

MARIA ANDRÉA DE MACHADO E BUSTAMANTE VIEIRA

SINCRETISMO PROCESSUAL:

Análise das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* como técnicas potencializadoras da efetividade das decisões judiciais.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CURITIBA

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA ANDRÉA DE MACHADO E BUSTAMANTE VIEIRA

SINCRETISMO PROCESSUAL:

Análise das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* como técnicas potencializadoras da efetividade das decisões judiciais

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa Interinstitucional com a Faculdade de Direito do Sul de Minas pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Edson Ribas Malachini

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba, ____ de _____ de 2006.

MARIA ANDRÉA DE MACHADO E BUSTAMANTE VIEIRA

SINCRETISMO PROCESSUAL:

Análise das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, como técnicas potencializadoras da efetividade das decisões judiciais.

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa Interinstitucional de Mestrado com a Faculdade de Direito do Sul de Minas, sob a orientação do Professor Doutor Edson Ribas Malachini.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURITIBA
2006

Ao Valdomiro;

Por ter acreditado e visto, o que nem eu mesmo via ou acreditava. E me fazer ver. E me fazer acreditar.

Por ter me ensinado, por sua conduta, que é possível vencer, sem renunciar aos valores.

Por, mais que marido, ser meu companheiro nessa viagem.

Por estar a meu lado (e só Deus sabe com que paciência) todos os dias, em todas as situações.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Doutores Abili Lázaro Castro de Lima, Eroulths Cortiano Júnior, Celso Luiz Ludwig, Juarez Cirino dos Santos, Luiz Edson Fachin, César Serbena, Ivan Guérius Curi, Ricardo Marcelo Fonseca, Clémerson Mérlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aldacy Rachid Coutinho, pela generosidade e abnegação com que, enveredando pelos rincões das Minas Gerais, ofereceram-nos a possibilidade de sonhar outros sonhos.

Ao Professor Doutor Edson Ribas Malachini que, com toda a paciência e dedicação, a par das limitações apresentadas por essa sua humilde discípula, tornou, com suas orientações, possível esse trabalho.

Ao Professor Dr. Carlos Abel Guersoni Rezende, diretor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pela oportunidade conferida e por acreditar sempre na possibilidade de evolução.

À minha mãe e irmãos, Tia Leda e Tia Sônia, por me propiciarem viver todos os dias a plena extensão do significado família, dando o suporte necessário para resistir às intempéries do caminho. À meu pai, Mãe Lourdes e Tia Mariinha, saudades!

À Ana e Shirlei, meus dois braços direitos (apesar da Shirlei insistir em usar o esquerdo), sem as quais, cuidando da realidade, não seria possível se buscar os sonhos.

Aos meus Bá e Dudu, razão e força dessa caminhada.

À Deus. À Ele sempre, toda honra e toda glória.

“Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

“ A titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.”

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.”

Mauro Cappelletti

Acesso à Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	
1. Breves linhas sobre a formação histórica dos processos civis modernos.....	12
1.1. O processo civil brasileiro	33
1.2. Raízes históricas das técnicas de prestação jurisdicionais análogas às tutelas mandamentais e executivas <i>lato sensu</i>	40
CAPÍTULO II – ESTADO E JURISDIÇÃO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
2. Noção de Estado e prestação jurisdicional sob a ideologia liberal-burguesa.....	47
2.1. A prestação jurisdicional - direito material e direito processual	55
2.2. Transição do Estado Liberal para o Estado Democrático	61
2.3. Novo Papel do Estado: Estado Democrático de Direito	65
CAPÍTULO III – DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
3. Direitos fundamentais	68
3.1. A ordem jurídica instituída como fator de pacificação social – o processo e sua dimensão	74
3.2. A função jurisdicional do Estado sob a baliza constitucional	84
3.2.1. A tutela jurisdicional	89
3.2.1.1. Direito à tutela jurisdicional eficaz e efetiva	92
3.2.1.2. Direito à razoável duração do processo	95
3.2.1.3. Direito à efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental	101
CAPÍTULO IV - CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E SENTENÇAS	
4. Da classificação trínaria à classificação quinária	102
4.1. Ação e sentença declaratória	108
4.2. Ação e sentença constitutiva	111
4.3. Ação e sentença condenatória	112
4.4. Classificação quinária	124
4.4.1. Ação e sentença Mandamental e executiva <i>lato sensu</i>	128
4.4.1.1. Ação e sentença mandamental	130
4.4.1.1.1. Situações jurídico-materiais que reclamam tutela mandamental	153
4.4.1.1.2. Funções técnico-processuais habilitadas pela tutela mandamental - Medidas de coerção indireta, <i>v.g.</i> multa e pena de prisão	158
4.4.1.2. Ação e sentença executiva <i>lato sensu</i>	164
4.4.1.2.1. Situações jurídico-materiais que reclamam tutela executiva <i>lato sensu</i>	183

4.4.1.2.2.	Funções técnico-processuais habilitadas pela tutela executiva <i>lato sensu</i> - Medidas de coerção direta e sub rogação	188
4.4.1.3.	Eficácia processual comum às tutelas mandamentais e executivas <i>lato sensu</i> conforme modelo nacional	190
4.4.1.3.1.	Tutela específica da obrigação	191
4.4.1.3.2.	Resultado prático equivalente	194
4.4.1.3.3.	Conversão em pecúnia	197

CAPÍTULO V – O SINCRETISMO PROCESSUAL ATRAVÉS DAS TUTELAS MANDAMENTAIS E EXECUTIVAS *LATO SENSU* COMO TÉCNICAS POTENCIALIZADORAS DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.	Da mitigação do princípio da separação dos processos	201
5.1.	A potencialidade do sincretismo processual através das tutelas mandamentais e executivas <i>lato sensu</i> para impressão de efetividade às decisões judiciais	214

CONCLUSÃO	221
------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	231
---	-----

RESUMO

Como direitos fundamentais constitucionalmente garantidos em nosso ordenamento jurídico, encontram-se o acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva. A função jurisdicional do Estado, sob esse enfoque, passa a ser vista à luz da efetiva tutela jurisdicional dos direitos, das novas necessidades do direito substancial. O processo e os procedimentos, assim como as decisões judiciais por eles concedidas, assumem a função de técnica para a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Na realização desse desiderato, foram efetuadas profundas modificações no ordenamento jurídico processual, que, rompendo com a doutrina clássica, evidenciaram a existência de situações em que a cognição e execução se realizam na mesma relação jurídico-processual. Tais situações, antes tidas como exceção ao princípio da autonomia recíproca entre cognição e execução, afiguram-se atualmente como tendência a se tornar preponderante, de modo a se considerar estarmos diante de um novo princípio jurídico. O denominado sincretismo processual promove a integração das atividades cognitivas e executivas na mesma relação jurídico-processual, de modo a empregar efetividade à prestação da tutela jurisdicional. As tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, imprimem o sincretismo processual, viabilizando tanto atos cognitivos como executivos no mesmo processo, tornando, desta forma, tanto quanto possível, flexível e efetivo o direito subjetivo material constante da decisão judicial.

Palavras-chave: efetividade – tutela jurisdicional – sincretismo processual - tutela mandamental – tutela executiva *lato sensu*.

ABSTRACT

Access to justice and effective legal protection are fundamental rights ensured by the Constitution in our legal system. The State jurisdictional function thus approached is viewed in the light of the effective jurisdictional protection of rights, the new necessities of the substantive law. The process and the procedure as much as the legal decisions granted by them assume the function of techniques for rendering effectively jurisdictional protection. To accomplish this aim deep changes were made in the procedural legal system which broke off with the classic doctrine and showed clearly the existence of situations in which cognition and execution are accomplished in the same procedural-legal relation. Such situations previously viewed as exception to the mutual autonomy principle between cognition and execution today represent a trend to become preponderant in such way as to be concluded that we are in the face of a new legal principle. The so-called procedural syncretism promotes the integration of the cognitive and executive activities in the same procedural-legal relation in such way as to employ effectiveness to the rendering of legal protection. The *latu sensu* protection of the legal order and the execution imprint the procedural syncretism by making feasible not only the cognitive but also the executive acts in the same process thus making flexible and effective as much as possible the material subjective right in the legal decision.

Key-words: effectiveness – jurisdictional protection – procedural syncretism – the legal order protection – the execution *latu sensu* protection.

INTRODUÇÃO

Nossa Constituição erigiu como pilar base do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, III¹, da Carta de 1988. Como garantia² constitucional prevista no inciso X³ do artigo 5º, traz a inviolabilidade dos direitos da personalidade. Em mesmo artigo, inciso XXXV⁴, erige o direito subjetivo a jurisdição e a garantia de que a lei não excluirá de apreciação pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

A recente inclusão, através da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, ao artigo 5º da Carta Política, do inciso LXXVIII⁵, que traz a

¹A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade de pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º. No entanto, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do artigo 1º “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”(**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998.)

² Vale-se aqui da distinção apresentada por José Afonso da SILVA sobre direitos e garantias dos direitos, pela qual, em linhas gerais, os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, ao passo que as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. (SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 413.)

³“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998.)

⁴“Art. 5º (...) : XXXV- a lei não excluirá da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”(Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998.)

⁵“Art. 5º:(...) LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998.) Segundo Luiz Rodrigues Wambier, a garantia de razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio já estabelecido no inciso XXXV. Argumenta tal autor que como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. Conclui assim que, eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente. (WAMBIER. Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/02; Lei 10.358/2001 e Lei 0.352/2001**. Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda

declaração inequívoca da garantia de duração razoável do processo, veio sedimentar o mote perseguido pelo sistema jurídico brasileiro e, como consequência, aclarar ainda mais a função do processo civil como meio de realização prática, de materialização efetiva dos direitos essenciais assegurados.

Não obstante a previsão de direitos e garantias constitucionais, o Código de Processo Civil brasileiro, até 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal, vez que apresentava estrutura incompatível com a garantia adequada e efetiva dos direitos previstos na Carta Política. Em seu conjunto, a Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, apresentava mecanismos morosos, paternalistas, de alto custo e, sobretudo, “preocupado com as tutelas patrimoniais em detrimento das tutelas protetivas dos direitos da personalidade”.⁶

Assim é que, seguindo a tendência mundial na busca de modelos processuais mais ágeis, que desempenhem mais efetivamente sua função social de pacificação dos conflitos, teve início em 1994, a primeira das chamadas “ondas reformistas” do Código de Processo Civil brasileiro.⁷

Nesse primeiro momento, representado pelas Leis 8.898 de 29 de junho de 1994, 8.950 de 13 de dezembro de 1994, 8.951 de 13 de dezembro de 1994, 8.952 de 13 de dezembro de 1994, 8.953 de 13 de dezembro de 1994 e

Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 26.)

⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **A terceira onda reformista do Código de Processo Civil** – Leis n 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. in Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 40, mar./abr., 2006. p. 89.

⁷ Não obstante a referência aos anos de 1994 e 1995, como período no qual se deu a primeira onda de reformas do Código de Processo Civil brasileiro em busca de maior efetividade na prestação jurisdicional, de se mencionar as mudanças significativas havidas nos anos de 1992 e 1993, através das Leis 8.455 de 24 de agosto de 1992, que dispunha sobre a produção da prova pericial, e 8.710 de 24 de setembro de 1993, que estendeu a possibilidade de citação pelo correio a todos os casos não excetuados pela própria, que já buscavam tornar mais rápido e simples os trâmites legais.

9.079 de 14 de julho de 1995, buscou-se, de maneira geral, suprimir procedimentos que representavam retardo desnecessário ao processo e criar mecanismos de agilização da prestação jurisdicional.

Embora contributivas, as alterações efetuadas por referidas leis foram insuficientes para que se alcançassem os resultados pretendidos, motivo pelo qual, iniciou-se a segunda onda reformista, realizada pelas Leis 10.352 de 26 de janeiro de 2001, 10.358 de 27 de dezembro de 2001 e 10.444 de 07 de abril de 2002. Nessa ocasião, foram afetadas, sobretudo, a sistemática recursal e o processo de conhecimento, pela consolidação da existência e eficácia das decisões mandamentais.

Essas reformas, conjugadas com aquelas implantadas pela terceira onda reformista, da qual se falará sucintamente em seguida, imprimiram o modelo sincretista de tutela jurisdicional, em antagonismo e tentativa de superação do clássico modelo de divisão das tutelas, até então dominante em nosso ordenamento processual, que determina a necessidade de um duplo mecanismo jurisdicional para se atingir o mesmo fim. Nesse sentido, a criação do instituto da antecipação da tutela jurisdicional e o reconhecimento de efeitos mandamentais e executivos no processo de conhecimento, tornaram possível a cognição e a execução em uma única demanda.

A “terceira onda” reformista veio sedimentar essa tendência sincrética, através das Leis 11.187 de 19 de outubro de 2005, 11.232 de 22 de dezembro de 2005, 11.276 e 11.277, ambas de 07 de fevereiro de 2006, e 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.

Dentre as alterações havidas no código processual pelas “ondas reformistas” referidas, destaca-se para os fins do trabalho proposto, a Lei 8.952

de 13 de dezembro de 1994, com a alteração promovida no artigo 461⁸, e posterior inclusão a este, dos parágrafos 5º e 6º⁹, bem como o artigo 461-A, e seus parágrafos¹⁰, pela Lei 10.444 de 07 de maio de 2002. Tais alterações sedimentaram a incidência dos efeitos mandamental e executivo *lato sensu* aos provimentos jurisdicionais no tocante as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa e, desta forma, tornaram possível a cognição e execução em uma única demanda.

Através destas técnicas há, conforme dito, um sincretismo¹¹ processual, entendido como a simultaneidade de cognição e execução no mesmo

⁸“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” (Código de Processo Civil brasileiro.)

⁹ “Art. 461.(...) § 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz de ofício ou a requerimento, 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 e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou periodicidade da multa, caso verifique se tornou insuficiente ou excessiva.” (Código de Processo Civil brasileiro.)

¹⁰ “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º. do art. 461.” (Código de Processo Civil brasileiro.)

¹¹ Cabe, de início, apresentar a diferenciação conceitual da expressão “sincretismo” adotada no trabalho. Não se trata de expressão sinônima de “sincretismo jurídico”, conforme adotado em tempos passados pela ciência jurídica, que considerava a ação como um aspecto do direito material, e que tem na postura autonomista do processo sua antítese natural. A expressão sincretismo, conforme entendimento adotado no trabalho, refere-se ao sincretismo processual, revelado na união dos processos de conhecimento e de execução em uma mesma relação jurídico-processual, conforme utilizada na doutrina brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, fazendo também referência às “ações sincréticas”, Ovídio A. Baptista da SILVA. De uma maneira geral, após as reformas processuais, sobretudo após a Lei 10.444 de 02 de abril de 2002, os processualistas têm feito referência, por vezes com expressões diferenciadas, ao modelo sincretista de tutelas incorporado ao código processual. Cita-se, como exemplo, a doutrina de Marcelo Lima GUERRA, que é taxativo ao afirmar que: “A Lei 10.444/2002, veio a generalizar a adoção do modelo do “processo sincrético” ou “processo com predominante função executiva” para a tutela executiva das obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer, que já não estivessem consagradas em títulos executivos extrajudiciais.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.) Por seu turno, Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR, v.g. define as ações sincréticas, como: “todas as demandas que possuem e seu bojo intrínseca e concomitantemente cognição e execução, ou seja, não apresentando a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exequíveis.” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ações**

processo. A possibilidade de satisfação no processo de conhecimento, por meio de atos executivos do direito material, supera em certas situações a dicotomia processual até então dominante pelo processo clássico, pautado na dualidade processual.

Porém, segundo procurar-se-á demonstrar no trabalho, é preciso mais que a edição de leis para se buscar realizar os direitos e garantias constitucionais; importa que seja formada uma nova mentalidade para se pensar o direito processual civil, não em uma dimensão autônoma em relação ao direito material, como mero instrumento insensível e desvinculado da efetiva realização daquele. Tampouco deve ser pensado, em sentido inverso, conforme a idéia de legitimação pelo procedimento, no importe em que, a perfeição das garantias processuais, legitimaria a justiça material resultado do processo.

A garantia fundamental, constitucionalmente assegurada, da efetividade da tutela jurisdicional, passa pela realização específica do direito material no mundo dos fatos, através de um processo tempestivo, adequado e efetivo¹². Para tanto, urge que o processo seja visto em uma relação de interdependência com o direito material, de modo que os procedimentos não

sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil – Enfoque as demandas possessórias. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 98, abr/jun., 2000. p. 11.)

¹² É nesse sentido que Ricardo Rodrigues GAMA, afirma: “Estamos, com as reformas, tentando aproximar novamente o direito processual do direito material. Chegou-se a conclusão de que o processo só tem razão de existir em função da afirmação do direito lesado ou ameaçado, em relação de direito material. A superação da instrumentalidade pura do processo, considerado a si mesmo, está por chegar ao fim. Agora, a instrumentalidade tende a ligar o processo ao direito material (como já foi no passado). É a partir das relações de direito material que surgem as relações de direito processual, e isso é inegável. A afirmação da existência do direito é que dá ensejo ao surgimento da relação processual, a qual pode terminar por não tutelar o direito, se este, na realidade, não existir.”(GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil.** São Paulo: Copola, 1999. p. 10.)

sejam neutros às tutelas previstas no direito substancial, mas antes devam responder àqueles e à realidade social.

A maneira como essa nova mentalidade deve ser construída, passa pelo entendimento do processo visto à luz dos valores da Constituição. O direito à tutela jurisdicional efetiva, garantido pelo artigo 5º, XXXV, assegura a prerrogativa ao jurisdicionado de um procedimento apto a atender o pleito formulado, a efetiva pretensão à tutela jurisdicional exercida. Em contrapartida, o Estado tem o dever de proteger os direitos garantidos, dotando o sistema processual de instrumentos idôneos e efetivos para a realização concreta das pretensões levadas a Juízo.

O que se percebe, no entanto, é uma evidente incapacidade do processo civil clássico para atender às necessidades concretas provenientes das novas situações de direito material, de modo a garantir a efetividade desses direitos.¹³

O modelo tradicional de processo de conhecimento esgotou sua funcionalidade. O procedimento ordinário ignora a realidade social e as necessidades dos direitos. As modificações da sociedade e do Estado impuseram à necessidade da existência de instrumentos aptos a dar resposta aos reclamos sociais. Há um imperativo social no sentido da formatação de sentenças diferenciadas a partir do direito material¹⁴ a ser protegido.

¹³ Como bem observa José Roberto dos Santos BEDAQUE: “O Código de Processo Civil brasileiro, não obstante exemplo de aprimoramento técnico, constitui diploma distante das necessidades da sociedade moderna, voltada precipuamente para uma categoria de interesses, cujas características e peculiaridades foram praticamente ignoradas pelas regras instrumentais.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 13.)

¹⁴ Conforme enfatiza Luiz Guilherme MARINONI: “se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, é evidente que uma sociedade plural e democrática não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e com um processo civil que contemple apenas algumas

Com tais considerações, deixa-se antever a idéia basilar do trabalho, segundo a qual, o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material,¹⁵ ou nos resultados materiais que o processo deva gerar para atendê-las, a partir da “conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”¹⁶. Advém daí a importância de identificar os direitos materiais garantidos em determinada razão de tempo/espaço e os mecanismos processuais existentes aptos a prestá-los, de modo a entender o processo civil à luz da história, da realidade social e do Estado a que se liga¹⁷.

Esse contexto histórico-social no Brasil, conforme objeto específico de investigação, parte do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e foca no sincretismo processual, manifestado pelas tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, como técnica potencializadora da efetividade¹⁸ das decisões judiciais, portanto, da efetividade da tutela jurisdicional¹⁹.

posições sociais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 92.)

¹⁵ José Roberto dos Santos BEDAQUE, é enfático ao afirmar que: “O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit. p. 14.)

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Sobre a necessidade de conformação e leitura do direito positivado a partir de dada realidade social, Lênio Luiz STRECK ensina que não se deve confundir *texto* e *norma*. Enquanto o texto é expresso pelo significado de base, a estrutura lingüística, a norma é o sentido que o texto adquire em conformidade com a complexidade social à qual é exposto. Assim: “o texto pode gerar várias normas. E a passagem do tempo passa a ser condicionante da alteração do sentido do texto.” (STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superado o ideário liberal-individualista-clássico**. in *Processo Civil – aspectos relevantes*. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006. p. 143.)

¹⁸ Tratando da efetividade, ensina Luiz Guilherme MARINONI, que “O novo processo não pode mais ser visto como técnica neutra, mas como instituto que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, as situações que constituem os litígios não tem igual valor jurídico. Com efeito, a efetividade não é valor em si. Ao contrário, a sua significação somente pode ser descoberta quando verificado o valor que a protege. Em outros termos: a efetividade somente possui relevância quando objetiva dar concretude aos valores protegidos pela Constituição Federal.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro**. In *Processo Civil: aspectos relevantes*. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006. 152-153.)

¹⁹ Embora objeto específico de análise adiante, convém, de antemão, traçar distinção acerca do entendimento adotado no trabalho quanto ao concepção da expressão “tutela jurisdicional”. Guardando

O tema é trazido à baila como conseqüência de uma indisfarçável crise, cujos sintomas não se manifestam exclusivamente no âmbito do Judiciário, mas logra extensão nas instituições sociais de um modo geral, identificando-se mesmo uma crescente descrença na capacidade do Estado e em suas instituições, consideradas a partir de sua formação liberal-burguesa, para o desempenho útil de seu papel frente aos novos matizes sociais.

Sob o prisma da nova ordem jurídica representada pelo Estado Democrático de Direito, de matiz constitucional, o acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva e eficaz representam suporte imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade do indivíduo, consubstanciando-se em direito fundamental. A denegação de prestação jurídica efetiva fere não só um direito de cidadão, mas a própria dignidade de ser humano e, por conseqüência, macula a função jurisdicional do Estado, enquanto instrumento para a realização dos direitos fundamentais. A tutela jurisdicional efetiva e em tempo hábil, através de um processo que atenda os ditames constitucionais, constitui direito fundamental da pessoa humana.

Vivemos, atualmente, tempos norteados pelo (re) descobrimento dos direitos humanos, pela impressão de dignidade a esses direitos e ao próprio ser humano, pela coletivização dos direitos, em suma, vivemos tempos onde o ser humano toma o centro do ordenamento jurídico e social.

Essas intensas transformações sociais reclamam do Estado, enquanto detentor exclusivo do poder jurisdicional, instrumentos hábeis a efetivar o direito garantido pelas normas substanciais. Na realização de sua razão de ser,

Íntima ligação com o conceito de jurisdição dele não é sinônimo. Nas palavras de Ricardo Rodrigues GAMA: “enquanto a tutela jurídica está sempre ligada ao bem para o qual se busca a proteção, a atividade jurisdicional constitui a própria jurisdição.”(GAMA, Ricardo Rodrigues. Ob. cit. p. 13.)

mais do que prever direitos, cabe ao Estado prover meios de garantir a utilidade dos provimentos jurisdicionais materializados nas decisões judiciais, em garantir a efetiva e prática concretização da tutela concedida.

A necessária imbricação entre Constituição e processo no mundo contemporâneo, reveste-se de especial importância por ser esta a forma de comunicação entre todos os campos do direito e meio, através do qual o Estado faz a entrega da prestação jurisdicional. Ao contrário, a consideração do processo desvinculado de sua função social, nega e neutraliza os direitos e garantias constitucionalmente assegurados. É nesse sentido que José Roberto dos Santos BEDAQUE, afirma que “as grandes matrizes do direito processual cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional.”²⁰

Desta forma é que, respeitando-se a magnitude constitucional instituída pela nova ordem jurídica e, partindo do direito fundamental à efetividade das decisões judiciais, o trabalho levado a intento possui como escopo, analisar as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, manifestações do sincretismo processual em nosso ordenamento, conforme as disposições dos artigos 461, 461-A, do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, como formas de imprimir efetividade às decisões judiciais, visando sempre à função do direito como mecanismo de solução de conflitos sociais.

O pronunciamento judicial que certifica a procedência do pedido do autor através do processo de conhecimento e as técnicas processuais capazes de torná-lo efetivo no plano fático serão o ponto de partida da investigação.

Para tanto, o trabalho será estruturado, lançando em um primeiro momento considerações sobre a formação histórica do processo civil brasileiro,

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...** cit. p. 14.

suas raízes junto ao direito romano-germânico, buscando evidenciar o caminho e, sobretudo as circunstâncias sob as quais foram se formando alguns institutos processuais, muitos dos quais ainda presentes em nosso ordenamento, e que fazem parte do estudo proposto.

No segundo capítulo, será levada a efeito análise mais específica sobre as noções de Estado e prestação jurisdicional sob a ideologia liberal-burguesa, identificando assim o contexto e a origem dos valores impressos mais notadamente na atual sistemática processual civil pátria. Segue-se, no terceiro capítulo, a abordagem do novo papel do Estado na ordem Constitucional, com especial atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Destacar-se-á as características da jurisdição, de modo a diferenciá-la da locução tutela jurisdicional, a partir da qual será forjado o conceito das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, na continuação do trabalho.

No quarto capítulo, será feita uma abordagem das classificações das ações e das sentenças, partindo da classificação trinária clássica até a teoria quinária, e a análise específica das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*. Para tal estudo, serão compiladas as doutrinas de alguns expoentes compatriotas, onde, buscar-se-á identificar, sobretudo, as situações jurídico-materiais que reclamam as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* e as funções técnico-processuais por elas habilitadas, segundo o modelo nacional.

No quinto capítulo, serão abordados de maneira mais específica, os fundamentos erigidos em prol da separação do processo de conhecimento e o de execução, de modo a abrandar esse princípio. Serão ainda tecidas argumentações acerca da potencialidade de se alcançar a efetivação das

decisões judiciais, através do sincretismo processual, representado pelas tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Após, serão apresentadas as conclusões obtidas, primeiro em tópicos específicos conforme a estruturação do trabalho e depois em aspectos gerais, concernentes à problemática de fundo enfrentada no estudo.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. Breves linhas sobre a formação histórica dos processos civis modernos

O meio pelo qual o Estado exerce e faz a entrega da tutela jurisdicional é o Processo, que vem, através dos tempos, sob o influxo das circunstâncias, de momentos díspares, transformando-se de modo a responder aos reclamos de cada realidade. Cumpre-se, portanto, antes de se enveredar na análise mais aprofundada de determinados institutos e tendências norteadoras do Direito Processual Civil contemporâneo, mais notadamente o Direito Processual Civil brasileiro, lançar um olhar por sobre o longo caminho percorrido por este ramo da ciência jurídica até nossos dias.

Cabe, assim, empreender retorno, ainda que breve, à formação história do Direito Processual Civil, sem o qual se corre o risco de cometer a impropriedade de tratar de elementos fundamentais desta ciência sem lhe conhecer as origens e o desenvolvimento através da história, que no dizer de Sérgio BERMUDES, apresenta-se como “inesgotável manancial de informações e de subsídios, sem os quais nada se compreende e muito pouco se constrói”.²¹

²¹ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 195.

Conforme Edson PRATA, citado por Djanira Maria Radamés de SÁ, “a atividade processual se iniciou com a presença do primeiro julgador à frente do primeiro delito cometido, isso em tempos imemoriais, tendo ele, em cada época, refletido a realidade social em que estava posto.”²²

Como reflexo da realidade social, pode-se detectar que nas civilizações teocráticas, era natural que o poder de julgar fosse exercido pelos sacerdotes, possuindo o rei, como enviado celeste, a suprema decisão. Sob esse ângulo, também naturais àquela realidade as formas de apuração de verdade e de punição, hoje execradas. No período que antecedeu a supremacia da civilização romana, era comum a adoção pelo Direito, dos princípios religiosos, morais e costumeiros, sob os quais se pautava toda a atividade processual²³.

Moacyr Lobo da COSTA, em apresentação à obra “Lições de História do Processo Civil Romano”, de José Rogério CRUZ E TUCCI e Luiz Carlos de AZEVEDO, em límpida síntese, dispõe sobre as fontes do direito processual civil brasileiro, conforme se depreende da passagem:

Até o advento do regime do Código Nacional de 1939, que introduziu o sistema da oralidade processual fundamentado nos ensinamentos de Chiovenda, o procedimento escrito adotado tradicionalmente em nossos diplomas legislativos, mesmo após a independência, estava umbilicalmente ligado ao sistema do processo civil português que provinha diretamente do chamado direito comum da Idade Média, resultado da combinação de princípios do direito romano com normas de direito canônico e institutos de natureza consuetudinária de fundo bárbaro-germânico.²⁴

²² SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.p. 36.

²³ Ensina CRUZ E TUCCI, que “A *civitas* romana em seu período de formação, a exemplo de toda sociedade em aurora, também depositava no misticismo religioso significativa parcela da técnica e da praxe judiciária, ainda de organização arcaica, não obstante aspirar fortalecer-se para, em seguida, logar obediência de seus concidadãos. Por esse fato, foi atribuído aos pontífices o mister de dar forma ao procedimento, através de simbolismos e rituais. Nasce, assim, em Roma a jurisdição como atividade exclusiva dos pontífices, vocacionada a disciplinar a autotuleta dos litigantes. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 41)

²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 12.

Resta claro, portanto, que ao trabalho que se propõe desenvolver, interessa sobremaneira que se faça breve incursão pelo Direito Processual romano²⁵, de modo a identificar as raízes históricas dos institutos estudados.

Partindo do conceito de *famílias jurídicas*, conforme utilizado por René DAVID, citado por Ovídio A. Baptista da SILVA, para agrupar os sistemas²⁶ jurídicos contemporâneos, localiza-se na história do direito, três grandes grupos, constituídos pela “*família romano-germânica, a família dos sistemas socialistas e os sistemas filiados à common law*”²⁷, conforme mantenham com os demais determinados traços e princípios comuns que os identifiquem.

O direito brasileiro integra a *família* denominada *romano-germânica*, segundo a classificação apresentada, da qual também fazem parte os sistemas jurídicos da Europa continental, sobretudo a Alemanha, os países de origem latina, como França, Itália, Portugal e Espanha, ainda os países da América de colonização espanhola, francesa e holandesa, bem como alguns países da África, por influência da colonização Européia.²⁸

Assim, para compreender a dimensão e o sentido dessa herança, faz-se necessário retorno aos princípios básicos do direito processual romano, ainda

²⁵ Conforme ensina César FIUZA, “O Direito Processual romano é a fonte remota do Direito Processual civil brasileiro. Sem seu estudo, nossa memória histórica se perde, deixando-nos sem passado e sem rumo certo para o futuro”. (FIUZA, César. **Algumas linhas de processo civil romano**. In Direito Processual na História. Coordenador César Fiúza; [colaboração] Allan Helber de Oliveira ... [et al.] . Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 58.)

²⁶ Adverte o autor que a formação de sistemas no domínio das ciências jurídicas só se torna possível abstraindo-se as notórias individualidades de cada unidade particular, devendo, portanto, ser recebida com certas reservas.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES. Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 09.

²⁸ Conforme ensinamento de Giuseppe CHIOVENDA, “Os processos civis modernos da maioria das nações européias representam os diversos resultados finais da fusão de elementos em parte comuns, especialmente do elemento romano e do elemento germânico.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 134-135.)

que de forma sucinta, para se formar a base referencial da discussão que se pretende entabular.

Muito embora o direito processual como ramo autônomo da ciência do direito seja relativamente recente²⁹, o processo, como método de resolução das lides é deveras antigo, remontando a Roma, o apogeu de seu desenvolvimento, de tal sorte que, ainda hoje, o direito de quase todas as nações cultas do mundo se inspira no direito romano³⁰.

O Direito romano era de formação eminentemente processual³¹, não obstante não se falar em autonomia do processo, fundindo-se as normas de caráter processual com aquelas de cunho substancial.³²

Nos estágios primitivos do direito romano, é possível estabelecer duas características que marcam a natureza do processo civil, na fase inicial de sua formação. A primeira decorre da confusão entre o direito e o misticismo religioso havido à época, destituído, portanto, do sentido de racionalidade do qual é revestido modernamente. Nessa fase primitiva do direito processual, a

²⁹ Como ensina Cândido Rangel DINAMARCO, a idéia do direito processual como ciência, deu-se a partir do “desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material”. Esse “sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal”, começou a ruir sob a influência da racionalidade expandida no “século das luzes”, e as “transformações políticas e sociais havidas na Europa”. Alterou-se assim, paulatinamente, a relação havida entre o Estado e o indivíduo, de modo a acentuar a responsabilidade daquele para com a “realização integral da condição humana”. Essa alteração teria sido responsável pelas primeiras preocupações em se definir os fenômenos do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 17-18.)

³⁰ Segundo Marcus Vinícius Rios GONÇALVES: “Em Roma, o processo como método de solução de conflitos teve excepcional florescimento. Era a partir dele e da atividade estatal que se formava o direito substancial. Havia confusão entre ação e lei e verdadeira identificação entre o direito material e o processo. O direito e a ação eram uma só coisa, e o estudo de um confundia-se com o do outro.”(GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.)

³¹ Segundo ensina Arruda Alvim, era da atividade jurisdicional do Estado romano que se ia constituindo o Direito Substantivo romano.(ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**.v.1, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 39)

³² Cesare SANFILIPPO, citado por José Rogério CRUZ E TUCCI, ensina que: “configurava-se o direito subjetivo não pelo aspecto de seu conteúdo substancial, mas sim pela ótica da ‘ação’ com a qual o titular podia tutelá-lo contra possíveis ofensas. Os romanos não diziam: ‘eu tenho um direito’(e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam simplesmente: ‘eu tenho uma ação’”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ob. cit. p. 45.)

revelação do direito era segredo dos pontífices, responsáveis pelo julgamento dos litígios de natureza privada. É o ensinamento de José Rogério CRUZ E TUCCI, no sentido de evidenciar o íntimo relacionamento³³ entre direito (*ius*) e religião (*fas*) nos primeiros tempos de Roma:

A civitas romana em seu período de formação, a exemplo de toda sociedade em aurora, também depositava no misticismo religioso significativa parcela da técnica e da praxe judiciária, ainda da organização arcaica, não obstante aspirar fortalecer-se para, em seguida lograr obediência de seus cidadãos. Por este fato, foi atribuído aos pontífices o mister de dar forma ao procedimento, através de simbolismos e rituais. Nasce, assim, em Roma a jurisdição como atividade exclusiva dos pontífices, vocacionada a disciplinar a autotutela dos litigantes.³⁴

Há, por este período, determinada incerteza quanto aos poderes do rei. Segundo José Rogério CRUZ E TUCCI, o *rex*, por força de seu *imperium* reunia em suas mãos poderes militares, religiosos e civis, o que o legitimaria a julgar em primeira e última instância³⁵.

