

A TUTELA PREVENTIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a Necessidade de Desviar o Olhar do Paradigma para Atender aos Novos Direitos

Angela Araujo da Silveira Espindola

À medida que pudermos absorver os influxos do constitucionalismo moderno, compreenderemos a necessidade da tutela preventiva, para responder às exigências impostas pelo Direito, neste início do novo milênio. Pensemos nos direitos fundamentais e na proteção ao meio ambiente. Para eles a tutela repressiva sempre será insatisfatória (Baptista da Silva).

Resumo:

Este artigo discute os limites e possibilidades da construção de tutelas preventivas genéricas no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, herdeiro da tradição romano-canônica, partindo das resistências impostas pelos compromissos históricos e ideológicos assumidos pela ciência processual. Não se pretende um estudo dogmático ou procedimental, mas antes uma proposta de compreensão acerca das resistências estruturais impostas pelo sistema processual, que embora admita espécies de tutela preventiva, não consegue conviver com os juízos de verossimilhança e probabilidade, tampouco romper com a “ordinarização” do procedimento e com as concepções procedimentalistas que povoam o imaginário do Direito Processual Civil na tradição romano-canônica. A problemática gira em torno de uma crise de sentido, que atinge o Direito e a jurisdição, com reflexos sobre os institutos processuais. Uma nova forma de pôr em ação o Direito exige uma nova forma de dar atividade (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. O Direito e o processo evoluem, modificam-se, eis que convivem com um mundo essencialmente hermenêutico, no qual nada pode aspirar ao selo da eternidade. A reflexão sobre as condições de emergência do Direito enquanto Direito e a interrogação sobre o seu sentido corroboram a dimensão hermenêutica do Direito e do processo. Uma jurisdição preponderantemente repressiva e reparadora não responde satisfatoriamente a essa dimensão, sobretudo ante a emergência dos novos direitos, na sua grande maioria não patrimoniais. A construção das tutelas preventivas, que visa a proteger o futuro, é condição de possibilidade para a efetivação do Estado Democrático de Direito, rompendo com os compromissos outrora assumidos pela ciência processual.

Palavras-chave:

Jurisdição. Processo. Tutela preventiva. Novos direitos. Crise do processo. Estado Democrático de Direito.

Abstract:

This paper discuss the limits and possibilities of the construction of generic preventive tutelage on the scope of the civil law procedural, heir of the Roman - canonic tradition, starting from the resistance imposed by historic and ideological commitments assumed by the procedural science. The aim of this paper is not to do a dogmatic or procedural study, but it proposes a comprehension concerning the structure resistances imposed by the procedural system, that although admits some preventive tutelage, can not live with trials of probability and believability, neither to break with *ordinarização do procedimento* and with the process conception that inhabit the concept of the civil law process on the Roman-canonic tradition. The problem lays on the sense crisis that reaches the law and jurisdiction, with a reflect on the procedural institutes. A new way of law act demands a new way of act (and understand) the jurisdiction and new attitudes of the jurists. The law and the process evolves, modifies, and coexist in a world essentially hermeneutics, where nothing can inhale the eternity label. The reflection on the emergency conditions of the law, while law, and the interrogation of its sense corroborates with the hermeneutic of the law and the process. The eminently repressive and a jurisdiction of compensation answers satisfactorily this dimension, over all ahead the emergency of new rights, most of them not patrimonial. The construction on the preventive tutelage that aims to protect the future is the condition of the possibility for the construction of the Rule of Law, breaking the commitments long ago assumed by the procedural science.

Keywords:

Jurisdiction. Process. Preventive tutelage. New rights. Procedure's crisis. Democratic State. Civil Law Process.

Sumário:

Introdução. 1 A tutela preventiva na formação da ciência processual: razões de sua resistência. 2 A necessidade da (re)construção da tutela preventiva para responder às exigências do Estado democrático de direito: a proteção dos novos direitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A ciência processual, nascida no contexto liberal-individualista da Europa do século 19, deixou marcas profundas no Direito Processual contemporâneo, provocando não só a sua autonomização ante o direito material, mas a ruptura entre o Direito Processual e a práxis, entre “mundo jurídico” e “mundo real”, e foi seduzida pelo canto do dualismo, dos universalismos, dos generalismos.¹ A consequência desse “defeito congênito”, como o definiu Baptista da Silva, foi o aperfeiçoamento de uma mentalidade comprometida com a ideologia da “ordinariedade” e a aversão que o sistema desenvolveu às formas sumárias de tutela processual.² Isso explica o uso excessivo e indiscriminado das cautelares, banalizando-as a ponto de confundi-las com as tutelas de índole “satisfativa”. As cautelares, que não são uma invenção do século 20, são uma forma de tutela preventiva de simples segurança (não “satisfativa”) que existe desde o Direito Romano, quando teve acentuada importância.

Há, portanto, tutelas preventivas cautelares, tutelas preventivas não cautelares e tutelas preventivas que vão além dos limites da simples “cautelaridade”. Todas elas destoam da herança da *ordo iudicium privatorum* do Direito Romano e fazem perceber que a jurisdição e o processo não podem ser reduzidos exclusivamente à função repressiva.³

¹ Sobre os compromissos da ciência processual, consultar: Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009; _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a, e _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

² Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001b. p. 8.

³ Observe que para Luiz Guilherme Marinoni a tutela cautelar não tem caráter preventivo, mas funciona como tutela repressiva antecipada. Sua contribuição é de larga importância ao constatar que a tentativa de construir uma tutela preventiva no Direito italiano restou frustrada, haja vista a fidelidade ao paradigma.

Inexiste no Direito brasileiro uma investigação teórica voltada para a construção da tutela preventiva genuína e genérica.⁴ O Direito brasileiro, no entanto, conhece hipóteses típicas de tutela preventiva (da mesma forma que o Direito italiano também as conhece), porém estas são insuficientes para dar conta das exigências contemporâneas ou para abrigar as promessas de um Estado Democrático de Direito.

O debate sobre as tutelas preventivas tem sido ampliado no Direito contemporâneo, não só na proteção de direitos individuais (direito à honra, direito de personalidade, propriedade intelectual, etc.), mas, sobretudo, na proteção de interesses transindividuais⁵. O ponto frágil, porém, é que a tutela preventiva é lida a partir do paradigma que tem orientado a ciência processual desde a sua formação, um paradigma comprometido com os ideais liberais-iluministas e com o racionalismo dos séculos 18 e 19.⁶ Ou seja, a tutela preventiva é inserida no contexto das demandas plenárias, tornando-se vítima da “ordinarização” do procedimento, cedendo às armadilhas do paradigma racionalista e prisioneira nas garras do pensamento objetificante. A tutela preventiva, assim como todo o processo civil, não tem incorporado os valores

⁴ Luiz Guilherme Marinoni afirma isso em: Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35. Em Baptista da Silva, essa constatação está ao longo de toda a sua obra, especialmente, em: Baptista da Silva, Ovídio. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006a. p. 92, §4.

