

O PROCEDIMENTO COMUM CLÁSSICO E A CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS COMO OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS

Luiz Guilherme Marinoni*

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A Indiferença pela Desigualdade das Pessoas e dos Bens e a Uniformidade de Procedimentos; 3. A Uniformidade de Procedimentos como Resultante da Confusão entre Instrumentalidade do Processo e Neutralidade do Processo em Relação ao Direito Substancial; 4. O Papel Atribuído ao Juiz pelo Direito Liberal. A Proibição dos Juízos de Verossimilhança. O Procedimento Ordinário Clássico como Garantia de que o Juiz Somente Poderia Julgar após ter Encontrado a “verdade”; 5. A Influência da Idéia de “Plenitude da Defesa” Sobre o Procedimento Ordinário Clássico; 6. O Princípio da Nulla Executio Sine Titulo como Explicação Técnico-Processual para a Proibição dos Julgamentos Fundados em Verossimilhança; 7. O Princípio da Unidade e da Unicidade do Julgamento; O Direito à Tempestividade da Tutela Jurisdicional Encontra Obstáculo na Impossibilidade do Fracionamento do Julgamento do Mérito; 8 – O Reflexo dos Valores do Estado Liberal e dos Princípios que Presidiram a Formação da Escola Sistemática sobre a Classificação Trinária das Sentenças; 9 – A Inefetividade do Processo Civil Clássico para a Prevenção do Ilícito;

1 – INTRODUÇÃO

O procedimento ordinário foi concebido como o procedimento padrão de tutela dos direitos. Foi ele imaginado, em princípio, para dar tutela adequada às mais variadas situações conflitivas concretas.

Cabe perguntar, entretanto, por que isto ocorreu, ou seja, por que o procedimento ordinário clássico foi pensado como o procedimento ideal para a tutela dos direitos. Que motivos teriam levado a doutrina clássica a supor que um único procedimento, de cognição plena e exauriente, seria suficiente e adequado para responder às diversas necessidades do direito substancial?

Além disso, e deixando-se de lado as questões das tutelas mandamental e antecipatória, cabe perguntar a razão pela qual o procedimento ordinário foi originariamente concebido como um procedimento de cognição exauriente e *lato sensu* declaratório, isto é, como um procedimento que não permite que a esfera jurídica do réu seja invadida antes da realização plena do princípio do contraditório (e que não admite, portanto, a tutela antecipatória) e que termina em uma das três sentenças da classificação trinária (não autorizando a tutela mandamental).

* Titular de Direito Processual Civil na UFPR.

2 – A INDIFERENÇA PELA DESIGUALDADE DAS PESSOAS E DOS BENS E A UNIFORMIDADE DE PROCEDIMENTOS

Como é sabido, não importava para o direito liberal a diferença entre as pessoas e os bens que deveriam ser tutelados na forma jurisdicional. A essa abstração, a essa indiferença, correspondia, no plano da sanção, a tutela ressarcitória, que, ao expressar em termos econômicos o valor equivalente ao da lesão, objetivava apenas garantir o natural funcionamento da economia de mercado¹.

Não tinha o direito liberal preocupação alguma com a tutela das posições sociais economicamente mais fracas², nem mesmo com a proteção de determinados bens que hoje merecem, em razão da sua imprescindibilidade para a inserção do cidadão em uma sociedade mais justa, tutela jurisdicional diferenciada³. Como resultado disso a tutela não precisava ser específica, bastando apenas o restabelecimento do valor econômico da lesão, isto é, a tutela ressarcitória.

Há uma íntima relação entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou uma estreita ligação entre a igualdade formal das pessoas, a concepção liberal de contrato e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de uma determinada realidade de mercado⁴. Se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento *in natura*. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando desta natureza a tutela ressarcitória⁵.

Demais, justamente porque os bens não necessitavam de tutela diferenciada, seria suficiente um procedimento de cognição exauriente, que atento à necessidade de preservação da forma, como garantia contra o arbítrio do juiz, deveria preservar apenas a igualdade formal dos litigantes.

-
1. Ver Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978, p. 37.
 2. Como explica Adolfo di Majo, "le dottrine giuridiche dell'Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della condemnatio pecuniaria, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com'è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero 'costo economico' di siffatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati" (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 156).
 3. Como diz Mazzamuto, "l'imposizione di un costo economico dell'inadempimento, ancorché spogliato dalle connotazioni equitative tipiche del diritto medioevale ed adeguato alle nuove esigenze di riproduzione del capitale, ripristina, infatti, i meccanismi di mercato ma non presuppone alcun programma di sostegno del soggetto economicamente o socialmente più debole; anzi ha uno spiccato carattere eguagliante, ignora le caratteristiche ed i bisogni socialmente diversificati dei contraenti, si limita ad esprimere, a livello della sanzione, l'equivalenza delle merci" (Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 37).
 4. Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 37.
 5. Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 37.

A uniformidade de procedimentos, portanto, encontra explicação, em um primeiro momento, justamente na desnecessidade de se dar tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e às diversas realidades de direito substancial.

3 – A UNIFORMIDADE DE PROCEDIMENTOS COMO RESULTANTE DA CONFUSÃO ENTRE INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E NEUTRALIDADE DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO DIREITO SUBSTANCIAL

A jurisdição, ao final do século XIX, era concebida como uma função destinada a garantir a tutela dos direitos violados, enquanto que a ação era compreendida como uma entidade totalmente vinculada ao direito material. O processo era visto como algo posto à disposição das partes, e não como o instrumento através do qual o direito objetivo é afirmado e a autoridade do Estado é expressa. Negava-se qualquer autonomia ao direito de ação, que era visto como faculdade jurídica intrínseca ao direito material⁶.

Estas concepções de jurisdição e ação passaram a ser negadas, no direito italiano, a partir das doutrinas de Mortara e de Chiovenda. A passagem do método exegetico – de origem francesa e peculiar ao século XIX – ao método histórico-dogmático – característico da chamada escola sistemática, fundada por Chiovenda – foi marcada pela obra de Lodovico Mortara⁷, na qual, em especial no primeiro volume dos “Comentários”, encontra-se expressamente afirmado o princípio da unidade da jurisdição e a natureza pública do processo⁸. A superação da escola exegetica, que se iniciou com a obra de Mortara, consumou-se através da doutrina de Chiovenda; na verdade, em torno de Chiovenda formou-se e afirmou-se uma nova escola, que foi denominada de sistemática, ou ainda de histórico-dogmática, por indicar que a dogmática não seria mais fim em si mesma, porém um meio para interpretar a realidade histórica de cada momento⁹.

A obra de Mortara e a escola sistemática dão origem à chamada “publicização” do processo civil, negando as premissas que fundamentavam a antiga doutrina do sécu-

6. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, Cedam, 1987, p. 217.

7. Mortara, antes de Chiovenda, já havia proposto uma concepção de jurisdição como função destinada à defesa do direito objetivo (Ver Lodovico Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923, p. 18 e ss; *Manuale della procedura civile*, Torino, Utet, 1921, p. 48 e ss). A respeito da importância da obra de Mortara, consultar Giuseppe Chiovenda, Lodovico Mortara, *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, p. 101 e ss; Piero Calamandrei, Lodovico Mortara, *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1957, v. 4, p. 211 e ss; Francesco Carnelutti, *Scuola italiana del processo*, *Rivista di diritto processuale*, 1947, p. 233/247; Giovanni Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi (I pre-chiovendiani)*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 1340/1348.

8. Piero Calamandrei, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, 1965, v. 1, p. 524.

9. Piero Calamandrei, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in *Opere Giuridiche*, v. 1, cit., p. 524/526.

lo XIX. O processo deixa de ser algo que diz respeito apenas às partes, passando a ser visto como um local onde o Estado exprime a sua autoridade, e que objetiva não apenas a tutela dos interesses privados, mas também a realização do interesse público na distribuição da justiça¹⁰.