A segunda característica diz respeito ao fato de que, nessa época, o apelo a um julgamento atribuído a um terceiro imparcial para dirimir determinado litígio entre particulares, somente teria cabimento “depois que aquele, que se julgasse com direito, privadamente o tivesse exercido pela força”³⁶. Desse modo, inicialmente, o fenômeno que, sob uma perspectiva moderna dir-se-ia jurisdicional, teve originalmente mais uma função

³³ José CRETELLA JÚNIOR destaca que *fas* designa aquilo que é de direito conforme a vontade dos deuses, enquanto *ius* é o que regula as relações entre os homens sob a sanção do Estado. Para tal estudioso, é patente a distinção romana entre o direito e a religião. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

³⁴ CRUZ E TUCCI. José Rogério. Ob. cit. p. 41.

³⁵ Ibid. p. 41-42.

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria geral...**cit.p. 11.

“sancionadora, ou ratificadora, da legitimidade do exercício privado do direito do que, como hoje, uma competência para o prévio julgamento.”³⁷

No primitivo direito romano, e igualmente no direito germânico na Idade Média européia, “o apelo à autoridade era provocado por “ações” (no sentido processual) de quem sofrera a ação (de direito material), privadamente exercida pelo pretense titular do direito”³⁸. Nota-se assim que, originariamente, a “ação” processual era exercida por aquele que se encontrava na condição de devedor, diversamente do que ocorre modernamente, quando as “ações” processuais são intentadas por aqueles que se dizem credores.

Merece destaque ainda o fato de que, a ação processual da qual se valia o devedor para discutir a legitimidade da ação material que sofrera por parte do pretense titular do direito era uma ação de conhecimento. Daí porque se conclui que, em sua origem, o processo de conhecimento surge como forma de oposição aos atos executivos de natureza privada.

Conforme ensina Sérgio MURITIBA, fator que explica a ordem das ações nesses períodos é a ausência de um Estado forte que não proporcionava a presença de magistrados com poder de império a prescindir da atividade privada, assim:

vendo-se alguém senhor de certo bem material, deveria tomar atitudes práticas e individuais no sentido de recuperar imediatamente (sem intervenção de outro órgão institucionalizado) o que era de direito segundo seu julgamento. Por outro lado, sentindo-se injustamente lesado, o sujeito passivo deveria instaurar um procedimento de cognição contra aquele que lhe tomou o referido bem.³⁹

³⁷ Id.

³⁸ Ibid. p. 12.

³⁹ MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva *lato sensu* e ação mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

A posterior inversão nessa ordem, passando o credor a ajuizar ação buscando seu direito, “caracteriza toda a evolução do fenômeno processual”⁴⁰, no sentido de que, conforme ensina Ovídio A. Baptista da SILVA:

a criação de uma obrigação positiva que passou a gravar aquele, agora tido por obrigado, impondo-lhe uma obrigação de entregar a coisa, foi um dos pressupostos que, depois, legitimou a transformação da primitiva vindicatio, originalmente executiva, em pretensão condenatória, portanto obrigacional, passando-se a considerar que o “condenado”, na reivindicatória, teria o dever de entregar a coisa, e não mais – como primitivamente ocorria na vindicatio – a obrigação de suportar apenas a tomada de posse pelo reivindicante. Entre a *patientia praestare*, simplesmente suportada pelo vencido na reivindicatória, e o dever de restituir a coisa, imposto pela sentença condenatória, vai à diferença entre a pretensão executiva e a pretensão meramente condenatória.⁴¹

Conforme já referido, a jurisdição civil ou ordem dos juízos privados (*iudicia privata*) se concentravam frente a uma única autoridade, o rei. Aos poucos, em função do desenvolvimento de todos os setores da vida social em Roma, os litígios privados tornaram-se mais complexos e numerosos, reclamando a criação de uma magistratura com funções especificamente jurisdicionais.⁴² Com essa divisão, o *imperium* até então exclusivo do *rex* é transferido, ainda que de forma limitada, aos novos órgãos.

Diferencia-se por esta época o poder de *imperium* e o poder de *jurisdictio*. O *imperium* é o poder de mando, ao passo que o *jurisdictio* é o poder de dizer o direito, de declarar – não de julgar – a norma jurídica aplicável a determinado caso concreto. A função jurisdicional era faculdade inerente à

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da **Teoria geral**...cit. .p. 12.

⁴¹ *Ibid.* p. 13

⁴² Conforme ensinamento de José CRETELLA JÚNIOR, “Em Roma, nos primeiros tempos, tudo se concentrava nas mãos do rei, que é magistrado e juiz. Na república, primeiro, a magistratura é posta nas mãos de dois cônsules e, mais tarde, em 387, é instituído um pretor para cuidar especialmente da administração da justiça. É o pretor urbano, que resolve os litígios entre os cidadãos romanos. A grande influência de estrangeiros em Roma leva a criação de um novo pretor - o pretor peregrino - , incumbido de julgar os litígios entre os estrangeiros e entre romanos e estrangeiros. Além dos *praetor urbanus* e do *praetor peregrinus* havia ainda o *edil curul* para julgar casos de venda de animais e escravos.”(CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. Cit. p. 290.)

condição de magistrado, não havendo poder judicial autônomo, já que era desconhecido dos romanos o princípio da separação dos poderes.

A partir dessa discrepância qualitativa de funções, o procedimento no sistema da *ordo iudiciarum privatorum*, passa a se desenvolver em duas fases distintas: o *jus* e *judicium*. Tais fases representam para os romanos o desdobramento em duas instâncias, que resultam na fase *in jure*, no tribunal adiante do magistrado - *praetor* -, e *apud iudicem*, diante de um particular - *iudex* - escolhido pelos litigantes para julgar o processo.

Assim, as questões civis passam a ser julgadas no sistema desse desdobramento, nas fases *in iure*, diante do pretor, a quem cabia organizar e fixar os termos da controérsia; e, *in iudicio*, perante o *iudex unus*⁴³, ou cidadão romano, a quem era submetido o litígio, julgando-o soberanamente, em nome do povo romano, caracterizando a *ordo iudiciorum privatorum*, ou ordem dos processos privados e sua divisão em duas fases.

De uma forma geral, a história do processo romano pode ser dividida em três grandes períodos: o período primitivo, das *legis actiones* ou ações da lei, que se estende da fundação de Roma, presumivelmente no ano de 754 a.C. até o ano de 149 a.C.; o segundo, conhecido como período formulário ou *per formulas*, que vai do ano 149 a.C., até o início do terceiro século da era cristã; e o período da *cognitio extraordinaria*, ou *cognitio extra ordinem*, que compreende o período entre o ano 294 e o ano de 565.

Como de regra ocorre com as demarcações históricas, também a separação dos períodos do processo romano é apenas convencional, restando

⁴³ Havia ainda na fase *apud iudicem* o julgamento diante do Tribunal dos *recuperatores* ou o Tribunal dos *centumviri*, conforme se tratasse de controvérsias entre romanos e estrangeiros ou questões sobre direitos hereditários. Sobre esse assunto ver CRUZ E TUCCI, José Rogério *in* Ob. cit. p. 41-43.

impreciso e por vezes divergente a doutrina no tocante a quando e em que medida cada qual deixou de vigor, havendo mesmo determinados momentos de coexistência de sistemas processuais diferentes.

Cabe fazer observações pontuais acerca de cada um desses períodos, buscando, no entanto, de forma mais detida, identificar nesse estudo, as técnicas de tutela jurisdicional prestadas ao longo da história do direito processual, que podem ser identificadas com as técnicas objeto específico de estudo nesse trabalho, ou seja, a ação mandamental e a ação executiva *lato sensu*.

No primeiro período, das *legis actiones*, que corresponde à realeza, o processo era excessivamente solene, obedecendo a um ritual que conjugava palavras e gestos indispensáveis. Havia verdadeira identificação da ação com a lei, ou entre o direito e a ação (*jus* e a *actio*). O procedimento era oral e desenvolvia-se em duas fases. Iniciava-se perante o magistrado ou *praetor* - fase *in jure* - cuja função se limitava a conceder a ação e fixar o objeto do litígio e prosseguia perante cidadãos - fase *in iudicio* - designados como árbitros, cuja função era de colher as provas, ouvir os debates entre as partes e proferir sentença.

Nesse período, não havia advogados e eram conhecidas apenas cinco ações: *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris capio*.⁴⁴

⁴⁴ Segundo Ernani Fidelis dos SANTOS, “A *actio sacramenti* é a espécie utilizada em todas as causas, quando não existisse procedimento específico. Pela *iudicis postulatio*, pedia-se a um juiz para reclamar o objeto de uma estipulação. A *condictio* era a citação para que o demandado comparecesse, dentro de trinta dias, para designação de um magistrado. A *manus iniectio* empregava-se para a execução de um julgamento. A *pignoris capio* era autorizada pela lei para recebimento de determinadas dívidas.”(SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. Processo de conhecimento.10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.2.)

Merece destaque neste período, para o estudo que se pretende que, enquanto a *legis actio per sacramentun*, a *per iudicis arbitrive postulationem*, e a *per condictionem*, consistiam no que hoje se chamaria de processo de conhecimento, as duas últimas *manus iniectio* e a *pignoris capio*, ostentavam natureza executiva, podendo esta última ser tomada como fonte primitiva da ação mandamental, conforme será debatido logo mais.

As ações da lei são, pois, processos judiciais, vez que submetidos a *ordo judiciorum privatorum*, ou a divisão em duas instâncias; são processos legais, porquanto se opõem aos processos consuetudinários que os antecederam e às ações criadas posteriormente pelos magistrados, e são processos formalistas, no importe em que obedecem a rituais imutáveis, a gestos e palavras solenes.

O excessivo formalismo e o papel secundário do magistrado no sistema da *legis actiones*, levam paulatinamente ao desprestígio do sistema e surgimento de outro sistema, mais sintonizado com o espírito desenvolvido do direito romano.

O segundo período, que corresponde à República, foi instaurado quando Roma já havia dominado vários territórios da Itália, tornando mais complexas as relações sociais e, por consequência, as ações da lei, ou *legis actiones*, insuficientes para tutelar todas as pretensões, dado que o *jus civile* abrangia exclusivamente os romanos. Foram desta forma, abolidas as ações da lei e o magistrado autorizado a conceder fórmulas hábeis a compor as lides que se instauravam.

“A fórmula é o escrito, redigido pelo magistrado *in jure*, com a indicação da questão que o juiz deve resolver”, ensina José CRETELLA JÚNIOR,

completando que neste período, “a *actio* pode ser definida como *direito de perseguir pela fórmula o que nos é devido*”⁴⁵. O procedimento continuava bifásico, onde, segundo Sérgio BERMUDES:

O juiz examinava a pretensão do autor, que indicava, no álbum pretoriano, a ação que desejava propor. Ouvido o réu, o juiz desde que concedesse a ação, remetia a decisão da lide ao árbitro, entregando ao autor a fórmula da ação. Perante o árbitro, procedia-se à instrução e ao julgamento da causa. (...) o pretor se limitava a decidir quanto ao direito de ação e a fixar o objeto do litígio. A sentença, entretanto, era proferida por árbitros privados, cujas decisões os litigantes se obrigavam a aceitar.⁴⁶

Nesse período, as partes podiam ser assistidas por procuradores e somente a fórmula era escrita. A figura do pretor se impõe. Vigoravam os princípios do contraditório e da livre convicção do juiz, e a sentença que acolhesse o pedido do autor, mesmo que fosse pleiteada coisa incerta, condenava o réu ao pagamento de soma em dinheiro, caracterizando sua jurisdição como produtora de sentenças apenas condenatórias. Era um processo mais rápido, menos formalista e escrito.

A exemplo do que ocorria no período das ações da lei, também no período formular cabia ao vencedor tomar a iniciativa da execução, após o prazo de trinta dias fixado pela Lei das XII Tábuas. A execução era movida em um primeiro momento contra a pessoa do devedor, sendo após, abrandado pelo direito pretoriano, que introduziu modo de execução, que recaía sobre os bens.

No terceiro e último período do direito processual romano, surgido no Império, ocorreram grandes modificações, tendo se notabilizado, segundo Djanira Maria Radamés de SÁ:

⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 299.

⁴⁶ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 197.

pela supressão da instância dupla de julgamento, com o aparecimento do juiz único investido do poder estatal, pela adoção da revelia e da sucumbência, pela citação pelo oficial de justiça, pelo predomínio da prova escrita, pela valorização do contraditório e pela publicação em audiência da sentença escrita, todos os princípios vigentes no direito processual moderno.⁴⁷

Esse período, caracterizado como o do *cognitio extra ordinem*, foi decorrente da organização judiciária do Império Romano, no qual a função jurisdicional era privativa dos funcionários do Estado, tendo se vislumbrado aqui, os contornos da jurisdição, como função estatal. Há a divisão do processo em fases distintas⁴⁸. Arruda ALVIM destaca nesse período que o agigantamento do Estado-Juiz e sua ingerência no processo, desde o início do litígio até a sentença, “foi a síntese de todo evoluir do processo romano, que trasladou do Campo do Direito Privado para inserir-se no campo do Direito Público e, conseqüentemente, inspirar-se enquanto processo, em seus princípios.”⁴⁹

Ovídio Araújo Baptista da SILVA destaca que a oposição entre o período formulário e o período da *cognitio extra ordinem*, refere-se basicamente:

à supressão das fases procedimentais, que caracterizavam o procedimento dos períodos precedentes, em que o processo desenvolvia-se através de duas fases distintas, primeiramente perante o *praetor*, na denominada fase *in iure*, que se encerrava com a outorga da fórmula, concedida pela magistrado; a partir daí, iniciava-se a fase denominada *apud iudicem*, que se desenvolvia, não mais perante um magistrado, e sim perante um Juiz privado (*iudex*) de livre escolha dos litigantes. No que diz respeito à sua substância, porém, a jurisdição extraordinária manteve-se idêntica à jurisdição própria do *ordo iudiciorum privatorum*. Tal como na fase anterior, a *cognitio* era jurisdição da *actio* privada, agora inteiramente predominante.⁵⁰

⁴⁷ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 38.

⁴⁸ Sérgio BERMUDES evidencia a divisão do processo nesse período em fases distintas, compreendendo “o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução. A citação se fazia através de funcionários públicos. Admitia-se a interposição de recursos e se executava a sentença, já então ato de autoridade do Estado, através de medidas coativas. Essa fase do processo romano, mais que qualquer outra, contribui, de maneira substancial, para a formação do processo contemporâneo.”(BERMUDES, Sérgio. Ob. cit. p. 197-198.)

⁴⁹ ALVIM, Arruda. **Manual...**cit. v. 1. p. 41.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria ...**cit. p. 14-15.

Percebe-se desta forma que, tanto o processo do *ordo iudiciorum privatorum* quanto o da *cognitio extra ordinem* mantiveram o caráter privado da jurisdição, conforme o procedimento originário da *legis actiones*, através da “oposição entre *iurisdictio* e *imperium*”⁵¹, e, enquanto jurisdição produtora de sentenças apenas condenatórias, eliminando inteiramente outras formas de tutela processual⁵² presentes nas fases anteriores, o que evidencia, segundo Ovídio Baptista da SILVA que “O conceito moderno de jurisdição, responsável pela formação do denominado processo de conhecimento, guarda inteira fidelidade à concepção romana de *iurisdictio*, concebida como função eminentemente declaratória de direitos.”⁵³

O que se percebe por esses brevíssimos apontamentos acerca da evolução do processo civil romano é, como expressado por Ovídio A. Baptista da SILVA, “uma orientação constante no sentido da superação da primitiva rigidez formal, imposta aos litigantes, em favor de uma, cada vez mais acentuada liberdade de formas procedimentais.”⁵⁴

Quando da queda do Império Romano do Ocidente, no século IV, invadido pelos bárbaros do norte, que possuíam uma cultura ainda primitiva, houve um choque entre os dois modos de fazer justiça, “de um lado, o processo romano, altamente aprimorado e, de outro, o germânico, um processo

⁵¹ Ibid. p. 15.

⁵² A referência alude à tutela interdital, cuja supressão elimina a *imperatividade*, própria dos interditos e outros instrumentos extraordinários concedidos pelo pretor romano nos períodos anteriores, como as *cautiones* e a *restitutio in integrum*, excluídas do procedimento ordinário em função da característica de sua jurisdição produtora de sentenças apenas condenatórias, que representam formas declaratórias de tutela processual, em detrimento da mandamentalidade própria dos interditos. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria...*cit. p. 15.)

⁵³ Id.

⁵⁴ Ibid. p. 14.

rudimentar de fundo místico-religioso.”⁵⁵ Os germânicos postulavam princípios retrógrados de justiça como atos de vingança. Durante grande período, o processo foi praticado sem nenhum cunho científico.⁵⁶

Os bárbaros invasores procuraram impor seu sistema jurídico aos romanos subjugados, tendo, no entanto, havido uma convivência entre o antigo direito romano e o dos bárbaros, em uma simbiose que caracterizou o processo medieval.

Segundo ensinamento de Arruda ALVIM, o processo romano-barbárico pode ser dividido em três fases assim entendidas: A primeira fase referida como “longobarda” (568 a 774), na qual o Juiz era o duque, o processo vazado em sacramentalidade, o sistema probatório era o ordálico. O escopo do processo era reparar a violação do direito, onde se confundia o processo civil e penal. Era praticamente inexistente uma fase declaratória, sendo o ingresso efetuado diretamente numa fase de realização do direito, conhecida hoje como execução. Nesse período dominavam os princípios da oralidade e da publicidade.

Na segunda fase denominada “fase franca”, compreendida de 774 a 900, houve o fortalecimento do poder real e a autoridade judiciária, o conde, era nomeada pelo detentor do poder. O procedimento passou a ser dinamizado pelo impulso oficial, sendo o conteúdo da sentença fornecido pelos “scabini”,

⁵⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ob. cit. p. 23.

⁵⁶ Sérgio BERMUDES apresenta entendimento no sentido de que neste período, “A jurisdição exerciam-na as assembléias do povo, que proferiam decisões, obrigando, não apenas os litigantes, mas todos os que presenciavam os pleitos. Nas assembléias, a função do juiz era apenas a de orientar o povo – órgão judicante – quanto à matéria de direito e sugerir-lhe a decisão a ser proferida. O sistema probatório, nesse período, constitui demonstração eloqüente do primitivismo jurídico dos invasores. Recorriam-se às famosas ordálias (do latim tardio *ordalium*, do franco *ordal*, juízo ou julgamento) pelas quais se submetiam os contendores a provas crudelíssimas, tais como a do fogo, a da água fervente e do duelo. Supunha-se que a divindade viria em socorro da parte que tivesse razão. Daí denominarem-se as ordálias de juízos de Deus.”(BERMUDES, Sérgio. Ob. cit. p. 198)

que eram juízes populares que assessoravam o conde. Nessa fase, constata-se uma infiltração das leis romanas no direito germânico, sobretudo pela influência do Direito canônico. Os “misi domini”, representantes do rei, tinham poder jurisdicional superior a toda magistratura.

Na terceira e última fase do processo romano-barbárico, conhecida como “fase feudal”, (900 a 1100), que coincidiu com a estrutura político-jurídica do feudalismo na Europa, constatou-se acentuada decadência dos institutos jurídicos, decorrente da atomização do poder político e a paralela divisão da soberania, refletindo no poder jurisdicional. Há um retrocesso no processo, reflorescendo o duelo como forma de solução de contendas, levando à decadência da jurisdição civil e ao proporcional aumento da jurisdição eclesiástica.

Há de se considerar que, conforme Ovídio Baptista da SILVA, as instituições jurídicas romanas que foram transmitidas por este período, não correspondem ao direito romano clássico, mas ao direito dos imperadores católicos do Império Romano, a partir de Constantino e, particularmente, pelas compilações do Imperador Justiniano, no século VI de nossa era, correspondendo, portanto, ao direito romano tardio.

Esse direito novo, sob a influência dos Imperadores cristãos, sintetiza os institutos do direito romano clássico permeados pelos princípios e ideais do cristianismo, que nesse período já se firmara como religião universal na Europa.⁵⁷

⁵⁷ Conforme enfatiza Solmi, citado por Ovídio Baptista da SILVA, “Os velhos textos romanos passam, agora, a ser iluminados por outros princípios, de modo que, mesmo permanecendo inalterados em sua forma exterior, o direito que então se formou reflete inteiramente os novos valores do cristianismo.”(SOLMI. Contributi alla *storia del diritto comune*, Roma, 1937, p. 5-57, *apud* Ovídio Baptista da SILVA, in **Teoria**...cit. p. 17.)

Djanira Maria Radamés de SÁ conclui que “Dessa miscigenação de institutos de Direito romano, germânico e elementos de Direito cristão, nasceu o Direito comum, aplicado durante a Idade Média.”⁵⁸ O processo comum⁵⁹ vigorou desde o século XI, até a metade do século XVI, porquanto passamos a analisar seus períodos.

A partir do século XI, com o surgimento das primeiras universidades européias, sobretudo a de Bolonha que se firmou como “primeiro grande centro de estudos científicos sobre direito”⁶⁰, houve um retorno ao ensino do direito romano. A Escola de Bolonha retomou o estudo do Direito romano através do *Corpus Juris Civilis*, dando ensejo ao surgimento de três grandes escolas de pensamento jurídico, a dos glosadores, a dos pós-glosadores e a dos humanistas.⁶¹ Analisando cada uma dessas escolas, Sérgio BERMUDES indica que:

(...) o período dos glosadores, assim denominados pelas anotações (glosas, comentários, anotações, possivelmente do grego *glossa*, língua, pelo latim *glossa*, interpretação comentário) que faziam aos textos jurídicos romanos, procurando ajustá-los às instituições de direito bárbarico, então vigentes (muitas vezes os glosadores intrometiam textos seus nos de Direito romano, a isso se denominavam interpolações, - de *interpolare*, consertar, remendar – cuja identificação desafia os romanistas.) O direito vigente nesse período

⁵⁸ SÁ, Djanira Maria Radamés de. Ob.cit. p. 38.

⁵⁹ Ensina Ovídio Araújo Baptista da SILVA que o procedimento comum , é expressão moderna do *ordo judiciorum privatorum*, em sua versão moderna. Nesse sentido afirma que o “chamado *direito comum* medieval, basicamente formado pelos direitos romano e canônico, contrapunham-se aos “procedimentos especiais” ou locais, de origem germânica, como hoje se contrapõe o procedimento ordinário, em suas duas espécies – o ordinário propriamente dito e o sumário -, aos procedimentos especiais.” Ensina ainda que nosso procedimento comum conservou-se fiel aos pressupostos romanos consubstanciado na fórmula com a estrutura *obligatio+ actio+ litis contestatio + condemnatio* que gera uma *actio iudicati*, ou seja, pressupõe uma obrigação como fonte da ação, que dá origem a uma sentença condenatória, que por sua vez demandará uma ação executória. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentos do procedimento ordinário**. In Processo Civil: aspectos relevantes. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006. p. 190.)

⁶⁰ ALVIM, Arruda. Ob. cit. p. 43.

⁶¹ A diferenciação entre essas escolas de pensamento dava-se, em acordo com Djanira Maria Radamés de SÁ, “conforme se comentasse as instituições romanas com fidelidade absoluta ao Corpus Juris, conforme o fizesse com criatividade em busca de um direito útil na solução para casos concretos ou conforme cultivassem o antigo com desprezo pelas interpretações dos integrantes das duas primeiras escolas”. (SÁ, Djanira Maria Radamés de. Ob. cit. p. 38.)

denomina-se direito comum, ou intermediário. É integrado, principalmente, por elementos de direito romano, germânico e canônico.⁶²

Arruda ALVIM, por sua vez, apresenta a seguinte divisão dos períodos de formação do processo comum:

a) Período dos glosadores – de 1100 a 1271: coincide com o início da formação do processo comum a formação das universidades, sobretudo a de Bolonha, onde trabalhava-se sobre textos romanos, anotando os juristas tais textos com as chamadas “glosas”. Esse período teve fim no ano de 1271, com a publicação da obra *Speculum Judiciale*, de Guilherme Duranti, repositório integral de todo o processo de então, em que se retrata um tipo de processo predominantemente romano.

b) Período dos pós-glosadores – de 1271 a 1400: é inserida a criação jurídica⁶³. Nessa época a prova e a sentença obedeciam aos princípios romanos; consagrava-se a intervenção principal, de origem germânica; a contestação da lide era necessária para a instauração do juízo e para a prolação da sentença; inicialmente a responsabilidade pelo impulso do processo foi deixada às partes, sendo mais tarde alterado pela adoção do impulso oficial; havia o processo ordinário e o sumário determinado e indeterminado; admitia-se a *appellatio tertii*, de origem francesa; o fundamento da coisa julgada passou a ser a presunção de verdade; o processo dividia-se em fases (*positiones*) cuja estrutura constitui o fundamento remoto do instituto da preclusão e, houve a introdução dos juízos provocatórios, cuja construção objetivava dar ao processo função meramente declaratória. Destaca-se ainda nesse período a constituição papal de Clemente V, de 1306, chamada “*Clementina Saepe*”, cuja generalização de princípios levou à determinação de um processo sem formalidades nos tribunais eclesiásticos..

c) Período da jurisprudência culta – de 1400 até 1500: esta fase estendeu-se à França e à Alemanha, merecendo destaque Jacomo Cujácio que trabalhou sobre as leis de Justiniano, fornecendo material de alto valor.⁶⁴

Esse breve retrospecto histórico, longe de querer esgotar o tema, intenciona tão somente demonstrar que, muitas das instituições do Direito romano clássico e do processo comum, formado pela simbiose do Direito romano, do Direito germânico e do Direito canônico que vigorou na Idade Média, são encontradas nos sistemas processuais modernos, conforme analisa

Sérgio BERMUDES:

⁶² BERMUDES, Sérgio. Ob. cit. p. 198.

⁶³ Segundo Arruda Alvim, foram os pós-glosadores responsáveis pela criação de institutos jurídicos novos, sendo a *criação jurídica*, elementos antes inexistentes na evolução histórica.

⁶⁴ ALVIM, Arruda. Ob. cit. v. 1. p. 43-45.

“De origem germânica é a intervenção de terceiros e a obrigatoriedade da coisa julgada a terceiros. O direito canônico contribuiu para o estabelecimento do processo sumário, mais simples e despido de formalismos. Descobrem-se, ainda, no direito intermediário, elementos de direito costumeiro, inerentes a determinados povos.”⁶⁵

Cabe ressaltar que o processo comum, que se expandiu pela Europa, e o processo civil vigente então na península ibérica, influíram de maneira notável na evolução do Direito Processual Civil brasileiro. Assim, após a análise da formação do processo comum, insta fazer como breve referência, sucinto exame da evolução do processo na Península Ibérica, a partir do pensamento de Arruda ALVIM⁶⁶.

Após a invasão dos bárbaros, Alarico, rei visigodo, baixou em 506 a lei denominada “Breviarium Alaricianum”, que era uma recompilação de algumas leis romanas. Em 693, foi baixada uma outra lei, revogando a anterior, denominada “Fuero Juzgo” ou “Forum Juditium”, sendo esta também síntese do Direito Romano. A invasão dos árabes na Península Ibérica em 711, pouco representou para a cultura jurídica.

Em 1139, o Condado Portucalense, base político-geográfica do que veio a ser Portugal, destacou-se na Península Ibérica, sendo regido pelo “Forum Juditium”, bem como por cartas forais, baixadas pelo poder real e que se destinavam a resolver problemas locais. Como em toda a Europa, no período concomitante ao nascimento de Portugal, havia franco aumento da jurisdição eclesiástica.

⁶⁵ Ibid. p. 199

⁶⁶ ALVIM, Arruda. **Manual ...cit.** v. 1.p. 13-54.

No século XIII, D. Afonso III, rei de Portugal, procurou reorganizar a justiça e o processo. Em 1380, outro rei, D. Diniz, fundou a Universidade de Lisboa, grande centro de estudos jurídicos.

Em 1446, Portugal, já solidificado como nação, através do rei D. Afonso, baixa sua primeira grande lei, as “Ordenações Afonsinas”. Essa lei teve vigência até 1521, quando foi substituída pelas “Ordenações Manuelinas”, baixadas pelo rei D. Manuel.

A última lei dos tempos mais antigos de Portugal foram as “Ordenações Filipinas”, baixadas pelo rei D. Filipe II da Espanha e I de Portugal, em 1603, também chamadas de Ordenações do Reino, tiveram importância ímpar para o nosso direito. As Ordenações apresentavam uma estrutura moderna, dividindo-se a parte processual contida no terceiro livro, em quatro fases, assim apresentadas, conforme anota Arruda ALVIM:

1.) “fase postulatória”, que se encontra nos Códigos modernos; 2.) “fase instrutória”, destinada à prova; 3.) “fase decisória”, destinada à decisão; 4.) “fase executória”, destinada ao processo de execução.

Ao lado disso, regulava o processo ordinário, que era o processo comum, e ainda os chamados processos sumários, empregados para alguns casos particulares, juntamente com os chamados processos especiais, aplicáveis a determinadas ações.⁶⁷

Sobre as Ordenações Filipinas, que disciplinaram as relações sociais no Brasil para além da dominação política portuguesa, assim se expressou Sérgio BERMUDES:

O processo das Ordenações, regulado no seu terceiro livro, compõe-se de elementos germânicos, canônicos e romanos. Resulta do grande fenômeno histórico que foi a recepção do Direito Romano na Europa Central e Ocidental. Está dividido em fases rigorosamente estanques: postulatória, probatória, decisória e executória. Tem conteúdo secreto. Prevalece nele a concepção duelística do processo, cujo desaparecimento, na América Latina, é fenômeno deste século.”⁶⁸

⁶⁷Ibid. p. 48.

⁶⁸BERMUDES, Sérgio. Ob. cit. p. 200.

Não obstante, de se destacar que nesse período, em decorrência de diversos motivos⁶⁹, houve a adoção de uma postura mais prática e menos científica do estudo do Direito. Sobre essa peculiaridade, assim se expressou Djanira Maria Radamés de SÁ:

Ao elegerem a prática forense como elemento central do desenvolvimento da ciência jurídica, os práticos dos séculos XVI a XVIII propiciaram o surgimento da confusão entre direito material e direito processual, fazendo com que o pensamento processual se quedasse em estado de letargia, até que o Código de Processo francês da era napoleônica, embora não inovasse tanto, procedesse à necessária separação das normas de direito material e de direito processual. As provas tornaram-se mais técnicas, mas tinha início a era procedimentalista, com fixação em matéria de organização judiciária, competência e procedimento, em vez de permitir uma noção mais ampla do fenômeno processual.⁷⁰

Esse, em breves linhas, o desenvolvimento do sistema jurídico na Península Ibérica e em Portugal, cuja legado chegou ao Brasil, por força da colonização portuguesa.

Adianta-se que, apesar da existência e importância através da histórica, conforme visto, foi somente no século passado que o Direito Processual Civil adquiriu densidade científica, depois que deixou de ser apenas complemento do Direito Civil, alçando a condição de disciplina autônoma dentro da ciência jurídica⁷¹.

⁶⁹ Djanira Maria Radamés de Sá imputa como motivo de adoção de uma postura mais prática e menos científica do direito, no período compreendido entre os séculos XVI a XVIII, ao *germe latente do nacionalismo, o fastio pelo estudo das obras clássicas e a invenção da imprensa, somados à necessidade crescente de obras práticas que fornecessem soluções para problemas concretos.*(SÁ, Djanira Maria Radamés de. Ob.cit.p. 39.)

⁷⁰ Id.

⁷¹ Ensina Cândido Rangel Dinamarco que a confusão entre direito material e direito processual principiou a ruir no século XIX. O primeiro elemento de tal queda se deu pelo questionamento do tradicional conceito civilista da ação e a afirmação de sua grande diferença no plano conceitual e funcional da *actio* romana, no sentido de que ela “não é (como está) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.” Esse questionamento teria levado a “reações em cadeia, que chegaram até a plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais.”(DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**cit. p. 18.)

Conforme ensina José Roberto dos Santos BEDAQUE, em 1956, travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo WINDSCHEID e Teodoro MUTTHER, a respeito da *actio romana*⁷². A partir dessa polêmica, os juristas passaram a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado, nascendo, então, o conceito moderno de ação.

Ainda, de importância ímpar, foi a obra do jurista alemão Oscar von Bülow, de 1868, com o estudo sobre *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*. Em tal obra demonstra o autor a autonomia entre a relação processual e a material. Esses são os dois grandes marcos determinadores da autonomia científica do processo e sua separação do Direito Civil, bem como de sua natureza de direito público, estabelecendo-se os conceitos fundamentais da ciência: *jurisdição, ação e processo*, conforme evidencia Cândido Rangel DINAMARCO.⁷³ Todo esse retrospecto histórico⁷⁴

⁷² Dispõe BEDAQUE que “Para Windscheid, ação significa direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Iures* previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido pelo magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição. Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele, o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio romana* e a ação moderna.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...**cit. p. 22.)

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**cit.p. 18-21.

⁷⁴ Em síntese do exposto, Arruda ALVIM traça o seguinte quadro da evolução da história do Direito Processual Civil do Ocidente: “1.) processo civil romano, de 754 a.C.a 568 d.C.; 2.) processo civil romano-barbárico, de 568 a 1.100, aproximadamente; 3.) período de elaboração do processo comum, de 1100 a 1500, mais ou menos; 4.) período moderno, de 1500 a 1868, antes da renovação dos estudos do Direito Processual, a nosso ver iniciados com a obra de Oscar von Bülow, precisamente em 1868;5.) de 1868 até hoje, podemos considerar como tendo sido o período contemporâneo, que é o realmente relevante, tendo em vista que o processo, dogmaticamente, e como ciência, é contemporâneo. Sem embargo disso, as modificações sofridas recentemente justificam uma alteração nesta divisão, como se explica abaixo. 6.) se é usualmente entendida, da data de 1868 até recentemente, como representando a fase contemporânea do processo, julgamos que depois da segunda guerra mundial e, aproximadamente de uns 30 anos a esta época,acentuou-se a ausência de dogmatismo, tendo em vista as carências de que,

intenciona lançar as bases e sedimentar o entendimento dos valores projetados em cada razão espacio-temporal da atividade jurisdicional, de modo a demonstrar a estreita relação havida entre o direito e os valores sociais existentes na realidade a qual serve. Somente a partir desse entendimento é possível se analisar a fase efetivamente contemporânea a qual se pretende chegar, com seus valores e ambições, voltados à efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, o que nos interessa sobremaneira nessa primeira parte do estudo é demonstrar quais as origens dos institutos jurídicos que chegaram a nosso tempo, e qual a realidade histórica a que serviram, de modo a esboçar entendimento no sentido de que, o Direito, como promotor de paz social, deve atender os reclamos próprios da época na qual se encontra inserido e, desta forma, acenar no sentido de adoção de medidas mais efetivas, ou reinterpretção das medidas existentes, na realização da tutela jurisdicional. Para tanto, passemos à evolução do processo civil em nosso ordenamento jurídico.