⁵ Sobre interesses transindividuais, consultar: Bolzan de Moraes, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁶ Baptista da Silva, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; Arenhart, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; _____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

da leveza, rapidez, exatidão, multiplicidade, visibilidade e consistência.⁷ Ao contrário! Tem se mostrado refratária ao paradigma do Estado Democrático de Direito, ocultando-se sob os valores do Estado Liberal Clássico.⁸

O objetivo do presente artigo é provocar uma reflexão acerca da construção das tutelas preventivas no cenário jurídico brasileiro atual. Para tanto a discussão foi organizada em três partes: primeiramente, expõe-se a tutela preventiva na formação da ciência processual, identificando a partir daí alguns aspectos que explicam a resistência atual aos juízos de verossimilhanças. Em seguida destaca-se que ante a complexificação da sociedade contemporânea e a emergência dos novos direitos faz-se necessária uma reordenação da estrutura do Direito Processual. Seguindo estes passos, tem-se, de um lado, o diagnóstico de uma crise do Direito Processual e, de outro, o prognóstico de uma superação da estrutura da ciência processual. Um diagnóstico que permite experimentar os limites da desconstrução que permanece prisioneira do sistema que a desconstrói. O êxito do prognóstico, portanto, depende do reconhecimento da emergência do Direito como plataforma civilizacional, ou seja, de assumir-se uma resposta culturalmente humana a um problema também humano.⁹ Imagina-se, com isso, indicar alguns degraus para a construção das tutelas preventivas no cenário brasileiro.

⁷ A referência aos valores leveza, rapidez, exatidão, multiplicidade, visibilidade e consistência é uma apropriação feita a partir da obra de Italo Calvino. Nesse sentido, Espindola, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) – Unisinos, São Leopoldo: [s.n.], 2008 (tese de Doutorado).

⁸ Sobre as diferentes roupagens assumidas pelo Estado Moderno, consultar a obra Bolzan de Moraes, José Luis; Streck, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Igualmente na obra Bolzan de Moraes, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁹ Neste sentido consultar Castanheira Neves, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 296-

1 A TUTELA PREVENTIVA NA FORMAÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL: Razões De Sua Resistência

A jurisdição, sob os holofotes do Estado Liberal Clássico e do princípio da separação dos poderes, tinha como tarefa viabilizar a reparação do dano, não admitindo uma função de prevenção diante da ameaça. Não se pode esquecer a afirmação de Chiovenda ao explicitar que a ação é uma potestade intrínseca ao direito de reagir contra uma violação, sendo, portanto, a *actio* sinônimo de *obligatio*.¹⁰ O caráter patrimonialista e pecuniário dos direitos estaria garantido pela função de reparação, não havendo qualquer preocupação com a integridade do direito material. Na verdade, desconsidera-se a juridicidade do direito material, tornando quase utópico pensar uma tutela preventiva sumária e autônoma.

Isso não significa afirmar que as tutelas preventivas inexistiram na história do Direito Processual, tampouco que elas inexistem no ordenamento jurídico atual. As tutelas cautelares, enquanto forma de tutela preventiva, sempre existiram e tiveram acentuada importância no Direito Romano.¹¹ No Direito medieval, sob a inspiração dos interditos romanos, é possível apontar formas

299. Consultar também Castanheira Neves, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: Ramos, Rui Manuel de Moura et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

¹⁰ Chiovenda, Giuseppe. *Saggi di processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1993. p. 6-10.

¹¹ Nesse sentido, consultar: Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*, op. cit., p. 3. O Direito Romano conheceu formas de tutela preventiva, concedida por meio dos interditos e não através das *actiones*, porém estes dois institutos (interditos e *actiones*), com o tempo, acabaram se confundido, em especial a partir do Código de Justiniano. Com o advento do período da extraordinária *cognitio*, verificou-se tal confusão. Para um aprofundamento sobre os interditos no Direito Romano, diferenciando-os das *actiones*, ver: Scialoja, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954; Biscardi, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, n. 5, p. 14-16; Buonamici, Francesco. *La storia della procedura civile romana*. Roma: L'Erma' di Bretschneider, 1971, v. I, p. 422; Gandolfi, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1955, cap. III, n. 2, p. 36, e Gandolfi, Giuseppe. *Lezioni sugli interdetti*. Milano: La Goliardica, 1960, cap. II, n. 5, p. 67 et seq.

de tutela preventiva também.¹² Elas existiram, portanto! Não apenas existiram como também renasceram na tradição romano-canônica. As tutelas cautelares,¹³ no Direito moderno, podem ser apontadas como formas de tutelas preventivas. Ora, elas não só existiram como ainda existem! De fato, a dificuldade está, como bem refere Baptista da Silva, na “inaptidão para a construção de uma tutela preventiva que não seja, necessariamente, um apêndice de alguma tutela repressiva”.¹⁴

Esse é o ponto! E essa inaptidão “*sustenta-se na doutrina da separação de poderes, portanto, numa ideologia política peculiar do Estado moderno*”,¹⁵ ou seja, nos compromissos assumidos pela ciência do processo. Assim sendo, o problema da resistência às tutelas preventivas é estrutural e não um problema funcional,¹⁶ como bem refere Baptista da Silva: “*O sistema é infenso à tutela genuinamente preventiva*”.¹⁷ Na verdade, não exatamente o ordenamento jurídico, posto que – no âmbito da legislação brasileira – dentre os valores constitucionais consta a função jurisdicional de proteção não só à lesão de direitos, mas também à ameaça de lesão de direitos.

¹² Os interditos romanos (anteriores ao período da extraordinária *cognitio* romana) foram recepcionados pelo Direito Canônico e pelo Direito comum medievais, em especial os interditos relativos à posse (*uti possidetis et utrubis*). Esses interditos poderiam ser manuseados tanto diante da lesão à posse como da ameaça dessa violação. O Direito medieval manteve os interditos romanos bem como ampliou os meios de coerção (*missio in possessio, sponsio*, pena de banimento, etc.) com vistas a proteger os direitos e a obter a satisfação das obrigações. Nesse sentido, ver: Baptista da Silva, Ovídio Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.; Scialoja, Vittorio. *Procedimento civil romano*, op. cit.