A concepção publicista de jurisdição refletiu-se no conceito chiovendiano de ação. A ação, que antes era vista como uma espécie de apêndice do direito material, passou a ser pensada como um direito autônomo de natureza pública, que teria por objetivo, antes de mais nada, fazer valer a autoridade da lei¹¹.

Não é possível esquecer que a escola sistemática empenhou-se em depurar as formas processuais da sua excessiva contaminação pelo direito material, a elas imposta pela tradição jurídica do século XIX¹². A doutrina chiovendiana preocupou-se em isolar o direito processual do direito material e em construir uma ciência processual autônoma, culminando por erguer os seus conceitos em torno de uma idéia de ação una e abstrata, que foi posta como verdadeiro pólo metodológico do novo direito processual que se inaugurava¹³.

Entretanto, a idéia de abstração do direito processual do direito material, levada às últimas conseqüências, fez com que a doutrina confundisse instrumentalidade do processo com neutralidade do processo em relação ao direito material, supondo que o procedimento não deveria ser desenhado de acordo com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, a doutrina supôs que um procedimento indiferente ao direito material, ou um único procedimento, seria suficiente para garantir tutela adequada às mais diversas situações conflitivas concretas.

Contudo, como se descobriu mais tarde, quando se percebeu que o processo muitas vezes não permitia uma efetiva tutela do direito material, a escola sistemática pecou ao imaginar que o direito processual poderia ser pensado isoladamente, isto é, à distância do direito material a que deve dar tutela. Não há dúvida de que o processo é instrumento do direito material e com ele não se confunde; o processo, porém, para tutelar de forma adequada as diferentes posições sociais e as diversas situações de direito substancial, não pode desconsiderar o que se passa nos planos da realidade social e do direito material¹⁴.

A tomada de consciência de que o processo não pode ser pensado à distância do direito material e da sociedade a que serve reflete-se hoje na doutrina que raciocina em

10. Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bologna, Mulino, 1980, p. 188.

11. Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, cit., p. 188.

12. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 217.

13. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 51.

14. Como diz Vittorio Denti, é fundamental "la riscoperta di quei nessi tra processo e diritto sostanziale, che la troppo conclamata autonomia dell'azione e del rapporto processuale ha finito col porre in ombra, trascurando la stretta dipendenza degli istituti del processo (di un dato processo in dato momento storico) dall'assetto dei diritti sostanziali, e quindi dal ruolo che il diritto egemone svolge nella società" (Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Mulino, 1982, p. 12).

termos de “tutela dos direitos” e preocupa-se em construir técnicas de tutela capazes de permitir uma efetiva, e não meramente formal, proteção do direito material¹⁵.

4 – O PAPEL ATRIBUÍDO AO JUIZ PELO DIREITO LIBERAL.
A PROIBIÇÃO DOS JUÍZOS DE VEROSSIMILHANÇA.
O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO COMO
GARANTIA DE QUE O JUIZ SOMENTE PODERIA JULGAR
APÓS TER ENCONTRADO A “VERDADE”

Se bastaria um único procedimento, cabe indagar por que ele deveria ser necessariamente de cognição exauriente, isto é, um procedimento que não permite ao juiz julgar com base em verossimilhança ou antes de as partes terem tido a oportunidade de controverter, em contraditório pleno, as suas alegações.

O direito liberal eliminou os poderes do juiz, mantendo-o não só escravizado à lei, como também sem qualquer poder de *imperium*. Como é sabido, nos países onde o pensamento de Montesquieu teve maior repercussão, chegou-se a proibir ao juiz interpretar a lei¹⁶. O julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”¹⁷; como disse Montesquieu, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”¹⁸. Como adverte Giovanni Tarello, na obra “Storia della Cultura Giuridica Moderna”, essa afirmação de Montesquieu revela uma ideologia política ligada à idéia de que a liberdade política, compreendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se por meio da certeza do direito¹⁹.

Lembre-se de que Montesquieu, ao dissertar sobre a separação dos poderes, argumentou que “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”²⁰. Não é por razão diversa que Montesquieu definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei): “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como

15. Ver Andrea Proto Pisani, Breve premessa a un corso sulla giustizia civile, in Appunti sulla giustizia civile, Bari, Cacucci, 1982, p. 11 e ss; Adolfo di Majo, La tutela civile dei diritti, cit.; Adolfo di Majo, La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, Rivista critica del diritto privato, 1989, p. 363 e ss; Cristina Rapisarda, Profili della tutela civile inibitoria, cit.; Luigi Paolo Comoglio, Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale, Rivista di diritto processuale, 1993, p. 489 e ss.

16. Ver Giovanni Verde, Profili del processo civile, Napoli, Jovene, 1988, p. 39.

17. Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), Do espírito das leis, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 158. Ver Giovanni Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 280.

18. Montesquieu, Do espírito das leis, cit., p. 160.

19. Giovanni Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, cit., p. 294.

20. Montesquieu, Do espírito das leis, cit., p. 157.

dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”²¹.

Um sistema que deseja, objetivando garantir a liberdade do cidadão, um juiz passivo e despido de poder, não pode admitir um julgamento fundado em verossimilhança. Conferir ao juiz poder para tutelar um direito provável é o mesmo que dar ao Judiciário poder para julgar uma situação concreta com base em critério que evidentemente não seria do agrado daqueles que desejavam ver o juiz impedido de interpretar a lei. Aliás, se o juiz não podia se afastar da lei, e se a justiça do juiz tinha que ser a justiça da lei, não se poderia conceber a possibilidade de o juiz julgar sumariamente, já que nessa hipótese o juiz poderia se afastar da lei, quando a justiça passaria a ser do juiz e não da lei. Como diz Ovídio Baptista da Silva, a precedência da cognição sobre a execução é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, já que, dar-lhe poder de executar antes de julgar seria o mesmo que lhe outorgar o direito de conceder a tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter direito; “o que, dizia Hobbes, sendo, no caso, justiça do juiz e não da lei (Leviathan, XXVI, 7), seria por definição injusta; ou, como diria depois Montesquieu, o juiz que concedesse uma medida executiva antes da declaração de certeza, expressa na sentença, de que o destinatário da tutela era de fato o titular do direito tutelado, tornar-se-ia, *ipso facto*, legislador, com ‘grave risco para a liberdade dos cidadãos’”²².

Na linha do direito liberal, o juiz, para não representar ameaça à liberdade dos cidadãos, deveria julgar após ter encontrado a “plena certeza jurídica” ou a “verdade”. Como a “busca da verdade” é uma quimera, já que toda “certeza jurídica”, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança²³, a idéia de “busca da verdade” encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar.

De qualquer forma, o procedimento ordinário clássico era uma garantia da pretendida “neutralidade” do juiz, ou melhor, uma garantia de que o juiz somente poderia julgar após estar “iluminado pela verdade”.

5 – A INFLUÊNCIA DA IDÉIA DE “PLENITUDE DA DEFESA” SOBRE O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO

Ao que parece, o maior problema para se admitir os juízos sumários estava no medo de se dar ao juiz a possibilidade de ser arbitrário em relação ao réu. A idéia de se proteger o réu contra o arbítrio do juiz, ou a necessidade de se assegurar a liberdade dos litigantes, impediram que se desse ao juiz poder para julgar com base em verossimilhança.

21. Montesquieu, Do espírito das leis, cit., p. 160.

22. Ovídio Baptista da Silva, Jurisdição e execução, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

23. Piero Calamandrei, Verità e verosimiglianza nel processo civile, Rivista di diritto processuale, 1955, p. 166.

É importante lembrar que Chiovenda, em famosa “*proluzione*” proferida em 1901, sob o título de “*Le forme nella difesa giudiziale del diritto*”, sublinhou não só a exigência da forma para evitar o arbítrio do juiz, como também a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais²⁴.

É possível dizer, assim, que a plenitude do contraditório, sem a qual o juiz não podia julgar, era uma garantia de justiça do réu contra a possibilidade de eventual arbítrio do juiz.