1.1. O Processo Civil Brasileiro

Cumpre-nos, em largas passagens, traçar uma linha evolutiva do Direito Processual Civil em nosso País. Conforme dito, o direito processual civil brasileiro finca raízes no direito romano-germânico, já que, descoberto em

universalmente, se reconhece estar se ressentindo a distribuição da Justiça. Por isso, pode-se dizer que a urgência, as ações coletivas, os procedimentos sumários, encontram-se na pauta das preocupações de todos os processualistas, governos, juízes e advogados, o que é reflexo direto de tais carências. Por isto tudo, a fase efetivamente contemporânea não guarda as mesmas características da fase precedente, ou seja, a que foi de 1868 até aproximadamente uns trinta anos atrás.”(ALVIM, Arruda. **Manual...**cit.v.1.p. 38-39.)

1500, e submetido à colonização portuguesa, regeu-se pelas Ordenações lusitanas, que tinham como fontes os princípios do Direito romano-germânico e o canônico.

O Brasil, no período colonial, foi regido pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas, tendo estas se estendido até após a independência do país, vez que ainda inexistia no país situação histórico-cultural necessária à produção de normas próprias.

Após a independência em 1822, o Brasil adotou as leis portuguesas, ressalvada a Constituição, vez que esta se consubstancia em símbolo de que houvera independência política, passando o País a ser regido pelas Ordenações Filipinas e pela Constituição de 1824.

Em 20 de novembro de 1850, foi criado o Código de Processo Comercial pelo Regulamento 737. Concomitantemente, as Ordenações Filipinas de 1603, continuavam a reger a matéria de processo civil. Em 1871, o Conselheiro Ribas foi encarregado pelo governo imperial de consolidar as Ordenações e as leis extravagantes que foram sendo promulgadas após a Independência, passando, então a ser adotada como lei Processual a Consolidação Ribas, que mantinha as Ordenações Filipinas regendo nosso processo civil. Pelo evidente descompasso entre as legislações, em 1890, por força do Regulamento 763, o governo estendeu às causas cíveis a aplicação das normas do Regulamento 737, revogando as Ordenações Filipinas.

Com o advento da República, em 1891, foi promulgada a Constituição Republicana, que atribuía aos Estados a competência para elaboração da legislação processual civil. Desta forma, já em 1905, teve início o movimento de codificações estaduais, iniciando no Pará, sendo São Paulo um dos últimos

Estados a promulgar sua lei processual civil. Em virtude do despreparo dos Estados para a função legislativa, as codificações estaduais eram reproduções das Ordenações e do Regulamento 737.

Com a Constituição de 1934, houve retorno ao sistema de legislação processual unitária, com competência exclusiva da União para legislar sobre processo.

A Carta Constitucional de 1937 substituiu a de 1934, reafirmando o propósito de reunificação, atribuiu competência à União para legislar sobre processo, permitindo, porém, aos Estados que também o fizessem em caso de ausência de legislação específica. Foi então nomeada uma comissão encarregada da elaboração do Código de Processo Civil, que logo foi dissolvida em função de divergências. Um dos membros dessa Comissão, o advogado Pedro Batista MARTINS, redigiu, sob a inspiração do jurista Francisco CAMPOS, então Ministro da Justiça, um anteprojeto de código que, transformado em projeto e promulgado pelo Decreto-Lei 1608 de 18 de setembro de 1939, veio a ser o Código de Processo Civil.

As críticas lançadas a esse diploma referem-se à duplicidade de entendimentos nele contida. Se por um lado possuía uma parte geral moderna, continha outra, a que tratava dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução fiel ao velho processo lusitano. Concomitantemente a existência do Código de 1939, vigoravam inúmeras leis extravagantes que disciplinavam institutos não contidos no diploma.

Em decorrência da evolução da ciência processual e das novas necessidades que se afiguravam, passadas duas décadas da vigência do Código de 1939, o Professor Alfredo BUZAID, então catedrático da Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo, foi encarregado de proceder à reforma de referido diploma legal.

Tendo apresentado, em 1964, três dos cinco livros que viriam a compor o atual Código de Processo Civil, em 1972, já então Ministro da Justiça, o professor Alfredo BUZAID completou o anteprojeto adicionando-lhe os dois livros que faltavam. Devidamente encaminhado para o Congresso Nacional o Projeto de Código recebeu emendas. Em 11 de janeiro de 1973 foi sancionada a Lei 5869 instituindo o Código de Processo Civil, em vigor desde 01 de janeiro de 1974 até nossos dias.

Sobrevindo a Constituição da República de 1988, foram revogadas algumas disposições do Código de Processo Civil, sendo outras sobrepostas, dentre elas merecendo destaque a contida no artigo 24, XI da Constituição que prevê competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar em matéria processual.

O atual Código de Processo Civil brasileiro, de autoria do Professor Alfredo BUZAID, revela grande influência da doutrina desposada pelo jurista italiano Enrico Tullio LIEBMAN, que esteve exilado no Brasil por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Não obstante o primor apresentado pelo aspecto terminológico e pela coerência do sistema, em função das novas realidades sociais e dos reclamos por justiça que se fazem sentir, vez que o Direito Processual Civil se apresenta como o meio por excelência de materialização dos direitos do cidadão, faz-se necessária a constante atualização do Código de Processo Civil, através de leis.

Assim, tem-se verificado o que é chamado pela doutrina de fases ou “ondas” de reformas do Código processual, sendo entendidas em 03 momentos, já referidos, mas que cabe aqui sucinta lembrança. A primeira “onda”, na qual se destacam as leis de 8.950, 8.951, 8.953 e 8.954 todas de 13 de dezembro de 1994. De um modo geral, as alterações promovidas nessa fase foram referentes ao esclarecimento de alguns pontos controvertidos existentes na redação do código que desnecessariamente comprometiam a economia e a efetividade do processo.

Dentre as inovações propriamente ditas promovidas nessa fase, destaca-se a relativa à antecipação de tutela no processo de conhecimento, com a redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

Importa especificamente para o estudo, as alterações promovidas pela Lei 8.952 de 13 de dezembro de 2004, consoante redação dada ao artigo 461 do código processual, que criou disciplina nova para as sentenças que julgarem ações relativas ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, possibilitando a adoção das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

O objetivo principal dessa alteração refere-se à preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional na espécie, de modo a minimizar as condenações convertidas em perdas e danos, quando for possível e desejável a execução específica.

A possibilidade de imposição de multa prevista no parágrafo 4º do artigo 461, empresta-lhe eficácia mandamental, conforme à frente será demonstrado.

Da mesma forma, a eficácia executiva *lato sensu* é suficiente para alcançar o cumprimento da obrigação de dar nela imposta, de forma independente do processo de execução. Esse efeito é conseguido também

pela possibilidade atribuída ao magistrado, conforme adotado no modelo nacional, de, frente ao inadimplemento do devedor, adotar medidas que garantam o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação. Pode assim ser antevista a ocorrência de fungibilidade entre as tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, com fundamento na norma do artigo 461, assunto este que será melhor discutido no desenvolvimento do trabalho.

A segunda “onda” veio com a edição das Leis 10.352 de 26 de dezembro de 2001, 10.358 de 27 de dezembro de 2001 e 10/444 de 07 de maio de 2002.

Entre as alterações promovidas por referidas Leis, interessa-nos sobremaneira para o estudo que se propõe, a referência específica às modificações efetuadas nos artigos 461, com a inclusão dos parágrafos 5º e 6º, que prevêm a efetivação da tutela específica e a possibilidade por parte do juiz de alteração do valor e da periodicidade da multa, e artigo 461-A, que unificou o regime de efetivação das decisões já adotado com relação à obrigação de fazer e não fazer, para também abranger a obrigação de entrega de coisa certa.

Ambas as tutelas previstas nos artigos 461 e 461-A do CPC, vez que são expressões das tutelas mandamental e executiva *lato sensu* em nosso ordenamento, serão objeto de estudo específico em capítulo próprio.

Merece destaque, antes da menção a terceira “onda” de reformas promovidas no Código de Processo Civil, a influência da reforma constitucional através da Emenda Constitucional 45 de 2004, que imprimiu sensíveis alterações na sistemática processual.

Por força de tal Emenda, foi acrescentado ao art. 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, tanto no âmbito do processo judicial quanto do processo administrativo, o *direito à razoável duração do processo*, bem como os meios que garantam que sua tramitação se dê de modo célere, cuja análise mais detida será objeto de capítulo que se segue.

Na terceira “onda” realizada em 2005, através das Leis 11.187 de 19 de outubro de 2005 e 11.232 de 22 de dezembro de 2005, 11.276, 11.277, ambas de 07 de fevereiro de 2006 e 11.280 de 16 de fevereiro de 2006, objetivou-se, sobretudo, imprimir novo sentido à execução, através da impressão de características da auto-executividade relativa a qualquer sentença de condenação. Foram trazidos para o processo de conhecimento todos os atos relacionados com a execução. Procurou-se aprimorar a liquidação de sentença, que, na prática, passa a se revelar como complementação do processo de conhecimento. Foram reparados ainda alguns aspectos conceituais entendidos errôneos ou de interpretação dúbia quanto à sentença. A execução provisória foi dotada de maior eficácia, de modo a torná-la mais útil ao exeqüente. As execuções decorrentes de sentença condenatória em indenizações por ato ilícito foram facilitadas.

A última reforma do Código de Processo Civil objetivou orientar a execução por título judicial como complemento do processo de conhecimento, em exercício evidente de sincretismo processual, mitigando a separação entre os processos de conhecimento e de execução.

De um modo geral, tanto as alterações do Código de Processo Civil brasileiro quanto a reforma constitucional realizada pela Emenda Constitucional 45, vêm ocorrendo em razão de um mesmo diagnóstico relacionado à falta de

operatividade do sistema processual e sua incapacidade de desempenhar de maneira útil a finalidade última à qual se destina, à realização efetiva da tutela dos direitos. Efetividade é a palavra de ordem a balizar a adoção das técnicas processuais capazes de materializar a tutela jurisdicional buscada.

Nesse desiderato é o trabalho proposto no sentido de investigar as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* como técnicas hábeis a realização efetiva da proteção dos direitos.

1.2. Raízes históricas das técnicas de prestação jurisdicional análogas à tutela mandamental e executiva *lato sensu*

Já foi esboçado, no início do capítulo, que a origem do direito processual civil brasileiro remonta aos direitos romano, germânico e canônico.

Apesar de já haver sido tecido em linhas gerais o desenvolvimento histórico de tais sistemas jurídicos, fez-se a opção por tratar separadamente, dentro de referidos sistemas, as técnicas de prestação da tutela jurisdicional utilizadas em cada período que guardam similitude, podendo ser referidas às tutelas mandamentais e executiva *lato sensu*, conforme objeto específico de análise no trabalho.

Com relação ao período romano, já se observou que se diferenciava o poder de *imperium* e o *jurisdictio*, sendo aquele o poder de mando e este o poder de dizer o direito. Essa diferenciação apresenta relevância no importe que, é através do poder de *imperium* que podia o magistrado ordenar ou proibir certos atos, com sanções administrativas, como multas e penhora e intervir nos litígios entre os particulares.

Importante distinção havida no direito romano, que ainda hoje repercute⁷⁵ diretamente no entendimento das ações mandamentais e executivas *lato sensu*, refere-se as *actio in personam* e as *actio in rem*.

Os romanos atribuíam uma *actio in personam*, ou ação pessoal, sempre que houvesse uma relação obrigacional que servisse de fundamento para a ação, de forma que, sempre havia na fórmula dessas ações, referência ao dever de prestar.

A contrário, na *actio in rem*, ou ação real, não havia qualquer obrigação a que estivesse vinculado o réu, já que por ela o autor buscava obter a coisa e não o cumprimento de uma obrigação.

Essa a razão porque apenas as ações pessoais, ou *actio in personam*, geravam uma sentença condenatória, ou *condemnatio*, ao passo de que as *action in rem* geravam, um *interdictum*, se a finalidade da demanda fosse a recuperação da posse, ou um *vindicatio*, caso o proprietário objetivasse a restituição de um objeto de seu domínio contra o possuidor injusto.⁷⁶

No período fomulário, tendo seu poder aumentado, o pretor passou a aplicar medidas excepcionais derivadas do *imperium*. São derivados desse poder do pretor, conforme ensina José CRETELLA JÚNIOR, os *interditos*, as *restitutiones in integrum*, as *estipulações pretorianas* e a *missio in possessione*.

⁷⁵ Essa repercussão possui maior peso se a análise das ações considerar em primeiro plano as origens históricas dessas formas de tutela jurisdicional, conforme a análise efetuada por Ovídio Araújo Baptista da SILVA. No entanto, sob a ótica adotada no trabalho, que parte do direito constitucional a afetividade da prestação jurisdicional, dentro da qual o processo assume condição de mecanismo de realização dos direitos materiais, sua importância é relativizada.

⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...*cit. v. 2. p. 198-200.

Essas medidas carregavam carga de mandamentalidade, como os *interditos*⁷⁷, que são providências tomadas pelo pretor para decidir uma controvérsia, ordenando ou proibindo alguma coisa.

Também a *missio in possessionem* era caracterizada por grande carga de mandamento, já que era a ordem dada pelo pretor a uma pessoa para que tomasse posse de coisas pertencentes à outra pessoa, via de regra como medida acautelatória.

Esses meios complementares de tutela passíveis de serem concedidos pelo pretor em decorrência de seu poder de *imperium*, pelo qual poderia mandar, alterando os fatos com o uso de seu poder, são claras manifestações de providências análogas às tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

No sistema *cognitio extra ordinem*, em função de suas características peculiares, sobretudo a natureza de sua sentença, faz-se possível à detecção de decisões com eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*. A condenação em pecúnia começou a ceder espaço, passando a ser admitida a tutela específica com relação às obrigações de dar, evoluindo paulatinamente para as obrigações de fazer.

Nesse período a sentença proferida pelo magistrado era mais livre que na época clássica, vinculando-se à lei, sendo sua força originada da confiança que desfrutava do imperador.

A sentença proferida pelo magistrado trazia em seu bojo a devida força executória. Sendo o réu condenado a restituir a coisa, poderia ser obrigado ao

⁷⁷ Nesse período distinguiam-se três espécies de interditos, sendo o proibitório, o restituitório e o exhibitório.

cumprimento de seu dever *manu militari*, podendo ser dever seu convertido em perdas e danos diante da impossibilidade de cumprimento *in natura*.

No sistema germânico antigo, por seu turno, pode ser localizada, para o estudo das tutelas executivas *lato sensu*, a penhora privada, pela qual, o senhor de bem material poderia tomar atitudes no sentido de recuperar imediatamente, de forma prática e individual, o que era seu, segundo seu próprio julgamento. Aquele de quem se tomasse o bem, sentindo-se lesado deveria instaurar um procedimento cognitivo contra quem lhe tomou o bem. Essa penhora, em momento posterior, passou a depender de autorização judicial.

No período do direito comum, a exemplo do que ocorria no período formulário, a *sententia* prolatada pelo *iudex*, fazia surgir uma nova relação denominada *res iudicata*, que serviria de fundamento da *actio iudicati*, pela qual o vencedor poderia exigir o cumprimento da sentença que lhe fora favorável. Como efeito relevante, a sentença condenatória, dentre outros, gerava a *obligatio iudicati*, pressuposto da *actio iudicati*.

Entre a condenação e a *actio iudicati* havia o lapso de trinta dias. Se o devedor não cumprisse a obrigação, dava ensejo à instauração de outra ação, com procedimento semelhante ao anterior, onde era novamente concedida uma fórmula pelo pretor. Frente a essa nova ação o devedor poderia assumir atitude de cumprir a obrigação, negar a obrigação, contestando a validade do julgamento ou silenciar-se. Se o devedor não cumprisse a *obligatio iudicati* nem contestasse, o pretor expedia uma ordem de execução da quantia devida.

Por esse período, ao contrário do período das ações da lei, por obra da atividade pretoriana, os atos executórios passaram a ter caráter opcional,

podendo ser admitida também contra os bens do devedor, e não mais apenas contra a pessoa do devedor. Assim, sendo esta a opção, o pretor, fundado no poder de *imperium*, emitia ordem autorizando o credor a se imitar na posse da totalidade do patrimônio do devedor.

Essa providência guarda estreita similitude com os institutos estudados no trabalho, vez que tratava-se de um meio eficaz de coação da vontade, pautado no poder de *imperium*, cuja intenção era compelir o devedor recalcitrante ao pagamento, sob pena dos danos que poderiam resultar de sua recusa no inadimplemento. Era, pois uma medida de caráter coercitivo semelhante à tutela mandamental, e autorizando atos executivos conforme a tutela executiva *lato sensu*.

No direito comum, como resultado da conciliação dos princípios romanos de maior formalismo com a simplicidade do processo germânico, surge o procedimento da execução *per officium iudices*, referente à efetivação da sentença, onde a execução passa a ser mera continuação do procedimento cognitivo. Em tal sentença a ser executada já se encontravam presentes os meios para a satisfação dos direitos do autor, com a possibilidade da prática de atos pelo juiz que importava na transferência de patrimônio do devedor e expropriação, como substituição de sua vontade.

Já no direito moderno que sucedeu o direito comum, cuja abordagem será feita mais detidamente no capítulo que se segue, os valores do racionalismo e do liberalismo presentes à época de sua formação, redundaram numa separação rígida entre a cognição e a execução, com destaque para a primeira função, diminuindo à quase extinção, as possibilidades de adoção de

tutelas por parte dos magistrados em sede de ação de conhecimento que refletissem atos de natureza executória.

Ainda desse período, também por influência dos ideais liberais e do capitalismo, a idéia de que todas as obrigações acabam por serem convertidas em pecúnia, abafando a noção de tutela específica da obrigação. Surgem os títulos executivos e há padronização dos procedimentos, criando-se um procedimento padrão – ordinário -, em detrimento dos procedimentos particulares, minimizando as ocorrências de mandamentalidade ou executividade nas tutelas jurisdicionais prestadas, em acordo com os ideais que vigoravam à época.

Tratando especificamente do desenvolvimento histórico do processo em Portugal e no Brasil com relação às manifestações das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, identifica-se que, conforme as Ordenações determinavam de uma forma geral, a execução era praticada pelo órgão estatal, procedendo-se por ordem imediata do juiz quando relativa à sentença. Para a efetivação das decisões era permitida até mesmo a prisão do devedor ou sua redução à condição de escravo.

Como influência do processo romano-canônico, a cognição, efetuada através de procedimento longo, era anterior à execução. Não obstante, havia a previsão da possibilidade de cobrança de alguns créditos privilegiados através de procedimento diferenciado. Havia ainda a previsão de procedimentos dotados de força executiva ou mandamental, como o procedimento para entrega de coisa, onde havia a retirada da coisa do poder de uma parte e entrega a outra.

Por força do Regulamento 737 já referido, foram disciplinadas as ações executiva e as de força nova, ambas possuidoras de eficácia mandamental e executiva *lato sensu*. Não havia autonomia do processo de execução e a efetivação das sentenças dava-se por iniciativa do juiz.

Posteriormente, com os Códigos de Processo Estaduais, detectam-se as ações possessórias, com provimentos dotados de força executiva *lato sensu* como aquele proferido em sede de ação reintegratória, cuja efetivação dava-se de imediato, independente de citação, e mandamental, como o proferido nos interditos proibitórios e de manutenção, pelo qual as decisões eram efetivadas por meio de mandado, com previsão de multa em caso de desobediência.

Já sob a influência da doutrina liberal, o Código de Processo Civil de 1939, com notas de mandamentalidade e executividade *lato sensu*, mantinha as ações executivas conforme disciplinado pelas Ordenações, bem como as ações especiais, mantendo ainda a execução de sentença como fase final do procedimento ordinário. O caráter executivo *lato sensu* podia ser identificado nas ações possessórias, que previam instrumentos aptos a modificar a realidade, ao passo que a mandamentalidade era nota das ações cominatórias, onde havia a ordem do juiz para a prática ou abstenção de ato sob a previsão de penalidade para o caso de descumprimento do comando judicial. Especial atenção denota o artigo 302⁷⁸ do Código de Processo Civil brasileiro de 1939,

⁷⁸ Código de Processo Civil de 1939. “ Art. 302. A ação cominatória compete: I – ao fiador, para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança; II – ao fiador, para que o credor acione o devedor; III – ao desherdado, para que o herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveite a desherdação, prove o fundamento desta; IV – ao credor, para obter reforço ou substituição de garantia fidejussória ou real; V – a quem tiver direito de exigir prestação de contas ou for obrigado a prestá-las; VI – ao locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio; VII – ao proprietário ou inquilino do prédio para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, e socego ou a saúde dos que o habitam; VIII – ao proprietário, inclusive o de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares, para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação ou caução pelo dano iminente; IX – ao proprietário de apartamento em edifício de mais de cinco (5) andares

onde estavam previstas as supra referidas ações cominatórias, que se apresenta como fonte do conteúdo do atual artigo 461, concernente às obrigações de fazer, clara manifestação da tutela mandamental. Essas, em linhas gerais, as origens e aplicações das tutelas mandamental e executiva *lato sensu* no decorrer da evolução do processo civil, considerando a *família* jurídica da qual descende o direito processual civil brasileiro, conforme debatido no início do trabalho.

para impedir que o condômino transgrida as proibições legais; X – à União ou ao Estado, para que o titular do direito de propriedade literária, científica ou artística, reedite a obra, sob pena de desapropriação; XI – à União, ao Estado ou ao Município, para pedir: a) a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura; b) a obstrução de valas ou excavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interesse público; XII – em geral, a quem, por lei, ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo.”

CAPÍTULO II
ESTADO E JURISDIÇÃO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2. Noção de Estado e de Prestação Jurisdicional sob a ideologia liberal-burguesa

O objetivo da análise que se segue não é a de levar a intento profundo e completo estudo sobre a formação e características do Estado liberal-burguês, ou dos institutos aqui tratados, mas antes, buscar, em tal período da história, as raízes e valores que serviram de fundamentos à formação do Direito Civil e, por conseqüência, do processo e dos procedimentos em seara processual civil, de cujo legado ainda hoje nos valem, buscando, sobretudo, focar a realidade social, o contexto formador dos valores que sufragaram e determinaram o modo de ser do processo civil.⁷⁹

Em seu processo de formação, a sociedade burguesa, moldou um projeto político voltado à satisfação das necessidades insurgentes, em consonância com os ideais do projeto burguês pautado, sobretudo, na racionalidade econômica, liberdade pessoal e incoercibilidade individual, em correlação a um Estado apequenado.

⁷⁹Como salienta Luiz Guilherme MARINONI, “Para a teoria do processo é fundamental o desenvolvimento da idéia de Estado e, é obvio, a noção de historicismo. As teorias acerca da jurisdição não podem ser compreendidas à distância do “espírito das épocas”, ou das idéias de Estados que as inspiraram. O tratamento da teoria do processo não prescindiu da reflexão sobre o Estado, a cultura e a realidade social de cada época.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.p. 18-19.)

Em oposição às características da sociedade feudal que a antecedeu, marcada pelos laços de dependência, de exploração da terra, a existência de vários centros de poder ligados a terra – os senhores feudais, a sociedade burguesa insurgente vai, paulatinamente, assumindo e impondo suas próprias características⁸⁰.

A expulsão dos camponeses do campo, em função, sobretudo das pragas, da escassez de alimentos, provocam uma corrida do mundo rural para os burgos, dando ensejo ao nascimento das cidades. As pequenas cidades começam a se dedicar à economia de troca, já que não podiam mais explorar a terra, levando a formação dos mercados, ou seja, do comércio.

Sem terras e sem senhores de terras, são quebrados os laços de dependência, de ligação orgânica, começando a surgir as cidades que pleiteavam a liberdade para ter vida própria, independente dos senhores feudais.

A burguesia começa a se enriquecer explorando o comércio. As trocas econômicas próprias do comércio pressupõem cálculo econômico na busca do lucro, levando o burguês a dominar a *racionalidade econômica*.

A partir desse quadro instado, produz-se uma alteração na mentalidade dos habitantes da cidade, a partir da consciência de que a riqueza não advém só da exploração da terra, mas também da circulação de mercadorias, através do comércio.

⁸⁰ É o que ensina Nelson Rodrigues NETTO, ao se referir ao cerne do pensamento liberal, ao afirmar que “Este sistema político ideológico, surgido após a Revolução Francesa, com a derrubada da monarquia e o desenvolvimento da burguesia, coloca-se a serviço desta classe social, propiciando seu progressivo enriquecimento.”(NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela jurisdicional específica: Mandamental e Executiva lato sensu**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.p. 88.)

Com a produção da riqueza, agora não mais vinculada apenas à exploração da terra, mas também através da circulação de mercadorias, germina o pensamento de que as pessoas podem se fazer por si mesmas, tirando seu sustento do lucro, rompendo os laços de dependência característicos da sociedade feudal, inserindo o pensamento burguês dissociado da idéia de comunidade.

Essa nova concepção sobre a riqueza vinculada à economia de troca e esta, por sua vez, pressupondo cada vez mais a liberdade – e a igualdade, como será demonstrado - dos indivíduos, que vai caracterizar toda a ideologia liberal-burguesa, dá ensejo à formação da economia capitalista.

A economia de troca baseia-se na apropriação e circulação de bens, dotando de importância à propriedade e o contrato, a primeira como modo de apropriação e o segundo como forma de circulação dos bens. Sob a perspectiva dessa concepção, a proteção patrimonial assume fundamental importância para o burguês.

Surge daí a necessidade de criar entidades e mecanismos para a proteção e a liberdade das trocas, sob as quais se baseiam a economia capitalista e a ideologia individualista. A partir desse pensamento e para essa finalidade é moldado o Estado, como forma de centralização dos vários núcleos de poder e implantação do projeto burguês, protegendo o comércio e os bens comercializáveis. O Direito vai possibilitar essa implantação⁸¹.

Enquanto no momento histórico anterior, a propriedade feudal era dividida, havendo várias pessoas que sobre ela exerciam interesses e poderes,

⁸¹ Se de um lado, no campo do direito obrigacional, a Lei era formulada de modo a propiciar total autonomia e liberdade, consagrada no brocardo latino *pacta sunt servanda*, de outro, no campo dos direitos reais, havia uma enunciação taxativa pela Lei, garantindo uma proteção rígida ao patrimônio, no importe em que, somente dentro dos contornos legais, surgiria o direito real na situação fática.

dificultando, senão, impossibilitando a circulação daquela, interessava à burguesia e sua economia capitalista, a circulação da propriedade. Há então um resgate da idéia de Propriedade Quiritária, do Direito Romano, para permitir o sistema de trocas, através do contrato baseado na vontade.

Como a economia se baseia na troca, para que aquela se fortaleça é necessário que todas as pessoas possam participar dessa forma de economia. Quanto mais pessoas participarem da economia de mercado, dada a sua característica naturalmente expansiva, mais ele crescerá. Assim, há duas formas de crescimento da economia de mercado; sempre criando novas coisas capazes de serem colocadas em circulação e aumentando o número de potenciais participantes dessa economia.

Para atender essas duas formas de crescimento, há a criação de documentos para possibilitar a circulação do bem imóvel. Bens naturalmente imóveis são assim transformados em bens circuláveis pelas cédulas. As coisas deixam de ser coisas e passam a ser mercadorias.

Para atender o segundo requisito da economia baseada no comércio, como o mercado precisa de consumidores, interessa a ideologia burguesa que os indivíduos tenham propriedade e liberdade para adquirir. Dessa necessidade, advém a idéia burguesa de que os indivíduos devem ser iguais e livres para permitir o tráfico jurídico – juridicamente iguais para serem juridicamente livres, embora possam ser materialmente diferentes.

A igualdade das pessoas na ideologia burguesa, conforme dito, leva à liberdade – as pessoas são iguais e por serem iguais, são livres. Não se olvide que se trata de igualdade e de liberdade formais, posto que materialmente continuam diferentes. Mas para o Direito, como reflexo da ideologia dominante,

todas as pessoas são iguais, possuindo personalidade jurídica, sendo, portanto, sujeito de direitos. Esse é o baluarte do direito privado clássico: igualdade perante a lei.

Os teóricos da burguesia fazem a distinção entre a sociedade civil e o Estado, gerando a diferença entre o público e o privado, ou entre o Direito Público e o Direito Privado. Enquanto o Direito Público deve regular os interesses do Estado, o Direito Privado regula a sociedade civil e aqui não é dado ao Estado manifestar-se.

Na sociedade civil há o mercado, e segundo o pensamento da época, no mercado há liberdade e igualdade, o que acarreta livre manifestação da vontade, desta forma, tornando desnecessária a interferência do Estado⁸².

A burguesia vai paulatinamente dominando o poder econômico e almejando o poder político, através da educação. Ao surgirem as primeiras universidades, estas foram ocupadas pelos filhos dos burgueses, que depois de estudados voltavam para disputar o poder político e fazer implantar a ordem política, moldando o direito estatal aos ideais da burguesia.

Como a racionalidade econômica é base da economia capitalista burguesa, há uma necessidade de busca pela certeza e pela segurança, agora pautada na racionalidade científica.

Na construção da nova sociedade o homem precisa deixar a religião em busca da certeza, já que aquela representa o incerto, o desconhecido. Busca auxílio para explicação da realidade, antes explicada pela religião, na

⁸² Nesse sentido ensina Ovídio Araújo Baptista da SILVA, que: “Os pressupostos que informaram nossas instituições processuais civis, assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana cuja autonomia e liberdade deve ser preservada com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual.”(SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso...**cit. vol. 2.p. 338.)

observação da natureza, nos fenômenos naturais, nascendo a racionalidade física e química. A observação dos conflitos sociais leva à formação das ciências sociais. A ciência surge em substituição à religião, como uma forma de explicação da realidade, que gera segurança, presunção de certeza e racionalidade. A busca pela segurança gera a racionalidade científica. Pelo mesmo motivo, abandonam-se os valores sensíveis, subjetivos que trazem incerteza. Esses valores são descartados do mundo jurídico.

Para buscar a segurança jurídica, duas ordens de caminhos são traçados. Primeiro, limitar o poder do Estado, já que esse, com seu poder econômico e militar, poderia intervir nas relações entre particulares. Dentre as formas de limitação dos poderes do Estado é pensada a tripartição dos poderes.

Também a construção do Direito⁸³ como sistema contribui para a segurança necessária à economia burguesa. A sistematização visa à criação de um Direito unitário, coerente e seguro. Entrega-se, então, ao Estado, o direito exclusivo de produzir o Direito, invalidando qualquer outra forma de produção. O Estado passa a ter o monopólio do Direito e da força, advindo daí a segurança.

Na busca pela unidade e coerência do Direito, surge a idéia da codificação. Em torno do ano de 1800, dá-se a era das codificações, onde as normas são escritas e consolidadas num único instrumento. Há a unidade, posto que oriundo da mesma fonte que é o Estado, e a coerência já que

⁸³ Nelson Rodrigues NETTO, assim se expressa: “Assim, o Direito é elaborado segundo tais premissas, e o processo civil construído sobre uma base que confere plena *certeza* e *segurança jurídica*, segurança esta voltada à proteção da opulência da camada dominante da sociedade.”(NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela...**cit. p. 89.)

constante de um mesmo livro. Desse período, o maior, e para nós mais importante referencial, é o Código de Napoleão de 1804.

A codificação, conforme ensina Ricardo Luiz LORENZETTI, prestou-se a três ordens de fatores, sendo a primeira “ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária”, a segunda, “uma garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado”, e a terceira “a proposta de regulamentação de todas as épocas e latitudes, segundo uma ordem racional.”⁸⁴

A Codificação e a Tripartição dos Poderes⁸⁵, que geraram uma função exclusivamente judiciária, concomitantemente a mudança do fundamento sobre o qual se assentava o direito, agora não mais residindo no rei, mas na vontade do povo, e a aceitação da idéia de que o Estado “é uma pessoa política e jurídica, qualificada e definida pela ordem jurídica por ele criada”⁸⁶, levaram ao conceito de Estado de Direito, como expressão jurídica da democracia liberal.⁸⁷

Suas principais características, segundo José Afonso da SILVA eram:

(a) submissão ao império da lei que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão dos poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.⁸⁸

⁸⁴ Nesse sentido é que Ricardo Luiz LORENZETTI, ao se referir ao segurança gerada pelos *Códigos decimonônicos*, assim se expressa: “O Código é segurança, que se traduz em uma seqüência ordenada de artigos. A imutabilidade é uma das suas características essenciais; não se pode alterar uma parte sem mudar o todo.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 43.)

⁸⁵ Conforme ensina Arruda ALVIM, “A aplicação dessa teoria [da tripartição dos poderes] foi o instrumento histórico que serviu à burguesia para se garantir contra o poder ilimitado do Estado e, simultaneamente, assumir o poder. Vale dizer, contra a antiga feição do poder, que precedentemente se encontrava encarnado na nobreza. Consistiu tal “expediente”, que se generalizou, no Ocidente, historicamente, no perfeito instrumento de construção do Estado de Direito. Este princípio foi para os juristas, o mais eficaz e lógico instrumento para a elaboração do Estado de Direito, tendo em vista as condições históricas da época.” (ALVIM, Arruda. **Manual...cit.vol.1**. p.160)

⁸⁶ ALVIM, Arruda. **Manual ...cit. vol. 1**.p.158.

⁸⁷ Ibid. p. 160

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 116-117.

Esse, em linhas gerais o perfil estatal havido como conseqüência da implantação do projeto burguês, pautado na economia capitalista, na ideologia liberal-individualista e no Estado soberano. Cumpre-nos, agora, analisar o reflexo dessa ideologia sobre o Direito produzido à época.

2.1. A prestação jurisdicional - direito material e direito processual

Como reflexo do momento histórico-social do qual emana, o Direito formado nesse período sob o influxo do pensamento liberal, espelha os mesmos valores e, para sua defesa se instrumentaliza. A teoria do processo está intimamente ligada à noção de Estado num determinado seguimento espacio-temporal, no importe em que, dele retira o substrato de seu instituto fundamental: a jurisdição. A Jurisdição é responsável pela realização dos fins do Estado⁸⁹.

A partir da divisão funcional do poder do Estado, conforme construção doutrinária concebida por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, há a separação dos poderes, distinguindo as funções do Estado em legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional, cada uma delas incumbida a um poder. Ao Poder Judiciário coube a função jurisdicional.

Concomitantemente ao desenvolvimento da noção de Estado, nascem às primeiras idéias a respeito do que veio a ser o Estado de Direito, em contraposição a idéia de absolutismo na qual o poder do Estado envolvendo as

⁸⁹ Ensina Nelson Rodrigues NETO que, a Jurisdição pode ser definida como “um *poder* – do Estado de decidir imperativamente e impor coercitivamente suas decisões; uma *função* – consubstanciada na promoção da pacificação dos conflitos intersubjetivos, realizando o ideal de justiça, por meio do processo; e uma *atividade* – consistente no complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função prescrita na lei.”(NETO, Nelson Rodrigues. **Tutela Jurisdicional específica: mandamental e executiva *lato sensu***. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 10.)

funções de fazer leis, o executá-las e o julgar os conflitos decorrentes de seu descumprimento, é exercido por um mesmo poder. É a tripartição das funções estatais que permite a existência do Estado de Direito. O Estado de Direito surge assim, conforme José Afonso da SILVA, “como expressão jurídica da democracia liberal.”⁹⁰ A atividade jurisdicional do Estado, através do Judiciário⁹¹, veio substituir a função anteriormente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito.