¹³ As tutelas antecipatórias poderão ser consideradas preventivas quando anteciparem efeitos também preventivos.

¹⁴ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 215.

¹⁵ *Ibidem*, p. 215.

¹⁶ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

¹⁷ *Idem*, Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 217.

Regra geral não existem obstáculos legislativos. Ao contrário! O direito às tutelas de preventivas tem densidade no contexto normativo constitucional¹⁸ e no contexto normativo comunitário.¹⁹ Há perfeita simetria constitucional quanto à recepção das tutelas preventivas em sentido genérico. “*A tutela preventiva está inscrita, no sistema, como uma possibilidade*”. A assimetria está, portanto, não no sistema em si, mas nos operadores do sistema, na mentalidade dos juristas modernos, comprometida com a ideologia da “ordinariedade” e com a figura do juiz imparcial e neutro, a quem se proíbe decidir com base em simples verossimilhança, negando-lhe o poder e responsabilidade. Trata-se de um “*bloqueio mental, culturalmente construído através da doutrina*” e, claro, não se imagina abrir mão do juízo de certeza (incompatível com a tutela preventiva), pois o peso do paradigma persiste. Descartar o juízo da certeza e do pensamento calculante (lógico-subjuntivo), que está imbricado na formação da função de julgar, não faz parte do horizonte da cultura jurídica com raízes no racionalismo individualista-iluminista.²⁰

Esse “*bloqueio mental*” não foi fruto do acaso, mas o resultado de um processo histórico e cultural, construído a partir da formação da ciência processual. Ora, um sistema jurídico construído sob as luzes do iluminismo, sobre as bases teóricas do Estado Liberal Clássico e aos olhos do racionalismo não pode admitir, sem resistências, tutelar o que provavelmente possa ocorrer. E tutelar o que provavelmente possa ocorrer pressupõe sustentar, em certa medida, um juízo de verossimilhança, não um juízo de certeza. O paradigma,

¹⁸ Nesse sentido, ver o artigo 5º, XXXV c/c LXXVII, CF.

¹⁹ O Brasil promulgou o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994.

²⁰ Nesse sentido, ver: Baptista da Silva, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 217; _____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001a, p. 11. Consultar, em especial, Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009 – obra publicada postumamente.

comprometido com o valor segurança, não admite os juízos de verossimilhança, eis que estes corresponderiam a conceder ao juiz poderes que o sistema não está disposto a lhes transferir.

Acreditar que o Direito Processual Civil forjado no paradigma racionalista, senhor das certezas jurídicas e da previsibilidade das decisões judiciais como ideais da atuação judicial (tal como se visualizava ao tempo da promulgação do Código Civil Francês 1804), tem as respostas para os problemas de uma sociedade moderna complexa e conflituosa é crer em uma ilusão. Uma ilusão conscientemente construída, ou seja, uma fraude inocente.²¹ A construção montesquiana do juiz enquanto ventríloquo da lei é uma fraude inocente (ou não tão inocente), construída culturalmente na tradição romano-canônica. Na verdade, trata-se de uma elegante fuga da realidade.

A grande fraude inocente é causada pela reprodução do modelo de pensamento herdado do passado – e o papel das universidades nessa reprodução é relevante! –, sem perceber que se vive hoje sobre outras bases, em um outro tempo. Não se pode negar que há, na legislação atual, proteção a direitos individuais e a interesses transindividuais (coletivos e difusos). A emergência de novos direitos é hoje já inconteste, mas afirmar isso é uma fraude – uma “*fraude inocente*”! Grande parte desses novos direitos não encontra amparo na jurisdição

²¹ A expressão “fraude inocente” – *innocent fraud* – é do economista John Kenneth Galbraith na obra: Galbraith, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*: verdades para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Como, porém, uma fraude pode ser inocente ou como a inocência pode ser fraudulenta? Esta é a indagação feita por John Kenneth Galbraith: se há inocência, ela está a indicar ausência do sentimento de culpa ou responsabilidade; de outro lado, se há fraude, ela remete à deturpação, mais ou menos deliberada, da realidade. Ora, a ocorrência simultânea de ambas é o resultado, em parte, do senso comum e, em parte, da construção de uma teoria e de seu ensino, voltados para a justificação de interesses. A “fraude inocente” pode decorrer de um forte amparo a interesses individuais ou coletivos e chegar a atingir a credibilidade e a autoridade do conhecimento comum. A discussão feita sobre as fraudes inocentes por John Kenneth Galbraith, embora alicerçada em outro contexto – a economia –, parece fazer muito sentido para a análise que se pretende sobre a ocultação das tutelas preventivas e os compromissos da ciência processual.

repressiva, não podem ser reduzidos a categoria de direitos patrimoniais e, portanto, a reparação à violação desses direitos não protege um sentido de direito, não garante o “acontecer” da Constituição.²²

Daí falar-se que a resistência que o paradigma dominante impõe às tutelas preventivas foi o resultado de um senso comum, mas também dos interesses de uma época. Curioso é observar que, examinando-se o percurso histórico da ciência processual, quanto mais próximos do Direito contemporâneo, mais raros são os casos de aplicação de formas preventivas genéricas e mais frequentes os esforços para reduzir toda a jurisdição à “ordinariedade”.²³

O Direito Processual do século 19 absorveu a ideologia do Estado de Direito e do pensamento liberal-individualista-iluminista. A tutela preventiva não foi alvo de reflexões naquele período, tampouco foi tratada como temática autônoma pelos juristas ao longo da primeira metade do século 20. E isso não por acaso! O silêncio obsequioso em relação a tutela preventiva deve-se à estranheza da noção de controle jurisdicional preventivo aos fundamentos teóricos do Estado Liberal Clássico e da interpretação do binômio autoridade-liberdade. A herança do século 19 determinou a prevalência da escola da exegese no estudo do Direito Processual, revelando a profunda preocupação com a liberdade individual do cidadão.²⁴ Deste modo, as concepções absolutista e liberal afirmaram o primado da legislação e o princípio da certeza jurídica.²⁵ A

²² Sobre o “acontecer” da Constituição buscar subsídios na obra de Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b; _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004; _____. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

²³ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 220.

²⁴ Essa é a perspectiva de: Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987. Ver, em especial, seu capítulo I (p. 13-76). Nas palavras de Rapisarda, tem-se que “*il tema della tutela preventiva non fu oggetto di autonoma trattazione [...]*”.