O equívoco de se estudar a “*ampla defesa*” sem se considerar a diversidade dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo processo e, principalmente, a não percepção de que a “*defesa*” deve ser vista de forma diferenciada nos processos civil e penal, fez surgir um processo civil para o réu, ou um processo civil insensível não só para o fato de que determinados bens não podem ser tutelados de forma adequada por meio do procedimento ordinário, como ainda para a obviedade de que o tempo do processo deve ser distribuído de forma isonômica entre os litigantes.

As pressões sociais por tutela jurisdicional adequada levaram ao fenômeno da expansão da tutela cautelar, que passou a ser empregada como técnica de sumarização do processo de conhecimento. A falência do procedimento ordinário clássico, evidenciada pela necessidade de tutela adequada dos direitos que não se compadecem com a demora do procedimento ordinário, obrigaram o direito italiano, berço do direito processual civil brasileiro, a passar a aceitar o uso não cautelar do artigo 700 do Código de Processo Civil, semelhante ao artigo 798 do nosso Código²⁵.

A tutela cautelar foi utilizada, antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil brasileiro, como veículo para a realização antecipada de direitos que só poderiam ser tutelados ao final do procedimento comum. Isto quer dizer que a idéia que presidiu a concepção de procedimento ordinário foi posta em xeque pelas próprias necessidades de tutela, estando claro, atualmente, que a exigência de se dar “*ampla defesa*” ao réu deve ser conciliada com as necessidades que decorrem das variadas situações de direito substancial, que muitas vezes não podem suportar o tempo do procedimento comum.

6 – O PRINCÍPIO DA NULLA EXECUTIO SINE TITULO COMO EXPLICAÇÃO TÉCNICO-PROCESSUAL PARA A PROIBIÇÃO DOS JULGAMENTOS FUNDADOS EM VEROSSIMILHANÇA

O princípio jurídico que expressa a proibição dos jtzos de verossimilhança ou, mais precisamente, a proibição de invasão da esfera jurídica do réu antes da realização plena do contraditório, pode ser expresso através de *nulla executio sine titulo*.

24. Ver Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1993, p. 808.

25. Sobre o uso “*satisfativo*” da tutela cautelar, ver Sergio La China, *Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza? in I processi speciali (studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, Jovene, 1979, p. 151; Roger Perrot, *Procédure de l’instance; jugements et voies de recours; voies d’execution et mesures conservatoires*, Revue trimestrielle de droit civil, 1982, p. 342.

Se não é possível a execução forçada sem título, isto significa que não é possível invadir a esfera jurídica do réu, por meio da prática de atos executivos para a realização forçada do direito do autor, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A certeza jurídica, ou a coisa julgada material, foram considerados pela doutrina clássica como pressupostos da execução. O princípio da *nulla executio sine titulo* teve por fim deixar claro que a execução não poderia ser iniciada sem título, e que este, no caso de sentença condenatória, deveria conter em si um direito já declarado ou não mais passível de discussão. Esta idéia pode ser compreendida com facilidade através da seguinte lição de Carlo Furno: “A impossibilidade de recorrer diretamente à via executiva e a necessidade conseqüente de obter um título executivo judicial por meio de um processo de conhecimento se explicam facilmente pela existência de uma situação jurídica substancial caracterizada pelo elemento de incerteza. Com base neste segundo pressuposto, dada a necessidade de se eliminar a incerteza sobre a situação jurídica substancial, a ação não pode ser exercitada senão em via declaratória, a fim de que o antecedente lógico-jurídico da execução, que é a aptidão da ação para ser exercida *in executivis*, encontre sua base na declaração e sua realização na criação do título que condiciona a instauração da via executiva”²⁶.

Chiovenda, ao tratar da execução provisória na pendência do recurso interposto contra a decisão do tribunal que julgou a apelação, afirmou que essa seria uma das hipóteses em que pode ocorrer a figura de uma sentença não definitiva, mas executória, e pois a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. Para Chiovenda esta seria uma figura anormal, porque nos apresentaria “uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica”²⁷.

É certo que a regra da coincidência entre a cognição definitiva e a executoriedade de sempre teve exceções; o que importa, contudo, é deixar claro que a doutrina clássica sempre esteve preocupada em relacionar a certeza jurídica, ou a cognição definitiva, com a execução forçada.

Há um verdadeiro conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa; esse conflito não pode ser resolvido em abstrato, como se todas as situações de direito material fossem iguais. O procedimento ordinário, ao não tomar em consideração as peculiaridades das situações de direito substancial, não tem condições de evitar que o processo prejudique a parte autora. A tutela antecipatória, desta forma, é um instrumento necessário para que seja preservada a isonomia no processo.

As novas exigências de tutela jurisdicional redimensionaram o significado do princípio da *nulla executio sine titulo*. A tutela antecipatória, justamente porque permite a tutela do direito no curso do processo, quebra a regra de que a execução deve seguir a certeza jurídica ou a formação do título executivo.

26. Carlo Furno, Teoría de la prueba legal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 190.

27. Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 1965, v. 1, p. 235.

Nessa perspectiva, aliás, seria possível uma reconceituação de “título executivo”. Note-se que não há motivo que possa impedir um provimento sumário de constituir título executivo. O conflito executivo endoprocessual²⁸, derivado da disputa entre a necessidade de tutela imediata e o direito à adequada cognição, pode ser resolvido por meio de normas que atribuam a qualidade de título executivo judicial a provimentos de cognição sumária²⁹. Nada impede que o legislador atribua eficácia executiva a um provimento sumário, uma vez que o título executivo não deve ser visto como uma consequência lógica da existência do direito³⁰, mas sim como uma opção pela sua realização prática, ou ainda como o resultado de uma necessidade concreta de tutela jurisdicional.

A tutela antecipatória, ao viabilizar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento³¹, resolve de forma adequada o grave problema da necessidade de distribuição isonômica do tempo do processo e, mais do que isso, destrói o mito de que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a “certeza jurídica” e conferido ao réu o exercício da ampla defesa em sua plenitude.

7 – O PRINCÍPIO DA UNIDADE E DA UNICIDADE DO JULGAMENTO: O DIREITO À TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL ENCONTRA OBSTÁCULO NA IMPOSSIBILIDADE DO FRACIONAMENTO DO JULGAMENTO DO MÉRITO

O Código de Processo Civil, em uma primeira análise, não permite o julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados. Isto porque se adota o princípio da unidade e da unicidade do julgamento, que determina que o mérito não tenha o seu julgamento fracionado no processo.

Supunha-se, como é óbvio, que o julgamento final seria tempestivo e que, portanto, não haveria razão para se cindir o julgamento do mérito. A realidade da prática forense, contudo, demonstra que não há razão para não se cindir o julgamento do mérito-

-
28. Italo Andolina fala em “conflito executivo endoprocessual”, “Cognizione” ed “Esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1983, p. 21/24.
29. *“La certezza del diritto eseguibile infatti non è in alcun modo in relazione necessaria con la stabilità, la immutabilità dell’ accertamento che condotto sul diritto ha portato alla conclusione che esso veramente esiste tra quei dati soggetti e con quel dato contenuto e oggetto. Non lo è per i titoli giudiziali, e ancor meno lo è per i titoli stragiudiziali. Quanto ai primi, la sola esistenza dell’ istituto della esecuzione rovvisoria (sempre meno fondata sull’ alta probabilità di esattezza del giudizio di merito da quando la si va estendendo ex lege a provvedimenti di primo grado o di prima sommaria fase) già mostra in luce meridiana l’ esattezza di quanto qua osservato”* (Sergio La China, Esecuzione forzata, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13, p. 3).
30. Sergio La China, Esecuzione forzata, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 13, p. 3.
31. Segundo Ovídio Baptista da Silva, “a reintrodução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações de julgamento, idôneas para provocarem tutela antecipatória, pressupõem demandas que contenham, conjugadas e simultâneas, as atividades de conhecimento e execução” (Ovídio Baptista da Silva, Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança, in O processo civil contemporâneo, Curitiba, Juruá, 1994, p. 127).

to quando, por exemplo, o demandado afirma não dever parcela do crédito que está sendo cobrado. Ora, se neste caso parcela da soma postulada não é controvertida, não é racional que o credor tenha que esperar o juiz decidir se a outra parcela é devida, para ter aquilo que não foi contestado pelo réu.