Há que ser lembrado, porém, nesse ponto, que não obstante a divisão dos poderes do Estado e a atribuição da jurisdição ao Poder Judiciário, a finalidade precípua do Estado liberal clássico era a de garantir a liberdade dos cidadãos, delimitando a intervenção do Estado na esfera jurídica privada. Por este motivo, conforme ensina Luis Guilherme MARINONI: “A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser, ao mesmo tempo, “clarividente e cega”. Esse tratamento igualitário é que garantia a liberdade dos indivíduos.”⁹²

Esse entendimento, conforme continua o referido autor, espelha uma ideologia que liga liberdade política e certeza do direito, no importe em que “A

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso...*cit. p. 116.

⁹¹ Cabe esclarecer que a referência aqui realizada possui o escopo didático de fazer entender o desenvolvimento histórico da noção de jurisdição do qual somos herdeiros, não importando em generalização e disseminação da idéia, que deve ser observada conforme as peculiaridades da realidade que se estude. Nesse sentido é que ressalva WAMBIER: “Essas fases não ocorreram de forma marcadamente distinta, de modo que se possa enxergá-las, num olhar voltado para o passado histórico, absolutamente separadas umas das outras. Não houve marcos divisórios nítidos, precisos entre essas diferentes fases, correspondentes a distintos modos de solução de conflitos admitidos pelas diversas sociedades ocidentais. A História mostra que, em quase todos os momentos, esses diferentes sistemas conviveram uns com os outros, ora com predominância de um, ora com a predominância do outro. Ainda hoje essa concomitância se verifica com muita clareza, apesar da evidente predominância da atividade jurisdicional estatal.”(WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.)

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica...*cit. p. 36.

segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei”.⁹³ Reflete ainda sobre a Jurisdição, no importe em que limita o papel do Juiz a mero aplicador cego da lei. Nesse sentido Nelson Rodrigues NETTO, afirma que “O dogma da liberdade dos indivíduos, retratada na seara do direito contratual pelo citado princípio do *pacta sunt servanda*, tem sua expressão maximizada no princípio do *nemo ad factum praecise cogi potest*, que veda qualquer instrumento de coerção sobre a pessoa humana.”⁹⁴

A não intervenção do Estado sobre o espaço privado constitui toda a preocupação do liberalismo, refletindo-se nas leis e, por consequência, na própria jurisdição. Exemplo disso é a tarefa meramente declaratória atribuída ao juiz, que era tido como “a boca da lei”, o que leva à conclusão de que a sentença somente declararia o texto da lei. A própria classificação trinária das sentenças, reflete a ideologia liberal, já que todas as três espécies contempladas podem ser definidas, segundo Luiz Guilherme MARINONI, como declaratórias *lato sensu*.⁹⁵

A limitação aos poderes do juiz, subordinado à exclusiva afirmação da autoridade da lei, era útil aos interesses burgueses, posto que garantia a liberdade necessária para o desenvolvimento dos planos sociais e econômicos.

⁹³ Id.

⁹⁴ NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela...**cit. p. 91.

⁹⁵ Nesse sentido se expressa Luiz Guilherme MARINONI: “Ou seja, as três sentenças da classificação trinária contêm declaração. A condenação e a constituição representam apenas “algo mais” que se agrega à declaração contida na sentença. A primeira, além de declarar o direito existente, aplica a sanção, abrindo oportunidade para a ação de execução, enquanto a segunda, após declarar, constitui uma nova situação jurídica.” (Idem. p. 37.)

Também o direito substancial havido sob a ideologia liberal-burguesa cuidava de oferecer prestações que respondessem às aspirações próprias àquela realidade.

O Direito Civil, cuja realização é o objeto do Direito Processual Civil, responsável pelo espaço privado da vida humana, considerando a divisão havida entre o público e o privado, era estruturado sob o tríplice significante: família, propriedade e contrato.

Não obstante, tais institutos eram dotados de significado diverso do entendimento hodierno.⁹⁶ A família, no projeto burguês, possuía as funções educativa, reprodutiva e, sobretudo, de manutenção do patrimônio. Assim, as características do Direito de Família no Direito Civil clássico eram: matrimonializado, hierárquico patriarcal e transpessoal.

Não havia a possibilidade de desenvolvimento pessoal. A proteção jurídica era dada à família visando unicamente suas funções, não se protegia os membros da família individualmente.

A propriedade possuía cunho individualista, na qual os poderes proprietários se concentravam nas mãos de uma só pessoa, o proprietário. Nesse contexto, para efeitos de proteção pela lei, havia os proprietários, dotados dos poderes proprietários de usar, fruir, gozar e dispor da coisa, e os não proprietários, contra os quais os direitos assegurados em lei eram usados.

Os contratos, por seu turno, possuíam a função de fazer circular a riqueza baseada no princípio da vontade, ancorada pela igualdade e liberdade formais, e como tal era a proteção conferida pelo Direito.

⁹⁶ Como ensina Ricardo Luiz LORENZETTI, “No Direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram instrumentados pelos setores sociais, com amplo acesso a esses bens, por esta razão se pensa no indivíduo “ já instalado e bem.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.)

Também de se mencionar que o instituto da responsabilidade civil, diversamente do entendimento que atualmente vem ganhando corpo, no sentido de restabelecimento ou prevenção da situação danosa, era fundado na culpa, pela qual a indenização era fixada para punir o causador dos danos.

O que importa ressaltar nesses breves apontamentos, é que os valores predominantes nessa época eram completamente destituídos de qualquer interesse social ou humanitário, e da mesma forma, era o Direito produzido, sobretudo o Direito Civil, que nos interessa especialmente, segundo linha de entendimento já apresentada.

Dentro desse contexto, sob esses valores e ideais foram moldadas as linhas do processo civil, cuja herança ainda fazemos uso, como assinala Ricardo Luiz LORENZETTI: “O Direito Processual tradicional baseou-se na controvérsia bilateral, imaginando um indivíduo litigando contra o outro, em virtude de um interesse particular. Este modelo é coerente com os direitos subjetivos relativos, que contempla o Direito material, e que só permite dirimir relações intersubjetivas bilaterais.”⁹⁷

Conforme já dito, o direito material sob a pregação liberal individualista, apresentava traços marcadamente patrimonialistas. Seguindo esse perfil também o processo civil⁹⁸, emergido do individualismo, traduzia-se em

⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Ob.cit. p. 92.

⁹⁸ É a doutrina de Nelson Rodrigues NETTO, no sentido de que “Exsurtem, destarte, em função da alentada preservação da *certeza* e da *segurança*, dois elementos cardeais do processo civil clássico: (i) a *coisa julgada material*, a qual constitui requisito necessário para o ajuizamento do processo de execução e configura elemento divisório entre cognição e execução; (ii) o *sistema típico de tutela executiva*, pelo qual é vedado conferir ao juiz qualquer poder para promover os atos necessários para a satisfação do demandante, salvo aqueles meios predeterminados pelo sistema, através dos quais cada situação de fato num deles deve se enquadrar, sob risco de não ser tutelada, ou ao menos, não tutelada adequadamente.”(NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela...**cit. p. 90.)

institutos jurídicos que consideravam o indivíduo enquanto tal, agindo isoladamente.

Em prol da certeza e da segurança, os poderes do juiz eram limitados à reafirmação do conteúdo da lei. A atuação do juiz limitava-se à declaração do direito, sendo desvinculadas as funções de julgar e de executar o julgamento. Pela mesma razão o juiz era destituído do poder de *imperium*, já que a jurisdição, por apego às suas origens históricas que serviam adequadamente aos interesses liberais, continuava limitada ao campo meramente declaratório do direito material dos litigantes. A classificação trinária das sentenças, que marca a separação entre conhecimento e execução, evidencia a preocupação do Estado liberal com a segurança e a liberdade.

Outra nota importante da influência dos valores do pensamento burguês sobre o direito processual é identificada no estabelecimento de um procedimento único para todas as demandas – o procedimento ordinário - desconsiderando a natureza do direito material postulado, a realidade social ou das diferenças e necessidades concretas existentes.

Mesmo raciocínio, de abstração das pessoas e dos bens, acarreta para o direito de matriz liberal, a suficiência da tutela pelo equivalente, conforme ensina Luiz Guilherme MARINONI:

Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado, valor em dinheiro.⁹⁹

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**...cit. p. 59.

Desta forma, pela igualdade formal pregada pelo liberalismo, tudo seria igual: pessoas, bens, necessidades, não existindo motivo para tutela específica, vigorando as perdas e danos ou tutela pelo equivalente. A partir dessa concepção e pretensão oriundas do direito material, é que se moldavam os processos, os procedimentos e as sentenças.

Dentro desse contexto político-social, deu-se a individualização do processo como ramo do direito, e conseqüentemente, em consonância e atendimento aos valores predominantes, consagrou-se o procedimento ordinário como rito comum, através do qual deveriam ser processadas todas as ações de direito material. Foi ainda consagrado o processo de conhecimento e suas eficácias declaratórias, constitutivas e condenatórias, como processo hábil à solução de todos os litígios, desconsiderando-se as diferenças existentes entre os direitos no plano material.

Não obstante a guinada havida na consideração dos valores hodiernamente, ainda continuamos a fazer uso dos mesmos instrumentos processuais contemporâneos à ideologia burguesa, que, por terem sido moldados para a satisfação dos valores de outra realidade, se mostram inaptos à realização das pretensões atuais.

2.2. Transição do Estado Liberal para o Estado Democrático

Seguindo o delineamento histórico traçado, a burguesia atingiu o apogeu de seu poder em pleno século XIX. Entretanto, a forma de produção capitalista implantada por ela, por não permitir uma justa participação de todos no processo econômico e político, acaba por criar um exército de excluídos, o

proletariado, como fenômeno de massa. Repete-se, então, a história: da mesma forma que a burguesia investira contra a nobreza hereditária, também essa nova classe surgida como efeito do capitalismo-liberal implantado pela burguesia, investe contra ela.

Quer impulsionados pela Revolução Industrial, quer pelos problemas sociais intensificados pela Primeira Grande Guerra, o proletariado excluído passou a reivindicar do Estado a interferência nas relações privadas, no sentido de melhorar as suas precárias condições de vida. Esse fenômeno da ascensão das massas, gerado como efeito colateral de um capitalismo sem barreiras, em marcha pela entrada na civilização, deixou evidente a insuficiência do aparato estatal e do sistema jurídico tradicional.

Essa massa passou a exercer forte pressão social pela reivindicação de novos direitos que a alcançasse. No entanto, o Direito Privado em sua forma clássica, desconhecia outras realidades que não fosse o indivíduo, como ensina Arruda ALVIM:

Isso veio a significar que o sistema jurídico todo, que fora construído com respeito às premissas de verdade do individualismo, o que por isso mesmo, gerou profunda aversão pelo papel de grupos sociais, começou a ser posto em dúvida. O esquema originário, no liminar e sucessivamente, na Idade Contemporânea, no processo civil e na ordem jurídica, era aquele em que indivíduo deveria ser defrontado com indivíduo, ainda que um deles pudesse ser forte e outro fraco.¹⁰⁰

Para responder aos reclamos cada vez mais intensos de massa insurgente, são editadas leis visando situações específicas. O aumento na produção dessa legislação esparsa para o atendimento de demandas específicas, sobretudo após a Segunda Grande Guerra, leva ao surgimento de

¹⁰⁰ ALVIM, Arruda. **Manual**...cit.vol.1.p. 66.

diversos microssistemas, que regulavam completamente um setor da vida, culminando com a implosão do sistema codificado e seguro implantado pela burguesia, levando ao fenômeno da descodificação.

A desistematização do Direito gera a insegurança, no importe em que, respostas antes encontradas no Código Civil, tinham agora que ser buscadas em Leis esparsas.¹⁰¹

A evolução da sociedade acarretou também a identificação de outros bens antes desconsiderados pelas ordens jurídicas. Esses bens são, exemplificativamente, os relativos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico e paisagístico, entre outros. Constata-se assim, a abertura do sistema jurídico a realidades antes não amparadas pela lei, em função de sua visão essencialmente individualista, para assumir contornos coletivos.

A partir dessa realidade social e das leis materiais civis editadas para atendê-la, surgem às primeiras grandes modificações do direito processual civil. Ainda que mantido o modelo estrutural legado pelo século passado, foram projetadas mudanças no sentido de alterar a fisionomia individualista, mitigar as desigualdades materiais e acolher os novos direitos e sujeitos de direitos. O Juiz, de expectador no litígio passa a ter uma postura ativa, podendo determinar provas, cabendo a ele conduzir o processo.

O processo e seus requisitos de constituição e desenvolvimento válido são separados do conteúdo material¹⁰², ficando aquele sob a fiscalização do Juiz, e às partes, o objeto do litígio.

¹⁰¹ Conforme expressa Ricardo Luiz LORENZETTI : “A proliferação produz insegurança e mobilidade. Não se sabe exatamente qual a lei em vigor, como se solucionam os conflitos de leis, qual será a decisão final do intérprete, pois sua margem de discricionariedade é grande. O princípio segundo o qual o Direito se presume conhecido é uma falácia.”(LORENZETTI, Ricardo Luiz. Ob cit. p. 70.)

Não obstante tais alterações não foram suficientes para propiciar o equacionamento de várias situações sociais, como, v.g., o consumidor, desprotegido pelo sistema individualista e os mais enfraquecidos social e economicamente. Em comum, essas novas realidades sociais cultivavam a ausência de proteção pelo direito material e pelo processual.

Paralelamente a esse quadro social instado que impôs ao Direito nova postura, como outra consequência, quando o Estado foi chamado a intervir nas relações particulares foi quebrada a fronteira estanque havida entre o Direito Público e o Direito Privado, abrindo caminho para uma forma de ressystematização que, mais tarde, seria chamado de Constitucionalização dos Direitos.

Nessa nova postura, não há lugar para o individualismo ou para a igualdade formal entre as pessoas. O Estado, agora participativo, deve intervir quando são feridos os objetivos comuns da sociedade. Os conflitos passam a ser vistos a partir de interesses agrupados.

Esse, em largas passagens, o caminho evolutivo e as mudanças sofridas pelos valores e ideais que inspiram e dão o contorno ao ordenamento

¹⁰² Nesse sentido, Nelson Rodrigues NETTO, aponta a possibilidade de se dividir em três grandes “*fases metodológicas*”, a evolução do processo, assim compreendidas: “(i) *sincretista*, correspondente ao período que vai desde os tempos do processo romano (v. supra, parte I, Capítulo I, 1.2) até meados do século XIX, excluídos o período dos trabalhos desenvolvidos pelos alemães sobre a natureza jurídica da ação e do processo (notadamente a obra de Büllow), tendo como característica a ausência de distinção entre o direito material e o direito processual, considerando-se o *processo* como mero procedimento, a *ação* como o próprio direito subjetivo substancial “vestido para guerra” para combater uma lesão sofrida, e tendo a *jurisdição* o objetivo de tutelar direitos e não pessoas; denota-se, por conseguinte, inexistir um rigor metodológico-científico suficiente para se delinear uma ciência do processo; (ii) *autonomista* ou conceitual, que corresponde aos primórdios do “período contemporâneo”, cujo marco inicial se deu com a obra de Büllow e é caracterizada pelos grandes estudos dos institutos processuais, resultado na formação de uma dogmática processual; contudo, teve como uma característica marcadamente instronspectiva, carecendo de uma visão pragmática, voltada aos resultados que deveriam advir do processo; (iii) *instrumentalista*, correspondendo ao moderno movimento dos processualistas, podendo ser considerada como uma fase de revisão dogmática, com acentuado caráter ético e sob os influxos de elementos exteriores ao processo (ao contrário da fase anterior, caracterizada pela introspecção e formação da ciência processual); seu diferencial repousa na consagração do processo como instrumento útil e eficaz, para obtenção da Justiça. (NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela**...cit. p. 97.)

jurídico em determinada razão espaço-temporal, do qual somos herdeiros e fruítários. Como produto dessa evolução, hoje, frente aos novos valores sociais vigentes, a efetividade do processo está na ordem das discussões e produções doutrinárias pátria e alienígenas. A idéia de que os institutos processuais devam ser revisitados para que a partir deles possa ser alcançada a efetividade do direito material, é entendimento pacífico.

No entanto, antes de abordar propriamente os meios pelos quais essa efetividade pode ser alcançada, interessa fazer uma análise mais detida das razões que levaram a algumas das muitas transformações havidas na esfera social, que desencadearam essa mudança ideológica e, conseqüentemente, alteraram a tônica de reivindicações e anseios aos quais o Direito deve se ajustar.

2.3. Novo papel do Estado – Estado democrático de Direito

A transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, foi se dando paulatinamente em decorrência de mudanças sociais, para as quais vários fatores concorreram.

Todos os elementos supra apresentados contribuíram para a formatação do novo papel do Estado¹⁰³, agora não mais voltado à proteção dos direitos

¹⁰³ Conforme esclarece José Afonso da SILVA: “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: “ Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o “qualificativo social refere-se a correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais, e realização de objetivos de

individualistas próprios da ideologia burguesa e aos interesses da economia liberal, mais voltados à consciência da inter-relação existente entre o indivíduo e os demais indivíduos, a consciência da ordem pública. Da mesma forma e seguindo mesmo movimento, também o Direito sofre uma repersonalização privilegiando o caráter da existência do homem em detrimento do patrimonial.¹⁰⁴

Há uma abertura aos valores, um fortalecimento dos direitos fundamentais. O próprio Estado passa a estar a serviço dos direitos fundamentais. Assim, há uma substituição da compreensão do Estado de Direito - no sentido de Estado de Legalidade, obediência cega à lei - por um Estado Democrático Constitucional – no sentido de que todos os Poderes públicos devem cumprir a lei no ponto em que significa cumprir a Constituição.

A concepção do Estado de Direito não é mais compreendida como aquele que regula as relações sociais pela lei, mas regula pela lei de acordo com a Constituição. Nesse sentido, a lei infraconstitucional deve ser proporcional e compatível com a Constituição, sendo o legislador um servo desta e dos Direitos Fundamentais. Não é mais a Constituição interpretada pela Lei, mas esta interpretada a partir da Constituição.

justiça social”. Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do welfare state.”. Muito embora apresenta citado autor a observação de que “ Talvez, para caracterizar um Estado não socialista, preocupado, no entanto, com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, fosse melhor a expressão Estado de Direito, que já tem uma conotação democratizante, mas para retirar dele o sentido liberal burguês individualista, qualificar a palavra Direito com o social, com o que se definiria uma concepção jurídica mais progressiva e aberta, e então, em lugar do Estado social de Direito, diríamos Estado de Direito Social.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 119-120.)

¹⁰⁴ A respeito escreveu Ricardo Luiz LORENZETTI: “O Direito privado começa a interessar-se pelas conseqüências públicas das ações privadas, seu impacto sobre os demais indivíduos e sobre os bens públicos, e por isso confere status jurídico a bens que antes eram irrelevantes.”(LORENZETTI, Ricardo Luiz. Ob. cit. p. 84.)

Essa nova postura diante da estruturação jurídica provoca uma releitura de todo o direito infraconstitucional a partir da Constituição, que tem como pilar a dignidade da pessoa humana, garantido pela supremacia dos direitos fundamentais.

Todo esse conjunto de sintomas, fruto da mudança histórico-social e cultural apontada, também atingiram a sociedade brasileira, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, fazendo-se projetar no Ordenamento Jurídico. Conforme já debatido, esses sintomas derivaram de uma gênese, uma travessia que se operou paulatinamente da Idade Moderna para a Contemporânea.

No âmbito do Direito Civil¹⁰⁵, o Código de 1916, sob marcante influência do Código de Napoleão de 1804, representava um ícone da modernidade e como tal projetou sua visão de mundo por sobre os três pilares – família, propriedade e contrato – que se colocaram segundo os interesses dominantes à época.

Passadas sete décadas até a Constituição de 1998, há um deslocamento do lugar ocupado pelo Código de 1916, que era chamado de Constituição de Direito Privado, para a Constituição propriamente dita.¹⁰⁶ Os

¹⁰⁵ Deve ser esclarecido, conforme será debatido mais adiante, que a idéia basilar do trabalho parte do entendimento do processo civil à luz da história, da realidade social e do Estado a que se liga. Esse contexto histórico-social no Brasil, conforme objeto específico de investigação, parte do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e foca no sincretismo processual impresso pelas tutelas mandamentais e executivas lato senso, que se apresentam como técnicas potencializadoras da efetividade das decisões judicial, portanto, da efetividade da tutela jurisdicional. Desta forma, sendo o processo o instrumento de materialização dos direitos, o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material, ou nos resultados materiais que o processo deve gerar para atendê-las, por isso a importância de identificar os direitos materiais garantidos em determinada razão de tempo/espaço e os mecanismos processuais existentes aptos a prestá-los.

¹⁰⁶ Como ensina Ricardo Luiz LORENZETTI: “O Código [Civil] divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o

mesmos significantes adotados pelo Código Civil, passam agora a ser lidos, a partir do significados que lhes imprime a Constituição e dos valores nela contidos¹⁰⁷.

Além dos pilares clássicos do Código Civil, de se observar que as transformações da sociedade e do Estado deram azo ao nascimento de novos direitos cuja proteção demanda estruturação de técnicas processuais diferenciadas, de modo a proporcionar a tutela específica ao direito buscado.

Cumpre-nos, portanto, ainda que sem qualquer intenção de exaurir o assunto, buscar compreender algumas das transformações ocorridas nas diversas áreas do viver humano, que demandam do direito sua justa adequação. Começamos pelo pilar de sustentação da ordem jurídica, pautado nos direitos fundamentais.

ordenamento codificado, pelo sistema de normas fundamentais.”(LORENZETTI, Ricardo Luiz. Ob. cit.p. 45.)

¹⁰⁷ Ensina Arruda ALVIM que: “Por isso é que se pode dizer com propriedade, que a chamada dogmática clássica, inspirada e desenvolvida em função do individualismo jurídico que resultou no positivismo jurídico, encontra-se superada, e esta situação ocorreu diante dessa não mais poder satisfazer às necessidades contemporâneas, animadas por uma consciência coletiva reivindicante e tendo em vista os reclamos de que todas estas situações viessem a ser protegidas.”(ALVIM, Arruda. **Manual**...cit. vol.1. p. 80.)

CAPÍTULO III

DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3. Direitos fundamentais

Segundo Gustavo AMARAL¹⁰⁸, os direitos fundamentais aparecem na história a partir da era moderna. As idéias de dignidade, liberdade e igualdade existiam na história antes do Renascimento, mas não formuladas como direitos, tal como hoje. Ensina ainda citado autor que os direitos fundamentais vão surgindo, primeiro para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto, seja em seu próprio exercício, seja em sua relação com os cidadãos e, também, pela humanização do direito penal e processual penal.

Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais. Teve-se, daí, a positivação, a generalização e, posteriormente, em especial após a 2ª Grande Guerra, a internacionalização dos direitos fundamentais.

Na análise de Luiz Guilherme MARINONI, acerca do surgimento e desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais ao longo da história, sob o influxo dos acontecimentos inerentes a cada momento, temos que:

¹⁰⁸ Leitura feita a partir da obra de base: AMARAL. Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.50 e ss.

Os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. Mas tarde, como consequência natural da transformação do Estado e de suas novas funções diante da sociedade, os direitos fundamentais passaram a ser categorizados não mais como direitos de defesa, mas igualmente como direitos a prestações.

Isso tem relação com a tomada de consciência de que não bastava garantir liberdades diante do Estado, mas era necessário dele exigir não só prestações de proteção aos direitos e prestações sociais capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, como também prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de prestação e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos.¹⁰⁹

Temos assim, em linhas gerais, que ‘Direitos Fundamentais’ é expressão empregada para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade. Essa positivação acrescenta as garantias dos mecanismos do Estado para a defesa desses direitos, mas não lhes retira a natureza de direitos morais.

Para Gustavo AMARAL, os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado. Não são eles meras regras de estrutura, pois indisfarçavelmente há direitos fundamentais voltados a prestações positivas e, por outro lado, os conflitos intersubjetivos baseados em direitos fundamentais que obrigam a uma intervenção estatal nas esferas protegidas por esses direitos, muitas vezes para limitá-los, o que seria impensável se sua natureza fosse de norma de estrutura, hipótese em que faltaria competência para o Estado.

Não são eles meros valores jurídicos a orientar a formação do ordenamento ou concessões estatais, mas, ao contrário, investem o particular em prerrogativas, legitimando-o a exigir dadas condutas estatais. Continuando,

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 154-155

referido autor aponta que os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos, que são direitos naturais.

Os direitos humanos são normas cujo teor varia ao longo da história, mas tendo sempre um prumo: a dignidade da pessoa humana, valor cuja definição *a priori* não é possível, mas que, em cada momento histórico, para cada comunidade, permite uma dedução racional.

Eles notabilizam-se por serem o pressuposto de existência da ordem jurídica. Uma ordem que não reconheça os direitos humanos, não é jurídica, mas mero estatuto de dominação. Os direitos fundamentais, que são positivados, ainda que por interferência de outros princípios e valores albergados no ordenamento, são normas que, a um só tempo, moldam a estrutura do Estado e asseguram direitos.

Os direitos fundamentais investem o indivíduo em um *status* jurídico no qual lhe é facultado formular pretensões perante o Estado, pretensões essas que podem dirigir-se a uma abstenção estatal - pretensão negativa - ou a uma ação do Estado – pretensão positiva, não havendo, porém, um binômio em correlação necessária pretensão/dever. Eles formam uma categoria própria de direito, pois a reivindicação de seu conteúdo não necessita da ocorrência concreta de um fato que se adeque à hipótese prevista em lei.

Embora seja usual a classificação em gerações de direitos, a terminologia, segundo Gustavo AMARAL, não é adequada quer para os direitos fundamentais quer para os direitos humanos. Para o referido autor, mais apropriado é falar em dimensões de direitos fundamentais, já que a realidade atual das antigas liberdades liberais não é a mesma que existia no século XIX.

Mesmo os direitos tidos por negativos comportam reivindicações de prestações estatais positivas.

Na Constituição da República Brasileira, que possui dentre seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, os Direitos e Garantias Fundamentais representam a base de todos os demais direitos, vinculando o próprio Estado como instrumento de persecução desses direitos, na realização de seus objetivos fundamentais.

O Título II, da Carta Magna, disciplina Os Direitos e Garantias Fundamentais, havendo a subdivisão em cinco capítulos, donde nos interessa sobremaneira o Capítulo I, que trata dos Direitos e deveres individuais e coletivos, contidos no art. 5º e seus incisos. Muito embora deve ser ressaltado que a Constituição de 1988 consagrou também a abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, existindo em outras partes do texto constitucional direitos fundamentais assegurados. Da mesma forma são também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, e compreendidos, em última análise, sob uma perspectiva principiológica.

De igual forma, pela dicção do artigo 5º, §2º¹¹⁰ da Carta Magna, foi reconhecida a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim com a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.

¹¹⁰ “Art. 5º. (...)§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”(Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998.)

E tamanha a importância dos direitos fundamentais, seu reconhecimento e proteção no ordenamento jurídico, que, conforme ensina Ingo Wolfgang SARLET:

(...) o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais” exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.¹¹¹

Mais do que a enunciação e o reconhecimento dos direitos fundamentais, parafraseando referido autor, importa que o direito a ter direitos restará vazio se tal não for compreendido também como o direito a ter direitos efetivos, no sentido de que reclama uma íntima conexão entre a dignidade da pessoa humana – dos direitos fundamentais de um modo geral - com o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e todos os seus necessários desdobramentos, evidenciando assim sua dupla função defensiva e prestacional, ou negativa e positiva.

Por tal colocação, para a plena concretização da dignidade humana, mas que o reconhecimento dos direitos fundamentais, há que se atentar para o fato de que da dignidade decorrem simultaneamente obrigações de respeito e consideração, mas também um dever de promoção e proteção a ser

¹¹¹ Nesse sentido ensina que: “Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes, notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente, embora não exclusivamente, principiológico, compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que, como ainda teremos oportunidade de demonstrar, do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que, neste sentido, se trata de uma norma de direito fundamental) não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.”(SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p.39-84.)

efetivamente implementado por medidas positivas, conforme será visto mais adiante, por parte do Estado, no uso de sua função jurisdicional.

3.1. A ordem jurídica instituída como fator de pacificação social – o processo e sua dimensão

Em sua longa marcha, o processo civilizatório conduziu o homem a uma convivência social, o qual buscava, a partir da associabilidade, viabilizar sua sobrevivência.¹¹² Tratando da formação dos grupos sociais, sob a perspectiva de sua força geratriz, escreveu Francesco CARNELUTTI, que é a existência de interesses coletivos que explica a formação de grupos sociais. Nesse sentido, afirma que: “Os homens se agrupam, porque a satisfação de suas necessidades não pode ser obtida isoladamente com respeito a cada um. A determinação dos interesses coletivos é, portanto, função dos grupos sociais, que se constituem sem outro objeto que o de desenvolver esses interesses.”¹¹³

A par de tais posicionamentos, há quem entenda esse processo de associabilidade, como própria vocação imanente do ser humano¹¹⁴, ou como necessidade para conservação e aperfeiçoamento, entendendo desta forma sociedade não como formação artificial, mas necessidade natural do

¹¹² Nas palavras de Eugen EHRLICH, a associabilidade “garante a sobrevivência dos que são capazes de se associarem, tornando-os mais fortes, porque são beneficiados pela força de toda associação. (...) Através da agregação de associações originárias como as parentelas, as famílias, as comunidades domésticas, surge a tribo, e num estágio posterior o povo.”(EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 28.)

¹¹³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 58

¹¹⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.01.

homem¹¹⁵. Qualquer que seja o posicionamento que se adote, surge como ponto comum o entendimento de que, qualquer agrupamento social pressupõe um mínimo de organização para viabilizar a convivência.

Desta forma, fez-se necessária a criação de mecanismos que disciplinassem e garantissem a ordem social, como óbices que os homens reciprocamente se colocam à liberdade individual. Estes limites passam por regras mutuamente aceitas.¹¹⁶

A criação das regras de conduta para os grupamentos sociais, no entendimento de Francesco CARNELUTTI, dá-se “Quando, pelo contrário, os interesses coletivos se tornem vastos, complexos, duradouros e, de modo ocasional, os grupos chegam a ser complexos, sólidos e estáveis, se constitui uma disciplina dos órgãos, ou seja, uma regra para sua atuação.”¹¹⁷

Não obstante a existência dessas *regras de atuação*, o próprio germe embrionário da formação social, ou seja, o *interesse* na satisfação das *necessidades*, acaba por expor ao embate os homens na busca dos meios para sua satisfação. Observando o conceito carnelutiano de *interesse*¹¹⁸, concluímos com tal autor que “se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior

¹¹⁵ ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. **Noções de Filosofia para o Vestibular**, 2ª ed. P. 60. Apud Carreira Alvim, in **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 01.

¹¹⁶Eugen EHRLICH, referindo-se a essas regras assim se expressa: “Uma associação ou organização social é um conjunto de pessoas que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras como determinantes para seu agir e em geral, de fato, agem de acordo com elas.”(EHRLICH, Eugen. Ob. cit., p. 37.)

¹¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema** ...cit. vol.I.p. 60

¹¹⁸ Para citado autor, *interesse* significa uma posição do homem, ou mais claramente, *a posição favorável à satisfação de uma necessidade*, sendo os meios para satisfação das necessidades humanas os bens. Desta forma, *homem e bem* são dois termos da relação denominada *interesse*. *Sujeito do interesse é o homem e objeto daquele é o bem*. (Ibid.p. 55)

apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e a de bem aparece a do conflito de interesses”¹¹⁹.

A busca de meios, de condições favoráveis para a satisfação das necessidades, pode levar à resistência aos limites socialmente impostos à liberdade do indivíduo, gerando assim a conflituosidade social. Ocorre conflito, no entendimento de Francesco CARNELUTTI, citado por Carreira ALVIM, “quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui, ou limita a situação favorável à satisfação de outra necessidade”¹²⁰.

Nessa linha de manutenção da ordem social, diante de um conflito de interesses surge o Direito¹²¹, construído pelo homem, a partir da atividade estatal, como técnica civilizadora da solução dos conflitos decorrentes da convivência humana.¹²²

No entanto, fez-se necessário ainda o surgimento de um organismo aplicador das regras do Direito, que minimizasse a resistência a estes limites, socialmente impostos à liberdade do indivíduo, e ao mesmo tempo tivesse

¹¹⁹ Ibid.p. 60.

¹²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos** ...cit. p. 06.

¹²¹ Há de se observar que o Direito se apresenta como uma das formas de resolução dos conflitos sociais, sendo este a partir da atividade estatal, havendo ainda a autotutela ou defesa privada e a autocomposição, que por sua vez comporta três formas, sendo a renúncia, a submissão e a transação, que se referem a resolução dos conflito a partir da obra dos próprios litigantes.

¹²² Nos dizeres de CARNELUTTI, “E assim, como em seu próprio interesse, os homens se sentem impulsionados a encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social, que é o interesse coletivo supremo. Na realidade, posto que unicamente por meio da vida em sociedade os homens podem satisfazer grande parte das suas necessidades, e posto que a guerra entre eles desagrega a sociedade, a composição (solução pacífica) dos conflitos se converte em interesse coletivo (público), ao qual poderíamos dar, para distingui-lo dos interesses em conflito (internos), o nome de interesse externo. Nele radica a causa do Direito.” E conclui o autor: “Esta ação acontece por meio da descoberta pelos homens, reunidos em sociedade, de uma regra, conforme a qual cada conflito tenha de ser resolvido e que se impõe para cada um deles por meio de um mandato. Da combinação da regra e do mandato nasce o que chamamos de Direito.”(CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. p. 63-64.)

força coativa suficiente para se impor contra a conflituosidade social. É então que surge a figura do Estado.¹²³

Na linha de manutenção da ordem social nascem, portanto, o Estado e o Direito, esse construído pelo homem, como técnica civilizadora da solução dos conflitos decorrentes da convivência humana, ou nos dizeres de Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, “o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana.”¹²⁴ Na consecução de seus objetivos, o Estado moderno desenvolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional.