²⁵ Nesse sentido, consultar a obra Cattaneo, Mario A. *Iluminismo e legislazione*. Milano: Comunità, 1986.

concepção absolutista reside na transferência de poderes plenos, ilimitados, para o legislador. E a concepção liberal, na garantia do cidadão contra arbitrariedades dos poderes: o legislador poderia controlar o Judiciário por meio de normas iguais para todos. O controle do legislador exige recursos constitucionais: o princípio da separação dos poderes e o da representatividade.²⁶ Deste modo, estaria legitimado o dogma da onipotência do legislador – núcleo duro da escola de exegese. O método exegético, portanto, resultou da fusão de elementos do iluminismo e do positivismo jurídico.

Toda a construção ideológica do século 19, portanto, vai influenciar a elaboração teórica do conceito de jurisdição, de ação e interesse de agir, como principais pontos de referências da discussão sobre a tutela preventiva. E os reflexos do paradigma do século 19 na elaboração teórica do conceito de jurisdição podem ser identificados, segundo Rapisarda, a partir de uma dupla perspectiva com impacto para a construção das tutelas preventivas.

A primeira perspectiva refere-se àquela que identifica o favorecimento dos espaços de liberdade individual ante a autoridade estatal e a prevalência da noção de direito subjetivo como causa para a concepção da jurisdição “*quale funzione diretta all’attuazione dei diritti suggestivi privati*”. Trata-se de uma função jurisdicional concentrada na reintegração do direito violado, excluindo-se, assim, a “*funzione di prevenzione dell’illecito dalle finalità del processo civile*”.

Imaginar uma função de prevenção do ilícito para além da repressiva à violação implicaria, naquele contexto liberal-iluminista-individualista, ampliar os poderes do juiz e limitar a liberdade de regulamentação autônoma das relações jurídicas privadas. Desse modo, tem-se que a prevenção do ilícito não estaria em sintonia com o paradigma dominante naquele século. O Direito Processual Civil concentrou-se, então, na obtenção da máxima garantia social com o mínimo de

²⁶ Sobre este tema ver Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 38-39.

sacrifício de liberdade individual – esse objetivo materializava-se na concepção de uma jurisdição como forma de controle repressivo,²⁷ o que teve reflexos na elaboração do conceito de ação e de interesse de agir.

A segunda perspectiva refere-se, especificamente, ao princípio da separação dos poderes também como um obstáculo à admissibilidade da função de prevenção do ilícito ao conceito de jurisdição. A prevenção não fazia parte da jurisdição! Imaginar uma função de prevenção do ilícito poderia implicar a substituição ou sobreposição de poderes – em especial, do Judiciário sobre os demais – o que contrastava com o princípio da separação dos poderes e com os ideais iluministas que concebiam o Estado com funções bem definidas exercidas pelos três poderes.²⁸

Assim, é também a concepção da jurisdição e a força do princípio da separação dos poderes, nos moldes do século 19, que impõem resistências à tutela preventiva, à função de prevenção do ilícito. Não há, entretanto, como sustentar um Estado Democrático de Direito sem o aprimoramento da função preventiva da jurisdição, ao lado de sua função repressiva.

A resistência oposta à introdução de uma tutela preventiva passa também pelo conceito de ação, concebido pela ciência jurídica europeia no século 19 europeu, para confirmar, a partir daí, o conceito de jurisdição. O requisito da violação do direito está na estrutura lógica do conceito de ação iluminado pelos pensadores do século 19. Ora, não se pode esquecer que a ação, para Savigny, influenciado pelas fontes romanas, nascia de uma segunda relação jurídica, surgida da violação do direito.

²⁷ Rapisarda afirma que “la concezione della giurisdizione quale forma di controllo repressivo fu, dunque, ispirata al principio per cui il processo civile deve essenzialmente tendere a”, como refere G. Manfredini, “procurare ai diritti privati la massima garanzia sociale col minimo sacrificio di libertà individuale” (Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., p. 18).

²⁸ *Ibidem*, p. 14-19.

Como bem observa Baptista da Silva, para toda a doutrina desde Savigny até a contemporaneidade, passando naturalmente por Chiovenda, o conceito de ação está ligado a dois pressupostos implícitos: o racionalismo e a *litis contestatio*. O direito de ação foi construído teoricamente como poder jurídico a estimular a intervenção jurisdicional em consequência de uma violação ou de uma lesão já verificada sobre o terreno do direito substancial e em função tipicamente repressiva da “*fattispecie*” do ilícito civil.²⁹

Sob essa perspectiva, o surgimento do direito de ação coincide com a verificação do “*momento patologico della violazione o della lesione del diritto soggettivo materiale*”, antes do qual existia apenas o direito substancial, em regime de “*pacífico godimento*”. O reconhecimento da função de prevenção do ilícito nas ações declarativas, entretanto, não contrasta com o que se está observando, eis que se mantém nos limites do “*fattispecie*” típico da prevenção.³⁰

A concepção sobre a violação ou lesão de direito, considerada como fundamento da teoria da ação, apresenta-se como ponto de referência essencial da noção de interesse de agir. A discussão sobre a admissibilidade da tutela preventiva girou em torno dos critérios de legitimidade e atualidade do interesse de agir. Considerando que este processualmente decorre da utilidade e necessidade da provocação da atividade jurisdicional, historicamente vinculou-se o interesse de agir à lesão de direito. Sem a afirmação de violação a direito substancial e da necessidade da tutela inexistia direito de ação.³¹ O interesse de agir define-se a partir da existência de uma violação do direito, quando necessária a intervenção da atividade jurisdicional, provocada pelo exercício da pretensão à tutela jurídica. Assim, “*il concetto di legittimità dell’interesse venne comunque ricondotto alla*

²⁹ Nesse sentido, ver: Baptista da Silva, Ovídio. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 94-96.

³⁰ Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., p. 23-27.

