



TUTELA MANDAMENTAL

Tâmara Furlaneto¹
José Miguel Garcia Medina
Belmiro Jorge Patto

RESUMO: A presente pesquisa tem como seu principal objetivo mostrar as divergências doutrinárias a respeito da classificação da tutela mandamental, a eficácia da ordem que ela possui, seus destinatários, as multas, as mudanças que ocorreram nas últimas reformas a seu respeito e a sua evolução histórica no ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: sentença; ordem; efetividade; coação

MANDATORY TUTELAGE

ABSTRACT: *The main objective of this present research has been to show the doctrinarian divergences in respect to the classification of the Mandatory Tutelage, the disposition effectiveness it possess, its recipients, the fines, the changes affecting it that has happened in the last reforms, and its historical evolution in the juridical ordination.*

KEYWORDS: *sentence, disposition, effectiveness, coercion.*

Introdução

A primeira menção feita a respeito da tutela mandamental foi com Kuttner, na Alemanha, seguido por Goldschmidt. Porém nesse país ela não foi aplicada e não mais estudada. No Brasil, Pontes de Miranda, com sua classificação quinária das ações, produziu um conceito amplo das ações mandamentais, atribuindo um sentido diferente ao que foi dado às *Anordnungsurteile* (dicção empregada por Kuttner na Alemanha – ele não teve o interesse em classificar as sentenças, mas investigar os efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais).

Pontes de Miranda classificou as sentenças de acordo com a sua eficácia. Segundo ele, todas as sentenças conteriam pesos de eficácia heterogêneos. A sentença mandamental foi qualificada de acordo com seu tipo de eficácia ou determinado peso em que alguém atende, imediatamente, ao que o juiz manda.

O assunto ação mandamental, só veio ressurgir com Ovídio B. da Silva, que a conceituou com o mesmo conteúdo de Pontes de Miranda. Para Ovídio, a sentença mandamental possui um ponto que a difere das outras: a ordem para que cumpra o que está veiculado no mandado.

A sentença mandamental era recebida, até bem pouco tempo atrás, com muita resistência pelos processualistas em geral. Porém ela passou a ser reconhecida no sistema processual civil nacional com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e, depois, com o 461 do CPC, alterado pela Lei 8.952/1994. Recentemente, o art. 461 foi complementado através da Lei 10.444/02, lei esta que também incluiu o art. 461-A no Código de Processo Civil, e com a Lei 10.358/2001, que alterou o art. 14, e fez com que a tutela mandamental passasse a ser expressamente prevista.

Hoje, a classificação das ações tem em vista o tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor. A ação mandamental se prende aos atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratiquem (ordem). O juiz expede o mandado porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental. A sentença proferida nesta ação tem como efeito máximo o de mandamentalidade. Este tipo de sentença se distancia da condenatória e da declaratória porque tutela o direito do autor, forçando o réu a adimplir a ordem do juiz. Nela existe ordem e também coerção da vontade do réu, sendo que essa coerção não se encontra na sentença condenatória, porque se correlaciona

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Teve como Orientador da presente pesquisa o professor Doutor José Miguel Garcia Medina (CESUMAR), e como Co-orientador, o professor Belmiro Jorge Patto (CESUMAR).



com a execução forçada.

Na classificação trinária ou na quinária não existe espaço para a sentença mandamental. Ela possui um misto de condenatória e de executiva, completada com uma ordem judicial.

1. HISTÓRICO

1.1. Surgimento da Sentença Mandamental

O mundo jurídico tomou conhecimento da chamada sentença mandamental na Alemanha, no trabalho *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, de Georg Kuttner, em 1914. Ele foi o criador desta nova modalidade de sentença. A dicção empregada pelo processualista alemão foi *Anordnungsurteil*², o que significa, em português, “ordem, no sentido de determinação dirigida a alguém”³. Pontes de Miranda preferiu traduzir como *mandamental*, pois não era um termo de uso corrente na linguagem jurídica brasileira.

Kuttner teve como objetivo de sua investigação os “efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais – do próprio Poder Judiciário ou da Administração Pública”⁴. Ele não teve o interesse em classificar as sentenças ou as ações.

Em sua pesquisa, Kuttner se deparou com efeitos que não podiam ser vistos como próprios nem das sentenças declaratórias, nem das condenatórias, nem das constitutivas. Com isso, compôs um quarto tipo, que se enquadrava a esses efeitos: a *mandamental*. Esta conteria uma ordem que não seria endereçada ao réu vencido (como na sentença condenatória), mas a outro órgão estatal, diferente do que sentenciara⁵ ⁶.

Léo Rosenberg, citado por Cleide P. Previtalli,

salientou que “em realidade, Kuttner usa um critério completamente distinto do comumente tomado na distinção entre sentenças de condenação, declaração e constitutivas, e toma, como ponto de partida, o *efeito*, e não o *conteúdo* das sentenças”⁷.

Na primeira metade do século XX James Goldschmidt foi um dos únicos juristas que seguiram as idéias emanadas por Kuttner, e a expôs em sua obra *Des Prozess als Rechtslage*. Ele enquadrou o assunto na parte referente às ações, porque se dirigia aos efeitos da sentença. Goldschmidt tratou das *Anordnungsurteile* com mais profundidade que Kuttner.

Goldschmidt incluiu as condenatórias entre as *Anordnungsurteile*, entendendo que a essência daquelas “em ordem dirigida não ao réu, mas ao órgão de execução”⁸. Mas, como foi lembrado por Barbosa Moreira⁹, Goldschmidt tratou as sentenças condenatórias em classe autônoma, em seu livro mais recente, coincidindo, agora, com a idéia de Kuttner. Para ele:

“constituiu o conteúdo da ação mandamental a própria sentença que pronuncie o mandamento. Essa sentença contém, segundo o autor citado, uma declaração da existência do direito que constitui o requisito de fato dessa ação e uma ordem ou mandamento dirigido a uma autoridade, com caráter distinto daquele resultante de título executivo que resulta implícito na sentença de condenação. Assinala Goldschmidt que o conteúdo típico da ação de mandamento, isto é, o mandamento que se pronuncia na sentença, se distingue de todos os demais conteúdos possíveis nas sentenças, uma vez que: a) o mandamento não é mera declaração, pois é suscetível de execução; b) o mandamento não possui, somente, uma virtualidade constitutiva; c) o mandamento não é, também, mero título executivo tal como a sentença condenatória”¹⁰.

² Dicção esta lembrada no artigo: *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 252, de José Carlos Barbosa Moreira.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 252.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 252.

⁵ “(...) se na sentença condenatória se continha uma ordem, surge espontânea a pergunta: por que não seria bastante a existência dessa classe, nem possível acomodar aí os casos para os quais se sugeria a criação de outra?”

A resposta consiste na diferença, que Kuttner descobria, entre os destinatários da ordem. Na condenação, a ordem dirige-se ao réu vencido; mas existiam hipóteses em que ela não se endereçava a esse, e sim a outro órgão estatal, distinto do que sentenciara- e não seria razoável misturar os dois grupos de casos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 253.

⁶ J. C. Barbosa Moreira traduziu o conceito feito por Kuttner sobre “Anordnungsurteile: “Por *Anordnungsurteil* entendem-se neste trabalho as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir uma ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora”. *Anordnungsurteil* para Kuttner “era proferida em face da entidade que não fora parte no processo. Admitia o autor, porém – o ponto relevante –, que noutros ordenamentos o conceito se pudesse aplicar a figuras diversas no particular; e aludia em termos expressos aos *writs of mandamus* e as *injunctions* do direito anglo-saxônico.” - in, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar 2000. São Paulo: RT, 2000, p. 253 e 254.

⁷ PREVITALLI, Cleide Perero. *Ação Mandamental*. Revista de Processo n. 19, jul/set. São Paulo: RT, 1980, p. 48.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 254.

⁹ O nome da obra de Goldschmidt era *Zivilprozessrecht*, publicada em 1969. A princípio, o autor se afastou de Kuttner, porém, nesta obra, ele acabou por aderir à idéia de Kuttner. - MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 254.