Percebe-se, pois, que o homem abandonou o estado de individualismo selvagem para, renunciando a uma parcela de sua liberdade e autodeterminação, reunir-se em sociedade organizada na convivência coletiva, e construir racionalmente uma organização capaz de reger todos a partir da soma das parcelas de liberdade individual que, pela renúncia de cada membro, lhe foram outorgadas, sendo reconhecida a supremacia da vontade dessa organização, configurada pelo Estado.¹²⁵

PONTES DE MIRANDA, em seu Tratado das Ações, assim esclarece:

¹²³ Norberto BOBBIO, sobre o assunto assim se expressa: “O Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). (...) O nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde ‘civil’ está o mesmo tempo para ‘cidadão’ e ‘civilizado’ (Adam Ferguson).”(BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ªed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.73.)

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

¹²⁵ Conforme ensina Marcus Orione Gonçalves CORREIA, foi através do reconhecimento da supremacia da vontade coletiva do Estado sobre a vontade individual, que “Ao buscar solução do conflito, delegou-se ao Estado a possibilidade, através de uma decisão com poder de comando, de fazer a sua vontade soberana substituir a vontade particular.” (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.79.)

A ação, depois que a Justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandado e da execução; estas, tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado.¹²⁶

E continua o referido doutrinador no sentido de que “a justiça pelo Estado apenas se iniciou por medida de *monopolização estatal da justiça*, para que não pudesse e não tivesse o homem de se fazer justiça por si mesmo.”¹²⁷

Em sua diferenciação entre ação e tutela jurídica, PONTES DE MIRANDA fornece imprescindíveis esclarecimentos para a compreensão da idéia de fundo que se pretende demonstrar no trabalho, sobre o direito fundamental a efetividade da tutela jurisdicional e o dever do Estado em sua prestação, conforme trecho que abaixo se reproduz:

O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício desta pelas “ações”, é direito, no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou para si a tutela jurídica, a Justiça. (...) O Estado tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um dos elementos é a “ação”, o remédio jurídico processual.¹²⁸

Da mesma forma com que a convivência humana dá-se, motivada por uma complexa gama de interesses, também o Direito é fruto de deliberações humanas. Porém, dentro do Estado contemporâneo, a construção do direito não se dá de forma irracional e voluntariosa, mas sim através de um processo politicamente institucionalizado.

Assim, na construção do Direito com sua função de sociabilização, de pacificação social, identificamos a existência de estruturas harmoniosas e interdependentes que, interagindo entre si, desenvolvem o processo que viabiliza e disciplina essa convivência pacífica em sociedade, donde

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 64.

¹²⁷ Ibid.p. 137.

¹²⁸ BERMUDEZ.Sérgio. Ob. cit. p. 130.

concluimos que a ruptura ou ineficiência de alguma das estruturas que sustentam o processo de pacificação social, através do Direito, disfuncionaliza o sistema como um todo.

Como processo, a construção do Direito está em constante evolução decorrente da própria evolução da sociedade, da qual é lábaro representativo de anseios, ideais e valores, sufragada por um conjunto de fatores que determinam uma nova postura para o pensar e o aplicar o direito em cada realidade social, em busca da convivência pacífica entre os homens.

A ordem jurídica protege as pessoas e bens contra os que violaram as normas de agir da sociedade. Quanto às demais finalidades atribuídas ao Estado, ditas de natureza interna, são em verdade fruto das necessidades dos agrupamentos sociais, tais como as questões ligadas ao bem estar das pessoas, v.g. segurança, saúde, alimentação, educação, e sua ordem de priorização interna, ou eventual hierarquização, são variáveis ao longo do tempo e do espaço.

Veza que estas são determinadas pelo espaço e tempo, no espaço social, a radical transformação dos marcos tradicionais das fronteiras nacionais, com o advento das revoluções tecnológicas lideradas pelo setor da informática, afetou a própria forma de viver do ser humano.

O cidadão, num Estado Democrático de Direito, compreendido não mais como Estado de Legalidade, de uma restrita obediência à Lei, mas como Estado Constitucional, onde as Leis são reguladas pela Constituição, exige bem mais que uma formal manifestação do poder estatal. A cada dia, a comunidade aguarda do Estado uma eficaz e satisfatória prestação de

serviços, seja no tocante à saúde, à educação, à moradia, e por que não dizer, à própria justiça.

Essas mudanças na sociedade fizeram com que o Direito, instrumento tradicional do ordenamento social por parte do Estado, lido agora a partir de seu conteúdo Constitucional, tivesse que se adaptar, notadamente o direito processual, pois que é através dele que o conflito pode ser operacionalizado, e que os novos interesses/problemas que aparecem constantemente, podem buscar a solução para os conflitos que acabam por gerar.

A pacificação social, assim, é uma função de significativa relevância na estatização da prestação jurisdicional e para esta ser viável é preciso que haja na sociedade mecanismos efetivos de solução dos conflitos.¹²⁹ No exercício de sua função jurisdicional, para resolver os conflitos de interesses, o Estado vale-se do processo como instrumento. No ensinamento de CHIOVENDA:

Quanto mais se reforça a organização política, tanto mais se restringe o campo da autodefesa, não, por certo, em virtude de um contrato entre os poderes públicos e o indivíduo, mas pela natural expansão da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de normas de lei sempre mais numerosas e precisas, de outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas.¹³⁰ Converte-se, assim, o processo num instrumento de justiça nas mãos do Estado.

Sobre o assunto que ensina Luiz Guilherme MARINONI:

A partir do momento em que foi proibida a ação privada, surgiu a ação processual como veículo destinado a sua realização. A ação processual, contudo, para poder realizar as diversas ações de direito material, precisa a elas adaptar-se. Devemos ter não somente uma ação processual, mas várias ações processuais. Nessa perspectiva, como se percebe, a ação não se exaure com a sua mera propositura ou com a constatação dos seus requisitos existenciais, mas configura direito ao procedimento, à

¹²⁹ Segundo Ricardo Rodrigues GAMA: “A estabilidade social é promovida pelo exercício da jurisdição, isso porque os indivíduos agem e sabem que contam com um órgão que vai impor a outrem sua vontade (assegurada por lei). Dessa forma, afasta-se a justiça pelas próprias mãos, amparando-se aquele que realmente tem direito a ser protegido. Ainda, é importante ressaltar que a própria coletividade tem interesse na paz social.” (GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do Processo Civil**. Campinas-SP: Editora Copola, 1999, p.38.)

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol.I Campinas: Bookseller, 1988.p. 57.

cognição, ao provimento e aos meios coercitivos adequados a pretensão de direito material.¹³¹

O Processo surge então, através da função jurisdicional do Estado, como “última etapa na evolução dos métodos compositivos do litígio”¹³². Assumindo a função de resolver os conflitos, em substituição à ação privada, o Estado também assumiu o dever de prestar uma tutela ao cidadão, que realizasse o mesmo resultado efetivo que se obteria através da ação privada que fora proibida.

Logo, o processo para não negar a si mesmo e não frustrar sua dimensão social deve ser dotado de efetividade. A segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas também são condicionadas pela realização efetiva da prestação jurisdicional, por sua utilidade prática, no importe em que informam o sentido de Direito para os cidadãos.

Há uma evidente necessidade de aprimoramento do sistema processual, no sentido de que mais e melhores resultados efetivos sejam obtidos, com menor dispêndio de energia e em menor tempo¹³³. É o que ensina José

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela antecipatória**. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 117.

¹³² Carreira ALVIM, citando José Carlos MOREIRA ALVES, esclarece que “Conjectura-se, com bases em indícios que chegaram até nós, que essa evolução se fez em quatro etapas: na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor ou entre grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado, então incipiente, intervém em questões vinculadas à religião, e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da violência ilegítima. Na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima em vez de usar da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (árbitro) para fixá-la. Na terceira etapa, aparece o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como este acordo nem sempre existia, daí resultava que, só passou a obrigar os litigantes a escolher o árbitro que determinasse a indenização a se paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se porventura, o réu, não quisesse cumpri-la. Finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e, através de funcionários seus resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força, a sentença. (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos...** cit. p. 14-15.)

¹³³ Nesse sentido ensina Sérgio Torres TEIXEIRA, que: “somente com a eficiência do modelo de processo jurisdicional será possível proporcionar a eficácia da ordem jurídica, garantindo a todos a inserção em um ordenamento jurídico justo, cujas normas estipulam medidas que promovem a vida harmoniosa na comunidade e asseguram a efetivação dos direitos.”(TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Evolução do modelo processual brasileiro: o novo papel da sentença mandamental diante das últimas etapas**

Roberto dos Santos BEDAQUE, quando afirma que “o direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentando formas de tutela e de procedimento adequadas às situações de vantagem asseguradas pela norma substancial.”¹³⁴

A exemplo dos movimentos sentidos em outros países, a preocupação com celeridade, tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional foram e estão sendo as diretrizes norteadoras dos trabalhos de reforma do Código de Processo Civil brasileiro, implementadas ao longo da última década, na linha de adequação das normas processuais às garantias constitucionais e aspirações sociais.

Na realização de sua razão de ser, mais do que prever direitos, cabe ao Estado enquanto monopolizador do poder jurisdicional, prover meios de garantir a utilidade dos provimentos jurisdicionais materializados nas sentenças, em garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela concedida.

Tornar a tutela jurisdicional efetiva no tempo é a razão de ser do processo no entendimento que “O direito do jurisdicionado à prestação jurisdicional rápida envolve, substancialmente, o próprio conceito de processo como meio ideal para solução das controvérsias.”¹³⁵ A efetividade do processo se apresenta como meio material, dotado de uma instrumentalidade útil na solução das controvérsias levadas à apreciação pelo Estado-Juiz. Caso contrário, estar-se-ia negando o próprio conceito de processo, (do vocábulo

da reforma processual. In *Processo Civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Editora Método, 2005/2006. p. 317.)

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...**cit. p. 19.

¹³⁵ LOPES, Dimas Ferreira. **Celeridade do Processo como garantia Constitucional. Estudo histórico-comparativo: Constituições brasileira e espanhola.** In *Direito Processual na História*. Coord. César Fiuza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 277.

processamento) do latim *processus, procedere* – movimento para diante, e do verbo grego *proseko* – chegar até, vir de trás para adiante – que indica em última análise, o movimento executado metodologicamente em busca do objetivo para o qual fora acionado. É a dimensão social do processo.¹³⁶

Não sendo esta a baliza norteadora das normas processuais, em não havendo atendimento aos princípios constitucionais, não se atentando para a função social do processo, através da entrega da prestação jurisdicional em tempo e modo úteis, disfuncionaliza-se todo o sistema jurídico, como bem observa Ernane Fidélis dos SANTOS: “(...) se, pelo tempo, a realização prática do processo, a qual seria a tutela jurisdicional em concreto, se torna impossível ou dificultada, diz-se que houve frustração, ou seja, o processo e a própria atividade jurisdicional perderam mesmo a razão de ser.”¹³⁷

Pode-se concluir assim que, conforme preceitua o art. 3º¹³⁸ da Constituição da República, o Estado brasileiro, na realização de suas funções essenciais, tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, na qual se garanta o bem de todos.

Para isso, o Estado exerce a administração pública e cria as normas reguladoras da convivência social, tendo assumido também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados

¹³⁶ Nesse sentido afirma Ricardo Rodrigues GAMA, que “A pacificação social, com a distribuição da Justiça, é, sem dúvida, a função mais importante do Estado.” E continua, “Para a pacificação social, não há como negar que o processo deve ser eficiente e cumprir com o seu escopo social.”(GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade...**cit. p. 38.)

¹³⁷ SANTOS. Ernani Fidelis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey,1996.p. 17-18.

¹³⁸ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;II- garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

ou ameaçados pela violação delas a devida proteção, através da função jurisdicional e o correlato processo que a materializa, na entrega da tutela jurisdicional.

3.2. A função jurisdicional do Estado sob a baliza constitucional.

Muito embora as expressões “função jurisdicional” e “tutela jurisdicional” possam significar tanto a atividade como o resultado da atividade monopolizada pelo Estado, desenvolvida imparcialmente e em substituição aos interessados, no presente trabalho, para fins de enfatizar a segunda função específica de resultado da atividade jurisdicional, o tema será tratado em dois momentos que se seguem.

Conforme já esboçado, a atividade jurisdicional do Estado surgiu para regular as relações entre os indivíduos que compõem a organização social, tutelando os direitos que, cada um destes, já não mais pode individualmente defender ou autotutelar.

A jurisdição¹³⁹ pode assim ser entendida em linhas gerais como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, na busca de dar ao detentor do direito objetivo aquilo que é seu. Nas palavras de Ricardo Rodrigues GAMA, “A atividade jurisdicional deve ser entendida como aquela desenvolvida pelo Estado na distribuição da Justiça. Constitui ela um

¹³⁹CHIOVENDA acaba por definir a jurisdição como sendo: “a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva”. (CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 8.)

poder-dever-função, prestado pelo Estado, exercitável por este após a manifestação da parte, a qual tem por precisão ver seu direito protegido.”¹⁴⁰

Nas sociedades modernas, segundo visto, o Estado assumiu para si, em caráter de exclusividade, o poder-dever de solucionar os conflitos¹⁴¹. Desde então, compete-lhe a elaboração das regras gerais de conduta e a sua aplicação aos casos concretos. Compete ao Estado-juiz a solução dos conflitos de interesses, que, desde então, passou a ser imparcial. O Estado substituiu as partes, incumbindo a ele dar a almejada solução do litígio. A jurisdição é, pois, exclusivamente uma função do Estado. Segundo Cândido Rangel DINAMARCO, as finalidades sociais da jurisdição se dirigem à pacificação dos conflitos e à educação às regras de convivência. Já as finalidades políticas dizem respeito à promoção do poder, liberdade e participação enquanto valores fundamentais do Estado. Por fim, as finalidades jurídicas, já de caráter mais técnico, voltam-se à preservação dos preceitos concretos do direito objetivo positivado.¹⁴²

Cabe ao Estado a função de zelar pela paz social, protegendo os direitos de cada indivíduo frente aos demais pares, ou contra quem quer que pretenda violá-los. Este dever estatal é representado pela função jurisdicional, a quem compete solucionar os conflitos surgidos no meio social, pacificando as relações e as condutas dos seus membros.

¹⁴⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade...**cit. p. 14.

¹⁴¹ Ensina Nelson Rodrigues NETTO, que “O surgimento da jurisdição, como meio de solução de conflitos, foi decorrente do aprimoramento da sociedade, que se organizando politicamente, através de entidades hierarquizadas e pautadas por normas de convivência fixadas pelos seus membros, rendeu ensejo a criação do *Estado*, ente supra-individual e guardião dos interesses predominantes do grupo.”(NETTO, Nelson Rodrigues. Ob. cit. p. 4.)

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.149-223.

Deve ser observado, no entanto, que, conforme já adiantado, os contornos da jurisdição, vez que reflexo da soberania estatal, são delineados de acordo com o próprio Estado a que se liga. No Brasil, os preceitos normatizados na Constituição da República de 1988, esclarece José Renato NALINI¹⁴³ pretenderam “construir uma sociedade justa e solidária e, para isso, o processo se mostra essencial. Um processo simplificado, rápido e eficiente, garantidor dos bens da vida a todos, não apenas a uma parcela reduzida da população.”

Na Constituição Federal brasileira, as características básicas da função jurisdicional e da correspondente tutela prometida pelo Estado encontram-se referidas no próprio texto da Constituição, notadamente em seu art. 5º. Assim, ao mesmo tempo em que chama a si o monopólio do exercício da tutela dos direitos, proibindo, conseqüentemente, a autotutela, o Estado assume o compromisso de apreciar e, se for o caso, dispensar a devida proteção a toda e qualquer “lesão ou ameaça a direito”, conforme inciso XXXV do artigo 5º.

Por tal compromisso, o Direito, ressalte-se novamente, entendido em sua dimensão Constitucional, enquanto campo parcial do espaço social, não pode ficar distante das transformações que a sociedade sofre, pois que, se ele não for dinâmico, corre o risco de se tornar uma figura obsoleta. Dessa maneira, o ordenamento jurídico e, sobretudo, sua viga mestra tida na Constituição, faz sempre um esforço constante em transformar-se, adaptar-se a realidade social.

O que se percebe, entretanto, é que a crescente complexidade das relações sociais dos dias atuais, aliada a diversos outros fatores sociais e

¹⁴³ NALINI, José Renato. **Ética e Justiça**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p 169.

econômicos, gerou considerável aumento de demanda na utilização da função jurisdicional do Estado, o que, por conseguinte, veio criar, ou agravar, um problema que já se mostra de conseqüências nefastas ao cidadão que depende do socorro estatal para resguardar seus direitos¹⁴⁴, especialmente considerando que este mesmo está, ao menos pelo que dispõe a ordem jurídica vigente, proibido de buscar a solução pela autotutela.

Assim, buscando minimizar a distância entre a realidade social e o ordenamento jurídico, dando impulso à onda de reformas dentro do ciclo evolutivo incitado pela própria evolução social, a chamada Constituição cidadã, detectando a nova natureza das relações sociais, não apenas criou ou promoveu em nível constitucional instrumentos destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva, e tutelar direitos e interesses transindividuais, como ampliou instrumentos de tutela da própria ordem jurídica.

Com efeito, as diversas manifestações do conflito social vêm adquirindo contornos inéditos e mais abrangentes, extrapolando a esfera individual, ao passo em que realça uma dimensão mais coletivizada na sociedade.

Mas que a direito a fazer uso da função jurisdicional do Estado¹⁴⁵, o direito à tutela judicial efetiva tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma

¹⁴⁴ Nesse sentido afirma Nelson Rodrigues NETTO: “numa visão atual sobre a efetividade da tutela jurisdicional, o princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira, serve de mola propulsora para modificações no processo civil, de molde a criar os instrumentos necessários para uma adequada proteção das situações da vida para as quais vêm sendo dado relevo, tanto sob a faceta da transformação da sociedade *individualista* para uma sociedade de *massa* ou *coletiva*, como pela valorização da especificidade dos direitos e interesses (aqui tanto individuais como coletivos), ao invés de um tratamento meramente patrimonialista, ou seja, quantificando-os numa equação financeira.”(NETTO, Nelson Rodrigues. Ob. cit. p. 17.)

¹⁴⁵ José Roberto dos Santos BEDAQUE, ensina que “a tutela constitucional de ação compreende todos os meios para a obtenção do pronunciamento do juiz sobre a própria pretensão. Não se trata, obviamente, de mera garantia de acesso, compreendendo outros mecanismos destinados a assegurar um processo justo e efetivo.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito**...cit. p. .69.)

vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação e realização, já dizia Mauro Cappelletti.

É certo que as modificações que ocorrem no direito não conseguem acompanhar a velocidade daquelas que impulsionam o espaço social. Mas, para que os sujeitos reconheçam a legitimidade da fala da Lei, essa deve seguir sempre o objetivo de estar próxima do agir social. Assim, não obstante a pretensão de permanência, que deve ser tida pela Constituição e pelas Leis infraconstitucionais, não devem ser consideradas como imutáveis, precisando aprender com a realidade, seja em virtude da reinterpretação ou através de Reformas. Da mesma forma a função jurisdicional e o mecanismo do qual se vale para sua efetiva realização, ou seja, o processo, devem ser repensados a luz dos valores sociais.

No estudo efetuado, interessa, como ensina Frederico MARQUES, esse último ponto que assinala, especificamente a atividade jurisdicional, como sendo a aplicação processual da lei e do direito objetivo em geral. Assim, “Os órgãos estatais somente exercem a jurisdição por meio do processo, enquadrando-se assim, no *actum trium personarum* com um dos sujeitos que o compõem, e com o objetivo de solucionar uma lide segundo os mandamentos legais, para dar a cada um o que é seu.”¹⁴⁶

Deve ser assinalado, que não se olvida da necessidade de tratar de maneira mais aprofundada a questão da jurisdição, sobretudo no tocante a Jurisdição Constitucional, seus limites e abrangência. No entanto, para não

¹⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997. p. 106.

alargar sobremaneira o estudo proposto, bem como manter o limite determinado, as digressões tecidas mostram-se suficientes para tecer a base necessária à linha metodológica adotada. Assim, na continuação do trabalho, torna-se necessária abordagem específica da noção de tutela jurisdicional, de modo a tecer a base conceitual das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

3.2.1. A tutela jurisdicional

O conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade. Nas palavras de Nelson Rodrigues NETTO:

Partindo-se de um espectro amplo, com matiz constitucional e sob o manto do corolário do direito processual contido na cláusula “due processo of law”, e dos princípios do contraditório e da isonomia que dela decorrem, é possível admitir-se ser tutela jurisdicional o próprio exercício da atividade jurisdicional e o resultado que dela advém, atingindo ambos os titulares da relação processual, em seus pólos ativo e passivo.¹⁴⁷

Em outra passagem assevera o processualista, apontado a distinção entre jurisdição e tutela jurisdicional que, “enquanto se define a jurisdição como a função estatal de fazer atuar o comando concreto da lei para solução de conflitos intersubjetivos, a partir da corrente dogmática perfilada, tutela jurisdicional designa a proteção a ser obtida por meio do exercício da jurisdição.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva *lato sensu***. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.)

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 20.

Quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente da assistência, no amparo, na defesa que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos. Para Luiz Guilherme MARINONI, quando se fala em tutela jurisdicional, não se está a falar de sentença, mas de procedimento estruturado para tutelar efetiva e adequadamente o direito material.

Sob esse prisma tutela jurisdicional, “de uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido.”¹⁴⁹

Ricardo Rodrigues GAMA, entende a que a tutela jurídica apresenta um único significado, que é próprio bem da vida. Aponta a necessidade de se distinguir tutela jurídica de tutela jurisdicional, no sentido de que “Na tutela jurídica, o termo jurídico está ligado ao direito material, enquanto, por outro lado, na tutela jurisdicional, o vocábulo jurisdicional refere-se ao poder de julgar, ao direito processual.”¹⁵⁰

Conforme Teori Albino ZAVASCKI, “Esse compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direitos – o compromisso de prestar a tutela jurisdicional – constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de forma eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito.”¹⁵¹

Neste sentido é correto afirmar que o processo, conforme ensina Fernão Borba FRANCO “deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2000. p. 61.

¹⁵⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. Ob. cit. p. 13.

¹⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela, contrapartida essa que para ser efetiva, deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional adequadas às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito substancial.¹⁵²

Prestar tutela jurisdicional significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.

Neste sentido, a realização do direito constitucional de efetividade da prestação jurisdicional, somente se realiza através do processo, como meio de exercício da função jurisdicional, e em conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade.

Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV¹⁵³ do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Recentemente, conforme já declinado, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º, o direito à tutela jurisdicional efetiva foi fortalecido pelo direito à razoável duração do processo e a meios que garantam que sua tramitação se dê de modo célere.

¹⁵² FRANCO, Fernão Borba. **A Fórmula do Devido Processo Legal**. In. Revista de Processo. nº94, Abril-Junho/1999, Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.92.

¹⁵³ “Art. 5º. (...) XXXV- a lei não excluirá da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;(…) LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”(Constituição da República Federativa do Brasil, de 06 de outubro de 1988.)

3.2.1.1. Direito à tutela jurisdicional eficaz e efetiva

Ao assumir a função jurisdicional, e o poder de fazer valer suas decisões, o Estado também assumiu o dever de prestá-la, sendo, pois correto falar que a jurisdição é um poder-dever-função do Estado, residindo no perfeito funcionamento desta, requisito básico para garantir a paz social. Neste sentido, apontou Teori Albino ZAVASCKI:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.¹⁵⁴

É de se concluir, portando, que é prerrogativa do cidadão obter do Estado, sempre que necessitar, a prestação jurisdicional, e que esta deve ser eficaz e efetiva, ou seja, resolver o seu problema.

Da mesma forma, o direito de ação não seria apenas o direito de iniciativa, de mobilização do Estado em sua função jurisdicional ou de provocação de atuação do poder Judiciário no caso concreto, mas se compõe de outros meios constitucionalmente assegurados aos litigantes, cujo cerceio representa violação à própria ordem constitucional, ou seja, direito a tutela jurisdicional, propriamente dita, de maneira tempestiva e eficaz. Nesse sentido é o ensinamento de Luiz Guilherme MARINONI:

(...) o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5º, §1º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigando a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as

¹⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa.¹⁵⁵

Conforme debatido, o direito de ação ou direito de acesso à Justiça e o direito a uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, são direitos constitucionalmente assegurados dentre os direitos fundamentais, contidos no artigo 5º, da Constituição da República de 1988, nos incisos XXXV e LXXVIII, já mencionados. Ainda, também conforme já apresentado, por atenção ao §1º de mesmo artigo, tais normas possuem aplicação imediata.

Deve-se analisar assim, na continuação do estudo proposto, a esfera dos três planos distintos e inconfundíveis de análise científica concernente aos atos jurídicos – aqui notadamente o das normas jurídicas, quais sejam, o da existência, da validade e da eficácia.

Em linhas gerais, a existência das normas jurídicas está ligada à existência de seus elementos constitutivos e a validade decorre do preenchimento de determinados requisitos ditados pela lei.

De maior interesse para o tema proposto se apresenta a eficácia dos atos jurídicos, que pode ser entendida como a aptidão para a produção de efeitos, que, em verdade, se apresenta como pressuposto para a efetividade.

Nesse sentido, segundo Luis Roberto BARROSO, eficácia é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. E complementa o referido autor “a eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual** ...cit.p. 30.

produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem.”¹⁵⁶

Assim, é no plano da realidade, situado fora da teoria convencional que se nota o advento de um quarto plano fundamental, consolidado pela Carta Política de 1988, em complementação aos três planos apresentados pela doutrina clássica referente à existência, validade e eficácia da norma jurídica, no tocante a sua efetividade, ou eficácia social da norma.

Cuida-se aqui da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, os efeitos que a regra suscita através de seu cumprimento. A efetividade significa a própria realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representa a materialização da norma no mundo dos fatos.

Para tal análise, valemo-nos dos ensinamentos de Luis Roberto BARROSO:

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.¹⁵⁷

Observa-se, conforme dito, que a efetividade das normas depende de sua eficácia jurídica, ou seja, há necessidade de que o efeito jurídico pretendido pela norma seja realizável, sem o que não há efetividade possível.

¹⁵⁶ BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 247.

¹⁵⁷ BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

Embora o §1º¹⁵⁸, do artigo 5º, da Constituição da República garanta a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o que se percebe é a falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de se moldar e submeter-se à realidade social, no espaço em que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional, travando uma tensão permanente entre a norma e a realidade.¹⁵⁹

3.2.1.2. Direito à razoável duração do processo

A Justiça é um bem que afeta a todos, quiçá a mais importante dentre as capazes de conferir estabilidade ao convívio em sociedade. Mas há que se refutar a oferta de uma justiça qualquer, deformada, equivocada, intempestiva. Tal modalidade de prestação jurisdicional não interessa ao cidadão, posto que insuficiente para atender seus anseios e pacificar a sociedade. O tempo tornou-se, em nossos dias, um dos parâmetros fundamentais da Justiça moderna. Ricardo Rodrigues GAMA, afirma que “Não é segredo que o tempo funciona como um grande inimigo daquele que busca a reparação ou a proteção de seu direito.”¹⁶⁰

A tutela jurisdicional, portanto, no arcabouço constitucional, há que relevar aspectos reinantes pela efetividade e celeridade na entrega da

¹⁵⁸ “Art. 5º. §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (Constituição da República Federativa do Brasil, de 06 de outubro de 1988.)

¹⁵⁹ A esse respeito escreveu Luis Roberto BARROSO, “Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela a mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional.”(BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. p. 249.)

¹⁶⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade...**cit. p. 30.

prestação buscada. Ao lado da segurança e da certeza, a brevidade e a efetividade colocam-se como valores predominantes e conciliatórios na oferta da tutela jurisdicional. Esta, a exigência de todo cidadão.

Assim, a jurisdição, além de ser amplamente acessível, precisa ser célere, eficaz e efetiva em sua função. De nada adianta ao cidadão dispor dos meios para recorrer à tutela jurisdicional se esta não puder resolver o problema apresentado. A extraordinária velocidade do mundo atual, sobretudo decorrente da revolução informática, insta a que seja buscado um novo paradigma de Justiça, atenta à noção contemporânea de tempo e espaço.

Nesse sentido, torna-se imprescindível analisar a questão do prazo razoável na prestação jurisdicional como condição de possibilidade de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, da entrega da prestação jurisdicional eficaz e efetiva como forma de exercício da cidadania nos Estados Democráticos de Direito.

Luiz Guilherme MARINONI é enfático ao afirmar:

A lentidão do processo pode transformar o princípio da igualdade processual, na expressão de Calamandrei, em 'coisa irrisória'. A morosidade gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Entretanto, o cidadão tem direito a uma justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável. Como disse Héctor Fix-Zamudio em excelente trabalho tratando da situação da justiça na América Latina, 'se ha elevado a la categoria de derecho fundamental de los justiciables, el de la resolución de los procesos em um plazo razonable'. Alias, a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, §1º, garante que toda pessoa tem direito a uma audiência eqüitativa e pública dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º - que tem plena vigência no território brasileiro, em face do art. 5º, §2º da Constituição Federal – afirma que "toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável."¹⁶¹

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32.

Nesse diapasão, o direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado – de se valer da função jurisdicional - mas também e principalmente, o de obter em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos – uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.¹⁶² É nesse sentido que afirma Luiz Guilherme MARINONI:

o direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.¹⁶³

Em consonância com esse entendimento, Teori Albino ZAVASCKI expõe que: “não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se seja também expedida, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, “sem dilações indevidas”.¹⁶⁴

Por outro lado, a demora e a falta de efetividade na prestação jurisdicional configura violação ao direito fundamental de acesso à justiça, traduzindo-se na própria denegação da justiça. Com efeito, um julgamento tardio e que não realize o direito material garantido pela norma, irá perdendo progressivamente seu sentido reparador.

¹⁶² Tempestividade, no dizer de Ricardo Rodrigues GAMA, é: “a utilidade da prestação jurisdicional para aquele que quis ver o seu direito tutelado.” E continua no sentido de que , “a realidade já não permite mais a continuidade da utilização de construções filosóficas, que só poderiam sobreviver em condições ideais, para não dizer utópicas.” (GAMA, Ricardo Rodrigues. Ob. cit. p. 30/31.)

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.18.

¹⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. cit. p. 64.

A questão da tempestividade deve ser sempre analisada a partir da utilização racional do tempo do processo pelo réu e pelo juiz. Se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Da mesma forma, haverá lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo injustificável diante das circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional. Basta evidenciar que há direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Conforme ensina Luiz Guilherme MARINONI:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹⁶⁵

Neste sentido, parafraseando Dimas Ferreira LOPES, tornar algo efetivo no tempo é conferir uma dinâmica positiva, uma instrumentalidade útil, porque o direito do jurisdicionado à prestação jurisdicional rápida envolve, substancialmente, o próprio conceito de processo como meio ideal para a solução das controvérsias.

A atual complexidade social, caracterizada pelo surgimento de novos direitos e, portanto, novas demandas, exige que o Estado esteja suficientemente preparado para enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, de forma a garantir a plena efetivação dos direitos consagrados.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica...*cit. p. 159.

Diversas são as causas das dilações temporais que se colocam entre o jurisdicionado e a obtenção da tutela jurisdicional através do processo. Desde a inadequação do modelo processual adotado, passando pela ausência de ética de muitos operadores do Direito, que se valem do processo para legalizar atividade ilícitas, ou dos meios recursais para protelarem a prolação ou cumprimento de decisões que lhes seriam desfavoráveis, até a postura de serventuários da Justiça não vocacionados. No entanto, em qualquer destas situações, um dos argumentos mais usuais na defesa da postura adotada é a da necessidade de segurança que o processo e a decisão advinda deste, deve gerar para as partes.

O que cabe pontuar quanto a esta questão, incide sobre a necessidade de se diferir a noção de segurança jurídica, no sentido de estabilidade social, de segurança da decisão judicial, que implica em infalibilidade da decisão. Quando falamos em necessidade de segurança dentro do processo, nas situações que se apresentam em contraposição a efetividade, fazemos referência a este último sentido de segurança, aquela que deve existir com relação a decisão judicial prolatada.

É visível que a segurança, nesse sentido, se opõe a efetividade, no importe em que, enquanto esta visa o processo útil e apto a resolver prontamente o litígio, aquela, por pretender a indefectibilidade da decisão, demanda tempo para ser obtida.

No entanto, tanto quanto uma decisão imperfeita acarreta prejuízos ao demandado, o retardamento do processo e da decisão judicial, seja por questão da exigência do modelo processual adotado, seja por questões malevolentes, em busca da obtenção da decisão perfeita, acarreta danos ao

demandante, o titular do direito previsto pelo ordenamento jurídico, que a ele deveria proteger. Equacionar de modo a combinar em doses conciliáveis, efetividade com segurança, celeridade com verdade, sob a noção prioritária do direito à efetividade da tutela jurisdicional, é o desafio do legislador e do aplicador do Direito, conquanto passamos a analisar esta, como direito fundamental.

3.2.1.3. Direito à efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental

O direito à tutela jurisdicional efetiva engloba três direitos, pois exige técnica processual adequada, procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional.

Parafraseando Luiz Guilherme MARINONI, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, no sentido de buscar a obtenção de uma prestação, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas da mesma forma, que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos.

Esse direito fundamental à prestação jurisdicional eficaz e efetiva, por este motivo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas também, técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. Assim, tem-se que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais.

Pode-se entender assim que, o direito fundamental à tutela jurisdicional independe do direito a que se busca, sendo que, muito embora o juiz, no mais dos casos, não decida sobre direito fundamental, ele responde ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Desta forma o juiz e o legislador, ao zelarem pela técnica processual adequada à efetividade da prestação jurisdicional, em verdade promovem proteção aos direitos e, por conseqüência, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, os quais, não fosse assim, de nada valeriam.

O direito à tutela jurisdicional, passa assim, a ser visto como o direito à efetiva proteção do direito material, a ser prestada pelo Estado, tanto através do legislador como do juiz, sobre os quais paira o dever de se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Diante de tais considerações, não passa despercebida a necessidade aqui de se questionar a aplicabilidade dos direitos fundamentais à luz dos ditames constitucionais, conforme o art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Porém, tendo em vista tratar-se de matéria complexa cujo exame demandaria outro trabalho, quiçá ainda mais profundo, deixa-se de adentrar em tal seara, para manter o foco no tema proposto.

Assim, percebemos que eficácia concreta dos direitos legalmente assegurados, depende da garantia que se dê ao direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva e em tempo hábil, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. É nesse sentido que se entende a tutela mandamental e executiva *lato sensu*, como habilitadoras de técnicas apropriadas à potencializar a efetividade das decisões judiciais, conforme passa a analisar.

CAPÍTULO IV

CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E SENTENÇAS

4. Da teoria trinária à teoria quinária

Conforme esboçado no capítulo anterior, a idéia de ação como direito de pedir a tutela jurisdicional a ser exercida contra o Estado no desempenho de sua *função* jurisdicional, quando confrontada com os valores constitucionais já apresentados, faz evidenciar a necessidade de complementação dessa concepção, para nela incluir o direito à realização efetiva dos valores e princípios defendidos pelo ordenamento jurídico.