Da mesma forma, se o Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio da economia processual, admite a cumulação de pedidos, e um dos pedidos está maduro para julgamento, enquanto o outro está a exigir prova testemunhal e/ou prova pericial, é descabido apenar o autor, que foi autorizado a cumular os pedidos, obrigando-o a esperar por uma tutela jurisdicional que poderia ser-lhe prestada com mais imediatidade caso não houvesse optado pela cumulação.

Se o direito à tempestividade da tutela jurisdicional está garantido na Constituição da República (artigo 5º, XXXV), e o Código de Processo Civil admite a cumulação dos pedidos, não é correto deixar de conceder ao autor que tem um pedido pronto e maduro para julgamento a imediata e assim tempestiva tutela jurisdicional.

De fato, se o direito à tempestividade da tutela jurisdicional é corolário do direito de acesso à justiça, o processo civil deve estar predisposto de modo a possibilitar a realização plena e concreta deste direito. Deste modo, se o pedido – ou parcela do pedido – pode mostrar-se incontrovertido no curso do processo que deve caminhar adiante para elucidar matéria que diz respeito ao outro pedido – ou à outra parcela do pedido – é imprescindível que este processo esteja dotado de uma técnica que, atuando no seu interior, viabilize a pronta tutela do direito que está a exigir julgamento imediato³².

Se os princípios constitucionais do processo incidem *de iure condendo* e *de iure condito* sobre a estrutura técnica do processo, obrigando não só o legislador infraconstitucional a traçar um processo que corresponda a estes princípios, mas também ao processualista a extrair do sistema as tutelas que permitam a realização concreta do direito à adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, é correto afirmar que a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) viabiliza o julgamento antecipado de parcela de pedido e de pedido cumulado³³.

8 – O REFLEXO DOS VALORES DO ESTADO LIBERAL E DOS PRINCÍPIOS QUE PRESIDIRAM A FORMAÇÃO DA ESCOLA SISTEMÁTICA SOBRE A CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS

A classificação trinária das sentenças expressa os valores de um modelo institucional de Estado de matriz liberal e os princípios que presidiram a formação da escola sistemática.

32. Ver Luiz Guilherme Marinoni, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, 2a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 157 e ss.

33. Para um maior aprofundamento, ver Luiz Guilherme Marinoni, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, 2a. ed., cit., p. 67 e ss. e p. 141 e ss.

A classificação chiovendiana das tutelas, como é óbvio, não poderia deixar de receber a influência das doutrinas liberais do final do século XIX. Já foi dito que o Estado liberal fez surgir um juiz despido de poder de *imperium* e que deveria apenas proclamar as palavras da lei. As tutelas da classificação trinária, todas elas *lato sensu* declaratórias, refletem esta idéia, já que não permitem ao juiz dar ordens.

Note-se que não é apenas a tutela declaratória *stricto sensu* que está comprometida com os valores do Estado liberal; a sentença condenatória igualmente obedece a esses valores, pois também atua apenas no plano normativo³⁴.

O juiz, através da sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção, abrindo as portas para a execução forçada. O que interfere, em concreto, no plano da realidade social, é somente a execução. Sem a ação de execução, aliás, a sentença condenatória ficaria reduzida a uma espécie de sentença declaratória.

Não há dúvida de que a idéia de jurisdição como função meramente declaratória está nitidamente comprometida com o princípio da separação dos poderes e, principalmente, com a relevância institucional que foi dada pelo direito liberal ao poder legislativo. A tutela *lato sensu* declaratória, neste sentido, apenas reafirmaria a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador; o juiz seria, em outras palavras, e como de-sejou Montesquieu, apenas a boca da lei³⁵.

Liebman, ao tratar da sentença condenatória, disse que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”³⁶. Essa passagem da doutrina de Liebman evidencia algo que poderia passar despercebido: o juiz aplica a sanção, ao invés de dar uma ordem, porque a função do Judiciário é apenas declarar de acordo com o “direito vigen-

34. Ovídio Baptista da Silva, discorrendo sobre o “mundo jurídico” e a sua neutralidade (ao menos pretendida) quanto a valores, diz o seguinte: “Não é de estranhar, portanto, que o direito esteja hoje separado do fato, e as únicas ações que a doutrina reconheça sejam aquelas que operam exclusivamente no mundo normativo, as declaratórias, condenatórias e constitutivas, considerando meras conseqüências do ato jurisdicional as eventuais repercussões fáticas da sentença, como seus efeitos executivos e mandamentais que, sendo fáticos, para a doutrina, não seriam jurídicos” (Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, cit., p. 157).

35. Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Neste momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas; os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder “executivo das coisas que dependem do direito civil” também é chamado de “poder de julgar”; é neste momento, aliás, que a expressão “poder de julgar”, ou “poder judiciário”, incorpora-se ao vocabulário jurídico-político. O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar”. Não é por razões diversas que Montesquieu acaba por afirmar que o “poder de julgar” é, “de qualquer modo, um poder nulo” (Cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 287/291).

36. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 14.

te”. Chiovenda, aliás, já havia deixado isto claro em suas Instituições, ao dizer que a condenação não é, em relação à parte vencida, um ato autônomo de vontade do juiz: “não é uma ordem do juiz; é a formulação de uma ordem contida na lei, e só é um ato de vontade do juiz neste sentido, de que o juiz quer formular a ordem da lei”.³⁷

Alguém dirá que o juiz, ao ordenar, também declara. Note-se, entretanto, que quando se diz que há uma ligação entre o princípio da separação dos poderes e a função declaratória da jurisdição não se nega que o juiz tenha que investigar a existência do direito afirmado para, depois, declará-lo. O problema está em se reduzir a função do juiz à declaração – segundo o princípio de que “a ordem já estaria contida na lei”³⁸ –, privando-o da possibilidade de dar ordens e de exercer *imperium*, o que faria retomar, aliás, segundo parte da própria doutrina francesa, o papel que era atribuído ao juiz francês anterior à Revolução Francesa³⁹.

É importante lembrar, com efeito, que a própria doutrina francesa chegou a afirmar que as *astreintes* invocam o papel que era reservado ao pretor romano⁴⁰ e que, portanto, fariam surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes⁴¹.

O temor de se conferir ao juiz poder para dar ordens pode ser melhor explicado por meio de uma comparação entre o nosso sistema e o da *common law*⁴². Há na

37. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 185.

38. “Houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. (...) Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória” (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 14).

39. Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 591.

40. “Par sa nature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d’exécution: si ce n’est pas à proprement parler une voie d’exécution, c’est tout au moins un moyen indirect d’assurer l’exécution d’un jugement. En s’en servant, les juges font usage, non de leur *jurisdictio*, mais de leur *imperium*” (Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, cit., p. 591).

41. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc, tratando da justificação da *astreinte* e referindo-se ao pensamento de parte da doutrina francesa, afirmam o seguinte: “On a voulu s’appuyer, pour le lui permettre, sur l’article 1036 du Code de procédure civile: ‘Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d’office, des injonctions’. C’est là, a-t-on dit, la consécration dans le droit moderne des principes du droit romain et de notre ancien droit sur le rôle du juge; a côté de son pouvoir de *jurisdictio*, le juge est revêtu de l’*imperium*, ce qui lui donne le droit de faire des injonctions et de frapper ceux qui ne s’y soumettent pas; c’est le rôle même de l’*astreinte*. On a immédiatement objecté que l’article 1036 du Code de procédure civile ne s’applique qu’à la police de l’audience et que le principe de la séparation des pouvoirs a dépouillé le juge de tout *imperium* ...” (Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, v. 3, Paris, Éditions Montchrestien, 1960, p. 640/641).