¹⁰ PREVITALLI, Cleide Perero. *Ação Mandamental*. Revista de Processo n. 19, jul/set. São Paulo: RT, 1980, p. 47.

Hoje, a literatura alemã não faz menção às *Anordnungsurteile*, elas tiveram vida curta na Alemanha, enquanto que hoje, no Brasil, elas são bastante discutidas e trabalhadas.

Para o processualista José Miguel Garcia Medina, a doutrina de Kutner não foi mais aprofundada na doutrina alemã porque a sentença mandamental era equiparada à sentença condenatória, pois para ele "haveria 'ordem' tanto na sentença condenatória quanto na ordenatória, diferenciando apenas o seu destinatário"¹¹.

1.2. Common Law: Sua Influência na Legislação Brasileira

A classificação trinária das sentenças está diretamente relacionada ao Estado Liberal, sendo que neste o juiz é impedido de ordenar, devendo ser neutro. Neste Estado, o juiz deve apenas proclamar as palavras da lei, ele não tem poder de *imperium*.

Segundo Marinoni, "há na *common law* e, em particular, na disciplina do 'contempt of Court', 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 mero burocrata"¹².

A expressão *contempt of court*, lato sensu, "presta-se a designar qualquer conduta de afronta à autoridade judicial"¹³.

Na *common law*, caso não seja cumprida a ordem judicial, é caracterizada a *contempt of court*. As multas costumam associar-se ao instituto *contempt of court*¹⁴, sendo que, descumprindo as ordens judiciais, leva a caracterização da desobediência à autoridade e não só lesão ao credor. As disposições do art. 461 do CPC dizem respeito a sanções dessa ordem, como, por exemplo, o conteúdo do § 4.º.

No art. 14 do CPC (em sua nova redação dada pela Lei 10.444/2002), o legislador se inspirou no modelo da *common law*. Segundo Cruz e Tucci¹⁵, esse sistema prevê

a "infilção de multa pecuniária às partes nas hipóteses de não atendimento a decisões de determinada espécie". Citando Hozard e Taruffo, aduz que a "expressão *contempt of court* designa em termos gerais a recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade da *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial (...) para que o litigante ou outro integrante do processo possa ser responsabilizado pelo *contempt*, consiste na existência de uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou abster-se de fazer".

1.3. Surgimento da Ação Mandamental no Brasil

O primeiro jurista brasileiro a usar a expressão "sentença mandamental" foi Pontes de Miranda, sendo que esta expressão teve um sentido bem diferente ao dado às *Anordnungsurteile*.

Ele desprezou os traços de ordem dirigida a órgão público (o mandado, para Pontes de Miranda, pode ser dirigido a outro órgão do Estado, a uma pessoa física ou jurídica, ou a algum sub-órgão da justiça) e estranho ao processo. Produziu um conceito mais amplo, classificando as ações com relação à carga de eficácia da sentença. Fez uma tabela de eficácia das ações típicas, que inovou o direito, mediante a introdução de critérios matemáticos com as quais classificava as sentenças. Segundo, ele, todas as sentenças conteriam pesos de eficácia heterogêneos, não haveria sentença pura.

A sentença mandamental foi qualificada, por ele, de acordo com seu tipo de eficácia ou determinado peso em que "alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz manda"¹⁶. Com relação ao *imediatamente*, isto é o que difere a sentença mandamental das outras sentenças que também possuem ordem, mas não possuem a eficácia imediata. Hoje, a classificação das ações tem em vista o tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor.

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 341.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 429.

¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Relativas aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001, p. 93.

¹⁴ Jurisprudência que trata da *contempt of court*. 89005127 JPCPC.461 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTEMPT OF COURT E FAZENDA PÚBLICA – 1. A decisão que em sede de mandado de segurança impõe obrigação de fazer é essencialmente mandamental, sendo subsidiariamente substituída por perdas e danos, no caso de real impossibilidade de cumprimento, diante da interpretação analógica do art. 461 do CPC. 2. O contempt of court civil do direito anglo-saxão, como meio de coerção psicológica do devedor, decorre da concepção de que a autoridade do Poder Judiciário é intrínseco à sua própria existência. 3. Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisdição, registrando que a aplicação de astreintes à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeitas ao regime do precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada. (TRF 2ª R. – AG. 97.02.29066-0 – RJ – 3ª T. – Rel. Juiz Ricardo Perlingeiro – DJU 21.08.2001).

¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 19.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 255.

Este assunto ressurgiu através do processualista Ovídio A. Batista da Silva que conceituou a ação mandamental com o mesmo conteúdo dado por Pontes de Miranda. Assim como Ovídio, Sérgio de Andrea Ferreira, Silva Pacheco, Jorge Salomão e Lopes da Costa foram processualistas que seguiram o mesmo entendimento sufragado por Pontes de Miranda, sobre as mandamentais, na década de 80¹⁷. Para Ovídio, a sentença mandamental possui um ponto a mais que a difere das outras sentenças do Processo de Conhecimento (condenatórias, constitutivas e declaratórias): a *ordem judicial*, para que se expeça um mandado.

A sentença mandamental era recebida, até bem pouco tempo atrás, com muita resistência pelos processualistas em geral¹⁸. Mas, com as recentíssimas reformas do CPC, a ação mandamental passou a ser um novo aspecto do direito processual brasileiro. Ela passou a ser reconhecida a partir do art. 84, da Lei 8.078 de 1990 (o Código de Defesa do Consumidor), lê-anda se o *caput*: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento", e no § 5º, do mesmo dispositivo: "Para tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial".

Com o exame dos arts. 83, 84 e 85 do CDC

(Código de Defesa do Consumidor), a doutrina teve a idéia de uma ação que assegurasse o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Aí mais um tipo de ações e de sentenças surgiu, as mandamentais¹⁹.

A ação mandamental também veio ser reconhecida com a nova redação do art. 461 da Reforma de 13.12.1994 do CPC, a Lei 8.952²⁰.

Com a incorporação dos mecanismos do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 461 do CPC com a redação dada pela Lei 8.952, foi sugerida, uma reflexão sobre a questão da sentença mandamental.

Recentemente com a Lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001, houve alteração no art. 14 do CPC, onde a tutela mandamental foi expressamente prevista²¹.

Com a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002 houve a modificação do art. 461 do CPC. Em seu § 5.º, houve um acréscimo desnecessário, porém, no § 6.º, houve um avanço para a eficácia das medidas coercitivas. Todas essas modificações serão tratadas com maior profundidade no tópico 1.3.3, que trata as reformas ocorridas no CPC.

1.3.1. Efetividade do Processo Frente às Reformas do Código de Processo Civil

Rogério Aguiar Munhoz Soares expõe: "Processo efetivo é aquele apto a entregar, com o máximo de proveito e adequação, a tutela jurisdicional a quem, por meio do processo, resulte merecedor da resposta do Estado-Juiz, aproximando-se ao máximo da realização que o direito material atribui a quem o titularize. (...) E pode haver processo

¹⁷ Estes processualistas foram citados no texto de Luiz Orione Neto e Sérgio Michel Almeida Chaim: "*Sentenças Mandamentais e Determinativas*"; publicado na REPRO n. 45, ano 12 de jan/mar de 1987.