Essa complementação passa pelo prisma da efetivação do direito material reconhecido no exercício da função jurisdicional. Nasce daí a idéia de *tutela jurisdicional* como sendo a continuação do direito de ação, enquanto direito a uma sentença de mérito, acrescida da forma de dar efetivação ao direito material, com a apresentação de resultados eficientes. À luz dos valores constitucionais, não basta mais a garantia do direito de ação, mas é essencial que o sistema processual esteja apto a realizar efetivamente os resultados alcançados através do exercício desse direito.

Esse entendimento deixa patente o conceito de *efetividade da tutela jurisdicional*, a coincidir com os princípios e valores contidos no ordenamento jurídico, sufragados pela Constituição Federal, conforme debatido nos capítulos anteriores.

No estudo que se segue, na identificação da classificação das ações, faz-se necessária a diferenciação entre ação e pretensão, sendo esta, conteúdo daquela. No ensinamento de Ernane Fidélis dos SANTOS, “O pedido de tutela jurisdicional é a ação e a reivindicação afirmada, a pretensão.”¹⁶⁶

A importância dessa distinção preliminar faz-se sentir porquanto, através dela é possível compreender-se o objeto final do trabalho, que é a análise das tutelas mandamentais e executivas lato sensu como forma de dar efetivação ao direito material, reconhecido no exercício do direito de ação, este contido na função jurisdicional do Estado. Em outras palavras, tais formas de tutela, consubstanciam-se em técnicas aptas à realização efetiva da pretensão levada ao conhecimento do Estado/Juiz através da ação. Mais que o direito de ação e de obter sentença de mérito contido na *função jurisdicional* do Estado, o jurisdicionado tem direito à *tutela jurisdicional*, ou seja, de receber o resultado adequado na forma e momentos próprios, em acordo com sua pretensão.

Ensina Ernane Fidélis dos SANTOS que: “a ação só objetiva tutela jurisdicional generalizada, sendo a pretensão que caracteriza a providência concreta invocada.”¹⁶⁷ Nesse sentido é que a classificação das ações atende a espécie de tutela jurisdicional invocada na generalidade. Diferentemente é a habilitação, através da decisão concessiva da pretensão formulada na ação, de funções técnico-processuais apropriadas para a realização no mundo dos fatos do comando contido nessa decisão.

Em nosso ordenamento processual positivado, há previsão das ações de conhecimento, de execução ou cautelar, conforme se pretenda

¹⁶⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. vol. 1: processo de conhecimento. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

¹⁶⁷.Id.

genericamente, ou seja, sem se ater à pretensão propriamente invocada, o acerto do direito, a efetivação da obrigação ou o acautelamento dos outros processos. A essas ações correspondem os processos de conhecimento, de execução e cautelar, respectivamente.

Por sua vez, muito embora toda ação de conhecimento tenha cunho declaratório, no importe em que sempre objetiva a declaração da existência ou não da relação jurídica entre as partes e da pretensão formulada, ela pode ser classificada, sob o prisma da concepção clássica, como simplesmente declaratória, condenatória ou constitutiva. Ocorre o primeiro caso quando se busca a simples declaração de existência ou inexistência da relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento. No segundo, à declaração se adere a imposição do cumprimento de alguma obrigação pelo pólo passivo, enquanto na terceira, a declaração cria, modifica ou extingue um estado ou uma relação jurídica. Tais subclassificações não impedem que haja pretensão puramente declaratória. Essa classificação faz parte do que a doutrina chama de Classificação Trinária das ações.

Interessa de antemão ressaltar que a teoria trinária leva em consideração, sobretudo, a pretensão processual que deve estar de acordo a um dos três tipos de provimento jurisdicional previsto para o processo de conhecimento, não sendo considerada qualquer pretensão material tida pelo autor da ação ou as particularidades da relação jurídica material controvertida, ou seja, a pretensão ao bem da vida propriamente dito.

Não obstante essa consagrada concepção criada por CHIOVENDA, que resultou na classificação trinária das ações e sentenças, amplamente difundida e adotada atualmente por nosso código processual, o trabalho desenvolvido

embasa-se na teoria quinária, desenvolvida por PONTES DE MIRANDA, vez que, conforme bem salientado por Nelson Rodrigues NETTO, “em que pese ser a classificação trinária majoritariamente adotada pela doutrina nacional, ela exclui alguns possíveis pedidos que podem ser formulados por intermédio do processo de conhecimento”¹⁶⁸.

Enquanto na classificação das ações é considerada a tutela jurisdicional invocada na generalidade, o provimento judicial, ou seja, a sentença, se classifica de acordo com o provimento jurisdicional concedido. Esse aspecto das classificações a serem abordadas interessa sobremaneira ao estudo.

Essa observação faz-se relevante no sentido de que os problemas mencionados, concernentes à garantia do direito fundamental à efetiva prestação da tutela jurisdicional, não se encontram nas ações, mas nas técnicas adotadas para a efetivação do provimento jurisdicional dele decorrente, ou seja, na aptidão da sentença ultrapassar, quando necessário, o mundo jurídico e promover alterações no mundo dos fatos. A atenção a essa alteração da realidade garantida pelo direito à efetividade da prestação jurisdicional, faz ver a necessidade de incorporar às técnicas de tutela prestadas pelo processo de conhecimento, outras capazes de proporcionar resultados práticos.

Nestas se encerra o objeto do trabalho proposto, de modo a demonstrar que a aplicação das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, ao potencializar a eficácia e a efetividade da tutela jurisdicional, realiza os direitos e garantias previstas no texto constitucional e contribuem com a finalidade do

¹⁶⁸ NETTO, Nelson Rodrigues. Ob. cit. p. 35.

direito, através do processo célere e eficiente, como forma de pacificação social.

Como sabido, em regra geral, por opção legislativa, o processo de conhecimento, anteriormente as alterações promovidas, sobretudo nos artigos 461, e 461-A, já citados, possuíam aptidão apenas para pronunciamentos judiciais capazes de incidirem somente na esfera jurídica dos litigantes. Pela estrutura formal do código processual brasileiro, se a pretensão do autor julgada procedente por pronunciamento judicial, necessitasse, para se tornar efetiva, de alteração no plano dos fatos, far-se-ia necessário recorrer ao processo de execução¹⁶⁹.

Desta forma, resta claro que no estudo que se pretende levar a intento, interessa observar, efetivamente, o pronunciamento judicial efetuado, que certifica a procedência do pedido do autor, sobretudo enfocando as técnicas

¹⁶⁹ Devem ser observadas, quanto a esta afirmação, as recentíssimas alterações legislativas concernentes ao cumprimento da sentença, introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/05. Muito embora as alterações promovidas por referida lei alcancem o Livro I do código processual, intitulado DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, sobretudo com referência ao Título VIII, Capítulo X denominado DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, que poderia, à primeira vista, dar a impressão que se teria por suprimido todo o processo de execução referente a títulos judiciais, uma análise mais detida deixa entrever que não foi a realidade alcançada. Conforme pode ser percebido pela dicção do artigo 471, I, introduzido pela lei 11.232/05, o cumprimento da sentença propriamente dito, com supressão do processo executivo somente se dá com referência às obrigações de fazer ou não fazer a entrega de coisa. Em se tratando de obrigação por quantia certa, deve ser realizada por execução, muito embora com procedimento específico, definido pelos artigos 475-J a 475-R. Essa diferenciação torna-se patente pela análise do *caput* do artigo 475-I, que determina que o *cumprimento* da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A do Código Processual, ou, em se tratando de obrigação por quantia certa por *execução*, nos termos dos demais artigos do capítulo X. Deve-se observar ainda que, muito embora, com referência as obrigações por quantia certa, mesmo com as alterações promovidas pela lei 11232/05, ainda se fale em *execução*, trata-se de uma execução peculiar, a qual prescinde de ação e de processo autônomo de execução, não havendo mais embargos do devedor ou sentença. Pelo procedimento disciplinado pelos artigos 475-J a 475-R, na execução de sentença por quantia certa, não haverá citação senão simples requerimento e procedimento executório, podendo o devedor valer-se somente de impugnação ao pedido e a manifestação do juiz será de simples decisão e não sentença. Com a entrada em vigor da lei 11.232/05, a execução de sentença como ação e processo autônomo, será utilizada somente com relação à execução cível da sentença penal condenatória, da sentença arbitral e da sentença estrangeira, nas quais é necessária a citação no juízo cível para liquidação ou execução. Deixa evidente, portanto, que a reforma havida por referida lei não suprimiu a execução com relação às obrigações por quantia certa, mas o processo de execução autônomo, no importe em que ela agora se dá no curso do procedimento executório, com as exceções supra mencionadas.

processuais¹⁷⁰ passíveis de serem utilizadas para torná-lo efetivo no plano fático, pela entrega do bem da vida pretendido pelo autor.

Assim, partindo do conceito de sentença apresentado por PONTES DE MIRANDA, para quem “a sentença é a prestação jurisdicional, objeto da relação jurídica processual, cuja estrutura já conhecemos”¹⁷¹, observamos que, a exemplo das ações, as sentenças também possuem força e graduação de eficácia, sendo a eficácia preponderante, imediata e mediata ou mínima.

Por *força sentencial*, o referido doutrinador entende ser a eficácia preponderante, o peso maior no cômputo da eficácia. A eficácia imediata é aquela que resulta da sentença sem se fazer necessário qualquer novo pedido do vencedor. A eficácia mediata ou mínima é a que concerne à questão prévia ou prejudicial ou a que enseja novo pedido. A noção de eficácia em questão adotada pelo doutrinador, pode ser definida como “a energia automática da resolução judicial”¹⁷², compreendendo os elementos efeito e força, este último responsável pela classificação em declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. Entende esse doutrinador que “Não há outro meio científico, de classificar as sentenças, que por sua força, pensando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (força e efeitos)”¹⁷³

A eficácia das sentenças é pós-processual, sendo a projeção, pelo processo, da pretensão à tutela jurídica. Foi para alcançar a eficácia da

¹⁷⁰ Nesse sentido é que ensina MARINONI, ao afirmar que “a definição da natureza das sentenças depende dos meios de execução que a ela estão atrelados, as sentenças não-satisfativas somente podem ter a sua natureza definida quando pensadas juntamente com os meios de execução que lhes servem de suporte. A sentença mandamental, por exemplo, somente é mandamental porque ordena mediante coerção indireta; a condenação seria mera declaração se não abrisse oportunidade à execução forçada; a sentença executiva seria condenatória se atrelada à necessidade da ação de execução forçada, ou declaratória se não tivesse a sua disposição meios de coerção direta ou de sub-rogação capazes de lhe permitir a prestação de uma tutela diferenciada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**...cit. p. 67.)

¹⁷¹PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. Tomo I.cit. p. 169.

¹⁷² Ibid. p. 173.

¹⁷³ Ibid. p. 174.

sentença que foram exercidas as pretensões. Para aclarar a classificação das sentenças quanto à eficácia, aduz PONTES DE MIRANDA:

A sentença declarativa é a sentença que tem sua força no declarar. Não se pode dizer que a declaração lhe exaure a eficácia. Apenas que nenhuma outra força – a de constituição, a de condenação, a de mandamento, ou a de execução – lhe passa à frente, em relevância teórica e prática. A sentença constitutiva é aquela em que prevalece a eficácia de constituição. Portanto, aquela em que a tutela jurídica de declarar não supera as outras tutelas, em que se constitui mais que se declara, do que se condena, do que se manda, do que se executa. A sentença de condenação tem cognição e, pois, elemento declarativo e de constituição, que serve mesmo, em combinação com a declaração, ao fato novo, ao novum processual da condenação; e não se lhe pode apagar o que possui de mandamento e o que possui de execução, que também se revela no efeito executivo de quase todas as sentenças de condenação. Ela é de condenação, porque o condenar prima, enche quase tudo que se destina à eficácia da sentença. A sentença mandamental supõe declaração, constituição e condenação, em doses fortes ou mínimas, porém o mandado do juiz, como eficácia, é o que mais importa. É o elemento prevalecente, o alvo da ação que a sentença marca ao autor vencedor. A sentença de execução também resiste a qualquer redução às classes referidas.¹⁷⁴

Deste modo, passa-se ao exame sucinto de cada uma das ações e sentenças, começando pelas três componentes da classificação trinária clássica, ou seja, declaratória, constitutiva e condenatória, acrescentando-se, após, aquelas que são objeto específico do trabalho, as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, conforme arquitetado, entre nós, pela doutrina de PONTES DE MIRANDA.

4.1. Ação e sentença declaratória

Para PONTES DE MIRANDA, a denominada *ação declarativa*, “é a ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica.”¹⁷⁵ Ensina citado doutrinador

¹⁷⁴ Ibid. p. 190-191.

¹⁷⁵ Ibid. p. 132.

que, não obstante o direito romano, conforme primeiro capítulo deste trabalho, já reconhecer algumas ações declarativas, as chamadas *actiones praeiudiciales*¹⁷⁶, foi somente no direito contemporâneo que a ação declaratória geral, autônoma, de conteúdo delimitado e definido foi alcançada. Destaca ainda que a única espécie de ação declaratória com respeito a fato é a referente à declaração da falsidade ou autenticidade de documento.

Há de se considerar que, conforme evidencia PONTES DE MIRANDA, nenhuma ação, assim como nenhuma sentença é “pura”, contendo percentual de carga das demais, e sendo definidas pela predominância de sua eficácia. Assim, todas as sentenças são também declaratórias, falando-se em ação meramente declaratória, quando sua eficácia preponderante é de declarar, limitando-se a verificar e declarar o direito, sendo esta sua função. Ao ser proposta uma ação meramente declaratória, tem-se como objetivo somente suprimir um estado de incerteza, determinando a incidência ou não da regra jurídica, estabelecendo a lei a ser aplicada, sem buscar-se qualquer outra eficácia.

A adequação dessa espécie de ação é legitimada pela própria vontade do autor quanto à tutela jurisdicional buscada, vez que sua pretensão processual é específica e limitada, não vislumbrando pedido de atuação do Estado no sentido de agir para a satisfação de seu direito.

¹⁷⁶ A esse respeito ensina Ovídio A. Baptista da SILVA: “Conquanto o direito romano, por exemplo, conhecesse perfeitamente as pretensões declaratórias, objeto das chamadas *praeiudiciae*, ou juízos prejudiciais, não chegou a concebê-las como objeto de demanda autônoma e desvinculada de outra demanda subsequente de natureza condenatória, e da qual a declaratória seria sempre um *praeiudicium*, na forma de uma demanda preparatória, ou na condição de simples *questão prévia*, fase preliminar de uma única demanda condenatória.”(SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. cit. p. 250-251.)

Em linhas gerais, o cabimento da ação meramente declaratória se restringe às situações nas quais se pretende a certificação de determinada relação jurídica, da exata incidência da lei sobre ela, sem se pretender a alteração da realidade fática, sem se pretender que a sentença venha a atuar sobre os fatos de modo a tornar a norma declarada, concreta.

Na sentença meramente declaratória, a simples declaração judicial exare a função do juiz, esgotando a prestação jurisdicional, sem que o autor venha a almejar outro objeto que não seja a própria certeza jurídica. Disso decore a inexistência de posterior fase de concretização do *decisum*. Uma das características da sentença declaratória é sua eficácia *ex tunc*. Após o trânsito em julgado essa sentença retroage para o início da relação jurídica cuja existência foi discutida.

Conforme estudado mais profundamente em capítulo próprio, a criação e a adoção da ação e sentença meramente declaratória remonta aos ideais liberais. Sua adoção veio justificar a pretendida autonomia do processo de cognição e sua função de apenas declarar a vontade da lei ao caso concreto, de regulação formal da relação jurídica, sem interferência concreta na realidade social.

Deve-se notar que a ação meramente declaratória, consoante os ideais do Estado Liberal, retira poderes do juiz, subordinando-o à vontade da lei e das partes, limitando a concessão da tutela jurisdicional ao pedido. A sentença declaratória não pode interferir na esfera jurídica do particular de modo a coagi-lo à abstenção ou à prática de algum ato.

4.2. Ação e sentença constitutiva

Deflue-se dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, que a ação constitutiva “prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica.”¹⁷⁷ Em outras palavras, pela ação constitutiva pretende-se “uma modificação no estado jurídico da situação regulada, seja no sentido de ser aquilo que não era, seja no sentido de deixar de ser aquilo que era.”¹⁷⁸

A sentença constitutiva proporciona a alteração no *status* jurídico existente. Nesse sentido é afirma Sérgio Torres TEIXEIRA, que a sentença constitutiva “expressa uma declaração de certeza acerca de situação jurídica preexistente, mas adiciona a tal quadro uma novidade, consubstanciada na criação de nova relação jurídica ou na modificação ou extinção da anterior.”¹⁷⁹ Desta forma, a sentença constitutiva produz um quadro jurídico diferente do estado primitivo.

O juiz ao prolatar a sentença constitutiva não se restringe a declaração do direito, tampouco impõe condenação do vencido em favor do devedor, mas, ao decidir pela procedência da pretensão, acrescenta ao conteúdo declaratório, a consequência da criação, modificação ou extinção de determinada relação jurídica. A exemplo da ação declaratória, vez que o efeito constitutivo é decorrente da própria declaração no processo de conhecimento, a prolação da sentença encerra a prestação jurisdicional, prescindindo de posterior fase de concretização.

¹⁷⁷Ibid.p. 133.

¹⁷⁸MURITIBA, Sérgio. **Ação...** cit. p. 44.

¹⁷⁹TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Evolução...**cit. p. 325.

Segundo entendimento de PONTES DE MIRANDA já exposto, a ação constitutiva, conforme todas as demais, não possui conteúdo puramente constitutivo, havendo previamente a declaração da norma jurídica aplicável ao caso concreto, para então alcançar-se a eficácia constitutiva, alterando a situação jurídica posta na inicial, para criar, extinguir ou modificar essa relação ou estado.

Percebe-se, assim, a existência de dois momentos sucessivos na ação constitutiva: o declaratório, quando se efetua a necessidade certificativa própria do processo de conhecimento, verificando a procedência da pretensão à alteração pleiteada; e a constitutiva, quando se incorpora ao conteúdo do provimento judicial o ato de modificar. A partir do direito material declarado no primeiro momento, surge a possibilidade de efetivação desse direito pela modificação pretendida.

A eficácia da ação constitutiva independe de qualquer ato a ser praticado pelas partes, sendo a simples sentença constitutiva por si só suficiente para a atuação do direito. Essa ação, bem como os efeitos por ela produzidos limitam-se a atingir a esfera jurídica dos litigantes. Possui eficácia *ex nunc*, ou seja, a nova situação jurídica criada pela sentença começa a valer após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial concessiva.

4.3. Ação e sentença condenatória

A delimitação do conteúdo e da eficácia da ação e da sentença condenatória tem sido objeto das mais profundas discussões entre os processualistas de vanguarda.

De um modo geral, é voz ecoante entre os doutrinadores¹⁸⁰ a ineficiência da sentença condenatória para a tutela de certos direitos, e a necessidade de reelaboração dessa técnica para a realização do direito de amplo acesso, adequação e efetividade da Justiça.

Tal entendimento pauta-se, sobretudo, na detecção de que o resultado obtido na sentença condenatória não satisfaz materialmente o credor nem encerra o problema gerado pela ausência de adimplemento do devedor¹⁸¹. Ou seja, mesmo depois de proferido julgamento em sede de processo condenatório, o inadimplemento do devedor somente habilita ao autor nova etapa jurisdicional mediante procedimentos executivos, para somente então obter o direito reconhecido pela sentença, diga-se, como regra, através de indenização pecuniária.

Diante do grau de polêmica que envolve a ação e a sentença condenatória, esta análise será limitada a apresentar a opinião de alguns doutrinadores, de modo a traçar as linhas de uma teoria da condenação, sem enfrentar propriamente a tarefa de encontrar o elemento diferencial dessa ação e sentença. Somente serão pontuados elementos, no importe em que se apresentarem próprios para a compreensão do que consiste, através de uma ação condenatória, obter a condenação de alguém, em termos efetivos.

¹⁸⁰ Entre nós cita-se Luiz Guilherme MARINONI, Ovídio Araújo Baptista da SILVA, José Carlos Barbosa MOREIRA, Eduardo TALAMINI, Araken de ASSIS, dentre outros autores de igual expressão.

¹⁸¹ É nesse sentido a afirmação de Ovídio A. Baptista da SILVA, quando ensina que: “A execução de sentença, separada do Processo de Conhecimento, formando uma ação independente, é o resultado de vários fatores, dentre os quais prepondera a natureza da sentença condenatória com sua incapacidade para realizar (satisfazer) o direito do litigante vitorioso.” Completa o ilustre processualista no sentido de que “Se em vez da equação *actio-condemnatio* tivéssemos herdado os *interditos*, seria impossível chegar à execução autônoma da sentença separando a execução da prévia cognição.”(SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentos...**cit. p. 189-190.)

Sobre as ações condenatórias, ensina PONTES DE MIRANDA que são dirigidas contra aqueles que supostamente tenham agido contra o direito, causando dano à terceiro. Destaca que, na ação condenatória, não se vai até a prática do *com-dano*¹⁸², mas já se inscreve no mundo jurídico que alguém acusou alguém e pediu sua condenação, havendo a necessária e competente ação executiva posterior ou concomitante, para levar ao plano dos fatos o comando estabelecido pela sentença no plano jurídico.

Para Arruda ALVIM¹⁸³, a ação condenatória haure seus elementos da ação declaratória, vez que também nela é declarado o direito. No entanto, aponta como traço característico da condenatória a sanção, no sentido de que, uma vez obtida a sentença condenatória, o autor adquire um instrumento jurídico destinado à satisfação efetiva de seu direito.

Luiz Guilherme MARINONI afirma que a sentença condenatória é caracterizada pela sanção executiva, sendo que “na verdade, a sentença condenatória possui esse nome, ao invés de possuir o nome de ‘declaratória’, porque abre oportunidade para execução”.¹⁸⁴

Segundo o referido processualista, a condenação, por pressupor o cometimento anterior do ilícito é eminentemente repressiva, não se preocupando com a prevenção do ilícito, mas tão somente com a reparação do direito violado.

Sérgio Torres TEIXEIRA ensina que a sentença condenatória se diferencia da declaratória, por possuir uma finalidade especial, de aplicação de

¹⁸² PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*cit.v.1. p. 133.

¹⁸³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 2. processo de conhecimento.6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 639-640.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 426.

uma regra sancionadora, contida no comando sentencial. Para esse processualista, a sentença condenatória além de reconhecer o direito do credor no momento declaratório, ainda impõe, no momento sancionador, uma obrigação a ser cumprida pelo devedor. Essa função sancionadora, afirma o doutrinador:

ao formular a especificação de consequência material prevista no ordenamento jurídico, proporciona um título executivo à parte vencedora da demanda, assegurando-lhe o direito de impor ao vencido a execução forçada em caso de inadimplemento. Quando não ocorre o cumprimento espontâneo do julgado, destarte, permite que o credor utilize a via do processo de execução. Exige para a materialização dos seus efeitos, portanto, uma fase subsequente de concretização, nos moldes da via executiva em sentido estrito, mediante a qual será posteriormente proporcionada ao vencedor a tutela jurisdicional em face de medidas de constrição determinadas pelo juízo executório.¹⁸⁵

Entende Ovídio Araújo Baptista da SILVA que o conceito de condenação foi ampliado no direito moderno, em decorrência da ampliação do conceito de obrigação. Aponta como causa dessa ampliação o trabalho dos compiladores medievais “que acrescentaram às duas fontes das obrigações – o delito e o contrato – as “obrigações legais”, sob a consideração de que nos tornamos obrigados não apenas pelo contrato e pelo delito, mas também pela lei.”¹⁸⁶ Esse entendimento resultaria no fato de que, se qualquer norma jurídica impõe uma obrigação, resultará em condenação a desobediência a qualquer delas. A consequência dessa ampliação da estrutura da *actio* romana, que era originalmente um procedimento destinado a tutelar exclusivamente relações jurídicas obrigacionais de natureza privada, para abranger toda obrigação, no sentido de que a toda obrigação corresponderia uma condenação, seja ela

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob. cit. p. 325.

¹⁸⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentos do procedimento ordinário**. In Processo Civil...cit. p. 191.

derivada do delito, do contrato ou da lei, foi a universalização da equação *actio-condemnatio*, própria do *ordo privatorum*.

Para Guisepe CHIOVENDA, em consonância com sua doutrina concretista, “Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução;”¹⁸⁷

Quanto à sentença condenatória, LIEBMAN apresenta posicionamento semelhante, quando afirma:

a sentença condenatória confere ao vencedor o poder de pedir a execução em seu favor: este é um dos seus efeitos, ou antes, o seu efeito característico, porque o distingue dos outros tipos de sentença, as declaratórias e as constitutivas. As sentenças destas últimas categorias preenchem sua função e esgotam a tutela jurídica, pedida pelo autor, com o simples fato de terem sido proferidas e estarem revestidas de autoridade da coisa julgada; elas não são suscetíveis nem carecem de execução¹⁸⁸

Para tal processualista, cuja doutrina balizou o conteúdo do Código processual civil brasileiro, a sentença condenatória caracteriza-se por aplicar a sanção, ou seja, não apenas declara a obrigação e prevê a execução para o caso de não observância de seu cumprimento, mas possibilita a prática de atos materiais pelo Estado para a realização efetiva do comando judicial, através da execução forçada. A sentença condenatória operaria no mundo jurídico fazendo surgir o poder concedido ao autor da condenação, de propor a ação executória, ou seja, sua inovação teria índole processual consistente na formação do título executivo judicial.

Identificam-se assim, pela doutrina adotada no código processual, quanto à ação condenatória, dois momentos distintos, o primeiro momento de

¹⁸⁷ CHIOVENDA, Guisepe. **Instituições** vol.1cit. p. 54.

¹⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.p. 36.

eficácia declaratória, no qual o juiz verifica a procedência da pretensão formulada pelo autor, ou do direito que concede o bem a seu titular, e o segundo, quando concede ao credor, então reconhecido como tal, a possibilidade de se valer da atividade estatal, através da execução forçada, para ter o gozo do bem pretendido.

Essa possibilidade de se valer do agir estatal para ter efetivado o direito reconhecido na sentença condenatória, não decorre de um direito propriamente dito, concedido ao credor, mas pode ser visto como uma necessidade da própria estrutura jurídica de tutelar processualmente o direito reconhecido na sentença, no sentido de tornar efetivo, no mundo dos fatos e não apenas no mundo jurídico, o comando judicial. Tal orientação encontra respaldo na vedação da autotutela pelo Estado que, tendo assumido para si essa função, tornou-se responsável não apenas pela certificação do direito, mas também, quando necessário, por sua realização prática e efetiva.

No entanto, a sentença condenatória não permite a realização plena de direitos que dependam da vontade do réu, como nas hipóteses de obrigações infungíveis, situação em que haverá conversão da obrigação em perdas e danos. Da mesma forma apresenta deficiência de efetividade na solução de diversos conflitos, especialmente envolvendo obrigações de fazer e não fazer. Essa impropriedade da sentença condenatória para a realização específica da obrigação determinada pelo comando judicial, quando esta somente puder ser cumprida pelo devedor, possui razão calcada na doutrina que a originou.

Conforme alerta Luiz Guilherme MARINONI: “para se compreender o conceito de sentença condenatória é preciso tomar em conta os valores do

momento em que foi concebido”¹⁸⁹, ou seja, deve-se considerar a ideologia liberal-burguesa e toda a influência desta sobre o direito, conforme já exposto, sobretudo a proibição do juiz de ordenar, sob pena de multa (*imperium*), o condicionamento da execução tão somente os meios previstos em lei, e o princípio da abstração dos bens e das pessoas, com base na igualdade formal, o que leva a uma sentença condenatória inadequada à prestação da tutela específica, igualizando a prestação jurisdicional pela tutela do equivalente pecuniário, ou perdas e danos.

Não obstante a importância das construções abstratas acerca das ações e sentenças condenatórias, dirige-se a atenção para considerações pautadas na necessidade de viabilização do direito material, ou seja, na eficácia da condenação propriamente dita. A partir desse entendimento, temos a sentença condenatória como uma alternativa processual para viabilizar o exercício de um direito, cabendo-nos agora medir seus resultados, sob o prisma da satisfatividade daquele que a obtém.

Iniciamos por analisar qual o campo de incidência da ação condenatória ou, em outras palavras, quais os tipos de direito que demandam uma tutela condenatória, no dizer de PONTES DE MIRANDA, qual a “pretensão”, ou razão jurídica de atuar possui necessidade de um provimento condenatório, já que “a eficácia própria das sentenças deriva da pretensão ou pretensões a tutela jurídica de cujo exercício resultou a ‘ação’.”¹⁹⁰

Nos ensinamentos de Giuseppe CHIOVENDA, quando este aborda as categorias de direitos, explanando que, tanto quanto são vários os direitos,

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela...**cit.p. 63.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado ...**cit. v. 1. p. 185.

também o são, os modos de inclinar-se aos bens da vida, encontramos duas grandes categorias nas quais se dividiriam todos os direitos.

Na primeira, estariam inseridos os “direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros”, deixando em evidência a idéia de *direitos a uma prestação*¹⁹¹.

No segundo grupo, estariam os direitos potestativos, entendidos como “aqueles tendentes à modificação de um estado jurídico existente”¹⁹².

Sem adentrar no mérito de sua construção doutrinária acerca dos direitos potestativos, importa a consideração do elemento *prestação*, ou mais especificamente, *direitos a uma prestação*, para a definição dos direitos adequados à ação condenatória.

Partindo, pois, dessa idéia chiovendiana de que os direitos ínsitos à ação condenatória seriam direitos a uma prestação por parte de seu credor, devemos identificar em que consistiria o dever correspondente, ou a prestação correspondente por parte do devedor do direito. Assim, identificamos que em nosso ordenamento jurídico, o ato de prestar uma obrigação pelo titular passivo da relação jurídica, derivada do direito à prestação tido pelo credor, classifica-se em dar, fazer ou não fazer¹⁹³.

Cabe ressaltar a existência de situações próprias de direito a uma prestação, que não se configuram como carecedores de ação condenatória,

¹⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1998. p. 26.

¹⁹² Id.

¹⁹³ Nesse sentido, CHIOVENDA esclarece que: “Para fins de execução, assim se podem classificar os bens a conseguir: 1) bens consistentes na obtenção de uma coisa obrigações de dar, sejam de origem real ou pessoal, (supra n 4 e 5); as quais variam conforme: a) se trate de consecução de uma coisa certa e determinada (*corpus*); b) ou duma soma de dinheiro ou de certa quantidade de coisas equiparáveis ao dinheiro (*genus*); 2) bens que se conseguem com a prática de certa atividade por parte de um obrigado (obrigação de fazer); 3) bens que se conseguem com a abstenção de certa atividade por parte de um obrigado (obrigação de não fazer).” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições ...cit.**, p. 349.)

como na hipótese da obrigação de emissão de uma declaração de vontade. Tal se deve ao fato de que o bem da vida pretendido pode ser outorgado a seu credor somente pelo pronunciamento judicial, não dependendo de um agir do devedor, hipótese na qual não estaria presente um direito adequado à condenação. Contrário senso, pretensões que demandem para sua tutela um agir físico, principiam por indicar a necessidade a uma ação condenatória.

No entanto, há pretensões que demandam para sua tutela um agir físico, mas, dada à peculiaridade de seu cumprimento, estão fora do campo de atuação da ação condenatória, como as que necessitam de prestação infungível por parte do devedor, conforme já debatido, situação em que haverá conversão da obrigação em perdas e danos; bem como aquelas que dependam de um comportamento omissivo do devedor. Para tais pretensões mostra-se imprópria a ação condenatória. Nesse sentido, assevera MARINONI: “O conceito de sentença condenatória como sentença que aplica a sanção, abrindo caminho à execução forçada, obviamente exclui da tutela condenatória as obrigações infungíveis.”¹⁹⁴

Assim, em se tratando de direito a uma prestação que possua como correlato dever, uma prestação personalíssima, resta clara a insuficiência da ação condenatória para efetivação desse direito, já que os meios de sub-rogação¹⁹⁵ de que dispõe o Estado em sua atividade executiva¹⁹⁶, não são

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 281.

¹⁹⁵ Vale-se aqui do conceito apresentado por CHIOVENDA sobre os meios de sub-rogação, pelo qual “dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado*.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições**cit. p. 349.)

¹⁹⁶ Ensina ainda CHIOVENDA que os *meios executivos* são as “medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito.” Ensina ainda que estes meios executivos podem dividir-se e meios de coação, que são os meios que os órgãos jurisdicionais “tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *com*

aptos a alcançar o fim específico da obrigação, ou tampouco conseguir para o credor bem a que teria direito independente da vontade do obrigado.

Feitas que foram as exceções, conclui-se que os direitos ajustáveis à ação condenatória são direitos subjetivos violados, cujo direito garantido ao credor seja passível de ser alcançado pela atividade estatal realizada na execução forçada, pelos meios de sub-rogação. Cabe-nos agora investigar os resultados efetivamente por ela alcançados.

Não se olvida que a ação e a sentença condenatória alcançavam a contento os resultados esperados, dentro do contexto social existente à época de sua elaboração, e considerando-se as características peculiares do entendimento acerca da tutela então buscada.

Assim, dentro do contexto de uma sociedade liberal, cujos valores primordiais eram a não interferência do Estado na esfera particular, e como medida comum do valor das coisas e instrumento universal de pagamento das obrigações estava a moeda, o modelo da ação de condenação com sua conseqüente sentença que outorgava ao vencedor um título executivo apto a ensejar a ação de execução, através de seus meios de sub-rogação, apresentava-se satisfatório e em acordo com os ideais comungados.

No entanto, a alteração do contexto social e a ascensão de novos direitos pautados não mais no individualismo dominante à época liberal, mas no sentido de comunhão, sufragado pela idéia de direitos humanos, e a conseqüente substituição da função econômica da moeda pela dignidade do homem e seus correlatos efeitos, fizeram com que as técnicas oferecidas pela

participação do obrigado, e pois, se destinam a influir na vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os seqüestros função coercitiva”; e meios de sub-rogação, conforme já explanado. (Idem, Ibidem. 349.)

ação condenatória, para a satisfação dos direitos, se tornassem insuficientes e desapropriadas.

Mais que o correspondente pecuniário da obrigação, o atual contexto social e os valores emanados da ideologia pautada na idéia de dignidade do ser humano, cuja pilastra base encontra-se inscrita na Carta Política de 1988, exigem o exato restabelecimento da ordem jurídica, reclamando para tanto um agir estatal que possibilite a utilização, não apenas dos meios de sub-rogação, através da propositura de uma ação executória da qual apenas se extrai o equivalente monetário da obrigação, mas também de meios de coação, e providências que visem garantir a entrega do bem da vida específico devido, a seu titular.