³¹ Crisanto Mandrioli afirma que não é suficiente, para demonstrar o interesse do agir, a afirmação de um direito subjetivo, porém é essencial a afirmação da necessidade de tutela desse direito, demonstrada por meio da alegação da sua violação (Mandrioli, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Turim: G. Giappichelli, 1993. p. 50, v. I).

violazione del diritto, considerata quale 'fattore essenziale dell'interesse ad agire', poiché nel propósito della rimozione di tale stato di violazione sta appunto la utilità finale dell'azione giudiziaria". Para Rapisarda, foi o conceito de interesse de agir, associado ao de violação do direito, um dos responsáveis pela pouca importância dada à tutela preventiva, ficando circunscrita praticamente à ação declaratória e às ações cautelares.³²

2 A NECESSIDADE DA (RE)CONSTRUÇÃO DA TUTELA PREVENTIVA PARA RESPONDER ÀS EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a Proteção dos Novos Direitos

Como bem refere Baptista da Silva,

nosso direito processual não poderá prescindir, no futuro próximo, da tutela preventiva. À medida que pudermos superar os compromissos com o processo civil romano que nos foi transmitido e o racionalismo que potencializou o seu divórcio de questões existenciais, para confiná-lo num mundo conceitual; enfim, à medida que pudermos absorver os influxos do constitucionalismo moderno, compreenderemos a necessidade da tutela preventiva, para responder às exigências impostas pelo Direito, neste início de novo milênio. Pensemos nos direitos fundamentais e na proteção ao meio ambiente. Para eles a tutela repressiva sempre será insatisfatória.³³

Já não é possível (e cada vez menos será possível) dispensar as tutelas preventivas na consolidação de um Estado de Direito que se pretende, genuinamente, democrático, no entanto é preciso pensá-las fora do paradigma, ou seja, libertas de seus compromissos históricos e ideológicos.

³² Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., p. 28-30.

³³ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Réquiem para a tutela preventiva*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

No cenário nacional, atribui-se a Luiz Guilherme Marinoni³⁴ a ampliação do debate sobre as tutelas inibitórias.³⁵ Esse debate, sob outras bases, já havia sido antecipado por Baptista da Silva ao abordar as tutelas preventivas no contexto das tutelas cautelares e tutelas antecipatórias, tecendo severas (e fundadas) críticas aos padrões paradigmáticos da tradição romano-canônica que apoiam a ordinarização do procedimento. Traz, Marinoni, importante contribuição para a discussão contemporânea quando mostra que a tentativa feita pelos juristas italianos de construir uma tutela preventiva, conservando-se fiéis ao paradigma, resultou em completo fracasso.

Negar as tutelas preventivas é fechar os olhos para os novos direitos. Não se pode falar em proteção a direitos humanos sem romper com os obstáculos (bloqueio mental) à tutela preventiva: concepção de jurisdição, ação e interesse de agir. Nesse sentido, Rapisarda registra que

il contenuto non patrimoniale dei nuovi diritti determina, infatti, normalmente, l'irreparabilità della loro lesione, onde diviene essenziale privilegiare forme preventive di tutela, che consentano di evitare l concretarsi dell'evento lesivo. D'altro canto, la non patrimonialità pone in luce anche l'esigenza di forme di tutela ripristinatorie o, più precisamente, reintegratorie, che mirino a garantire l'attuazione "dell'interesse specifico per cui si invoca la tutela", anziché del diverso interesse alla restaurazione patrimoniale del soggetto leso, secondo il principio dell'equivalente monetario.³⁶

³⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva, 2006; _____. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, dentre outras.

³⁵ Ainda no contexto nacional é possível citar também Sérgio Cruz Arenhart, que vem se dedicando a investigar aspectos da tutela inibitória, não só no âmbito da vida privada, mas também nos domínios do Direito Público. Ver as obras: Arenhart, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, 2003; _____. *A tutela inibitória da vida privada*, 2000; _____. La tutela inhibitoria y el "amparo de protección colectivo" en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán. In: *La ley* – Noroeste, ano 3, n. 7, Argentina, nov. 1999.

³⁶ Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*, op. cit., p. 81.

Ora, é o sobretudo o conteúdo não-patrimonial dos novos direitos que determina, não raro, a irreparabilidade da lesão, razão pela qual se faz essencial privilegiar formas preventivas de tutela que evitem a concreção do evento lesivo, porém não sobre as bases da “ordinarização” do procedimento e da cognição exauriente. É preciso superar a estrutura do Direito Processual para, só então, atingir uma função do processo compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.³⁷

A função preventiva da atividade jurisdicional visa a prevenir o ilícito, apresentando-se como tutela anterior à sua prática e, portanto, não voltada para o passado, à semelhança das tradicionais tutelas repressivas. Enquanto estas se preocupam em saber quem deve suportar o custo do dano, as tutelas preventivas, atendendo ao sentido da jurisdição e do direito material, pretendem impedir um ilícito. Certamente as tutelas preventivas foram ocultadas por um longo processo de evolução histórica que culminou na suposição de que o bem juridicamente protegido é, necessariamente, uma mercadoria e não a integridade do direito! A tutela ressarcitória, não raro, acaba por substituir o direito originário por um direito de crédito, ou seja, preocupa-se com a integridade patrimonial dos direitos e não com o direito em si. A tutela preventiva, por sua vez, não tem por objetivo reintegrar ou reparar o direito violado.

Uma tutela genuinamente preventiva (e atípica), nos termos aqui defendidos, seguindo a linha de Baptista da Silva, é incompatível com as exigências da cognição “exauriente”, com o paradigma da “ordinarização” do processo, não dispensando uma releitura das categorias ilícito e dano.

Uma análise superficial faz crer que, no Direito brasileiro, diferentemente do que se vê no Direito italiano,³⁸ praticamente inexistem obstáculos, no plano dos instrumentos processuais, para a concepção de uma tutela preventiva atípica.

³⁷ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

³⁸ No Direito italiano a atipicidade das tutelas inibitórias encontra resistência, eis que as sentenças não podem impor um fazer ou não fazer sob pena de multa. Na verdade o Direito italiano sempre resistiu à possibilidade de o juiz exercer *imperium* e de poder impor condutas

Uma proposta de estudo sobre a tutela preventiva, tema de indiscutível atualidade em sociedades complexas e conflituosas, tem se mostrado rebelde à formação jurídica de tradição romano-canônica, como alerta Baptista da Silva. A tutela preventiva não apenas se revela capaz de superar o privatismo característico do sistema processual brasileiro, como também avança em direção ao Direito público e vincula-se à “mandamentalidade” das decisões judiciais.

Nasce a tutela inibitória como instrumento de tutela preventiva, vinculando-se, na História, aos interditos do Direito Romano. Sem a pretensão de mergulhar na História e reconstruir todos os caminhos trilhados pela tutela preventiva até a atualidade, é preciso registrar que ao longo da história do Direito Romano somado à história do Direito em geral houve um drástico desvirtuamento do sentido e da abrangência da condenação e a consequente regressão do campo de incidência dos interditos.³⁹ O resultado disso – da atrofia dos interditos e do superdimensionamento da *condemnatio* – foi devastador, pois a ciência processual (e o Direito Processual) passa(m) a conceber todos os direitos, quando jogados para dentro de um processo, como mera obrigação.