¹⁸ José Frederico Marques, vale a pena ressaltar que esta opinião dele foi retirada de um texto de Cleide P. Previtalli de 1980. Na época, ela aceitava apenas a triplice divisão das ações de conhecimento. Ele ensinou taxativamente que não há outras espécies de ações de conhecimento, "entendendo que as chamadas ações de mandamento não passam de figuras impróprias da ação, não merecendo, justamente por isso, aceitação na doutrina. Para ao citado autor, diante da propositura de uma ação de reparação de dano contra pessoa jurídica de Direito Público, a sentença proferida contra a ré será condenatória. Continuando, José Frederico Marques afirma que o mandado contra o órgão estatal que deva cumprir a sentença é efeito da condenação da decisão, não havendo motivo, portanto, de se qualificar tal ação, como de mandamento". Com estas opiniões de José Frederico Marques, temos a nítida noção da resistência que a ação mandamental sofreu no Brasil até bem pouco tempo antes de começar a ser prevista em nosso ordenamento. Encontramos, também, tal resistência em Arruda Alvim, autor igualmente citado por Cleide P. Previtalli. Entendia que a espécie da sentença mandamental poderia ser perfeitamente assimilada "as sentenças constitutivas: invocando o mandado de segurança, exemplo clássico da ação mandamental, entende não comportar tal medida, do ponto de vista técnico-jurídico, uma execução, assim como a sentença constitutiva que, sob esse mesmo prisma, também não comporta execução. Para o citado autor ano há vantagem prática, no estágio atual da doutrina, em se distinguirem as sentenças mandamentais das constitutivas". Apenas Ovídio A. Batista da Silva, lembrado também por Cleide P. Previtalli, foi quem teve posição contrária à da maioria dos processualistas da época. Ele acreditava que a sentença mandamental seria um "ângulo totalmente moderno e distinto, capaz de superar o 'o beco sem saída' da doutrina tradicional, sempre que necessitava, pelo menos explicar, a natureza da sentença de despejo" - PREVITALLI, Cleide Perero. *Ação Mandamental*. Revista de Processo n. 19, jul/set. São Paulo: RT, 1980, p. 48 e 49.

¹⁹ O art. 85 da Lei 8.078, vetado pelo presidente, empregava a expressão "ação mandamental", como foi lembrado pelo processualista Barbosa Moreira em seu artigo publicado na REPRO 97, Nele, lia-se: "Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança". O referido processualista explanou da seguinte forma sobre o veto: "O veto invocou o argumento de que: à luz da Constituição, o mandado de segurança só caberia contra atos de agentes do poder Público e não poderia ser estendido a outras situações ou relações jurídicas. A vista de semelhante entendimento, é compreensível que não se haja negado sanção, pouco antes, ao art. 212, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990), *verbis*: 'Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança'. Aí se encontra a primeira referência textual, na legislação brasileira - a categoria - haja ou não tido o legislador vontade e consciência de cancelar oficialmente uma proposta científica". - MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 257 e 258.

²⁰ Barbosa Moreira mostrou em que a reforma do art. 461 do CPC não foi vista por nenhum jurista que a comentou com a devida importância esta inovação. A classificação das ações e das sentenças não foram tratadas com maior profundidade.

²¹ No referido dispositivo lê-se: "São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, da natureza antecipatória ou final.

Parágrafo Único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato antecipatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz sem prejuízo das ações criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado".

inefetivo, que proporcione tutela jurisdicional insuficiente, hipótese em que há tutela prestada e insatisfação do seu postulante, desde que o ordenamento jurídico não confira resposta adequada à pretensão deduzida em Juízo. Tais situações estão na base da remodelação do processo de conhecimento, com a busca de tutelas diferenciadas²².

Atualmente, a preocupação do processo civil brasileiro é dar efetividade ao processo. Há uma "preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar efeitos que dela é normal esperar"²³.

A falta de efetividade do processo leva às reformas do Código de Processo Civil. O que se quer são efeitos práticos em tempo oportuno, não se quer mais uma tutela jurisdicionalmente formal. O que se busca são ações em que o sistema prevê e que possuam efeitos práticos em tempo oportuno no processo. Todas as inovações trazidas pelas reformas atestam um só e claro propósito legislativo: reforçar a eficiência do processo de execução.

Com o surgimento das novas relações jurídicas, fez-se necessária a busca por outros tipos de sentença para que o pedido feito pela parte fosse concebido de forma mais efetiva. Não foi à toa que as sentenças da classificação trinária se tornaram inefetivas frente a este surgimento.

E. D. Moniz de Aragão nos ensina: "Para reduzir as conseqüências negativas, o alvitre que se apresenta como mais indicado é prover meios para a rápida solução dos litígios, incluída a execução, tanto das sentenças como dos títulos originados extrajudicialmente". Porém, como foi lembrado pelo referido jurista, não apenas os processualistas e as alterações da lei processual são suficientes para resolver este problema, são também necessárias medidas ao funcionamento dos órgãos judiciais, "cuja lentidão, sobre ser notória, encoraja e facilita manobras procrastinatórias"²⁴.

Com as reformas que ocorreram em 1994, 2001

e 2002 no Código de Processo Civil, fez-se atuar o Princípio da Efetividade. As reformas do art. 461²⁵, e do art. 14 fizeram com que fossem eliminadas etapas, antes indispensáveis, proporcionando aquilo que é realmente pretendido.

O processo precisa se moldar de tal maneira que passe a proporcionar, da melhor forma, o resultado pretendido pela parte. Isso, como lembrado por Marcos B. Fowler, "somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta"²⁷.

As reformas do CPC trazem cada vez mais a função social no processo civil, assegurando, na medida necessária, "interesses da coletividade sobre os estritamente individuais"²⁸.

Para E. D. Moniz de Aragão, é importante a investigação sobre os fatores que determinam a insatisfação, "que não é apenas dos litigantes mas da sociedade, com o funcionamento do aparelho da distribuição da Justiça". Ele ainda afirma: "A efetividade da lei processual, portanto, depende fundamentalmente da inteligência dos que a interpretam e aplicam; dentre eles avultam naturalmente os juizes, por ser primordial o papel que desempenham (...) "²⁹.

É indispensável que a lei processual corresponda ao mínimo indispensável à sua atuação. Se dois fatores concorrerem – bons intérpretes e aplicadores de um lado, boa qualidade da lei do outro – a efetividade do processo resultará naturalmente, como acontece com o efeito em decorrência da causa"³⁰.

O Prof. Alfredo Buzaid, citado por E. D. Moniz de Aragão³¹, ensina que, entre as medidas que contribuiriam

²² SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68 e 69.

²³ ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/out de 1993. São Paulo: RT, 1993, p. 16.

²⁴ ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/out. São Paulo: RT, 1993, p. 20.

²⁵ 00177367 – JPCPC.461 MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA DE EFICÁCIA CONDICIONADA A REQUISITO LEGAL – NULIDADE – Nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor. Aplica-se subsidiariamente à ação mandamental o disposto no art. 461, do CPC, pelo que a sentença deve ser certa. Remessa oficial provida. (TRF 5ª R. – REO 44.823 – Rel. Juiz Hugo Machado – J. 27.09.1994)

²⁶ "O processo, hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo (...) é sobre tudo um instrumento de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça. (...) É com esse objetivo que o Código de Processo Civil brasileiro tem se submetido a sucessivas modificações nos últimos anos. É claro que está muito longe da meta optada, mesmo porque o resultado eficiente da prestação jurisdicional não depende apenas de leis. Não se pode, contudo, deixar de reconhecer o esforço legislativo e o acerto da orientação imprimeada à evolução do direito processual". In: THEODORO JR., Humberto. *Execução – Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. São Paulo: Revista Jurídica n.º 251, set/1998, p. 05.

²⁷ FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (Re) Reforma do Art. 461 do Código de Processo Civil: a Multa e seus Problemas*. IN: MARINONI, Luiz Guilherme, DIDIER Jr., Fredie. *A Segunda etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194 e 195.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*, "Temas do Direito Processual, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 43.

²⁹ ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/out. São Paulo: RT, 1993, p. 16.

³⁰ ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/out. São Paulo: RT, 1993, p. 17 e 18.

para a efetividade do processo de execução, é enfatizada a introdução de medidas destinadas a coibir abusos nas inovações do processo de conhecimento.

Ensina Rogério A. M. Soares: "Para eliminar a inefetividade do âmbito do processo tem-se buscado técnicas, algumas redescobertas nas origens do desenvolvimento da doutrina processual civil, tendentes à eliminação do (...) dano inevitavelmente causado pela lentidão do processo"³².