Com base neste raciocínio, a ação condenatória seria apta a fornecer os resultados almejados, somente com relação às pretensões que tenham como objeto obrigações ressarcitórias de cunho pecuniário, passíveis de serem prestadas por meios de sub-rogação. Isso sem considerar que tais pretensões não podem carecer de tutela urgente, se bem pensado, sequer rápida.

Não é obsoleta e de todo imprópria a ação de condenação, o problema está na submissão a ela de pretensão a direitos que são incompatíveis com os resultados que ela pode oferecer. Com a devida vênia, para o uso de uma comparação exemplificativa, a utilização da estrutura da ação de condenação para a efetivação de direitos que sequer eram existentes à época de sua concepção, parece-nos semelhante à tentativa de querer assistir um disco de DVD em um aparelho de vídeo-cassete. Não há nada errado com o aparelho de vídeo-cassete, desde que nos disponhamos a assistir por sua utilização, fitas VHS e não mídias de DVD. A este fim, o aparelho de vídeo-cassete

mostra-se totalmente impróprio e ineficiente. No entanto, realiza eficazmente a finalidade para a qual foi criado, ler fitas de VHS. A falha está, pois, no uso que dele é feito, e não em sua estrutura.

A criação de dados passíveis de serem armazenados e lidos de forma digital, fez com que a tecnologia criasse meios próprios para seu proveito. De mesma forma, também o surgimento de novos direitos, bem como a mudança na valoração de outros já existentes, demandam da ciência jurídica, sobretudo a processual, como reflexo dos valores atuais, meios aptos à fruição efetiva desses direitos.

A insistência no uso da ação de condenação e o correlato processo de execução habilitado pela sentença condenatória, para a prestação de tutela a direitos, cuja satisfação demande fruição efetiva e real do bem da vida, são um esforço inútil e desarrazoado, pois claramente buscam a obtenção de um resultado que está fora de seu alcance, lembrando que este foi arquitetado para o atendimento das necessidades havidas sob a ideologia liberal. Assim, descontextualizar a ação de condenação e esperar dela resultados efetivos para uma realidade social diferente, sem adaptar sensivelmente sua estrutura, é intento tão ilusório quanto vão.

Tais considerações possuem o escopo, não apenas de apontar a impropriedade da ação de condenação para a tutela de determinados direitos, mas de chamar a atenção para a necessidade de viabilização de técnicas processuais aptas a uma prestação da tutela jurisdicional efetiva, em consonância com os valores atuais, pautados na dignidade do ser humano e no direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, longe de intencionar o esgotamento do assunto relativo à análise das ações e sentenças que compõem a classificação tradicional, o estudo efetuado teve como propósito traçar linhas de entendimento no sentido de demonstrar as razões pelas quais entende-se por insuficiente essa classificação para outorgar o bem da vida concedido pelo direito tutelado ao seu merecedor.

Em linhas gerais, buscou-se apresentar o conteúdo entendido de cada uma das ações, segundo a teoria tradicional sobre a classificação das ações, cabendo, agora, a análise das duas espécies de ações que completam e compõem a classificação das ações, segundo a doutrina de PONTES DE MIRANDA. Trata-se das ações e sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* que, nos termos do trabalho proposto, apresentam-se como meios mais efetivos de prestação da tutela jurisdicional, quando a pretensão ao direito demandar alterações no mundo dos fatos e não for apenas restrita ao ressarcimento de cunho pecuniário.

4.4. Classificação quinária

Conforme alhures adiantado, a classificação trinária das sentenças, apresentada acima, segundo Luiz Guilherme MARINONI, expressa os valores de um modelo institucional de Estado de matriz liberal.¹⁹⁷ Para PONTES DE MIRANDA:

¹⁹⁷ MARINONI. Luiz Guilherme. **Tutela...**cit. p. 39.

As classificações de ações de que usaram os juristas europeus estão superadas. Assim a classificação binária como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória) não resistem às críticas e concorrem para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de alguns juristas, como também não viam que uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata, sem se falar nas duas menores, com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças.¹⁹⁸

Assim é que, na linha de evolução do processo jurisdicional, sobretudo pautada na necessidade de superar as deficiências da dicotomia envolvendo o processo de conhecimento e o processo de execução, e os correlatos problemas de ineficiência e morosidade da prestação obtida por tais provimentos, percebe-se um movimento no sentido de promover a fusão desses instrumentos processuais. Assim seria possível permitir, ensina Sérgio Torres TEIXEIRA: “a entrega da tutela jurisdicional mediante a prolação de uma sentença que, além de definir o direito aplicável ao caso concreto e solucionar a lide (atuação cognitiva), proporciona a imediata efetivação do direito do vencedor mediante a materialização dos seus efeitos no plano empírico (função concretizadora).”¹⁹⁹

Estudando as sentenças condenatórias, PONTES DE MIRANDA observou, que algumas condenações, em razão da natureza de seu comando, iam além da simples condenação, conforme ensina Ernane Fidélis dos SANTOS: “ora já provocando, por si própria, a realização do que determina, ora estabelecendo ordem comissiva ou omissiva que se opera na execução do preceito, ainda que tenha de haver a prática de atos concretos para se alcançar o resultado colimado.”²⁰⁰

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*cit.v.1. p. 131-132.

¹⁹⁹ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob cit. p. 326.

²⁰⁰ SANTOS, Ernane Fidelis dos. Ob. cit. p. 254.

A partir de tal constatação, PONTES DE MIRANDA acrescentou à classificação tradicional, as ações e sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, sendo estas últimas como aquelas que se auto-executam por si próprias quando aplicadas. Assim, para PONTES DE MIRANDA, as ações, segundo o quanto de eficácia²⁰¹, classificam-se em: “declarativas (note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou de que direitos ou pretensões derivam, antes de tudo existem); ou são constitutivas (positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas) ou são condenatórias; ou são mandamentais; ou são executivas.”²⁰²

Salienta referido doutrinador que não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura, carregando sempre mais que uma eficácia, sendo relevante para a classificação a observação do que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes. Importa analisar a eficácia maior, imediata e mediata em cada ação para sua classificação.

Nesse sentido, observa que a ação é declaratória porque sua eficácia maior é a de declarar, mais pretende o autor que se declare do que se mande, ou do que se constitua, do que se condene, do que se execute. O mesmo se dá com relação às demais ações.

²⁰¹ Em linhas gerais, para Pontes de Miranda, cada ação em sentido material pede uma sentença proferida na ação em sentido processual que satisfaça a pretensão à tutela jurídica apresentada. Assim, dizer se uma ação é declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva é função do direito processual, que deve, no entanto, atender a eficácia das ações segundo o direito material. Assim, ao classificar as ações, o direito processual deve atentar para sua carga de eficácia, que pode ser maior, imediata ou mediata. A eficácia maior é o que se quer, a pretensão à tutela jurídica; a eficácia imediata é a eficácia que vem logo após, como peso, à força mesma da sentença, não necessitando da propositura de ação nova para incidir sobre o mundo fático. Já a eficácia mediata é aquela que, muito embora contida na sentença, necessita da propositura de uma nova ação para sua incidência no mundo dos fatos, exceto com relação à carga do elemento declarativo ou constitutivo. Para a identificação da carga de eficácia das ações típicas, Pontes de Miranda apresenta uma Tabela de eficácia das ações. (PONTES DE MIRANDA. **Tratado...**cit.v.1.143.)

²⁰² Ibid.p. 131.

Assim, modernamente, em função do atendimento aos novos direitos reivindicados, frutos da evolução social, duas espécies de ações que, por suas peculiaridades, não encontram enquadramento na classificação tradicional, fizeram-se perceber: a mandamental e a executiva *lato sensu*.

Efetivamente, vem crescendo a adesão dos juristas nacionais às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, conforme algumas doutrinas que serão, exemplificativamente, melhor examinadas adiante.

Arruda ALVIM, *v.g.*, em passagem citada por Nelson Rodrigues NETTO, expressa entendimento no sentido de que, em face dos possíveis objetivos do processo de conhecimento, além das ações da classificação clássica, ainda haveria as seguintes:

(...) **ações executivas “lato sensu”** em que se objetiva a obtenção de um provimento de caráter declaratório, “lato sensu”, mas que produz efeitos no mundo empírico, independentemente do segmento do processo de execução; **mandamental**, em que se objetiva obter uma ordem do juiz, relativamente a uma autoridade, ou, cada vez mais generalizadamente, ao réu do processo, cujos benefícios práticos devem resultar em favor do autor, mas, em que, possivelmente o fundamento da ordem e daquilo que a acompanha (coerção=multa) existem em nome da própria respeitabilidade em com que se devem encarar as decisões judiciais.²⁰³

Não obstante as críticas formuladas no sentido de desconsiderar tais tutelas como diversa da tutela executiva, pautadas, sobretudo, na alegação de que elas não se fundariam no tipo de pedido declinado pelo autor, mas na eficácia da sentença, o que geraria uma diversificação apenas no modo de execução e não na pretensão propriamente dita, conforme, *v.g.*, Marcelo Lima GUERRA, adotamos a doutrina, conforme defendida por Tereza Arruda Alvim WAMBIER, exposta:

²⁰³ ALVIM, Arruda. *Apud* NETTO, Nelson Rodrigues. Ob. cit. p. 35.

Não estamos, todavia, integralmente de acordo com estas observações. Certo é que a classificação das sentenças em condenatória, constitutivas e declaratórias se liga ao tipo de pedido que se formula. E, por outro lado, quando se pensa em sentença mandamental ou executiva *lato sensu* está-se enfocando precipuamente o tipo de eficácia que emana dessa sentença. Mas não terá sido pedida pela parte uma sentença com tal eficácia? Não se pode, é claro, dizer que a eficácia da sentença (o modo por meio do qual produzirá alterações no mundo empírico) integre o mérito da causa, como se pode afirmar que a condenação, a constituição de relação jurídica, ou declaração, na verdade, consistem no próprio mérito da ação. Todavia, grosso modo, pode-se afirmar, sem medo de incorrer em grosseira imprecisão terminológica e, muito menos, de esbarrar em princípios rígidos e fundamentais do processo, que, quando se propõe uma ação mandamental ou executiva *lato sensu*, se pleiteia exata e precisamente o tipo de eficácia que as caracteriza, e, portanto, nesse sentido mais largo, pode-se dizer que também se classificam as sentenças em mandamentais e executivas *lato sensu* em função do pedido formulado.²⁰⁴

Passa-se, então ao estudo das ações e sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, propriamente ditas, sem a intenção de esmiuçar por completo a doutrina de cada autor abordado, senão, apenas trazer os elementos de destaque em cada teoria, que possam contribuir para um melhor entendimento e aplicação de cada uma dessas formas de tutela.

4.4.1. Ação e sentença mandamental e executiva *lato sensu*

A orientação tradicional no direito brasileiro era no sentido de que toda sentença que determinava a entrega ou devolução de coisa criava apenas título executivo, com exceção apenas a algumas situações específicas de procedimentos especiais, como a reintegração de posse e de despejo.

Esse era, por exemplo, o entendimento encontrado no Código de 1939, que estabelecia no artigo 992 o preceito de que “a execução de sentença, que condena a entregar coisa certa, ou em espécie, começará pela citação do réu,

²⁰⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 81.

para no prazo de 10 (dez) dias, que correrá em cartório, fazer a entrega ou alegar defesa”.

Reproduzindo esse entendimento, o Código de 1973 trazia em seu artigo 621 que “O devedor de obrigação de entrega de coisa será citado, para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos”.

No entanto, a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, veio a mitigar esse entendimento, em função da redação dada ao artigo 461, do Código de Processo Civil, tornando possível a obtenção de tutelas diferenciadas para as obrigações de fazer e não fazer no próprio processo de conhecimento, com a adoção de medidas executivas diversas daquelas habilitadas no processo de execução por expropriação. Esse é, *v.g.*, o entendimento de Sérgio Torres TEIXEIRA, ao afirmar que “a melhor doutrina”, referindo-se a Luiz Guilherme MARINONI, Ovídio A. Baptista da SILVA, Nelson Rodrigues NETTO, e Cândido Rangel DINAMARCO, “é categórica ao apontar o cunho mandamental do julgado proferido nos termos do citado art. 461 do diploma processual.”²⁰⁵

Seguindo essa tendência, a lei 10.444, de 07 de maio de 2002, em vigor desde 08 de agosto de 2002, veio sedimentar a condição de executiva *lato sensu*, as ações para entrega de coisa, pelo acréscimo do artigo 461-A, ao Código de Processo Civil.

Tais tutelas, chamadas mandamentais e executivas *lato sensu*, possuem campo de incidência que deverá ser conquistado, conforme evidencia Ovídio A. Baptista da SILVA, “superando-se a equação lógica, portanto abstrata, do direito enquanto *norma*, para compreender aquilo que o juiz *faz* (não apenas

²⁰⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob. cit. p. 332-333.

diz) depois da declaração – no caso, depois de emitir o juízo condenatório -, realizando o direito no “mundo dos fatos”, não mais no mundo *normativo*.”²⁰⁶ Essa conquista, completa o doutrinador, deverá ser feita em detrimento das tutelas condenatórias.

Como ponto de contato entre referidas formas de tutela, tem-se que ambas prescindem de um processo de execução para fazerem atuar a vontade da lei no plano fático. De particularidades, em linhas gerais, tem-se que, na tutela mandamental há ordem, combinada com adoção de medias coercitivas tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor, de modo a compeli-lo a adimplir a obrigação e cumprir o comando sentencial. Por seu turno, na tutela executiva *lato sensu*, são determinadas medidas necessárias para que seja atingida a tutela específica determinada na sentença ou o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação.

Cabe, portanto, análise específica das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, para o estudo que se propõe. A análise será levada a intento, conforme dito, através da compilação das doutrinas dos juristas que com maior relevância trataram do tema, a partir dos esquemas teóricos esboçados por cada um sobre a justificação, adequação, funções técnico-processuais e eficácia processual de cada uma das ações.

4.4.1.1. Ação e sentença mandamental

Remonta aos interditos romanos a origem das ações mandamentais. Naqueles, o pretor ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer

²⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentos..** cit. p. 201.

alguma coisa. Em razão dessa ordem e não da condenação a uma obrigação, os interditos não eram considerados ações ou *actiones*, mas remédios dos quais se valia o pretor para a proteção de interesses, sobretudo de natureza pública. Ressalte-se que, conforme já esboçado no primeiro capítulo, enquanto nas *actiones* o julgamento era realizado por um juiz privado, *iudex*, sem *iurisdictio*, ao pretor cabia a competência com exclusividade para a concessão dos interditos, já que tal competência era decorrente diretamente do poder de *imperium*.²⁰⁷

A origem dos interditos coloca-se num arco temporal que vai desde a criação do pretor urbano até o final do século III a.C. Originalmente criados para proteger a posse da propriedade conquistada, portanto, surgidos de uma pretensão privada, eram suficientes para proteger a ordem pública de perturbações, já que evitavam a autodefesa na composição dos litígios possessórios. Dado a sua origem de proteção da posse, os interditos proibitórios precederam o surgimento dos interditos exhibitórios e restituitórios.

Conforme menciona José Rogério CRUZ E TUCCI, os interditos, genericamente considerados:

correspondia a uma ordem, requisitada por um particular e emanada de um magistrado, para que fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa; ou seja, mais especificamente, a tutela por interdito consubstanciava-se num comando do pretor *in iure*, a pedido de um cidadão e dirigido a outro particular; defendendo, destarte, indiretamente, a parte provocadora. Daí dizer-se, também, que tal tutela constituía um meio de coação indireta.²⁰⁸

Salienta-se que o comando emitido pelo pretor, ao ser desacatado, já que não possui natureza absoluta e definitiva, dava ensejo à formação de um

²⁰⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. Vol. 2, 5. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p. 335-337.

²⁰⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de história...**cit. p. 112-113.

processo *per formulas* ordinário, denominado *actio ex interdicto*, conforme indicado no primeiro capítulo.

A natureza dos interditos era cautelar, não se confundindo com o processo comum. O procedimento era caracterizado pela rapidez e sumariedade, sendo também sumária a cognição do pretor, que somente examinava os pressupostos de fato, concedendo (*edere interdicitum*) ou negando (*denegare interdicitum*) o interdito postulado.

Ao serem concedidos os interditos, duas situações poderiam advir: ou a ordem era cumprida encerrando-se o litígio, ou, não o sendo, abria a possibilidade para a parte, de instauração de um procedimento pela via ordinária. Daí a provisoriedade da ordem. O comando expedido pelo magistrado, reduzido a escrito, dirigia-se exclusivamente a um dos litigantes, sendo semelhante a *formula actionis*, sem, contudo, a *nominatio* de um julgador.

Importa destacar acerca do procedimento relativo aos interditos, a previsão de pena pecuniária havida, quando a controvérsia recaísse sobre um interdito proibitório, ocasião na qual agia-se *per sponsionem*. Quanto aos interditos restituitórios e exhibitórios, além do procedimento *per sponsionem*, também poderiam se dar pela fórmula arbitrária.

Pela fórmula arbitrária, em se tratando de interdito exhibitório ou restituitório, o réu, antes de deixar o pretor, poderia requisitar um árbitro na fase *in iure*. Após a nomeação do árbitro, redigia-se a fórmula arbitrária para ser resolvida à questão. Ao árbitro cabia, após a apuração da verdade, determinar a restituição ou exibição da coisa, encerrando a controvérsia, sem qualquer pena, ou *sine periculo*. Não havendo cumprimento da determinação

do árbitro, o demandado era condenado no valor da coisa, mas, da mesma forma, sem pena.

Não havendo requisição do árbitro, o procedimento tornava-se *cum periculo*. Nessa situação, conforme ensina José Rogério CRUZ E TUCCI

O autor, então, provocava o réu a uma *sponsio* – que consistia numa importância pecuniária – por ter ele desacatado a ordem emitida pelo pretor; e, por sua vez, o réu também estipulava, para defender-se, outra *sponsio (restipulatio)*. Aquele que não tivesse razão perdia, a título de pena, a importância da *sponsio*, e se fosse o réu, deveria ainda restituir ou exibir a coisa.²⁰⁹

Procedimento mais complexo era adotado quando se tratava de interdito de natureza dúplice, situação na qual havia no processo *per sponsionem*, duas *sponsiones* e duas *restipulationes*, podendo ainda haver a exigência de caução denominada *fructuaria stipulatio*, se a coisa, objeto da controvérsia, produzisse frutos, oportunidade na qual aquele que oferecesse maior quantia ficava interinamente na posse da coisa. Nessa hipótese, o sucumbente, a título de pena, perdia as somas da *sponsio* e da *restipulatio*.

Se a condenação recaísse sobre aquele que estivesse na posse, perdia também a soma da *fructuaria stipulatio*. Percebe-se desta forma, já a previsão da pena por parte do sucumbente que não acatasse o comando contido na ordem emitida pelo pretor através do interdito, provocando a instauração de um procedimento formular ordinário.

Essas considerações preliminares que resgatam sucintamente as características dos interditos romanos, fonte remota das ações mandamentais, servem de baliza a nortear o estudo que se fará a seguir.

²⁰⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de história...**cit. p. 115.

Não obstante a existência dos interditos já no antigo direito romano, conforme exposto, modernamente, o entendimento da ação mandamental como categoria autônoma, teve origem na Alemanha com a teoria de Georg KUTTNER, desenvolvida após por James GOLDSCHMIDT, conforme faz referência Sérgio MURITIBA:

A elaboração conceitual da ação mandamental teve seu início na Alemanha, com Kuttner. Ele a idealizou, ao lado das ações declaratória, constitutiva e condenatória, como aquela na qual o juiz, “sem resolver por si mesmo sobre a relação de direito privado que existe no fundo do litígio, dá a outro órgão do Estado, autoridade pública, ou funcionário público, uma ordem concreta de praticar ou omitir um ato compreendido dentro dos poderes de seu cargo. Desenvolvendo a teoria de Kutter, outro alemão, Goldschmidt, acrescentava a seguinte definição: “A ação mandamental tende a obter um mandamento dirigido a outro órgão do Estado por meio sentença judicial.”²¹⁰

Em sua origem na teoria de KUTTNER, desenvolvida, após por GOLDSCHMIDT, a sentença mandamental diferenciava-se das demais do processo de conhecimento, por conter uma ordem que era destinada a um órgão ou funcionário estatal, estranho a relação processual. Esclarece, porém, MURITIBA, que, ao contrário do entendimento atual acerca do elemento conceitual que caracteriza as ações mandamentais, tais teorias tendiam a definir a mandamentalidade pelo fato de a sentença ser expedida contra uma pessoa jurídica de direito público. Defende que esse entendimento não restaria adequado, sobretudo ao nosso ordenamento jurídico processual, que prevê a possibilidade de utilização da ação mandamental contra particulares, pela atual dicção dos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

²¹⁰ MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva...**cit. p. 219-220.

PONTES DE MIRANDA foi o primeiro doutrinador no Brasil a desenvolver a classificação das ações e sentenças, incluindo a ação mandamental e a executiva, conforme já alegado. Para ele, a ação mandamental, cujo termo, entre nós, é devido a sua tradução do alemão *Anordnungsurteil*, utilizada por KUTTNER, da qual deriva a palavra *Anordnung*, que significa ordem, em português, prende-se a atos que o juiz deve mandar que se pratique.

Esclarece e justifica seu entendimento acerca da classificação autônoma de referida ação, com fundamento na *pretensão* que é exercida pelo titular do direito, de modo a definir a tutela jurídica buscada. Assinala que “O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental”.²¹¹ Como conceito, indica que a “ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, o que o juiz *manda*.”²¹²

A classificação das ações realizada pelo referido doutrinador é efetuada segundo a carga de força e eficácia da sentença, numa gradação de 1 a 5, já tendo advertido que não há ação pura. Para ele, cada ação pede uma sentença. A sentença pedida pela ação mandamental é sentença que mais mande do que declare, do que condene, do que constitua ou do que execute. Na ação mandamental pede-se ao juiz que mande. Teria assim a ação mandamental típica, 4 de declaratividade, 3 de constitutividade, 2 de condenatoriedade, 5 de mandamentalidade e 1 de executividade.

²¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado** Tomo I. cit.p.135.

²¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado...** Tomo VI. p. 23

Com relação à sentença mandamental, PONTES DE MIRANDA evidencia que, nesta, “o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito *imediato*”²¹³. Aí residiria sua diferenciação com a sentença condenatória, que apenas anunciaria o ato executivo, e a sentença constitutiva, cujo ato do juiz é incluso. Na sentença mandamental, o juiz manda, não apenas constitui, declara ou condena.

Para tal autor, a essência da mandamentalidade estaria na estatalidade cujo fundamento é o poder de *império* detido pelo juiz na emissão do mandamento, ou do mandado. Diferencia que, enquanto na ação executiva “quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz *como juiz*, e sim o que a parte deveria ter feito”, no mandado, “o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade.”²¹⁴

Luiz Guilherme MARINONI evidencia que na “sentença mandamental, há ordem, ou seja, imperium, e existe também coerção da vontade do réu.”²¹⁵ Esses elementos não estariam presentes na sentença condenatória, já que nesta, o juiz não poderia interferir na esfera jurídica do indivíduo, de modo a constrangê-lo a adimplir a ordem formulada.

Para este processualista, o que caracterizaria a sentença mandamental é dirigir uma ordem de coação contra o réu, descaracterizado-a se a ordem for emitida contra terceiro, ou seja, “a mandamentalidade é definida pela ordem conjugada à coerção.”²¹⁶ Esse entendimento quebra o dogma da

²¹³ Ibid. p. 224.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 429.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...cit.** p. 362.

incoercibilidade da vontade do particular pelo Estado e, em nosso ordenamento estaria fundada no parágrafo 4º, do artigo 461²¹⁷, do Código de Processo Civil.

Continua seu entendimento no sentido de que, na sentença mandamental, o juiz prestaria uma tutela integral e imediata ao direito do autor, enquanto na sentença de condenação, a tutela prestada seria “pela metade”, já que dependente de um processo de execução.

Destaca que, sob o prisma da efetividade, a principal diferença entre a sentença condenatória e a mandamental é que somente esta “pode levar à tutela de um direito que não pode ser efetivamente tutelado mediante a condenação.”²¹⁸ Elucida ainda que:

Só há mandamentalidade quando o juiz, na sentença, manda forçando; não há sentença mandamental quando o mandado destina-se apenas servir de “meio de execução” de uma sentença constitutiva (execução imprópria). Registre-se, porém, que o critério que nos permite definir a mandamentalidade é meramente processual. O que define a mandamentalidade é a possibilidade de se requerer ordem sob pena de multa.²¹⁹

Em outra passagem, o processualista assim se expressa:

Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que “ordena”, e que pode dar origem a um mandado, mas que não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção.²²⁰

²¹⁷ “Art. 461.(...) § 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 351.

²¹⁹ Ibid. p. 359.

²²⁰ Ibid. p. 356.

Edson Ribas MALACHINI, quanto ao critério que deva ser adotado para se distinguir a sentença mandamental, apresenta entendimento, no sentido da impropriedade da consideração da aplicação de multa coercitiva, como critério diferenciador. Nesse sentido assevera que: “Já vimos que a aplicação de multa coercitiva não pode ser considerada critério para se distinguir a sentença mandamental. Repetindo: de maneira nenhuma se pode dizer que a sentença que comina multa é, só por isso, mandamental; ou, vice-versa, que a sentença mandamental é a que comina a multa.”²²¹

Para mencionado processualista, o critério distintivo da sentença mandamental residiria na possibilidade, em caso de descumprimento de seu comando, de sujeição do renitente a processo penal por crime de desobediência ou outra sanção penal especialmente prevista em lei. Em outras palavras, põe “a nota individualizadora da espécie justamente na caracterização de infração penal com a não obediência ao *mandamento*”.²²² O descumprimento da *ordem* que caracteriza a ação mandamental, geraria como conseqüência o crime de desobediência, consoante artigo 330 do Código Penal brasileiro.

Essa distinção seria apropriada para diferenciar a ação mandamental da ação condenatória, na qual a conseqüência típica, exclusivamente patrimonial do descumprimento do comando judicial, seria o réu sofrer o procedimento de execução, em novo processo ou no próprio processo de execução. Para esse jurista, a situação de a ordem ser emitida contra terceiro não descaracterizaria a mandamentalidade.

²²¹ MALACHINI, Edson Ribas. **As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas.** In Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão”, 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.p. 450.

²²² Ibid. p. 457.

Em seu entendimento, a sentença mandamental, que consiste “em essência, em *ordem* dirigida pelo juiz ao réu – ou a terceiro, órgão estatal, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física”²²³, não pode oferecer alternativa, no sentido de proporcionar ao receptor da ordem opção entre seu cumprimento ou ser-lhe impingida multa pecuniária. “Quando se trata de *ordem* não há alternativa; a ordem *tem* de ser cumprida.”²²⁴ Conforme seu entendimento expresso: “quando se fala em mandamento, em ordem, pressupõe-se que não há possibilidade de desobedecer-lhe – a não ser trilhando a via angusta da seara penal, a reação mais enérgica do Direito contra os membros da coletividade que não seguem as normas impostas para a convivência social pacífica.”²²⁵

Segundo ensina quanto à sentença mandamental – a sentença que contém ordem - “não tem de haver nenhuma cominação; e isso pela simples e boa razão de que tal conseqüência já está na lei”²²⁶. Nesse sentido enfatiza que:

A nosso ver, portanto, esse deve ser considerado um dos traços distintivos da decisão mandamental: o de gerar, seu descumprimento, responsabilidade penal para o destinatário da ordem. Ainda, pois, que se lhe agregue, como reforço, para dar mais efetividade à decisão, a cominação de pena pecuniária (como, e.g., se prevê no art. 461, 4), não é tal cominação que lhe atribuirá caráter mandamental – até porque tal cominação tem, como sempre teve, natureza tipicamente condenatória: importa, como se viu anteriormente, em adiantamento da condenação.²²⁷

No entanto, faz menção a que o juiz pode, sendo até mesmo aconselhável, fazer constar advertência expressa ao réu de que a

²²³ MALACHINI, Edson Ribas. **As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas**. In Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão”, 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.p. 450

²²⁴ Ibid. p. 454

²²⁵ Ibid. p. 468.

²²⁶ Ibid. p. 452.

²²⁷ Ibid. p. 469.

desobediência à *ordem* irá sujeitá-lo a processo penal por desobediência, segundo artigo 330²²⁸, do Código Penal. Esclarece que a ausência de tal advertência não impede a caracterização do crime.

Para MALACHINI, a sentença que apresenta cominação de multa possui natureza condenatória. Apresenta na defesa de seu entendimento, dentre outros argumentos, o fato de que a pena pecuniária, ou seja, a multa que efetivamente incidiu por descumprimento da sentença, somente pode ser cobrada mediante processo de execução. Assim sendo, se a multa cominada somente é cobrável por meio de execução, “é porque a sentença que a estabeleceu (que a *cominou*) é título executivo; e, consoante o art. 584, I, o título executivo judicial por excelência é “a sentença condenatória proferida no processo civil””.²²⁹ Vale ressaltar que para esse jurista, a execução consiste em “*seguir o bem da vida até onde ele se encontra, para transferi-lo do patrimônio do executado para o do exeqüente*”²³⁰. Não obstante, lembra que: “a essência da execução não está efetivamente na realização de atos materiais - que é apenas o meio ordinariamente empregado para obtê-la -, mas no respectivo resultado (que pode, excepcionalmente, ocorrer sem a prática de qualquer desses atos).”²³¹

Segundo seu entendimento, podem ser admitidas como ações mandamentais em nosso ordenamento jurídico, as ações cautelares típicas como o arresto e o seqüestro, bem como a maioria das decisões que decretam providências cautelares, incluindo as cautelares inominadas. Baseia seu

²²⁸ “Código Penal brasileiro. Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”

²²⁹ MALACHINI. Edson Ribas. Ob. Cit.p. 445.

²³⁰ Ibid. p. 450.

²³¹ Id.

entendimento no fato de que as demandas em que se pede tais medidas e as decisões que as concedem não podem ser consideradas executivas, vez que não são satisfativas, mas antes, atendem à pretensão de segurança e, “quando favoráveis, determinam (*mandam*) que seja *assegurada* a realização do *provável* direito do requerente (art. 801, III), mediante providências adequadas; nada mais.”²³²

Em outras palavras, tais decisões mandam, por cautela, que se tome uma determinada providência para assegurar um bem da vida, de modo que ele possa ser atribuído a quem de direito no momento oportuno. Nessas situações, segundo MALACHINI, “Há, pois, *mandamentalidade*, para a asseguarção do resultado útil da demanda principal; não há executividade, porque não há satisfatividade.”²³³

Observando a teoria de PONTES DE MIRANDA, no tocante a classificação das sentenças por sua carga de eficácia definida em preponderante, imediata e mediata, Edson Ribas MALACHINI observa que “a sentença será considerada *mandamental* apenas quando “a eficácia da ordem predomine””.²³⁴ Não obstante, reconhece a ocorrência de sentença *quase mandamental*, quando a ordem não seja predominante, mas constitua eficácia imediata, já que nessas sentenças a eficácia mandamental poderá ser exercida imediatamente, no mesmo processo, como ocorre com as espécies *declaratória-mandamental*, *constitutiva-mandamental* e *executiva-*

²³² Ibid. p. 451.

²³³ Id.

²³⁴ Ibid.p. 452..

mandamental. “A eficácia mediata é que deverá ser exercida em novo processo.”²³⁵

Importa, sobretudo, para o estudo proposto, a análise feita pelo processualista com relação às sentenças que condenam ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer e entrega de coisa, conforme alteração promovida pelas Leis 8.952, de 13 de dezembro de 1.994 e Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Para MALACHINI, o descuido na observação das eficácias imediata e mediata das sentenças ocasionou interpretações apressadas com relação à natureza de tais sentenças. Ensina que apenas o fato de a execução se fazer no mesmo processo não altera a natureza da sentença, muda apenas a forma de execução. Vale a transcrição de seu entendimento quanto à natureza das sentenças proferidas nas ações que tenham por objeto entrega de coisa ou obrigação de fazer ou não fazer, conforme alteração promovida por referidas leis:

O que aconteceu foi algo mais simples: a eficácia executiva da sentença condenatória, que era mediata (com peso 3, na simbologia numérica de PONTES DE MIRANDA), tornou-se imediata (com peso 4); e a eficácia declaratória, que se seguia à força da sentença (que era e continua sendo condenatória – peso 5), cedeu lugar àquela, passando a ser a eficácia mediata (com redução de carga de 4 para 3). Assim, a sentença condenatória, que apenas formava título executivo, para ser executado em outro processo (eficácia executiva mediata da sentença condenatória), passou a poder ser executada no mesmo processo: por exemplo, com a simples expedição de um mandado de busca-e-apreensão da coisa móvel, ou a imissão na posse do imóvel, no caso de “ação que tenha por objeto a entrega de coisa”(art. 461-A, 2 – eficácia executiva imediata da sentença condenatória).²³⁶

Destaca a importância de se distinguir *ação executiva*, assim entendida toda execução, seja judicial ou extrajudicial, do Livro II, do Código de Processo Civil; de *processo de execução*, que é o processo que com a ação executiva se

²³⁵ Ibid. p. 469.

²³⁶ Ibid.p. 470.

instaura; de *execução*, que é a simples execução da sentença ou de outra decisão, feita no mesmo processo, de ofício, tão logo a decisão se torne exeqüível.

Para a perfeita compreensão da ação mandamental, segundo Ovídio A. Baptista da SILVA, é necessário estabelecer as linhas de sua evolução histórica, que remonta, conforme já mencionado, aos interditos romanos. Referido processualista, indica que 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, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.²³⁷

Apresenta como característica tanto da ação mandamental, quanto das executivas *lato sensu*, a auto-executoriedade, pela qual existirá necessariamente nela alguma atividade posterior à sentença, ainda dentro da mesma relação processual, no sentido de apresentar a resposta jurisdicional à pretensão formulada na exordial, independentemente de qualquer outra providência a ser tomada pela parte autora. Abre a ressalva, no entanto, de que as sentenças mandamentais, não contêm execução, em sentido técnico.²³⁸

²³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. Vol. 2, 5. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p. 336.

²³⁸ Explica referido processualista que a sentença mandamental não contém qualquer componente executório, estando reunida as executivas, “em razão da peculiaridade que a faz distinta das três espécies de sentenças contidas no *processo de conhecimento*”, as quais, “caracterizam-se por encerrar a respectiva relação processual, eliminando qualquer ocorrência de atividade jurisdicional após a sentença de mérito.” Essa seria uma contingência criada pelo conceito de processo de conhecimento, “no qual a atividade jurisdicional limita-se a operar no plano das normas jurídicas, sem qualquer interferência no mundo empírico.”(Ibid. p. 24-27 *passim*.)