42. É oportuno lembrar que o pretor romano exercia, através dos interditos, um poder semelhante àquele que possui o juiz da *common law*, ou àquele que diz respeito à sentença que se consubstancia em uma ordem que pode ser imposta mediante coerção. Na sentença que se impõe mediante coerção, aparece muito mais *imperium*, como expressão da soberania estatal, do que *iurisdictio*. O *ius dicere*, que o direito medieval reduziu somente à *notio*, compatibiliza-se plenamente com os pressupostos do Estado libe-

common law e, em particular, na disciplina do *contempt of Court*⁴³, algo que não se concilia com as bases do direito liberal, já que o juiz, armado de *contempt power* para sancionar suas próprias ordens, passa a exercer importante papel criativo, deixando de ser um mero burocrata⁴⁴.

O juiz da sentença condenatória é um juiz sem qualquer poder criativo e de *imperium*, pois a sentença condenatória liga-se apenas – em razão do princípio da tipicidade dos meios executivos⁴⁵ – às formas de execução por sub-rogação previstas na

ral, no qual o poder de julgar foi concebido, na expressão do próprio Montesquieu, como um “poder nulo” (ver Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 291). John Henry Merryman (La tradición jurídica romano-canónica, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 71/72), um eminente professor de direito comparado, ao demonstrar que o juiz da *civil law* desempenha um papel muito mais modesto do que o seu colega da *common law*, afirma que aquele tem uma posição e exerce uma série de funções determinadas pela tradição que remontam até o *iudex* romano. Tal tradição, na qual o juiz jamais foi visto como artífice de uma atividade criadora, foi influenciada, segundo Merryman, pela ideologia da revolução européia e pelas conseqüências lógicas da doutrina da separação dos poderes. É possível dizer, assim, que o juiz da *civil law*, em razão da tradição e, também, do princípio da separação dos poderes, exerce um papel semelhante ao do árbitro romano, enquanto o juiz da *common law* está mais perto do pretor (ver, também, Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Fabris, 1990, v. 2, p. 248 e ss).

43. Há quem diga que a ética do protestantismo, em razão de seu forte acento sobre a responsabilidade pessoal, teve influência sobre o sistema das *injunctions*, sabido que aí se tutelam, de forma absoluta, as ordens do juiz civil. Eis o que diz Sergio Chiarloni: “... il *contempt power* costituisce un aspetto di una generale concezione del processo fortemente influenzata dall’etica del protestantesimo ‘col suo forte accento sulla responsabilità personale’, cosicché la severità delle ‘*enforcements devices*’ si spiega (anche) riconoscendo il ‘*religious and moralistic character*’ che costituisce un momento essenziale del ‘vero spirito’ che anima il *common law*, con il conseguente dispiegarsi di una ‘*almost confessional atmosphere in the relation between the Court and the party*’. Né andava dimenticata la forte coesione social garantita, almeno nelle piccole comunità decentrate, dal ‘*popular, neighbourly character of the common law institutions*’, che facilita ad un tempo il controllo degli individui e la comunanza di valori tra questi ultimi e l’autorità. Ed è quasi superfluo rilevare che ambedue queste caratteristiche mancano del tutto negli ordinamenti di *civil law*, e specialmente in Italia” (Sergio Chiarloni, *Ars distinguendi* e tecniche di attuazione dei diritti, in *Formalismo e garanzie* (Studi sul processo civile), Torino, Giappichelli, 1995, p. 46/47). Anote-se, ainda, a seguinte lição de Denti: “Su un piano che abbraccia nel loro complesso le forme della tutela giudiziale, si può forse osservare che la stessa concezione del processo *adversary*, così radicato nella tradizione di *common law*, è probabilmente inconcepibile, nel suo nucleo fondamentale, al di fuori del quadro dell’etica del protestantesimo, col suo forte accento sulla responsabilità personale” (Vittorio Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, Rivista di diritto processuale, 1979, p. 335).
44. Chiarloni, ao justificar a sua posição, no sentido contrário à introdução de algo similar ao *Contempt of Court* no direito italiano, confirma o que estamos dizendo: “In particolare, nella disciplina del *Contempt of Court* è individuabile una fonte di creazione del diritto da parte del giudice che non si può introdurre in ordinamenti come quello italiano, a pena di snaturarne fondamentali aspetti di struttura. Senza contare che, almeno negli USA, il giudice armato del *contempt power* per sanzionare i propri comandi è organizzato su basi istituzionali ben diverse da quelle proprie del giudice di un Paese di diritto continentale. Infatti, là l’organo giurisdizionale è espressione della società civile attraverso l’istituto della giuria e il principio dell’elettività. Qui l’organo giurisdizionale è, invece, incardinato in un apparato burocratico, separato, gerarchico e fortemente centralizzato” (Sergio Chiarloni, *Ars distinguendi* e tecniche di attuazione dei diritti, in *Formalismo e garanzie* (Studi sul processo civile), cit., p. 47).
45. Sobre a questão da tipicidade das formas de tutela executiva, ver, no direito italiano, Crisanto Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1976, p. 1342 e ss.

lei⁴⁶. Ao contrário, o juiz que pode sancionar suas ordens com a multa, ou mesmo determinar as “medidas necessárias” para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, em conformidade com os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, afasta-se daquela figura do juiz “neutro” e inerte, tão ao gosto do direito liberal.

Além disso, as figuras das sentenças declaratória e condenatória têm uma nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, revelando, ainda, uma nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

Como já foi dito, o processo liberal, permeado pelos princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, não estava preocupado em assegurar o adimplemento *in natura*, ou em assegurar ao credor o bem que lhe era devido, mas apenas em garantir o natural funcionamento da economia de mercado, e para tanto bastava a tutela condenatória⁴⁷.

A sentença condenatória, compreendida como uma sentença que se liga à execução por sub-rogação, afasta-se da idéia de coerção sobre a vontade do obrigado. A correlação entre a condenação e a execução por sub-rogação, implícita no conceito clássico de sentença condenatória⁴⁸, tem um evidente compromisso com a ideologia liberal, já que evidencia que o juiz não pode atuar sobre a vontade do réu mediante o uso de coerção, privilegiando, assim, o valor da liberdade individual.

A sentença declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente (sem interferir na esfera do particular) uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, também reflete a idéia de uma rígida delimitação dos poderes de intervenção estatal na esfera privada⁴⁹.

46. Micheli, ao lembrar que as formas tradicionais da execução por sub-rogação – ao contrário do uso da multa, que atua sobre a vontade do réu – não viabilizam uma tutela preventiva efetiva, adverte para a necessidade de se conferir mais *imperium* ao juiz italiano: “... In quest’ultimo caso l’esecuzione, e quindi la tutela giurisdizionale, si attuano con la distruzione di ciò che è stato fatto in violazione dell’obbligo di non fare, ma non possono prevenire la violazione stessa. Per giungere a tale risultato occorre dunque accogliere una più intensa concezione dell’*imperium* spettante al giudice civile” (Gian Antonio Micheli, L’azione preventiva, Rivista di diritto processuale, 1959, p. 222).

47. Adolfo di Majo, La tutela civile dei diritti, cit., p. 156.

48. “Innanzitutto: è chiaro che se, con la dottrina di gran lunga prevalente, chiamiamo condanna quel provvedimento giudiziario che, con l’accertare un diritto, ne accerta l’ulteriore esigenza di tutela mediante esecuzione forzata, accertando altresì i presupposti della concreta eseguibilità di quel diritto, la suddetta correlazione necessaria è già implicita in questa definizione; più precisamente, è implicita la correlazione tra condanna e titolo esecutivo, nel senso che non può essere definito condanna quel provvedimento al quale la legge non attribuisca quell’efficacia esecutiva che dall’art. 474 c.p.c. è chiaramente individuata nella *attitudine a fondare uno dei procedimenti esecutivi disciplinati nel libro terzo del codice*” (Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna e eseguibilità forzata, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1976, p. 1344).

49. Cf. Cristina Rapisarda, Profili della tutela civile inibitoria, cit., p. 70/72. Ver, ainda, Vittorio Denti, Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale, in L’informazione e i diritti della persona, cit., p. 267.