A busca pela efetividade do processo fez com que as **tutelas jurisdicionais diferenciadas**³³ fossem postas em evidência. Elas proporcionam formas de proteção diferenciadas em relação às previstas no ordenamento, proporcionam alternativas ao demandante em face do processo de cognição exauriente, ou inserem nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada.

Concluindo, as reformas no CPC ocorrem para que se encontrem alternativas que tornem desnecessária a execução forçada, que era "até então etapa obrigatória após a obtenção de tutela jurisdicional de natureza condenatória"³⁴.

1.3.2. Breve Comentário Sobre a Tutela Jurisdicional Diferenciada

A tutela jurisdicional, para Marinoni, é aquela que "tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material"³⁵. A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo, ela é o resultado útil do processo (decisões estas tomadas pelos juizes), e não do meio.

A tutela jurisdicional diferenciada se prende à questão da "adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela"³⁶.

"O desenvolvimento de tutelas jurisdicionais

diferenciadas tem como escopo buscar alternativas ao processo de cognição exauriente, que não contém, em seu modelo tradicional (processo de conhecimento), ordens ou atividades exaustivas, a menos que o demandante ajuíze outro processo para tais fins (processo cautelar ou processo de execução)"³⁷ ³⁸. Para o Marinoni, "a tutela jurisdicional diferenciada, deixa-se visível a necessidade do processualista raciocinar em termos de tutela jurisdicional adequada e capaz de atender às várias ações de direito material"³⁹.

Concluimos que a técnica de obter a tutela jurisdicional diferencia-se na medida em que o ordenamento proporciona formas de proteção diferenciadas em relação às previstas, proporcionando alternativas ao demandante, em face do processo de cognição exauriente, ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada.

1.3.3. Reformas do Código de Processo Civil

As reformas que ocorreram no CPC vieram, como dito no tópico anterior, para dar maior efetividade ao processo, pois nele devem existir meios para que se alcance um resultado que seria alcançado se o cumprimento voluntário da obrigação tivesse ocorrido.

A reforma ocorrida no CPC em 1994, através da **Lei 8.952** (de 13.12.94), teve como maior relevância a instituição de uma nova técnica para a execução referente às obrigações de fazer e de não fazer. Depois desta institucionalização, houve "necessidade de estender as novas técnicas às de entregar coisa, que também são obrigações específicas"⁴⁰.

O **art. 461 do CPC** teve sua redação inteiramente revogada pelo art. 1.º da Lei 8.952/94 (o conteúdo antigo deste artigo foi transformado em § único do art. 460). Com a nova redação, foi consagrada a tutela específica da obrigação e, como lembrado por Sérgio Bermudes⁴¹, "autorizando o juiz a ordenar-lhe o cumprimento, de modo que ele ocorra

³¹ ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/out. São Paulo: RT, 1993, p. 21.

³² Continuando o pensamento de Rogério A. M. Soares, ele destacou "as técnicas de sumarização do processo e do procedimento, ou seja, o desenvolvimento de técnicas de tutela jurisdicional diferenciada (adequação do instrumental processual ao direito material, mas também a adequação do resultado substancial ao pedido deduzido), como medidas dirigidas à satisfação do princípio da efetividade". - SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 69.

³³ Como explanou Donald Armelin, "presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à finalidade específica, espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potência o seu tônus de efetividade". IN: ARMELIN, Donald. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. REPRO n. 65. São Paulo: RT, 1992, p. 45.

³⁴ Marcos Bittencourt Fowler redigiu o artigo: *A (Re) Reforma do art. 461 do Código de Processo Civil: a Multa e seus Problemas*, publicado no livro *A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil*, que teve como seus coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (p.194).

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: RT, 1998, p. 400.

³⁶ ARMELIN, Donald. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. REPRO n. 65. São Paulo: RT, 1992, p. 405.

³⁷ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 103.

³⁸ Porém, nem toda situação carente de tutela jurisdicional pode ser solucionada com a tutela jurisdicional diferenciada. Rogério Soares cita que há situações que requerem relações processuais híbridas (que contêm conhecimento e execução simultaneamente). SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 104.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: RT, 1998, p. 406.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 222.

⁴¹ BERNUDES, Sérgio. *A reforma do processo civil*. 1.ª ed. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: 1995, p.52.

tal como aconteceria mediante o seu implemento voluntário e perfeito”.

A reforma deste artigo teve como inspiração o art. 84 do CDC (Código de Defesa do Consumidor), cujo conteúdo e a estrutura são correspondentes. Houve, na verdade, “uma expansão do seu conteúdo normativo, antes restrito caso conflitos decorrentes das relações de consumo, para abranger toda e qualquer demanda posta em juízo”⁴². Este dispositivo teve dimensão para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas (de origem contratual ou legal).

O **caput do art. 461 do CPC**, como explanado por Cândido R. Dinamarco⁴³, “foi redigido com vista ao processo de conhecimento, tanto que dita regras para o conteúdo da sentença que julgar o *procedente o pedido*”.

Os §§ 2.º e 4.º do referido artigo dispõem a respeito das **multas** a serem impostas como sanção ao inadimplemento. No § 2.º, dá possibilidade à cumulação da multa com possíveis perdas e danos; no § 4.º, autoriza o juiz a impô-la.

Já o § 5.º do art. 461 do CPC, permite ao juiz determinar medidas necessárias com ou sem pedido da parte. O parágrafo teve sua redação aperfeiçoada pela **Lei 10.444 de 07.05.02**, sendo complementado com a “imposição de multa por tempo de atraso”.

Este dispositivo deixa clara a possibilidade da multa pelo descumprimento da tentativa de obter o resultado prático equivalente. O que foi acrescentado também foi a expressão “se necessário”, no que diz respeito à requisição da força policial. Este parágrafo é denominado, segundo Willian Santos Ferreira⁴⁴, de “medidas de efetivação ou de alcance do resultado prático equivalente”. Ao juiz é permitido determinar as medidas necessárias, tais como: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

O § 6.º do art. 461 do CPC foi incluído ao artigo também através da Lei 10.444/02. Este parágrafo dispõe que o juiz, caso sinta necessidade em modificar o valor ou o período da multa, poderá fazer esta modificação caso acredite que o ela seja insuficiente para coagir ou excessiva. Ressalve-se que, para fixar a multa, o valor da obrigação não serve como parâmetro.

Através dos parágrafos 5.º e 6.º, o legislador deixou clara a sua intenção no sentido de dispor que o juiz pode (de ofício) pode impor pena pecuniária ou alterar o valor da multa quando esta é considerada excessiva ou insuficiente.

A possibilidade da fixação de multa já era prevista no § 4.º do art. 461 (ainda em vigor), e como foi lembrado pelos processualistas Luiz e Teresa Wambier⁴⁵ a respeito da fixação da multa “o que se fez no § 5.º foi acrescentá-la aos outros expedientes (métodos) de que o juiz pode se valer para tornar mais vantajoso, aos olhos do réu, cumprir a obrigação *in natura* do que se sujeitar à execução indireta (às conseqüências do não cumprimento das ordens judiciais). Esses outros expedientes são a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, atividades essas todas elas realizáveis, se necessário, com o auxílio de força policial”. Os mesmos processualistas ainda complementam dizendo que no âmbito da jurisprudência e da doutrina já se vinha entendendo que o juiz poderia, de ofício, alterar o valor da multa. Concluindo, Cândido Dinamarco afirmou que as “medidas autorizadas pelo art. 461 do Código de Processo Civil visam a produzir esses resultados independentemente da vontade do obrigado e não mediante colaboração deste, como se dá nas medidas de coerção consistentes nas multas”⁴⁶.

A Lei 10.444/2002 acresceu o **art. 461-A** no CPC. Este artigo transformou a ação de entrega de coisa em ação executiva *lato sensu*, como lembrado por Luiz e Teresa Wambier⁴⁷. Com isso, agora é permitido “que nos próprios autos, de forma bem mais simples e objetiva, venha alcançado o escopo que o credor, munido de título judicial, somente conseguia mediante processo de execução.