às partes. Já existiram formas típicas de tutela preventiva no direito italiano (p. ex., *giudizio di giattanza*, cautelares típicas, etc.). Paulatinamente, surge, no Direito italiano, tutelas preventivas típicas no âmbito dos direitos de personalidade, direito da propriedade e da posse, direito da concorrência, direitos de propriedade intelectual. A partir dessas, alguns juristas italianos entendem a possibilidade do exercício do poder geral de prevenção dos direitos (art. 700 do CPC italiano), que autorizaria as tutelas preventivas atípicas. Neste sentido, consultar: Frignani, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974; Pietrobon, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitória e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998; Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*, op. cit.; Tarzia, Giuseppe. *Presente e futuro delle misure coercitive civili: esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Padova: Cedam, 1994. No Direito brasileiro praticamente inexistem obstáculos legais à tutela preventiva. Os obstáculos à tutela preventiva estão menos na legislação (art. 461, CPC e art. 84, CDC) do que na crise de paradigmas (art. 5º, XXXV, CF) e no cientificismo do Direito moderno.

³⁹ Arenhart, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71; Machado, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; Baptista da Silva, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 2007a.

Inúmeras razões podem ser consideradas causas dessa ampliação da *condemnatio* e redução dos interditos, mas é possível selecionar algumas que se fazem pertinentes para a construção do raciocínio que se pretende. Louis-Bernard Bonjean chama a atenção para o fato de que a retração da aplicação dos interditos decorreu, dentre outros motivos, da sua inserção enquanto fórmula genérica nos editos das fórmulas.⁴⁰ Ora, havendo previsão genérica dos interditos, era desnecessário buscar o pretor para a edição de um interdito específico. Ao lado disso, progressivamente, a noção de obrigação vai tomando espaço, a ponto de se identificar o direito pessoal e o direito real.

Pensa-se a “*pretensa reale come qualcosa di perfettamente analoga alla pretesa personale caratteristica dell’obbligazione*”. Não mais se justifica, portanto, manter formas específicas de tutela para direitos pessoais e direitos reais, pois ambos acabam por se identificarem a ponto de exigirem a mesma proteção. Mais um equívoco histórico oriundo de uma interpretação feita sobre os textos romanos clássicos: equiparou-se obrigação e direitos reais. Todo o direito quando posto em juízo se converte em uma obrigação. Como refere Baptista da Silva: “*o obscurecimento da distinção entre as ações ‘in personam’ e as ações ‘in rem’, de onde derivavam os conceitos de direito obrigacional e direito real, a partir do período justiniano, é um dado histórico indiscutível*”.⁴¹

Desde então, padecendo de uma tendência à mitomania,⁴² os juristas têm acreditado na própria mentira e comportando-se como se, de fato, todas as espécies de pretensão fossem a mesma coisa, e, portanto, pudessem ser protegidas ou satisfeitas com o mesmo mecanismo.

⁴⁰ Arenhart, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p. 72.

⁴¹ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006b, p. 241.

⁴² Observe que, contemporaneamente, em que pesem as recentes reformas do processo de execução, subsiste o caráter condenatório da sentença condenatória, revelando, neste ponto, a tendência que o sistema jurídico tem de produzir suas inovações sem alterar a realidade. O sistema jurídico, como se padecesse de um desequilíbrio psíquico, gera mentiras, fábulas e simulações (mitomania), acredita mudar sem nada transformar. Daí Baptista da Silva alertar que o problema é de estrutura e não de função. Sobre a crítica à reforma do processo de execução e a sentença condenatória, ver o ensaio de Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Ações*

O obstáculo à construção das tutelas preventivas e à concretização dos valores constitucionais e do Estado Democrático de Direito, nessa ótica, passa a ser uma consequência praticamente inevitável.⁴³

É impressionante observar, ao longo da história da tradição romano-canônica, como – tão rapidamente – deu-se a transformação da atividade jurisdicional em simples exercício de declaração de direitos, tal qual o faziam os *iudex* romanos. A sentença não deveria, sob essa perspectiva, ir além do reconhecimento (declaração) de existência dos direitos.⁴⁴ Exatamente por isso, durante muito tempo insistiu-se na classificação trinária das ações. Na verdade, um duplo engano: primeiro porque essa classificação diz respeito às ações de Direito material e não às ações de Direito Processual; segundo, porque essa visão trinária não se sustenta se as ações de Direito Material forem observadas cuidadosamente. Apenas a sentença (que ainda subsiste) condenatória é, de fato, uma criação processual.

Na tentativa de superar os resíduos da celeuma em torno da classificação das ações, Marinoni trata da classificação das tutelas sob a perspectiva da tutela jurisdicional efetiva, ou seja, sob o prisma das peculiaridades diferenciadas da realidade jurídica atendida. A partir da construção de Marinoni, ao lado das tutelas declaratória e constitutiva, encontram-se formas diferenciadas de fazer atuar as tutelas de prestação. São elas: a tutela ressarcitória, a tutela

e sentenças executivas. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007b. p. 193-262; _____. *Sentença condenatória na lei 11.232*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

⁴³ Sobre a *litis contestatio* e o conteúdo das obrigações, consultar Bonifacio, Franco. *Studi sul processo formulare romano*. Napoli: Jovene, 1959. p. 27. Tomo I.

⁴⁴ A insistência da visão trinária das ações – declaratória, constitutiva e condenatória – encontra amparo nesta perspectiva, no entanto é preciso reconhecer que poucos são aqueles que ainda hoje mantêm esta visão trinária. A dogmática jurídica, pelo que se percebe, calou-se a respeito e, sem explicações, começou a tratar das ações mandamentais e executivas *lato sensu* como se nunca as tivesse refutado. A discussão entre os defensores das teorias trinária, quaternária e quinária das ações, que muitas páginas rendeu para a doutrina, parece ter desaparecido. Todos já se referem às ações mandamentais e às ações executivas *lato sensu*.

reintegratória, a tutela de adimplemento e, por fim, a tutela inibitória.⁴⁵ Para a compreensão dessa classificação das tutelas Marinoni aborda as distinções entre as categorias dano e ilícito, desconsideradas pela doutrina do Direito privado,⁴⁶ para expor realidades diferentes e formas distintas de proteger o dano ou o ilícito.

