antecipada, porém, em suas próprias palavras “por força do princípio da causalidade, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor da procuradora do autor, estes fixados em R\$ 850,00, forte no disposto no art. 20, parágrafo 4º, do CPC”.

A decisão é peculiar porque, normalmente, a extinção do feito sem resolução do mérito implica na condenação do autor ao pagamento dos encargos sucumbenciais, o que não ocorreu no caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade em responder o questionamento formulado neste trabalho reside na sutileza da tutela inibitória, cujo objetivo é justamente fazer com que o ato ilícito não seja praticado. Assim, exitosa a medida e extinta a fonte dos danos (que podem nem chegar a ocorrer), muitas vezes podem surgir dúvidas sobre qual das partes deve suportar os encargos sucumbenciais.

A solução da questão passa pela compreensão do foco da tutela inibitória, que é a prevenção contra o ato ilícito, e não o dano, sendo este objeto apenas da tutela ressarcitória. Tendo esta característica em foco, é possível assimilar a necessidade de flexibilização do ônus da prova nesses casos, pois quando se trata de tutela preventiva, é possível imaginar que a modificação do regime padrão de distribuição do *onus probandi* seja a única forma possível de permitir a tutela sobre certos tipos de interesses.

Nesse contexto, é importante aplicar-se, em contraponto à sucumbência pura e simples, o princípio da causalidade, que é fundado na ideia de que aquele que deu causa à movimentação do aparato judiciário, do processo judicial, deve arcar com as suas despesas e também ser condenado ao pagamento dos honorários de sucumbência, devendo servir de guia para que o Estado-juiz decida acerca da condenação nas custas processuais e honorários de sucumbência.

Deste modo, chegamos à conclusão de que para arbitrar os honorários de sucumbência na tutela inibitória, devem ser levadas em conta as características do caso concreto, buscando-se identificar, principalmente, quem deu causa à ação em questão. Sendo correto imaginar que, ainda que sua derrota não seja evidente, a parte que deu causa ao ajuizamento da “ação inibitória pura” através da ameaça da prática de ato contrário ao direito, deve ser condenada ao pagamento dos honorários de sucumbência em favor dos advogados da parte contrária, além da condenação no pagamento das custas do processo.

Para descobrir a parte que deu causa ao ajuizamento da ação, o juiz deverá praticar um exercício de prognose, raciocinando se o réu cometeria o ato ilícito se não houvesse um provimento jurisdicional inibitório que fixasse uma consequência para tal conduta, sendo indispensável o adequado cotejo da prova produzida nos autos pelo autor e as atitudes do réu.

NOTAS

¹ A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 63).

² O professor de Tutelas de Urgência na Universidade Regional de Blumenau e coautor deste artigo, no segundo semestre de 2010, certa feita questionou aos seus alunos sobre o que fazer se um cliente os procurasse como advogados, antes da reforma do CPC em 1994, e narrasse uma situação que demandasse um amparo rápido e efetivo do Poder Judiciário, amparo esse que o procedimento comum da época não seria capaz de fornecer. Um dos alunos respondeu de forma singela e acertada: “alguma coisa”. Essa “alguma coisa” era a cautelar inominada.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 12. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária*, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, p. 49, maio 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EMENTA. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORARIOS DE ADVOGADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR DESAPARECIMENTO DO OBJETO. A CONDENAÇÃO EM HONORARIOS ADVOCATÍCIOS FUNDA-SE, EM PRINCÍPIO, NO FATO OBJETIVO DA DERROTA. Recurso Especial 50.072/MG. Recorrente: Telecomunicações de Minas Gerais – TELEMIG. Recorrido: José Sebastião da Silveira Lobato. Relator: Ministro Barros Monteiro, julgado em 12 set. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400182856&dt_publicacao=14-11-1994&cod_tipo_documento Acesso em 14 jun. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EMENTA. HONORARIOS DE ADVOGADO. EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE CULPA POR PARTE DO EMBARGADO. TEORIA DA CAUSALIDADE. Recurso Especial 137.285/PB. Recorrente: Civeste Indústria de Roupas do Nordeste Ltda. Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relator: Ministro Barros Monteiro, julgado em 09 dez. 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700429709&dt_publicacao=16-03-1998&cod_tipo_documento Acesso em 14 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 303. ENUNCIADO: EM EMBARGOS DE TERCEIRO, QUEM DEU CAUSA À CONSTRIÇÃO INDEVIDA DEVE ARCAR COM OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Órgão Julgador: Corte Especial. Brasília, 3 nov. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=146> Acesso em 14 jun. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Edições Podivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual do advogado*. 18. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MAMEDE, Gladstone. *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil*. 2. ed. rev. e aum. De acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil: tomo I, arts. 1º a 45*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MOREIRA, Márcio Martins. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil anotado*. São Paulo: Ícone, 2005.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de honorários advocatícios*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2002.

RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SILVA, Antônio Carlos da Costa e. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.