Assim, na demanda que visa à entrega de coisa, o juiz deverá fixar na sentença um prazo para o cumprimento espontâneo da respectiva obrigação”⁴⁸.

O juiz fixará prazo para o cumprimento da obrigação de entregar coisa, de acordo com as particularidades do caso concreto, ao conceder a tutela específica., como afirma Joel Dias Figuera Jr⁴⁹. O mesmo autor continua dizendo: “Para garantir a observância do prazo e cumprimento da ordem judicial, utilizar-se –ão as técnicas e medidas assinaladas no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC, segundo se infere no disposto no § 3º do art. 461-A.”⁵⁰.

⁴² FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (Re) Reforma do Art. 461 do Código de Processo Civil: a Multa e seus Problemas*. IN: MARINONI, Luiz Guilherme, DIDIER Jr., Fredie. *A Segunda etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.193.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 152.

⁴⁴ FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual/Civil* (comentários e quadros dos novos dispositivos com resumo das principais questões, artigo por artigo). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 238.

⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Segunda Fase do Código de Processo Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 112.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 244.

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Segunda Fase do Código de Processo Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 116.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

⁴⁹ FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 204.

A Lei 10.358/2001, que alterou o art. 14, fez com que a tutela mandamental passasse a ser expressamente prevista. A alteração deste artigo se deu para reforçar as medidas coercitivas indiretas, com o objetivo de “convencer o litigante a cumprir espontaneamente a ordem determinada na decisão interlocutória ou na sentença, ou ainda, a não oferecer obstáculo à efetivação dos provimentos judiciais que imponham uma obrigação específica”⁵¹. Este artigo criou “hipótese de incidência específica para os casos de obstaculização de decisões mandamentais”⁵²;

O *caput* do referido artigo abrangeu, como destinatários dos deveres éticos regidos no capítulo, como lembrado por Cândido R. Dinamarco⁵³, “não só todas as partes, inclusive assistentes e intervenientes em geral, como também seus advogados, o próprio juiz, o Ministério Público, a Fazenda Pública, os auxiliares da Justiça e as testemunhas(...)”.

O *inc. V do art. 14* expressa como sendo dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo o cumprimento exato dos provimentos mandamentais e não criar prejudicar a efetivação de provimentos judiciais, seja de natureza antecipatória ou final.

No art. 14, parágrafo único foi considerado o desrespeito ao mandamento judicial como sendo ato atentatório ao exercício da jurisdição. Lembram a obra *A Nova Reforma Processual*⁵⁴:

“Deverá o magistrado, (...) ao expedir a ordem o mandado para o cumprimento da diligência, providenciar advertir esses terceiros de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, pensamos que a multa porventura aplicada é nula, por desrespeito ao princípio do contraditório. O terceiro precisa saber das possíveis conseqüências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento”.

1.3.4. A atividade do juiz à luz da atual configuração do CPC

A possibilidade de juiz ter uma atuação diretiva mais elástica no processo é uma tendência moderna, que se ajusta “à mutável realidade das situações a serem tuteladas”, não deixando “espaço para a concepção apolítica e de neutralidade do órgão judicante”⁵⁵.

O que ocorre hoje não é apenas um aumento do poder do juiz, “mas de uma nova concepção de como se deva ser a atuação do juiz frente à avalanche de normas abertas repletas de conceitos indeterminados, elaboradas para atender às novas demandas de uma sociedade em acelerada transformação”⁵⁶.

Devido à indeterminação “das relações sociais sujeita o legislador à elaboração de normas abertas, repletas de conceitos indeterminados, que são elementos carecedores de constante valoração, a notavelmente privilegiar e estimular a criação jurisprudencial. (...) A valorização do poder judicial, o repotenciamento de suas funções e, conseqüentemente, a alteração das estruturas em que atua, ou seja, o processo e o procedimento, para não falar da mentalidade mesma dos operadores do direito, implicam alterar o quadro em que se insere a atuação do magistrado”⁵⁷.

Ultimamente, a participação do juiz na elaboração da solução jurídica dos litígios vem sendo mais intensa, como afirma José M. G. Medina⁵⁸. Também diz que “a atividade jurisdicional deve proporcionar aos demandantes, respostas capazes de propiciar uma tutela mais aproximada possível da pretensão violada”. E segue: “as medidas executivas que podem ser postas em prática podem não ser aquelas requeridas pelas partes, necessariamente, porque o juiz pode constatar a viabilidade de um meio executivo mais adequado à satisfação da pretensão do exequente”.

O § 5.º do art. 461 do CPC, após a reforma de 1994, teve a seguinte expressão: *de ofício ou a requerimento*, independentemente, assim, da inclusão da ordem no pedido do autor. “O autor de modo nenhum precisa pleiteá-la para que o juiz a emita”⁵⁹.

⁵⁰ FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 205.

⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 16.

⁵² JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A reforma Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.145.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.59.

⁵⁴ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A reforma Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12 e 13.

⁵⁵ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59.

⁵⁶ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

⁵⁷ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 297.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 264.

Com isso, temos que o juiz, de ofício, pode emitir uma ordem na sentença. Ele independe do pedido do autor para ter esta posição, sendo que há a “possibilidade de figurar o elemento mandamental (e até como preponderante) em sentença que acolha pedido de natureza diversa – condenatório, por exemplo”⁶⁰.

Contudo, essa não necessidade do pedido do autor pela ordem ao juiz foi “uma exceção à regra clássica da identidade entre a natureza da ação e da sentença de procedência”⁶¹.

A Lei 10.444 de 2002 deu ao § 5.º uma nova redação, permitindo ao juiz “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Wambier nos ensina: “Essas providências poderão ser tomadas para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente. A norma do § 5.º, portanto, autoriza não só o emprego de mecanismos que substituam a conduta do demandado. Confere ao juiz, igualmente, poderes para a imposição de outros meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no § 4.º), destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o fazer ou não fazer.

A enumeração de medidas constantes do § 5.º não é exaustiva – o que se depreende da locução conjuntiva ‘tais como’, que a antecede. Contudo não se trata de poder ilimitado que o juiz recebe”⁶².

2. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

A classificação tradicional das ações assim as distribui: as de **conhecimento** (onde o “órgão jurisdicional irá conhecer o mérito para dizer com quem se encontra o direito”⁶³, este tipo de ação tem por objetivo “o exame da lide em juízo para fim de formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”⁶⁴); as de **execução** (são utilizadas para executar, efetivar e satisfazer na prática um direito, não satisfeito, garantido por um título executivo judicial ou extra judicial, sendo que aqui o importante é o cumprimento do direito pois já se sabe qual é ele); as **cautelares** (“resultam da necessidade de se proteger o jurisdicionado contra a

demora da entrega da tutela definitiva, servindo de antídoto contra prováveis danos marginais que seriam causados pelo retardamento da entrega da tutela jurisdicional definitiva”⁶⁵). Esta divisão está baseada “no tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor, quando do exercício do direito de ação”⁶⁶.

No entanto, o presente trabalho tem por finalidade mostrar a inutilidade da classificação adotada pela doutrina, principalmente no que diz respeito à sentença mandamental. Ver-se á, no decorrer do presente trabalho, que esta não se encaixa em nenhuma classificação, por possuir características de vários tipos de sentença, não podendo por isso ser classificada como sendo uma das já existentes. Isso ocorre porque em uma classificação ou se é “A” ou se é “B”, não dá para ser “A e B” ao mesmo tempo. Como a sentença mandamental possui características que as considera tanto “A” como “B”, logo, em qual a classificaríamos? “A” ou “B”? E por que ela não pode pertencer (já que “temos” que classificá-la!) a uma nova classificação?!

2.1. PROCESSO DE CONHECIMENTO

Na Itália e também no Brasil, o processo civil possui um defeito metodológico difícil de ser contornável, que “é o de se estudar o processo sempre a partir do processo de conhecimento, tido como ordinário, que obedece ao modelo ‘postulação-instrução-decisão’, invariavelmente”⁶⁷. A tipicidade dessa concepção favorece o preestabelecimento de modelos processuais não diferenciados diante do direito material.