Não é novidade que grande parte dos civilistas⁴⁷ dá atenção ao ilícito apenas sob a perspectiva do dano, ou seja, da reparação! Não havendo dano, não há que se falar, segundo eles, em ilícito a ser reparado. O dano é elemento do ilícito, desconsiderando que ambos constituem-se em realidades diversas!

⁴⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; _____. *Tutela específica*, op. cit.; _____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁶ O Código Civil atual não distingue esses fenômenos, mantendo a confusão de outrora. O artigo 186 parece eleger o dano como elemento do ilícito, quando afirma 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”.

⁴⁷ Para fins de confirmar essa afirmativa, pode-se buscar alguns civilistas na doutrina. Silvio Venosa incisivamente diz que “no campo civil, só interessa o ato ilícito à medida que exista dano a ser indenizado. O Direito Civil, embora tenha compartimentos não patrimoniais, como os direitos de família puros, é essencialmente patrimonial. Quando se fala da existência de ato ilícito no campo privado, o que se tem em vista é exclusivamente a reparação do dano, a recomposição patrimonial” (Venosa, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006). Igualmente, para Clóvis Bevilacqua, tem-se que “todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado” (Bevilacqua, Clóvis. *Código Civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947, p. 290). Seguindo esses passos, Silvio Rodrigues vai afirmar que “poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. O ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém” (Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 19). Serpa Lopes corrobora esses civilistas afirmando categoricamente que “enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial” (Lopes, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 419-420). E Caio Mário Pereira, contrapondo as esferas penal e civil, aduz que “para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido” (Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 416). Maria Helena Diniz e Limongi França não se distanciam destes, confirmando a confusão entre as categorias ilícito e dano, pois entendem que o “ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual” e, portanto, “causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo” (Diniz, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998,

Desse modo, a universalização da ação condenatória vem confirmar o autoengano dos civilistas, transformando todo o direito, posto dentro do processo, em obrigação, sujeito a uma reparação. Agrega-se a isso o princípio – alicerçado sob as bases do liberalismo-individualista – da incoercibilidade do vínculo obrigacional. Pontes de Miranda afirma que “a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles a quem ela se dirige tenham obrado contra o direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*com-damnare*)”.⁴⁸

Assim, para entender as dificuldades da introdução da tutela preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, a análise feita sobre ação e “ações” é importante. A doutrina insiste que a ação (de Direito Material) surge com a violação do direito. É flagrante, pois, o sentido essencialmente repressivo (e não preventivo) na atividade jurisdicional nesta concepção.⁴⁹ A lógica do sistema é perversa e mantém intacta a sua estrutura, fazendo todos crerem que o calcanhar-de-aquiles é a sua função. Não se modifica a função do Direito Processual Civil, aproximando-o do paradigma do Estado Democrático de Direito, sem que antes haja uma refundação de sua estrutura para além das modificações legislativas, atingindo a sua estrutura paradigmática a partir da releitura dos institutos jurídico-processuais.

Ademais, proteger/prever o futuro nunca foi entendido como função do juiz. Toda a construção da separação dos poderes vai impor determinadas capacidades e funções a cada um deles. Ao legislativo compete proteger/prever o futuro; ao Executivo, tratar do presente, e ao Judiciário, reparar o passado. Calamandrei já havia feito esta observação quando comparou o trabalho de juiz ao trabalho do historiador, apontando que ambos, juiz e historiador, investigam o passado e tentam reparar os danos já causados, os direitos já violados.

p. 169). Desse modo, “a consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano” (França, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132). A confusão se dá não só no âmbito do Direito nacional, mas também no Direito italiano. O civilista Vittorino Pietrobon afirma que “*l’illecito civile corrisponde, nell’aspetto suo tradizionale, alla causazione di un danno e trova la sua sanzione essenzialmente nel risarcimento*” (Pietrobon, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento, op. cit., p. 3-4).

⁴⁸ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, 1998, §25, 1, c.

⁴⁹ Nesse sentido, consultar Baptista da Silva, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista, op. cit. e _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

Desse modo, não há como cumprir com a função judicial num Estado que se pretende democrático de direito – e que, por isso, projeta-se como um instrumento de transformação da realidade⁵⁰ –, seja ela uma função repressiva ou preventiva, se o Direito Processual Civil não passar por uma revisão da compreensão moderna da jurisdição, da lei e do papel/poder do juiz. É preciso libertar a jurisdição e o Direito dos grilhões que o paradigma racionalista impôs, submetendo-os à tirania do método, transformando-os em instrumento do poder (funcionalizando-os).

Enquanto a ciência moderna se embriaga com seu rigor metodológico, os juristas oscilam entre o medo de perder o controle da “tecnologia” jurídica moderna e o temor de se deixarem seduzir pelo niilismo, pelo relativismo. O resultado é que qualquer tentativa de revisar as raízes da tradição jurídica romano-canônica – para detectar não só o seu legado e a fidelidade do Direito moderno, mas também o que é romano no que se diz hoje moderno – faz-se a partir de um diálogo de surdos, pois a força do paradigma não dá alternativas fora dele.

A superação do paradigma racionalista, com a conseqüente construção da tutela preventiva – sumária e autônoma – deve-se dar a partir da compreensão de que há um horizonte infinito de possibilidades abertas ao pensamento. Cabe ao Direito Processual Civil eleger seu itinerário a partir de uma concepção de Direito que não seja nem a do convencionalismo – almejado pelo positivismo jurídico em suas diversas variantes⁵¹ – nem a do pragmatismo jurídico⁵² – representado

⁵⁰ Para tanto consultar Bolzan de Moraes, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*: o Estado e o Direito na ordem contemporânea, 1996; _____. *Crise do Estado e democracia: onde está o povo?* *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 201-222, 2006; _____. Streck, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵¹ O rótulo “positivismo jurídico” identifica uma variedade de teorias diferenciadas, cujo denominador comum é a separação entre Direito e moral. A expressão “convencionalismo” é utilizada por Dworkin ao se referir às concepções do positivismo jurídico e do normativismo positivista representados paradigmaticamente por Herbert Hart, que afirmava o Direito enquanto um sistema de regras vigente e socialmente reconhecido (Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jedderson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

⁵² O pragmatismo é, paradigmaticamente, representado pelas correntes do *Legal Realism* e pela *Law and Economics*, que propõem uma perspectiva político-social para o futuro da humanidade, considerando os juízes os arquitetos deste mundo melhor. Enquanto a perspectiva do convencionalismo (vide nota anterior) é o passado, a perspectiva do pragmatismo é

pelo funcionalismo jurídico –, mas antes um itinerário marcado por uma dimensão ético-jurídica. É nesse caminho que a construção da tutela preventiva será possível, possibilitando, assim, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a concretização dos direitos.