Na realidade, tanto a sentença declaratória, quanto a sentença condenatória, refletem não só as doutrinas que inspiraram o artigo 1.142 do Código Napoleão, pelo qual toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos, como também a ideologia que deu origem ao dogma de que a coercibilidade das obrigações constitui um atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens⁵⁰.

Para resumir, é possível dizer que a classificação trinária traduz a idéia, peculiar ao Estado liberal, de não se permitir ao juiz interferir na esfera jurídica do particular, bem como a função que o próprio direito liberal reservou ao juiz, que não podia exercer *imperium*, mas apenas afirmar a vontade da lei.

9 – A INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO PARA A PREVENÇÃO DO ILÍCITO

O processo de conhecimento clássico não foi estruturado para permitir a tutela preventiva, o que se afigura extremamente grave quando se percebe que os direitos não patrimoniais, aí incluídos os direitos da personalidade e os denominados “novos direitos”, não se compadecem com outra forma de tutela.

Os direitos não patrimoniais devem ser tutelados sempre na forma preventiva, sob pena de o direito em si ser transformado em direito à indenização⁵¹. Um sistema que consagra direitos não patrimoniais, e não estrutura procedimentos adequados para permitir a sua efetiva tutela – que evidentemente não é a tutela ressarcitória – é um sistema incompleto ou falho⁵².

As sentenças da classificação trinária são completamente inidôneas para a prevenção, uma vez que são impotentes para impedir a violação de um direito, ou mesmo para impedir a reiteração ou a continuação de um ilícito.

Deixando-se de lado a sentença constitutiva, que nada tem a ver com a finalidade preventiva, é preciso esclarecer a razão pela qual as sentenças declaratória e condenatória não são capazes de permitir uma efetiva tutela preventiva.

É importante lembrar que a doutrina processual, por largo período de tempo, encontrou na tutela declaratória uma forma de tutela preventiva; tal maneira de pensar, contudo, não reflete uma mera posição teórica, já que é nitidamente influenciada pela tendência de se vedar a interferência do Estado na esfera jurídica privada, sendo certo que esta forma de ver o processo tem raízes no modelo institucional liberal, que teve significativa repercussão sobre Chiovenda, considerado um dos maiores teorizadores da ação declaratória e da sua função preventiva⁵³.

50. Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 83.

51. Cristina Rapisarda e Michele Taruffo, *Inibitoria*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 17, p. 2.

52. Andrea Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, Foro italiano, 1990, p. 2.

53. Vittorio Denti, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L'informazione e i diritti della persona*, cit., p. 267.

Se o Estado não pode interferir na esfera jurídica do particular, estando o juiz proibido de usar de coerção para convencer o réu a fazer ou a não fazer, a única forma de tutela jurisdicional que poderia ser dita preventiva, porque anterior à violação do direito, seria a declaratória.

Note-se, entretanto, que a tutela declaratória não tem força suficiente para impedir a prática de um ilícito, ou mesmo para impedir a sua repetição ou continuação. A tutela declaratória realiza-se com a prolação da sentença que, contendo um juízo meramente declaratório, é revestida pela coisa julgada material; a sentença declaratória, portanto, dá ao autor apenas a vantagem de que a relação jurídica que até então era controvertida não poderá mais ser discutida⁵⁴, porém não é capaz – exatamente porque não permite ao juiz atuar mediante coerção, impondo a multa – de obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. É correta, assim, a advertência de Barbosa Moreira, no sentido de que a tutela declaratória somente pode prevenir uma violação quando a parte vencida sai também convencida e resolve cumprir a obrigação em tempo oportuno⁵⁵, já que de outra forma a violação do direito ocorrerá, aparecendo como oportuna, dentro do quadro clássico das tutelas de conhecimento, a tutela condenatória.

A tutela condenatória, com efeito, é uma tutela repressiva, e não tem qualquer aptidão para realizar uma função preventiva. Como fica claro na doutrina clássica, a tutela condenatória sempre foi pensada para atuar diante da violação de um direito. Recorde-se que Carnelutti enxergou na condenação, em um primeiro momento, a declaração de um ilícito⁵⁶, tendo mudado de opinião mais tarde, em razão das críticas apresentadas a sua teoria por Liebman⁵⁷, quando passou a falar em “declaração de responsabilidade”⁵⁸. Liebman, ao criticar Carnelutti, afirmou que a idéia de “declaração de um ilícito” suprimiria qualquer diferença real entre as sentenças declaratória e condenatória, quando entre estas duas existiria uma nítida distinção: “a declaratória contenta-se com verificar como estão as coisas, ao passo que a condenatória, além disso, visa

-
54. Ver Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Fabris, 1987, v. 1, p. 133 e ss.
55. “como meio de intimidação, e pois de coerção, todavia, o remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo ...” (José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in *Temas de direito processual*, Segunda Série, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 27).
56. Francesco Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1931, v. 2, p. 28.
57. Enrico Tullio Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, *Foro italiano*, 1931, p. 143 e ss.
58. “La condanna non è altro se non l'accertamento di un fatto giuridico, per il quale taluno (il condannato) deve essere assoggettato a una sanzione; sta in tale accertamento la preordinazione del processo di cognizione al processo esecutivo; poichè, d'altra parte, la soggezione alla sanzione si risolve nella responsabilità, la condanna a sua volta si risolve nell'accertamento della responsabilità” (...) “Poiché normalmente la responsabilità deriva da un atto illecito, lo ho definito in un primo tempo la condanna come accertamento di un illecito (*Lezioni di diritto proc. civ.*, cit., II, pag. 28); più tardi, in seguito alle obiezioni di Liebman (*Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1931), ho sostituito all'accertamento dell'atto illecito l'accertamento della responsabilità (*Titolo esecutivo*, in *Studi di diritto processuale*, cit., IV, pag. 118, nota 1; conf. *Sistema di diritto processuale civ.*, cit., I, pag. 138; *Istituzioni del processo civ. it.*, cit., I, pag. 35)” (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 49/50).

às conseqüências do ato ilícito pelo qual é responsável o réu. É uma simples verdade que a condenação prepara a execução⁵⁹. Para Liebman a sentença condenatória não se caracteriza por declarar um ilícito ou a responsabilidade por um ilícito, mas sim por aplicar a sanção, abrindo oportunidade para a execução forçada⁶⁰.

Não importa saber, nesse momento, qual das teorias é a correta, se a de Carnelutti ou a de Liebman, mas apenas evidenciar que ambas partem da idéia de que a condenação pressupõe um ilícito anterior, o que fica bastante claro quando Carnelutti fala em “declaração de responsabilidade” e Liebman em “conseqüências do ato ilícito pelo qual é responsável o réu”.

É conveniente frisar que o conceito de sentença condenatória é eminentemente científico-doutrinário⁶¹; é inútil procurar, no Código de Processo Civil italiano ou no Código de Processo Civil brasileiro, uma definição de sentença condenatória.

Não é possível esquecer, contudo, que a doutrina italiana, ao formular o conceito de condenação, que foi inteiramente recepcionado pela doutrina brasileira, partiu de duas premissas básicas: i) a tutela condenatória visa a responder às conseqüências de um ato ilícito; ii) as obrigações infungíveis não são passíveis de coerção. Não foi por outra razão que a doutrina clássica ligou a condenação à execução forçada, isto é, à execução por sub-rogação.

A sentença condenatória, como é óbvio, não é capaz de impedir a prática do ilícito, já que estruturada para atuar após a sua prática. Isto significa que o processo de conhecimento clássico, compreendido como o processo que desemboca em uma das três sentenças da classificação trinária, não é capaz de permitir a tutela preventiva e, portanto, de tutelar adequadamente os direitos que não se compadecem com a técnica do tipo ressarcitório, seja porque têm conteúdo não patrimonial, seja porque não podem ser devidamente precisados e quantificados em pecúnia.

O processo civil clássico, porque idealizado a partir de uma óptica patrimonialista, não foi concebido para tutelar os direitos não patrimoniais. Aliás, pensando-se nos procedimentos especiais e deixando-se de lado a nunciação de obra nova, fica fácil perceber que a tutela preventiva, no Código de Processo Civil, destina-se a proteger apenas a posse e a propriedade. O interdito proibitório, regulado nos artigos 932 e 933

59. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 14.