O processo de conhecimento se destaca mais no direito processual civil brasileiro, talvez porque seja o mais completo. Ele abarca uma grande variedade de soluções, porém isso ocorre com um certo prejuízo, pois o processo de conhecimento não é apto a conter em si todas as espécies de lides.

O Código de Processo Civil de 1973 teve o processo de conhecimento como sendo instrumento construído para ser aplicado a todas espécies de causas, “mediante o exercício do direito abstrato de ‘ação’, que pode conter qualquer lide, amparado pelo pressuposto de conter em si todo o instrumental técnico apto à condução e à satisfação de qualquer relação processual”⁶⁸.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 264.

⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 264.

⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. 5. Ed. Re., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002.

⁶³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 203.

⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 31.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 211.

⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2002, p. 153.

⁶⁷ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 200, p. 104.

⁶⁸ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 105.

O processo de conhecimento foi concebido para que não houvesse qualquer resquício de execução. A execução só ocorreria após a constituição do título executivo.

Essa limitação nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos como foi esclarecido por Ovídio Baptista (lembrado por Cândido R. Dinamarco), "é inteiramente coerente como conceito romano de jurisdição, concebida como simples *jurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*, com exclusão, precisamente, das duas funções mais nobres desenvolvidas pelo *praetor* romano, através dos interditos, quais sejam, a tutela preventiva e a mandamental"⁶⁹. No direito romano, "a idéia de jurisdição não ia além dos poderes que tem o juiz no processo de conhecimento, não sendo jurisdicional a atividade executiva"⁷⁰.

Hoje, é quase pacífica a afirmação do caráter jurisdicional da execução.

No processo de conhecimento clássico, não há espaço para a realização de atividades executivas e também para a emissão de ordens do juiz. Nele há uma preponderância da função declaratória.

Como expôs Rogério Soares, "a jurisdição não é mera atividade declaratória de direitos"⁷¹. A atividade jurisdicional não está limitada a certificar a existência ou não de um direito. A "tradição do direito romano-canônico permaneceu fiel à idéia restrita da jurisdição como declaração. O direito anglo-americano sempre privilegiou as tutelas executiva e mandamental, vale dizer, a realização efetiva do direito (*imperium*), e não seu mero *ascertamento*"⁷².

Devido a isso, no Brasil esta óptica mudou profundamente com a Reforma de 1994 do Código de Processo Civil, que deu nova redação aos artigos 273 e 461. Fez-se atuar o princípio da efetividade "eliminando etapas antes indispensáveis e proporcionando à parte aquilo que é realmente pretendido"⁷³.

"Hoje o processo deve ser pensado não em função apenas do provimento final, mas a partir da necessidade da tutela deduzida em juízo. Não adianta manter-se a concepção tradicional no processo de conhecimento se a própria realidade forense e a reforma do processo civil revigoram o processo"⁷⁴.

"O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado

pretendido pelo que deles necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta."⁷⁵

O assunto referente à efetividade do processo será discutido mais adiante.

2.1.1. Classificação Trinária das Sentenças

Primeiramente é necessário esclarecer que o critério utilizado para a classificação das sentenças é referente ao tipo de tutela jurisdicional veiculada pelo pedido. Então, o pedido existente na ação é quem determina tipo da ação e, conseqüentemente que tipo de sentença se tratará.

Na maior parte dos países da Europa Continental as sentenças são classificadas de acordo com o seu conteúdo típico e no efeito que elas produzem. Estes países ainda consagram a classificação tríptica das sentenças do processo de conhecimento, assim como afirma J. C. Barbosa Moreira, "a doutrina contenta-se ainda hoje com essa tripartição, vista como abrangente da totalidade das sentenças suscetíveis de ser proferidas pelo juiz civil"⁷⁶.

Esta posição também é dominante no Brasil, porém, nos últimos anos, muitos doutrinadores vieram sustentando a necessidade de ampliação dessa classificação. Ela se completou com as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*, formando, assim, a então chamada *classificação quinária*.

A classificação trinária é composta pela: **Ação Meramente Declaratória**, que visa pura e simplesmente, à declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica na sentença, esgotando, assim, a função jurisdicional.

Esta ação pode conter uma declaração positiva ou negativa, desde que tenha por objetivo a declaração de existência ou de inexistência de uma relação jurídica. Ela só produz efeitos se movida uma ação executiva.

A **Ação Constitutiva** é sentença que possui uma carga de declaratividade, porém o que a distingue da declaratória é que ela cria, extingue, ou modifica uma

⁶⁹ Este esclarecimento de Ovídio Baptista foi retirado de seu livro: *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: RT, 1996, p. 9.

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35.

⁷¹ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

⁷² SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107.

⁷³ FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (Re)Reforma do Artigo 461 do Código de Processo Civil: a Multa e seus Problemas*. In: MARINONI, Luiz Guilherme, DIDIER JR., Fredie. *A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 194.

⁷⁴ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 121.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar. São Paulo: RT, 2000, p. 251.

relação jurídica preexistente. Ela produz efeitos, sem precisar de uma ação executiva, ao contrário do que ocorre com a ação condenatória (por exemplo: ação de divórcio).

A **Ação Condenatória** também possui declaratividade, porém ela gera uma sentença que se constitui verdadeiro título executivo judicial, e isto a diferencia da ação declaratória, sendo que este título pode ser utilizado em processo de execução que possa ser movido posteriormente.

A ampliação da classificação das sentenças se fez necessária devido à inefetividade das sentenças da classificação trinária frente ao surgimento de novas relações jurídicas. Esta necessidade de ampliação dos tipos de sentenças será discutida mais adiante, no tópico que trata da efetividade do processo.

2.1.2. Classificação Quinária

O processualista Ovídio A. Baptista da Silva⁷⁷ lembra que os processualistas em geral não dão muita atenção ao problema referente às classificações das ações e sentenças, e quando dão, tentam incluir as mandamentais entre as declaratórias, as constitutivas, ou as condenatórias pois não atentam à particularidade conceitual que as distingue das demais. Ele também nos lembra a respeito do *mandado de segurança*⁷⁸: “Os juristas que se recusam a admitir a classe das ações mandamentais procuram incluir o mandado de segurança ou dentre as condenatórias, ou declaratórias, ou constitutivas, segundo as respectivas eficácias *que se sigam à eficácia mandamental*”⁷⁹. Porém o referido autor esclarece que se “adotarmos o pressuposto de que somente poderão existir sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas – deverão desaparecer todas as ações executivas e mandamentais”⁸⁰.

Devido à classificação trinária das sentenças serem incapazes de garantir uma tutela preventiva ou uma tutela adequada dos direitos não patrimoniais, pois em nenhuma delas pode o juiz ordenar, fez-se necessário uma ampliação na classificação das ações em mais duas: as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

Ovídio acredita que as sentenças de procedência

“serão conforme a espécie de pretensão posta em causa pelo autor, *declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas ou mandamentais*”⁸¹. Essa concepção foi defendida anteriormente por Pontes de Miranda.

Segundo Marinoni, “se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea”⁸².

A **sentença mandamental**, para os que aceitam a *classificação trinária*, ora está entre as constitutivas, ora entre as condenatórias. A mesma é acrescida, juntamente com a **sentença executiva lato sensu**⁸³, às condenatórias, às constitutivas e às declaratórias, formando a classificação quinária (classificação exposta por Pontes de Miranda).

A *classificação quinária* determina que o art. 461 trata de sentença mandamental, porém as atividades jurisdicionais que podem ser realizadas com base neste dispositivo seriam limitadas, caso essa classificação fosse a mais adequada.

As tutelas mandamentais são adequadas às providências que podem ser realizadas pelo juiz com base no art. 461 do CPC, assim como as tutelas executivas *lato sensu*, pois pode o juiz realizar no mesmo processo tanto providências mandamentais como executivas.