Isso significa que a construção da tutela preventiva precisa de uma revisão do Direito Processual Civil, quebrando com o peso do racionalismo, mas sem se deixar levar pelas concepções procedimentalistas. O procedimento não é excluído quando se assume uma concepção substancialista, embora o inverso não seja verdadeiro.⁵³ Daí a afirmação de que “a eliminação da retórica suprimiu, *ipso facto*, tanto a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, quanto sua essencial dimensão hermenêutica”,⁵⁴ na qual sua índole ética-jurídica é decisiva.⁵⁵

programaticamente o futuro. Toda a discussão dessa tese refuta ambas as teorias, construindo-se sob as bases de uma perspectiva hermenêutica, cujo objetivo não é um conhecimento objetivo (científico) do mundo, mas a compreensibilidade da realidade humana e, no caso, do Direito, ou seja, da práxis. Em toda a compreensão, seguindo esta perspectiva, há a vivência de uma pertença, conforme refere Gadamer, reconhecendo-se, assim, uma indissociável associação entre o passado e o presente, ou seja, do horizonte cultural do passado (tradição cultural) com o horizonte cultural do presente (que está na compreensão que se realiza). A isto Gadamer denomina “fusão de horizontes”. Sendo o futuro, na linguagem heideggeriana, “o passado que vem ao nosso encontro”.

⁵³ O foco da discussão deste artigo não é contrapor as teorias procedimentalistas e teorias substancialistas do Direito. Elege-se, no entanto, a postura substancialista como condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas, retomando, assim, o caráter hermenêutico do Direito, retirando-o do âmbito das ciências da explicação para inseri-lo nas ciências da compreensão. Sobre o debate entre procedimentalistas e substancialistas ver: Streck, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 2007b.

⁵⁴ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 97.

⁵⁵ Castanheira Neves, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, 1998.

CONCLUSÃO

Finaliza-se a exposição com um ensaio para uma composição enxadrística.⁵⁶

A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, à concretização dos direitos e ao “acontecer” da Constituição precisa superar o peso cultural do paradigma racionalista, bem como os valores liberais individualistas ainda vigentes. Assumir essa preocupação é condição de possibilidade para a defesa da jurisdição estatal e da democracia sem desconsiderar o contexto histórico em que sociedade moderna – complexa e pluralista – se encontra.

A tradição jurídica romano-canônica, à qual o Direito Processual Civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de Direito Material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva, estruturando-se no paradigma racionalista e na rígida doutrina da separação dos poderes. O Direito Processual Civil, nessas bases, é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história, com o tempo do Direito (e consequentemente com o próprio homem), pretendendo-se perene como uma figura geométrica, sem conseguir situar-se em relação ao futuro. Tudo isso, resultado da força da formação cartesiana, merece ser substituído pela compreensão hermenêutica do Direito e do processo, fazendo-os caminhar em direção ao futuro.

Por todos os compromissos históricos e ideológicos, é compreensível a dificuldade *estrutural* que a tradição romano-canônica enfrenta para a construção de uma tutela processual que tenha natureza predominantemente preventiva.

⁵⁶ O termo “enxadrística” quer aqui trazer, por meio de uma linguagem lúdica, um pouco da postura do enxadrista diante do tabuleiro. A figura metafórica, também utilizada por Calamandrei, sugere que o jurista há que se reconhecer e atuar como responsável (eticamente responsável) pela direção do Direito Material e do Direito processual, assumindo-se como um pensador. O enxadrista é um pensador, e não um mero operador, eis que se movimenta para além da ritualística, estudando e antevendo movimentos, sopesando com destreza o tempo e as estratégias.

É, portanto, o peso de todo o arcabouço teórico e paradigmático da ciência processual – *a estrutura* – dentro do qual os juristas operam, o principal obstáculo para a construção de tutelas preventivas. A construção de um novo processo civil, apto a superar os desafios que lhe são impostos neste novo milênio, implica reconhecer as responsabilidades do poder Judiciário ante a sociedade plurívoca e abandonar o mito do juízo de certeza, da segurança jurídica, do método previsível, determinado, calculado e infalível para encontrar o direito do caso.⁵⁷

A superação do racionalismo no âmbito da ciência jurídica, em especial, do Direito Processual Civil, permite uma releitura da jurisdição para além da extrema valorização da tutela repressiva, da cognição plenária e da “ordinarização” do processo.

A via da tutela preventiva é condição de possibilidade para a concretização dos direitos, sobretudo dos novos direitos, na sua maioria não patrimoniais, a exemplo do direito à honra, à educação, à saúde, à intimidade. É a partir da superação do paradigma racionalista – *da estrutura* – que o Direito Processual Civil deixará de ser *visto* como mero instrumento, simples técnica ou procedimento, conduzindo-se à efetiva proteção do Direito Material e substancialização da Constituição. É preciso, portanto, desviar o olhar do paradigma para enxergar o sentido do Direito!

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁵⁷ Baptista da Silva, Ovídio Araujo. *A justiça da lei e a justiça do caso*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

ARENHART, Sérgio Cruz. La tutela inhibitoria y el “amparo de protección colectivo” en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán. In: *La ley* – Noroeste, ano 3, n. 7, Argentina, nov. 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A justiça da lei e a justiça do caso*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001b.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Réquiem para a tutela preventiva*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença condenatória na lei 11.232*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006b.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947.

BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 201-222, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONIFACIO, Franco. *Studi sul processo formulare romano*. Napoli: Jovene, 1959, tomo I, p. 27.

BUONAMICI, Francesco. *La storia della procedura civile romana*. Roma: L'Erma' di Bretschneider, 1971, v. I.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74 (1998) – separata.

CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione*. Milano: Comunità, 1986.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jedderson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o Direito Processual Civil do Estado Democrático de Direito?) 2008. Tese (Doutorado) – Unisinos, São Leopoldo, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1955.

GANDOLFI, Giuseppe. *Lezioni sugli interdetti*. Milano: La Goliardica, 1960.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. V. 1.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Turim: G. Giappichelli, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. V. 1.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitória e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

TARZIA, Giuseppe. *Presente e futuro delle misure coercitive civile*: esecuzione forzata e procedure concorsuali. Padova: Cedam, 1994.

VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Recebido em: 9/10/2009

Aprovado em: 4/12/2009