60. Eis a lição de Liebman: “A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. **A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente**” (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, cit., p. 16).

61. Ver, por exemplo, Girolamo Monteleone, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989, p. 176.

do Código de Processo Civil, configura uma forma de tutela jurisdicional nitidamente preventiva, o que apenas reafirma a ideologia que inspirou a formação do nosso Código, que, na realidade, é a mesma que presidiu a formação do Código de Processo Civil italiano, outro Código completamente inidôneo para permitir uma efetiva e adequada tutela dos direitos não patrimoniais⁶².

É certo que o Código de Processo Civil brasileiro, em razão do disposto no seu artigo 287, viabiliza, há muito tempo, uma sentença que não se enquadra na classificação trinária, muito embora a doutrina brasileira jamais tenha atentado para isto.

O artigo 287, de fato, afirma que “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a **cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença**”. O artigo 287 permite que o juiz, na sentença, imponha “multa cominatória” ao demandado, o que faz surgir uma sentença atrelada à execução por coerção, ou à execução indireta, e não uma sentença correlacionada com a execução por sub-rogação.

O fato de o artigo 287, na falta de melhor expressão, falar em “pedir a condenação” não significa que o direito brasileiro tenha um conceito de sentença condenatória que não pressupõe a correlação entre a condenação e a execução forçada. Barbosa Moreira, aliás, ao tratar da tutela específica do credor nas obrigações negativas, faz interessantes observações sobre esta questão, demonstrando que a sentença condenatória sempre esteve ligada à execução por sub-rogação: “Não é pacífica em doutrina, sempre ressaltar, a possibilidade de **verdadeira condenação** em matéria de obrigações negativas. **O argumento capital que se pode invocar para negá-la é o de que a sentença não se mostra suscetível de execução forçada, no sentido próprio: de fato, sendo infungível a prestação – como sempre acontece nessa espécie de obrigações –, é impensável o emprego de “meios de sub-rogação”, e portanto a satisfação do credor por obra do órgão judicial, independentemente da colaboração do devedor.** Descaberia enfrentar aqui em toda a sua extensão o problema da natureza da sentença em foco. Vamos limitar-nos a duas palavras sobre o argumento exposto. Ele pressupõe, naturalmente, **a noção, muito difundida, da existência de uma correlação necessária entre a índole condenatória da sentença e a viabilidade da execução forçada: por assim dizer, a sentença condenatória define-se pela aptidão a servir de título executivo**”⁶³.

62. Pisani contrapõe os valores da propriedade e da empresa – que inspiraram o Código de Processo Civil – aos valores da própria Constituição da República italiana, ao falar da “rivoluzione copernicana determinata dalla Costituzione del 1948 che aveva posto a fondamento dell’ordinamento i valori base della persona umana e del lavoro e non più della proprietà o dell’impresa”. Pisani critica severamente o atual Código de Processo Civil italiano, afirmando que ele não responde aos valores da Constituição, estando ainda refletindo valores de tempos passados (Andrea Proto Pisani, *L’attuazione dei provvedimenti di condanna*, Foro italiano, 1988, p. 177).

63. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, Temas de direito processual, Segunda série, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 35/36.

De qualquer forma, a ação cominatória, tal como estruturada pelo artigo 287, jamais se constituiu em um instrumento apto à prevenção dos direitos. Isto por uma razão bastante simples. O juiz, de acordo com o artigo 287, somente pode impor a multa para “o caso de descumprimento da sentença”. Ora, o tempo necessário à definição do processo de conhecimento é, na maioria das vezes, incompatível com a necessidade de tutela preventiva, já que aquele que tem um direito ameaçado de violação em regra não pode suportar a demora do procedimento ordinário.

Diante da inexistência de uma tutela adequada para a prevenção dos direitos, a prática assistiu ao uso da ação cautelar inominada como remédio supletivo da lacuna deixada pelo legislador processual. O artigo 798 do Código de Processo Civil sempre constituiu uma espécie de “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional adequada, sendo oportuno lembrar que a própria tutela antecipatória repressiva foi prestada, em um determinado momento, sob as vestes da tutela cautelar⁶⁴. Assim, é fácil perceber o motivo pelo qual o direito à tutela preventiva passou a ser realizado por meio da ação cautelar inominada.

A tutela cautelar, entretanto, quando era utilizada ao lado da ação cominatória (antes da introdução da tutela antecipatória na Código de Processo Civil), visando a antecipar a tutela cominatória final, não surtia a efetividade desejada e não se mostrava como um instrumento adequado de tutela jurisdicional.

A doutrina entendeu, partindo da premissa de que o artigo 287 somente permite que a multa possa passar a atuar após o trânsito em julgado da sentença, que a tutela preventiva que viria na forma antecipada e rotulada de cautelar não poderia ser efetivada sob pena de multa. Barbosa Moreira, em um dos poucos trabalhos que trataram desta questão, após reconhecer que o uso da via cautelar para a antecipação da tutela preventiva seria possível, considerada a necessidade de se conferir tutela jurisdicional adequada aos cidadãos⁶⁵, deixou claro que a tutela “cautelar” não poderia ser acompanhada da multa: “O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos, da cominação de multa para o respectivo desatendimento: as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o artigo 287, *fine*, preexcluiu – em disposição infeliz mas clara, que ao

64. Luiz Guilherme Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992; A antecipação da tutela, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

65. “A objeção previsível é a de que os dispositivos invocados não constituiriam, do ponto de vista científico, sede própria: neles se cogita de medidas cautelares, ao passo que a ordem proibitiva, tendo o mesmo objeto da eventual sentença de procedência (da qual representaria, assim, verdadeira antecipação) e ensejando a satisfação do credor, embora a título provisório, extravasaria do leito conceptual da cautelaridade. Impossível discutir neste contexto questões tão árduas como a de saber em que consiste a ‘essência’ do processo cautelar, ou qual a exata configuração dogmática das providências ‘antecipatórias’, do tipo daquelas a que já fizemos acima ligeira referência” (José Carlos Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, in Temas de direito processual, Segunda série, cit., p. 42).

intérprete não é dado desprezar. Ter-se-á de contar unicamente com a força intimidativa da cominação penal pelo crime de desobediência”⁶⁶.

Além disso, o uso da ação cautelar ao lado da ação cominatória gerava uma desnecessária e inútil duplicação de procedimentos para a consecução de um único fim ou, mais precisamente, para a prestação de uma única forma de tutela jurisdicional. Ora, se a ação cautelar prestava apenas para antecipar a tutela preventiva (cominatória) final, deveria estar estruturado um único procedimento, onde fosse possível a concessão da tutela na forma antecipada.

É importante perceber, entretanto, que a tutela cautelar, dentro do contexto do processo civil clássico, não foi pensada para viabilizar a prevenção dos direitos. Ora, se a tutela cautelar, na concepção dos clássicos, é caracterizada como um instrumento que tem por escopo garantir a efetividade da prestação jurisdicional, e essa, no processo de conhecimento, somente pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória, não há como se admitir, logicamente, uma tutela cautelar preventiva, ou uma tutela cautelar, concebida como instrumento do instrumento⁶⁷, que dê ao jurisdicionado algo que a própria tutela de conhecimento não lhe confere.

Se a tutela condenatória é repressiva, é evidente que a tutela cautelar, quando correlacionada com tal forma de tutela, apenas pode se constituir em uma tutela que tem por fim assegurar a viabilidade da restauração do direito que já foi violado e que pode, segundo as circunstâncias do caso concreto, não ser efetivamente tutelado.