Como afirma José Miguel Garcia Medina, é melhor admitir “que o juiz possa conceder providências mandamentais no curso do processo de execução”⁸⁴. Também pode ocorrer que a sentença mandamental seja proferida em uma ação condenatória (o art. 461, § 5º, do CPC admite que uma ordem pode ser expedida pelo juiz na sentença de uma ação originariamente condenatória⁸⁵).

Podem ser realizados no mesmo processo atos executivos coercitivos e de sub-rogação. Com isso, temos que a classificação das ações não se faz necessária, pois não é preciso especificar em a qual classificação a ação mandamental se encaixa.

⁷⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. Vol. 2, p. 356.

⁷⁸ A ordem emitida pelo juiz no mandado de segurança é feita contra autoridade do Estado. Essa, no entanto, foi a primeira visão de tutela mandamental vista pela doutrina em nosso ordenamento. Hoje, com a nova redação dada art. 461 do CPC pelas recentes reformas, o campo de atuação da tutela mandamental aumentou, a ordem emitida pelo juiz não é emitida apenas contra autoridades estatais, mas a todos que dela se ver necessária. O acesso à justiça foi alargado com a extensão do mandado de segurança aos direitos coletivos

⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. Vol. 2, p. 356.

⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. Vol. 2, p. 361.

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 407.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 433.

⁸³ Nas ações executivas *lato sensu* há uma autorização para executar, nelas não há a necessidade do de um posterior processo de execução, pois elas possuem uma “sentença apta a produzir diretamente os efeitos de transformação no mundo empírico”, segundo: WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. Vol. 1, p. 156.

⁸⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 348.

⁸⁵ É o que J. M. G. Medina também defende. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 348.

3. SENTENÇA MANDAMENTAL

Como já explanado anteriormente, Pontes de Miranda⁸⁶ foi o primeiro jurista brasileiro a tratar das sentenças mandamentais. Foi ele quem criou o termo mandamental (fez uma tradução do termo *Anordnungsurteil*, utilizado por Kuttner).

O processualista gaúcho Ovídio Baptista da Silva, foi quem fez com que o assunto, ação mandamental, viesse ressurgir na doutrina brasileira; ele a conceituou com o mesmo conteúdo de Pontes de Miranda.

Para Ovídio⁸⁷, a sentença mandamental possui um ponto que a difere das outras: a ordem para que se expeça um mandado. Ele aponta que a ordem para que se expeça um mandado e a existência de atividade jurisdicional após o trânsito em julgado da sentença, são elementos necessários para a caracterização da ação mandamental. Ele ainda lembra que o elemento em comum entre a mandamental e a executiva *lato sensu* é que nas duas há atividade jurisdicional.

Para o mesmo processualista, “a tutela mandamental seria aplicável apenas aos deveres legais distintos daqueles oriundos do direito das obrigações”.

José Frederico Marques (vale a pena ressaltar que a opinião dele foi retirada de um texto de Cleide P. Previtalli de 1980, sendo que nesta época ela aceitava apenas a tríplice divisão das ações de conhecimento) mencionou taxativamente que não há outras espécies de ações de conhecimento: “entendendo que as chamadas ações de mandamento não passam de figuras impróprias da ação, não merecendo, justamente por isso, aceitação na doutrina. Para ao citado autor, diante da propositura de uma ação de reparação de dano contra pessoa jurídica de Direito Público, a sentença proferida contra a ré será condenatória”. Continuando, José Frederico Marques afirma que o mandado contra o órgão estatal que deva cumprir a sentença é efeito da condenação da decisão, não havendo motivo, portanto, de se qualificar tal ação, como de mandamento. Com esta opinião de José Frederico Marques temos a nítida noção da resistência que a ação mandamental sofreu no Brasil até bem pouco tempo antes de começar a ser prevista em nosso ordenamento”.

Segundo Marinoni, a sentença condenatória é

relacionada exclusivamente à execução por sub-rogação, porém essa opinião, não é aceita pelo processualista José Miguel Garcia Medina⁸⁸: “o primeiro motivo de nossa discordância está em que no direito brasileiro, a desobediência à ordem já tem uma consequência particular prevista em lei, portanto tal conduta é considerada um ilícito penal (Código Penal, art. 330) (...) sendo desnecessária a cominação de multa para que se esteja diante de uma decisão mandamental. A multa, assim, tem caráter acessório e eventual. Não se afasta a possibilidade de se estabelecer também multa para o caso de descumprimento da ordem, mas o conteúdo da decisão que fixa tal multa, segundo pensamos, não é mandamental”. Medina discorda da orientação de Marinoni, por acreditar que a posição deste trata de condenação para o futuro.

Nos provimentos mandamentais, o juiz não a penas condena como também ordena, sob pena de multa ou desobediência (a essência da mandamentalidade está na ordem imposta sob pena de multa). Esses provimentos aparecem no mandado de segurança, na tutela inibitória, como também no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seu art. 212, § 2.º.

3.1. Diferença da Tutela Mandamental com a Condenatória

Muitos doutrinadores negavam a existência da tutela mandamental e acreditavam que ela poderia ser ação condenatória ou constitutiva.

Porém a **ação mandamental não é condenatória**, pois nela há uma declaração à *ordem*, elemento este que não existe na condenatória. Na mandamental o juiz não apenas declara (o direito violado é verificado, a sanção aplicável é fixada), mas também *ordena* que o demandado cumpra a sanção declarada. A ordem expedida pelo juiz faz com que a condenatoriedade existente na ação seja desconsiderada⁸⁹.

A sanção aplicada através da sentença mandamental, “não conduz, por si só, a realização do direito; por isso, a execução é dita indireta. Já a sanção aplicada através da condenação, levando à execução forçada (direta), viabiliza a realização do direito, independente da vontade do réu”⁹⁰.

⁸⁶ Pontes de Miranda explicou que a “ação mandamental é aquela que tem por fito preponderantemente que alguma pessoa atenta, imediatamente, ao que o juiz **manda**”, IN: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações. Ações Mandamentais*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1976, p.3. O doutrinador diz que a sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, “as palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. Não é mediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva.

(...) Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’”. IN: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações. Classificação e Eficácia*. Tomo I. São Paulo: RT, 1970, p.211.

⁸⁷ O conceito de ação mandamental para Ovídio: “A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa”. IN: SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998. Vol. 2, p. 200.

⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 352.

⁸⁹ Este é o mesmo entendimento do doutrinador J. M. G. Medina. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 252.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84 CDC)*. São Paulo, RT, 2000, p. 42.

As ações condenatórias são consideradas incapazes de garantir uma tutela preventiva ou adequada aos direitos não patrimoniais frente às mandamentais e as executivas *lato sensu*, pois sua função é meramente declaratória (declaração da violação da ordem jurídica e da sanção); as mandamentais e as executivas *lato sensu* possuem algo a mais que as condenatórias. Nas mandamentais, existe uma *ordem* que funciona como meio coercitivo, enquanto que nas condenatórias esta ordem não existe.

A ação mandamental não produz, em sua sentença, título executivo. Ela não necessita de execução posterior pois a mandamentalidade se realiza com a expedição da ordem. Caso a ordem seja desobedecida, ficará caracterizado como uma conduta criminal (art. 330 do Código Penal).

Um provimento mandamental pode ser empregado como uma medida executiva coercitiva⁹¹. Na tutela mandamental, quem não cumpre a ordem padece das conseqüências negativas de sua infração.

3.2. Prisão

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5.º, inc. LIV, que a prisão civil é admitida apenas em relação ao devedor de pensão alimentícia. O art. 461, § 5.º do CPC, autoriza a utilização da prisão como medida coercitiva, mas o Art. 5.º, inc. LXVII impede a prisão civil por dívidas e também a utilização da prisão como medida coercitiva.

Porém o Código Penal dispõe em seu art. 330 que sucederá em prisão, se houver desobediência à ordem judicial, sendo assim caracterizado ilícito penal.

Logo, concluímos que a prisão civil é impedida pela CF (permitida apenas no caso de devedor de pensão alimentícia), mas a desobediência a uma ordem judicial é caracterizada como ilícito penal pelo art. 330 CP.

3.3. Ordem sob Pena de Multa

A multa não tem a finalidade de substituir a obrigação, seu valor deve pressionar a satisfação dela pelo executado. Por isso, faz com que o executado cumpra a obrigação.

As multas⁹² visam à produção de resultados, através da pressão psicológica, que independe da vontade do obrigado e também de sua colaboração. Elas são aplicadas para a efetivação da decisão judicial.

Como medidas de coerção, são utilizadas as multas. Elas são associadas ao instituto *contempt of court*, considerado, como lembrado por Cândido Dinamarco⁹³, “que o descumprimento de ordens judiciais importa insubordinação à autoridade e não só lesão ao credor”.

É comum a multa e a obrigação principal serem cumuladas pelo legislador. As multas servem para pressionar o cumprimento da obrigação e não a substituí. Caso se paguem multas periódicas, não dispensa o obrigado a cumprir a obrigação descumprida. A natureza da multa, no entanto, é puramente coercitiva.

O art. 461 § 4.º do CPC⁹⁴ dá ao juiz a possibilidade de impor multa *ex officio*. O juiz poderá fixar um prazo razoável para cumprir a obrigação da sentença, sendo que as multas só passam a incidir depois de terminado o prazo para o cumprimento da obrigação. Caso seja desobedecida a ordem judicial, não sendo cumprida a referida ordem no prazo determinado para o seu cumprimento, as penalidades passam a ser aplicadas, já que antes era inexistente a desobediência ou a resistência ao preceito mandamental.

No que diz respeito às multas periódicas, essas passam a ser exigíveis a partir do descumprimento da ordem. Caso multas sejam fixadas em sentença ou acórdão portador de julgamento do mérito, como ensina Cândido R. Dinamarco⁹⁵, “o valor das multas periódicas acumuladas

⁹¹ In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 253.

⁹² De acordo com a jurisprudência: 27157848 JCF.40 JCF.40.7 JCF.37 JCF.37.XI – PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO – ART. 40, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – VALOR – TOTALIDADE DOS PROVENTOS E VENCIMENTOS – EXEGESE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – HONORÁRIOS – FIXAÇÃO SOBRE PRESTAÇÕES VENCIDAS – FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – 1. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal assegurou aos beneficiários de pensão por morte de servidor público pensão igual a remuneração percebida pelo servidor falecido, observado o limite inscrito no artigo 37, XI, da CF, não podendo a Lei ordinária fixá-la em limite inferior. 2. As parcelas relativas às vantagens pessoais e as gratificações propter laborem devem ser incluídas no valor da pensão. 3. A correção monetária das prestações previdenciárias vencidas têm como termo inicial a data em que se tornaram devidas. Precedente do STJ. 4. Os honorários advocatícios devem ser fixados sobre as prestações vencidas, conforme estabelece a Súmula 111 do STJ. 5. Tratando-se de sentença mandamental dirigida contra servidor público, eventual desobediência sujeita-o às penalidades previstas na legislação. Impossibilidade de fixação de multa diária pelo descumprimento da decisão judicial. 6. Em caso de descumprimento pela autarquia previdenciária de decisão judicial transitada em julgado em ação de revisão do valor da pensão, a fixação de astreintes, a par de não assegurar a pensionista o bem da vida reconhecido judicialmente, apenas vem a onerar a situação financeira da entidade pública. Recurso provido em parte. Sentença modificada, em parte, em reexame. (TJRS – Proc. 70002763704 – 2ª C.Civ. – Relª Desª Maria Isabel de Azevedo Souza – J. 12.09.2001)

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235.

⁹⁴ 80039642 JCPC.461 JCPC.461.4 JCPC.461.5 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATILÍCIDO – INTENÇÃO POR PARTE DA EMPRESA AGRAVADA DE FRAUDAR O PROCESSO – APLICAÇÃO DO ART. 461, PARÁGRAFOS 4º E 5º DO CPC – RECURSO IMPROVIDO – 1) Tendo sido constatada a intenção da empresa agravante de fraudar o cumprimento da ordem judicial, está o juiz autorizado pelo art. 461, parágrafos 4º e 5º do CPC a utilizar as medidas que possibilitem o devido cumprimento de sua decisão. 2) Recurso improvido. (TJES – AI 24019004829 – 4ª C.Civ. – Rel. Des. Frederico Guilherme Pimentel – J. 01.03.2002)

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 239.

ao longo do tempo só é exigível a partir do trânsito em julgado do preceito mandamental, porque, antes o próprio preceito pode ser reformado. E, eliminada a condenação a fazer ou a entregar, cessa também a cominação”.

O § 6.º do art. 461 do CPC permite ao juiz, como já foi explanado em tópico anterior, que altere a periodicidade das multas, ou eleve seu valor, ou até mesmo o reduza para que as amolde às situações supervenientes, se assim for necessário.

Conclusão

O presente trabalho mostrou que a ação mandamental teve seu surgimento na Alemanha, sendo que no Brasil ela tem um sentido diferente do alemão. Foi apresentada a influência da *common law* no processo civil brasileiro, como explicitado no art. 14 do CPC, no que diz respeito à multa nos casos em que ordens judiciais são descumpridas.

Foi demonstrado que o processo é um instrumento de realização do direito material e dos mais importantes valores sociais. Contudo ele deve proporcionar esse resultado com maior efetividade possível, sob pena de se tornar inútil, pois o processo só se torna efetivo se os mecanismos destinados à solução de controvérsias forem adequadas. Devido a isso, ocorreram as recentes reformas no CPC que propuseram alternativas que tornam desnecessária a execução forçada.

Também foi discutido a respeito da atividade do juiz frente à nova configuração do CPC. Viu-se que ele, hoje, possui maior participação na elaboração da solução jurídica dos litígios, podendo, conforme o § 5.º do art. 461 do CPC, de ofício, emitir uma ordem na sentença, independentemente do pedido do autor.

A sentença mandamental possui uma ordem para que se expeça um mandado, sendo uma característica que difere esta sentença das demais. Ela se difere da condenatória, pois esta não possui declaração à ordem, sendo que sua função é meramente declaratória.

No que diz respeito à multa, foi esclarecido que esta não possui o fim de substituir a obrigação, mas sim de pressionar a satisfação desta (obrigação) pelo executado.

A sentença mandamental foi caracterizada como sendo um novo tipo de sentença, pois não existe espaço para a mesma na classificação trinária e ou na quinária. Ela possui uma ordem judicial e também características condenatórias e executivas.

Bibliografia

ARAGÃO, E. D. Muniz de. *Efetividade do Processo de Execução*. IN: REPRO n. 72, de dez/1993. São

Paulo: RT, 1993.

ARMELIN, Donald. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. REPRO n. 65. São Paulo: RT, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do processo civil*. 1.ª ed. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil (comentários e quadros dos novos dispositivos com resumo das principais questões, artigo por artigo)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FOWLER, Marcos Bittencourt. *A (Re)Reforma do Artigo 461 do Código de Processo Civil: a Multa e seus Problemas*. In: MARINONI, Luiz Guilherme, DIDIER JR., Fredie. *A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001.

JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR., Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Reforma Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: RT, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. REPRO n. 97, ano 25, jan/mar 2000. São Paulo: RT, 2000.

ORIONE NETO, Luiz, CHAIM, Sérgio Michel Almeida. *Sentenças Mandamentais e Determinativas*. REPRO n. 45, ano 12. São Paulo: RT, jan/mar de 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações. Classificação e Eficácia*. Tomo I. São Paulo: RT, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações. Ações Mandamentais*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1976.

PREVITALLI, Cleide Perero. *Ação Mandamental*. Revista de

- Processo n. 19, jul/set de 1980. São Paulo: RT, 1980.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. Vol. 1.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998. Vol. 2.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000. Vol. 1.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Relativas aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: RT. 2201.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 1. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. Vol 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Segunda Fase do Código de Processo Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.