Alguém diria, entretanto, que a tutela declaratória, por ter sido pensada pelo próprio Chiovenda como uma tutela preventiva, abriria ensejo a uma tutela cautelar que poderia exercer função preventiva, evitando a violação de um direito. Lembre-se, porém, de que a doutrina clássica não admitiu uma espécie de tutela que se consubstanciasse em uma ordem sob pena de multa em razão dos valores liberais aos quais estava submetida. Ora, se a tutela preventiva, ainda que prestada no curso do processo, precisa se concretizar em uma ordem sob pena de multa para almejar alguma efetividade, é lógico que a doutrina clássica jamais admitiu uma tutela preventiva antecipada, ou uma tutela cautelar que disfarçasse uma tutela preventiva antecipada⁶⁸.

66. José Carlos Barbosa Moreira, A tutela específica do credor nas obrigações negativas, in *Temas de direito processual*, Segunda Série, cit., p. 43.

67. “La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela **mediata**: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, **instrumento del instrumento**” (Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, EJE, 1945, p. 45).

68. A nossa argumentação encontra base no livro “La tutela civile dei diritti”, de Adolfo di Majo, reconhecido como uma das mais importantes obras contemporâneas sobre a temática da tutela dos direitos. Eis o que diz o jurista italiano: “In realtà, la tutela ex art. 700 c.p.c., che peraltro si inserisce in un più vasto discorso con riguardo a misure aventi carattere cautelare, presuppone che una violazione (a diritti di

O que aconteceu, na realidade, é que a prática forense italiana, em razão das pressões sociais por tutela adequada, viu-se obrigada a admitir uma tutela preventiva de cognição sumária, sob o rótulo de cautelar, em face da ação declaratória. A própria doutrina italiana reconhece, contudo, que este uso não cautelar do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano (fundamento da tutela cautelar inominada) implicou uma distorção da fisionomia original da tutela cautelar, já que faz desaparecer a característica da instrumentalidade, que marca a tutela cautelar.

Loriana Zanuttigh, por exemplo, escrevendo sobre o uso da tutela cautelar atípica na proteção dos direitos da personalidade, afirma que graças à progressiva alteração da estrutura e da função da tutela cautelar inominada criou-se um modelo de proteção mais avançado e eficaz, “con risultati di incisiva aderenza alla specificità dei diritti della persona”⁶⁹. Como se vê, a jurista italiana admite expressamente que a tutela cautelar transformou-se em tutela sumária (ou em tutela antecipatória), ou que a tutela cautelar perdeu a sua feição original para passar a permitir a adequada proteção de direitos que, de outra forma, não encontrariam uma adequada resposta em nível de tutela jurisdicional no direito italiano⁷⁰.

Vittorio Denti, após lembrar que o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano permitiu que os tribunais suprissem a ausência de tutela jurisdicional adequada, adverte que isto se deu em virtude da necessidade de uma “tutela d’urgenza con funzione non cautelare, ossia non vincolata strumentalmente con la tutela che l’art. 700 definisce ordinaria”⁷¹. Denti admite que o ponto de partida dessa evolução da utilização do artigo 700 foi indubitavelmente a reconhecida viabilidade de um possível efeito antecipatório da tutela cautelar em relação à sentença de mérito, característica esta que induziu

proprietà, a diritti della persona o anche a diritti relativi) si sia già verificata (sia pure allo stato di asserzione) e non anche che essa sia semplicemente minacciata o che ne sussistano indizi. La tutela d’urgenza inoltre non viene richiesta per la semplice violazione del diritto ma in ragione del fatto che, data la natura del diritto (ad es. della persona), le conseguenze che alla violazione si riconnettono (si pensi al sostentamento del lavoratore cui venga negata la retribuzione o al fallimento dell’impresa per effetto della mancata realizzazione dei crediti pecuniari) possano costituire un pregiudizio non più riparabile con le consuete misure di tutela (di tipo risarcitorio o restitutorio)” (Adolfo di Majo, La tutela civile dei diritti, cit., p. 144).

69. Loriana Zanuttigh, La tutela cautelare atípica, in *L’informazione e i diritti della persona*, Napoli, Jovene, 1983, p. 281.
70. “Un ulteriore profilo dell’esperienza concreta dell’istituto conferma, ai fini di una valutazione complessiva, che le indicazioni emergenti dalla evoluzione degli orientamenti dei giudici e dalle istanze degli utenti della giustizia sono nel senso di una chiara propensione verso forme sempre più estese di tutela preventiva e non repressiva, almeno per talune categorie di diritti. Ne è prova, l’attitudine dei provvedimenti urgenti a porsi come strumenti di tutela sommaria non cautelare, nella sostanza cioè ad operare come forma autonoma di tutela. Siffatta alterazione della funzione delle misure cautelari atípiche è resa percepibile e viene accentuata da talune applicazioni dell’istituto” (Loriana Zanuttigh, La tutela cautelare atípica, in *L’informazione e i diritti della persona*, cit., p. 276/277).
71. Vittorio Denti, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L’informazione e i diritti della persona*, cit., p. 263.

Calamandrei, “nel suo classico studio sui provvedimenti cautelari, ad accostare questo tipo di misure d’urgenza ai c.d. accertamenti con prevalente funzione esecutiva”⁷².

A necessidade de uma tutela efetiva dos direitos não patrimoniais levou Proto Pisani a insistir para a oportunidade de um procedimento sumário não cautelar⁷³, o que, segundo Denti, superaria o equívoco que vicia a atual aplicação do artigo 700, derivado da exigência de tutelas que não têm o “**carattere della strumentalità proprio delle misure cautelari**”⁷⁴. Denti reconhece que a tutela preventiva sumária dos direitos da personalidade melhor se adaptaria a um procedimento sumário não cautelar, o que dá suporte à tese de que a tutela preventiva deve ser diferenciada da tutela cautelar⁷⁵ e, ainda, evidencia que Calamandrei cometeu um equívoco ao não perceber que a “*decisión anticipada y provisoria del mérito*”⁷⁶ mais se aproxima das declarações com pre-dominante função executiva do que da tutela cautelar.

No direito brasileiro, a tutela cautelar foi utilizada ao lado da tutela cominatória do artigo 287. Na verdade, como já foi dito, a tutela cautelar no curso da ação cominatória tem por objetivo prestar a tutela que, se for concedida ao final, não terá como cumprir sua função preventiva. Portanto, a tutela cautelar, antes da reforma do Código de Processo Civil, escondia uma forma de antecipação da tutela preventiva. Contudo, após a introdução do novo artigo 461 no Código de Processo Civil, surgiu a possibilidade de se construir uma nova modalidade de tutela jurisdicional (que denominamos de inibitória), que desemboca em uma sentença mandamental e viabiliza uma tutela mandamental antecipada e, assim, permite uma efetiva prestação jurisdicional preventiva.

72. Vittorio Denti, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L’informazione e i diritti della persona*, cit., p. 263.

73. Andrea Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, *Foro italiano*, 1990, p. 17 e ss.

74. Vittorio Denti, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L’informazione e i diritti della persona*, cit., p. 265.

75. É neste sentido a posição de Giovanni Verde: “Nel tirare le somme, avviandomi a concludere, mi accorgo di avere tenuto un discorso confuso, disarticolato e in qualche parte incoerente. **Ma la verità è che sono stato travolto dalla stessa maniera disorganica con la quale l’istituto del provvedimento d’urgenza si è venuto modificando e adattando alle concrete esigenze.** E mi pare che le indicazioni fornite, dalle quali si sono volutamente tralasciate le ricchissime serie di provvedimenti a tutela dei diritti della personalità (in senso tradizionale) e della concorrenza, che rappresentano il campo naturale di applicazione dei provvedimenti in esame, abbiano confermato che non ci sia stata vicenda di qualche rilievo (...) che non sia passata per tale forma di giustizia. **Ne è venuta fuori una tipologia assai varia e che forse meriterebbe di essere organizzata secondo criteri sistematici, che non sono stato in grado di elaborare. Si potrebbero, così, isolare accertamenti sommari con prevalente funzione cognitiva, accertamenti sommari con prevalente funzione esecutiva, ingiunzione, inibizione oltre che meri provvedimenti cautelari**” (Giovanni Verde, *Considerazioni sul procedimento d’urgenza – come è e come si vorrebbe che fosse –*, in *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 458/460).

76. Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., p. 59.