Apresenta ainda a característica da imperatividade contida na ordem que integra o conteúdo do provimento mandamental. A imperatividade decorre do fato de que a ordem expedida pelo mandado é derivada da estatalidade exclusiva do juiz, ou seja, é um ato privado do juiz enquanto representante do Estado. A estatalidade legitimaria a utilização dos mecanismos de coerção pela técnica mandamental.²³⁹

Para o referido autor, dentre todos os provimentos jurisdicionais, é o mandamental que contém maior concentração do poder de *imperium*, expresso no ato de ordenar utilizando-se do poder do Estado. Desta forma, a *ordem* seria o núcleo da eficácia mandamental, ou, em outras palavras, sua eficácia preponderante.

Nessa característica residiria a principal distinção havida entre a tutela mandamental e a executiva *lato sensu*. Enquanto naquela o juiz realiza o que somente ele pode realizar em virtude de sua estatalidade, nessa o ato realizado é privativo da parte, agindo o juiz em substituição a sua vontade.

Ponto singular na doutrina de Baptista da SILVA encerra-se em sua pretensão de estabelecer, com base na correção dogmática e fidelidade histórica dos institutos, uma correlação entre a sentença mandamental e obrigações legais, da mesma forma como pretende estabelecer ligação entre as ações executivas *lato sensu* e as pretensões de natureza real. Como se observa de sua afirmação de que “o campo da execução das obrigações de

²³⁹ Vale trazeremos a colação um pequeno trecho da doutrina de Baptista da SILVA, que expressa bem esse entendimento: “A distinção entre sentenças executivas e mandamentais é fundamental: a execução é *ato privado da parte*, que o juiz, através do correspondente processo - se a demanda fora condenatória ou desde logo por simples decreto, se a ação desde o início era executiva - , realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado. Na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua *estatalidade*, pode realizar.”(Ibid.p. 337.)

fazer e não fazer está sendo invadido pelas ações mandamentais.”²⁴⁰ É enfático o autor a afirmar que “o que é decisivo para que exista uma ação mandamental é que a respectiva sentença de procedência contenha um *mandado*, como sua eficácia preponderante.”²⁴¹

Quanto aos destinatários da ordem sentencial na ação mandamental, o doutrinador entende que tanto as ordens podem ser dirigidas a órgãos e servidores do Estado, quanto a uma autoridade ou um particular. Ainda ensina que há sentenças mandamentais que fazem coisa julgada, como em geral, as proferidas em sede de mandado de segurança, enquanto as sentenças proferidas em processo cautelar não a produz, sendo, no entanto, ambas mandamentais.

Por seu turno, em estudo sobre a matéria, Sérgio MURITIBA, apresenta a seguinte definição conceitual da ação mandamental como sendo:

técnica diferenciada de tutela jurisdicional, inconfundível com a declaração, constituição, condenação e executiva lato sensu, destinada a instrumentalizar pretensões a bens que se conseguem mediante modificações empíricas, por meio do uso de medidas de coerção, sem a necessidade do exercício do direito de ação executiva, bem como a instauração de processo de mesma natureza. Noutras palavras, ação mandamental é aquela na qual há imposição coercitiva da conduta descrita no comando sentencial, sendo tal constrangimento processualmente instrumentalizado mediante a pena fixada condicionalmente para o caso de descumprimento do comando formulado pelo juiz.²⁴²

Para esse processualista, na ação mandamental o juiz formula um comando, que, por si só, não contém força capaz de gerar resultado positivo no sentido material. No entanto, a ação mandamental permite a utilização, no âmbito processual, da técnica da aposição de uma condicional, “/se...então.../”,

²⁴⁰ SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso...v.2.cit.* p. 353.

²⁴¹ *Ibid.* p. 355.

²⁴² MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva ... cit.* p. 241.

no sentido de computar-se uma multa em desfavor do réu no caso de descumprimento do comando formulado.

Em seu entendimento, a mandamentalidade é configurada no sentido processual por essa condicional lógica que determina “em caso de descumprimento (se), compute-se a multa (então) em desfavor do réu.”²⁴³ Não dependeria a mandamentalidade de qualquer elemento sociológico, como a ordem baseada em um utópico poder de império, ou a configuração de crime em caso de desobediência do comando emitido pelo magistrado.

MURITIBA ensina que a ação mandamental pode ser tipificada por possibilitar a aplicação, de maneira imediata, dos meios de coerção. Assim, a diferenciação desse provimento com relação aos demais componentes da teoria trinária, residiria em sua função peculiar de coação do réu para que cumpra o comando judicial, possuindo uma estrutura processual apta a habilitar os meios de coerção cabíveis e adequados, a possibilitar, pela utilização desses meios, a produção de efeitos diferenciados, no sentido de induzir o devedor a cumprir a conduta devida.

Nesse sentido, afirma que na ação mandamental, o magistrado faz integrar ao conteúdo do provimento a eficácia processual que ele habilita – ordenar sob pena de coerção -, de modo a torná-lo apto a produção do efeito processual esperado. Conclui que:

a eficácia processual do provimento mandamental é puramente a habilitação do uso de medidas coercitivas, como a multa ou outra técnica de pressão psicológica. Por meio dela é possível a visualização do conteúdo processual desse tipo de provimento, entrevisto no verbo utilizado pelo juiz na sentença. Pelo ato processual “mandar sob pena de...”, o juiz aumenta o conteúdo do provimento mandamental, imprimindo nele a sua eficácia processual, ou seja, tornando-o processualmente hábil à efetivação do comando material, mediante o constrangimento causado pela aplicação de algum meio de coerção.²⁴⁴

²⁴³ Idem.,Ibidem.p. 241.

²⁴⁴ MURITIBA. Sérgio. **Ação**...cit.p. 244.

Estaria assim o núcleo da eficácia mandamental na ordem apoiada em constrangimento condicional, ou, em outras palavras, é o poder coercitivo do direito que se agregaria ao comando, passando este então a ter aptidão para constranger.

Sérgio Torres TEIXEIRA, admitindo a categoria das sentenças mandamentais, a elas se refere como possuindo natureza auto-operante, prescindindo de posterior processo de execução *ex intervallo*. A distinção desta para com a sentença executiva *lato sensu*, residiria no objeto imediato da respectiva tutela jurisdicional.

Esse processualista, coadunando com a doutrina de PONTES DE MIRANDA, entende que na decisão executiva em sentido amplo, “o objetivo é entregar o bem litigioso ao credor, proporcionando transformação no plano empírico mediante a transferência do domínio da coisa litigiosa. Almeja, portanto, a passagem para a esfera jurídica do vencedor aquilo que deveria lá estar (mas não está).”²⁴⁵ Haveria desta forma atividade essencialmente executiva nesta sentença.

Por outro lado, o objeto imediato da sentença mandamental seria a imposição de uma ordem de conduta, determinado a prática ou abstenção de um ato por parte vencida. Desta forma, esta sentença atuaria sobre a vontade do demandado e não sobre seu patrimônio. As medidas aqui utilizadas não seriam propriamente executivas no sentido técnico do termo, mas “meio para pressionar psicologicamente o obrigado a satisfazer a prestação devida e, com isso, cumprir o comando judicial emitido pelo Estado-Juiz.”²⁴⁶

²⁴⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Evolução...*cit. p. 329.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 329.

Sua definição de sentença mandamental enfoca a eficácia primordial, que para esse autor residiria na existência do *mandado*²⁴⁷. Segundo TEIXEIRA, “O objeto principal da postulação, pois, é exatamente a obtenção de tal mandado. O julgado mandamental, nesse sentido, contém uma ordem dirigida a outra autoridade pública ou à própria parte vencida, agindo sobre a vontade de seu destinatário, impondo a imediata prática de um ato ou a abstenção de tanto.”²⁴⁸

Diferentemente da sentença condenatória que se limita ao *iuris dictio*, a sentença mandamental ultrapassaria esse limite, para além da esfera puramente jurídica, proporcionando transformações na realidade factual, através de ordem e não simples condenação, para que o vencido adote comportamento de acordo com o direito material reconhecido na sentença, produzindo, desta forma, atividade jurisdicional após o julgamento da demanda, ainda dentro da mesma relação processual. Para a concretização do provimento jurisdicional, o magistrado deve impor “medidas dedicadas a produzir plenamente os efeitos da tutela jurisdicional, satisfazendo de plano o direito material do vencedor.”²⁴⁹

Como características das sentenças mandamentais, referido processualista indica os seguintes traços distintivos:

- 1) o mandado que corporifica a ordem judicial, enquanto objeto da sentença mandamental, corresponde à materialização do próprio pedido formulado pelo postulante; 2) a respectiva ordem judicial (mandado) constitui ato de *imperium*, e não um ato do juiz em nome da parte; 3) à semelhança da sentença executiva *lato sensu*, a

²⁴⁷ Para esse autor, “A ordem mandamental é corporificada em um mandado judicial, emanado diretamente do respectivo julgado, que se revela capaz de realizar, no plano factual, as modificações necessárias à efetiva entrega da tutela jurisdicional ao vencedor.”(TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob. cit. p. 331)

²⁴⁸ Idem, Ibidem. p. 329.

²⁴⁹ Ibid. p. 330.

sentença mandamental é auto-suficiente ou auto-operante, ou seja, dotada de uma pronta exeqüibilidade, prescindindo a sua concretização de uma etapa subsequente de execução forçada nos moldes tradicionais (processo de execução autônomo e *ex intervallo*); 4) o instrumento que corporifica o mandado judicial deve ser expedido pelo magistrado automaticamente em seguida à prolação da sentença mandamental, impondo ao seu destinatário o cumprimento de imediato da respectiva ordem judicial, sem a necessidade de trânsito em julgado daquela; e 5) o desrespeito à ordem judicial, além da aplicação de eventuais multas pecuniárias (*astreintes*) e medidas de constrição judicial, igualmente acarreta responsabilidade civil e criminal para a parte devedora que não a cumprir voluntariamente nos termos expostos no respectivo mandado.²⁵⁰

Importa destacar dentro dessas peculiaridades da sentença mandamental apresentadas pelo processualista, a indicada na característica número 4. Tal diz respeito à eficácia natural da sentença de produzir seus efeitos, mesmo sem aguardar o trânsito em julgado da decisão, ou seja, para ele, a sentença mandamental, “revela uma eficácia natural de tal intensidade que proporciona, imediatamente em seguida à sua prolação, a concretização integral dos seus efeitos, mesmo sem revestir-se da qualidade de imutabilidade”.²⁵¹ Completa que a sentença mandamental revela aptidão para produzir seus efeitos imediatamente após sua prolação, admitindo plenamente e de modo imediato a materialização dos efeitos aos quais se destina a produzir, sem qualquer das restrições da execução provisória²⁵².

No entanto, a aceitação da ação mandamental como categoria autônoma não é consenso entre os doutrinadores pátrios, como visto também nas obras de ALFREDO BUZAID, *Do mandado de segurança*, nº 37 e CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, p. 151-153, conforme

²⁵⁰ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob. cit. p. 333-334.

²⁵¹ Idem, Ibidem. p. 337.

²⁵² Ensina o processualista que “De modo imediato, automático e endoprocessual, o magistrado expede um mandado judicial que corporifica a ordem contida na sentença mandamental e impõe o seu cumprimento sem hesitação ao vencido, mediante as mais variadas medidas de coerção, incluindo instrumentos de pressão psicológica, sanção patrimonial, responsabilização civil e criminal e, em determinados casos, até a constrição pela força policial.”(TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob cit. p. 337)

referência e críticas tecidas por Ovídio A. Baptista da SILVA²⁵³. Em passagem que se apresenta, referido doutrinador deixa clara sua crítica a esse entendimento, conforme vemos

Se consideramos, como insiste em fazê-lo a doutrina que se recusa a admitir a existência das ações mandamentais, que o conteúdo de todas as sentenças é formado exclusivamente pela declaração, ou pela declaração e constituição (nas sentenças constitutivas), e que os efeitos, quaisquer que sejam eles, serão sempre conseqüências externas ao ato jurisdicional, poderemos ser levados a admitir que determinadas sentenças não produzem efeito algum, como acaba tendo de admitir ALFREDO BUZAID, ao aludir à sentença declaratória (Do mandado de segurança, n. 43), risco este que já denunciáramos, ao examinar uma conclusão similar de J.C. BARBOSA MOREIRA, para quem o conteúdo de todas as sentenças seria formado, exclusivamente, pelos componentes declaratórios e constitutivo.²⁵⁴

Para se traçar o necessário contraponto teórico, insta observar a análise do peculiar entendimento desposado por Marcelo Lima GUERRA²⁵⁵, em seu exame crítico das sentenças e tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Para esse processualista, há três, e apenas três modalidades distintas de tutela jurisdicional, segundo o critério da necessidade de proteção manifestada pelo direito subjetivo, a saber, a declaratória, a constitutiva e a executiva. Quanto à sentença de mérito, três são as modalidades, sendo a declaratória e constitutiva e a condenatória. Entre essas, faz ainda o processualista a separação entre sentenças auto-suficientes e instrumentais.

No entanto, ao abordar a classificação quinária de PONTES DE MIRANDA, indica o doutrinador que, embora haja expressiva adesão da doutrina brasileira a tal classificação, não haveria exata reprodução das idéias pontesmirandianas, havendo ainda divergências entre os autores quanto a definição das categorias mandamentais e executivas *lato sensu*. Não obstante,

²⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso...* cit.v.2., p. 356-362.

²⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso ...*cit.v.2. p. 427-428.

²⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais...* cit. p. 44 e *passim*.

indica os entendimentos de Eduardo TALAMINE e Kazuo WATANABE²⁵⁶, acerca de tais sentenças.

A partir das definições apresentadas, Marcelo Lima GUERRA, traça seu entendimento quanto ao equívoco havido na conceituação dessas sentenças. Seu principal argumento refere-se ao conceito restrito adotado por tais doutrinadores com referência à sentença condenatória, como sendo tão somente, a que constitui título executivo e permite a instauração de um processo autônomo de execução, que habilita medidas sub-rogatórias.

Para esse doutrinador, esse conceito restrito é construído a partir de características meramente acidentais da disciplina legal da tutela executiva. Isso viabilizaria a criação de categorias diferentes de sentenças, “mesmo apresentando o mesmo *atributo funcional* de ser instrumental em relação à tutela executiva de determinado direito”, estariam apenas sujeitas “*a modo diverso de se cumprirem às atividades necessárias à prestação subsequente de tutela executiva*, seja por não se organizadas, tais atividades, em um processo autônomo de execução, seja por serem empregadas medidas coercitivas.”²⁵⁷

Desta forma, os conceitos de sentença mandamental e executiva *lato sensu*, apresentados pelos autores que defendem sua existência autônoma,

²⁵⁶ Marcelo Lima GUERRA cita o entendimento de Eduardo TALAMINE relativo a sentença executiva, que seria aquela que “traz em seu dispositivo a determinação de *imediate atuação de meios de sujeição (sub-rogatórios)*, independentemente de novo processo”. Quanto à definição de sentença mandamental, aponta que seria aquela que “em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, *dirige-lhe ordem* cuja inobservância caracteriza *desobediência* à autoridade estatal e pode implicar a adoção de medidas coercitivas.” O entendimento de Kazuo WATANABE quanto às sentenças executivas *lato sensu*, também é citado, como sendo aquela que pela “elevada carga de executividade de que é dotada, é ela executável no próprio processo em que foi ela proferida.”(GUERRA, Marcelo Lima. Ob. cit. p. 45.)

²⁵⁷ GUERRA, Marcelo Luiz. Ob. cit. p. 47.

seria realizado em função do modo de prestação da tutela executiva por ele preparada e não em função de característica da própria sentença.²⁵⁸

Para esse doutrinador, a categoria das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, incluem-se no conceito de sentença condenatória. Nesse sentido afirma que “Uma vez identificado o caráter *instrumental* de certas sentenças quanto à prestação da tutela executiva, qualquer que seja a forma processual e as medidas judiciais através das quais a tutela executiva vier a ser prestada, sucessivamente, as sentenças que apresentam tal caráter instrumental *compõem uma, e apenas uma categoria.*”²⁵⁹

Não obstante o respeito devido ao entendimento apresentado, não é o objetivo deste trabalho trilhar toda a elaborada teoria apresentada pelo processualista referido, mas apenas, traçar o necessário contra-ponto doutrinário ao estudo que se propõe e demonstrar, *um passant*, os argumentos utilizados por aqueles que não reconhecem as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* como categorias autônomas na classificação das ações e sentenças.²⁶⁰

Ao objetivo do trabalho interessa, no atual estágio do modelo processual brasileiro, frente às evidências encontradas na própria legislação processual, conforme artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e 84²⁶¹ do Código

²⁵⁸ Quanto a esse ponto, referido doutrinador entende que se trate de uma “multiplicação inútil de entidades” que não sobrevivem ao fio da “navalha de *Ockham*”, em referência ao princípio da economia elaborada pelo filósofo e teólogo medieval Guilherme de Ockham (1285-1347/1349), expresso em duas fórmulas distintas: a) (inutilmente se faz com muito o que se pode fazer com pouco e b) uma pluralidade não deve ser pressuposta sem necessidade. (Ibid. p. 47-48)

²⁵⁹ Ibid. p. 48.

²⁶⁰ Para maiores esclarecimentos, vide GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²⁶¹ “Código de Defesa do Consumidor: Art. 84. 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. § 1º. A conversão em obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível à tutela

de Defesa do Consumidor, investigar a inegável necessidade de se rever antigas posições e confrontá-las com as mudanças sensivelmente perceptíveis no modelo de processo jurisdicional pátrio, e a linha mestra que o baliza, sob o manto do direito constitucional à efetividade da prestação jurisdicional.

4.4.1.1.1. Situações jurídico-materiais que reclamam tutela mandamental

Vistos os diferentes entendimentos doutrinários acerca da tutela mandamental, cumpre-se seja feita a análise dos direitos que a ela se amoldam, ou a adequação entre essa técnica e as situações jurídico-substanciais que motivam a aplicação de seu funcionamento.

Conforme já debatido em outro momento, há direitos que, para serem tutelados, dependem tão somente de modificação na esfera puramente jurídica, como os que reclamam uma declaração ou constituição. Outros requerem uma modificação empírica para se efetivarem, como os que somente podem ser alcançados mediante tutela condenatória, executiva *lato sensu* ou mandamental.

Partindo desse ponto, percebemos que os direitos que reclamam a ação mandamental e as técnicas processuais que esta habilita, são direitos que, além de reclamarem repercussões físicas, necessitam ainda que tais

específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287 do Código de Processo Civil). § 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º. O juiz poderá, na hipótese do § 3º. ou na sentença, impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º. Para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividades nocivas, além de requisição de força policial.”

modificações se dêem por vontade do obrigado, ou seja, para se garantir o bem da vida contido na pretensão, não se pode prescindir da prestação do obrigado. Nesse sentido, aponta Luiz Guilherme MARINONI que a efetiva tutela de direitos que demandem o cumprimento de uma obrigação infungível, não podem ser tutelados mediante meios de execução por sub-rogação.²⁶²

Para garantir essa prestação por parte do obrigado é que são disponibilizados os meios de coação habilitados pela ação mandamental. Assim, no entendimento de Luiz Guilherme MARINONI, a multa, como meio de coerção indireta, importa em ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz. Para esse autor, a técnica mandamental, conforme já debatido, funda-se na ordem e na multa.

Logo, a adequação da ação mandamental tendo em vista a eficácia que essa habilita, é justificada para a proteção de direitos que requeiram um comando judicial de repercussão física, dotado de meios de coação da vontade do obrigado. Sérgio MURITIBA, tratando do assunto, expressa posicionamento no sentido de que: “o aspecto material da sentença mandamental se faz observar pelo fato de esta advir da apreciação dinâmica de direito que requer uma atuação empírica para proporcionar o bem da vida por ele assegurado, mais especificamente dependente da conduta do próprio obrigado, seja essa dependência originada de causa natural, jurídica ou operacional.”²⁶³

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**... cit. p. 71-76.

²⁶³ MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva** ... cit. p. 246. Nesse sentido complementa o autor: “Acreditamos que não é inadequado falar que todo tipo de direito subjetivo, processualmente tutelável pela técnica mandamental, reclama prestação de natureza infungível, de modo que o alcance da utilidade que ele proporciona ao seu titular fica condicionado à participação física do sujeito passivo. Entretanto, tal infungibilidade da prestação não deve ser aferível apenas tomando em conta aptidões e qualidades especiais do devedor (infungibilidade natural), tampouco as restrições impostas pelo ordenamento jurídico (infungibilidade jurídica). É preciso também considerar a infungibilidade operacional ou prática, aferível em função das dificuldades de ordem prática, ao se tentar realizar concretamente o direito por meio do serviço jurisdicional, mediante a utilização dos meios sub-rogatórios.”(Ibid. p. 247-248)

A necessidade de se recorrer aos meios de coerção configura a essência da prestação que reclama a ação mandamental. O pressuposto da existência da necessidade de participação direta do devedor no cumprimento da obrigação é que caracteriza a utilidade das técnicas processuais contidas na ação mandamental, diga-se a coerção da vontade do obrigado.

Nesse sentido é o ensinamento de Luiz Guilherme MARINONI, ao enfatizar que: “Um direito que depende do cumprimento de uma obrigação de fazer infungível ou de uma obrigação de não-fazer encontra meio processual adequado para a sua tutela na sentença que ordena o fazer ou o não-fazer mediante uma “ameaça” que possa levar o réu a adimplir voluntariamente.”²⁶⁴

No entanto, deixa claro o referido processualista que a ação mandamental também poderá ser utilizada para a tutela de direitos que dependam de cumprimento de obrigação fungível. Justifica seu entendimento no sentido de que esses direitos, não obstante poderem ser realizados por terceiros, portanto, independerem exclusivamente da vontade do obrigado, também podem ser tutelados mediante o emprego da ordem atrelada à multa. Evidencia que “no direito brasileiro, aliás, sempre se entendeu, sem qualquer discussão, que o emprego da coerção indireta é cabível em face das obrigações fungíveis.”²⁶⁵

Resta assim claro o cabimento das ações mandamentais com relação aos deveres de fazer infungíveis, já que aquela habilita o recurso a meios de

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...**cit. p. 71. Há de se notar, entretanto, a discussão entabulada pelo autor quanto a possibilidade de a técnica mandamental ser usada de modo irrestrito quanto as obrigações de fazer infungíveis. Ressalta a importância de se proceder com cautela quando da utilização da ação em relação a obrigações de conteúdo artístico, ou obrigações que “algo que não é pessoal, mas que também não é passível de controle por ele próprio, como a inspiração para cantar ou pintar um quadro.”(Ibid. p. 72-73.)

²⁶⁵ Ibid. p. 73.

coerção para se compelir o devedor a adimplir a obrigação. Foi visto também que a aplicação da técnica pode ser estendida às obrigações que comportem prestação de fazer fungíveis, evidenciada a necessidade a partir da casuística analisada.

A análise de situações jurídico-substanciais que contenham deveres de não fazer, deixa antever entendimento no sentido de que, tais obrigações são melhores tuteladas pela tutela preventiva, que tem na ação mandamental seu correlato processual. Nesse sentido expressa-se Luiz Guilherme MARINONI: “A efetividade da tutela preventiva, como é óbvio, está na dependência da possibilidade de se impedir o ilícito (ou a continuação ou repetição). Torna-se imprescindível, assim, a possibilidade do uso da multa, como meio de coerção capaz de convencer o réu a não fazer ou a fazer, conforme se tenha a ação ou a omissão.”²⁶⁶

Não obstante a possibilidade de utilização das técnicas próprias da ação executiva *lato sensu*, em situações concretas envolvendo dever de não fazer, a produção de efeitos da tutela mandamental apresenta-se, em geral, mais célere, bem como, há de se considerar a possibilidade de ocorrência da infungibilidade operacional da adoção dos meios de sub-rogação.

Quanto à adequação da ação mandamental aos deveres de dar coisa certa, temos que, antes da alteração promovida no Código de Processo Civil, pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que acrescentou ao *codex* o artigo 461-A e seus parágrafos, como regra, as situações substanciais que envolvessem tal pretensão, deveriam ser processadas mediante as técnicas afeitas à ação de condenação com seu correspondente processo de execução.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela inibitória...**cit. p. 69.

No entanto, frente à dicção dada ao artigo 461-A do diploma processual, a pretensão a direitos que envolvam dever de dar coisa certa, passou a ser tutelada pela ação executiva *lato sensu*. Deve ser feita novamente a ressalva a pouco feita, quanto às situações práticas nas quais esteja se buscando tutela de caráter preventivo ou antecipatório, ou que haja inviabilidade prática da adoção das técnicas sub-rogatórias, próprias da ação executiva, situação na qual será, dentro do princípio da necessidade, passível de utilização a técnica mandamental.

Tal possibilidade, inclusive, vem expressa no parágrafo 3º, do artigo 461-A, já referido, quando o legislador, ao possibilitar a utilização de medidas coercitivas mediante o emprego de multa, adota função técnico-processual própria da tutela mandamental.

Por fim, diante das novas diretrizes específicas para o cumprimento dos deveres de pagar quantia certa, promovidas pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, percebe-se a previsão de incidência de multa de dez por cento sobre o valor da condenação, em caso de não pagamento espontâneo da dívida, a ser aplicada em caso de execução definitiva, consoante teor do *caput* do artigo 475-J²⁶⁷, do Código de Processo Civil. O objetivo da multa prevista é de, a exemplo do que ocorre com a ação mandamental, atuar sobre a vontade do devedor no sentido de coagi-lo a, voluntariamente, cumprir o dever de pagar a quantia constante da decisão judicial.

Desta forma, pode-se considerar que já existe, por força da própria disposição legal que trata da matéria, utilização da função técnico-processual

²⁶⁷ “ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

própria das ações mandamentais, a saber, a cominação de multa como forma de coerção da vontade do obrigado, com relação às obrigações de pagar quantia certa. Possui assim, o *caput* do artigo 475-J, do código processual, previsão de eficácia processual mandamental, na cominação da multa a incidir sobre o valor da condenação, no caso de não cumprimento espontâneo da obrigação.

De uma forma geral, assim se expressa Ernane Fidelis dos SANTOS, quanto ao novo sistema do Código de Processo Civil brasileiro:

para todas as ações que condenam à obrigação de fazer ou de não fazer, a classificação de mandamental se impõe; para as que determinassem a entrega de coisa, a sentença será executiva *lato sensu*, enquanto as condenatórias produziram títulos executivos judiciais, mas com fase executória tendo procedimentalidade diversa (art. 475-J), muito embora se abolisse a ação de execução própria para dar cumprimento ao preceito sentencial.²⁶⁸

Embora não esgotadas as hipóteses nas quais se mostra apropriada a adoção da tutela mandamental – e não se crê ser possível tal esgotamento – as referências e análises já efetuadas atendem os despretensiosos objetivos do trabalho.

4.4.1.1.2. Funções técnico-processuais habilitadas pela tutela mandamental: Medidas de coerção indireta, v.g. multa e pena de prisão.

Toda sentença, como espécie de ato imperativo do Estado, possui vocação para produção de efeitos. Esses efeitos variam de acordo com

²⁶⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do código de processo civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

distintas modalidades de sentença e as repercussões diversificadas que ensejam. A aptidão para proporcionar determinados efeitos está, assim, diretamente relacionada ao objeto da ação postulada e os mecanismos processuais por esta habilitados para a obtenção desse objeto, ou seja, os meios executivos²⁶⁹.

Cumpre, portanto, sejam verificados quais as funções técnico-processuais ou “meios executivos”, habilitados pela ação mandamental para a produção dos efeitos esperados, de acordo com o modelo nacional.²⁷⁰

A ação mandamental possui como escopo principal a tutela de direitos que demandem alteração no mundo fático, e que essas alterações devam se dar, ressalvadas as situações de obtenção do resultado prático equivalente obtido por meio da técnica executiva *lato sensu*, por meio da vontade do obrigado. Ou seja, destina-se à tutela de direitos que dependem do cumprimento de uma prestação infungível, e que, portanto, não podem ser

²⁶⁹ Não obstante, conforme bem observa Marcelo Lima GUERRA, a restrição feita por CARNELUTTI, em seu Sistema de Direito Processual, quanto ao conceito de meios executivos, como sendo àqueles com os quais a satisfação do credor é obtida sem qualquer participação do devedor, através exclusivamente de atos judiciais, não se pode negar que as medidas coercitivas adotadas pelo Juiz, que visem a obtenção da satisfação do credor, desempenhem função análoga às medidas sub-rogatórias. Ambas as situações consubstanciam-se em medidas judiciais decretadas com vistas à satisfação do credor. Define, assim, meio executivo enquanto noção subordinada à tutela executiva, como “*ato ou conjunto de atos através dos quais se presta a tutela executiva*, o que é o mesmo que dizer, *através dos quais o órgão jurisdicional busca a satisfação de um direito subjetivo*”. A partir desse entendimento, indica que para prestar a tutela executiva, o juiz deve ser valer dos meios sub-rogatórios, que são aqueles nos quais o juiz substitui-se à pessoa do devedor realizando em seu lugar a prestação devida, ou dos meios coercitivos, sendo aqueles com os quais o “órgão jurisdicional pressiona a vontade o devedor, através de ameaças de sanções agraváveis, de modo a induzi-lo a realizar, ele mesmo, a prestação devida.” Entende esse autor que o conceito de tutela executiva é mais amplo que o de execução forçada, quando usada como expressão sinônima de execução por sub-rogação. (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos ...**cit. p. 36-37.)

²⁷⁰ Necessário que sejam feitas algumas diferenciações conceituais, quanto aos termos que serão usados, tanto para a apresentação das funções técnico-processuais habilitadas pela ação mandamental, quanto pela executiva *lato sensu*. Dir-se-á que, enquanto esta habilita a execução forçada, ou direta, a outra habilita execução indireta. Execução forçada ou direta é expressão utilizada para designar execução na qual a atividade jurisdicional se vale de meios sub-rogatórios, prescindindo da manifestação do demandado. Execução indireta é aquela realizada mediante a aplicação de medidas de coação, de modo a pressionar a vontade do devedor no sentido de levá-lo ao adimplemento. Várias são as formas de coação a serem exercidas como pressão sobre a vontade do devedor, como multa, prisão e outras.

adequadamente tutelados por meio da execução por sub-rogação, seja ela uma obrigação de fazer infungível ou de não fazer.

Em virtude dessa finalidade, a ação mandamental deve ser dotada de mecanismo hábil para a concretização de seu desiderato, já que a função técnico-processual dessa ação é atuar sobre o próprio demandado, de modo a coagi-lo a agir de acordo com o determinado pelo comando judicial.

Cândido Rangel DINAMARCO, não obstante não reconhecer a existência de sentenças que sejam só mandamentais, sem serem condenatórias²⁷¹, ensina que, segundo o regramento jurídico brasileiro no tocante à disciplina destas sentenças²⁷², “o juiz tem o poder-dever de, em caso de desobediência ao preceito, em primeiro lugar exercer pressões psicológicas de variada ordem sobre o obrigado desobediente, para que voluntariamente decida cumprir (Calamandrei).”²⁷³

Sobre a afirmação contida no trecho acima transcrito, esclarece o doutrinador que voluntariamente não é sinônimo de espontaneamente. Em havendo persistência do devedor no não cumprimento da obrigação, o juiz deve então impor, “mediante atos de poder e, agora, independentemente da vontade do obrigado, *um resultado prático equivalente ao do cumprimento.*”²⁷⁴

Para esse processualista, o poder do juiz de decidir imperativamente e de impor decisões, encontra plena legitimidade política no conceito e estrutura

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 229-233.

²⁷² Conforme já enunciado, referido autor reconhece na ordem positiva brasileira o teor de sentença mandamental, àquelas proferidas em mandado de segurança, quando há concessão do pleito, e as que condenam a obrigação de fazer ou não fazer, tanto no sistema do Código de Processo Civil, conforme dicção do artigo 461, quanto no Código de Defesa do Consumidor, consoante redação do artigo 84. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**cit. v. III. p. 242-243.)

²⁷³ Ibid.p. 243.

²⁷⁴ Id.

do poder estatal. Ao contrário, se houvesse a decisão, a condenação e a pressão para o cumprimento do comando judicial, e diante da reiterada recusa do devedor, quedasse resignado o juiz, estar-se-ia exercendo o poder estatal pela metade. Segundo o doutrinador, na ausência de atos enérgicos politicamente legítimos, estaria comprometida a efetividade da tutela jurisdicional com sua correlata garantia constitucional.

Para DINAMARCO, a medida de coerção exercida pelo juiz, através de pressão psicológica, consistirá em imposição ou aumento de multa, denominada *astreintes*, para o caso de não cumprimento da obrigação dentro do prazo fixado. Entende que a intensidade da pressão, ou seja, o valor e a esporadicidade da multa, devem ser aumentados a medida que persiste a renitência no cumprimento da obrigação, até que se decida abandonar a tentativa de obter o cumprimento voluntário e imponham-se as medidas equivalentes ao adimplemento. A finalidade das sanções de multa, teriam assim, finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária.

Referido processualista apresenta entendimento no sentido de que, em quatro manifestações, a vigente configuração da tutela das obrigações específicas disporia sobre as multas a serem impostas como sanção ao inadimplemento. Seriam elas:

a) no § 2º do art. 461, ao ditar a regra da cumulação da multa com possíveis perdas-e-danos; b) e no § 4º do mesmo artigo, ao autorizar o juiz a impô-la e estabelecer normas para sua imposição e dimensionamento; c) em seu § 5º, ao reafirmar esse poder e de modo explícito associar as *astreintes* ao cumprimento da obrigação originária ou à obtenção do resultado equivalente de que fala o caput; d) no § 6º do mesmo artigo, dando ao juiz poderes para alterar a periodicidade e valor das multas (os dois últimos dispositivos têm redação ditada pela lei n. 10.444, de 07.05.2002).²⁷⁵

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 235.

Luiz Guilherme MARINONI conforme debatido, entende apropriada a utilização da técnica mandamental, através da coerção indireta, tanto em face das obrigações infungíveis quanto das fungíveis. No entanto, evidencia que a obrigação infungível somente pode ser tutelada adequadamente mediante a imposição de multa.²⁷⁶ Para esse processualista, a “multa, ou a coerção indireta, implica ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz. Para esse autor, a técnica mandamental, “fundada na ordem e na multa, não se confunde com a técnica condenatória, ou mesmo com a técnica executiva ligada à coerção direta ou à sub-rogação.”²⁷⁷

Nesse mesmo sentido, apensar de não reconhecer autonomia as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, Marcelo Lima GUERRA, indica que em se tratando de obrigações infungíveis, “especialmente a infungibilidade dita “natural”, a respectiva tutela executiva somente poderá ser obtida através de medida coercitiva, já que, diante da infungibilidade, é impossível a *substituição* da atividade do devedor pela do órgão jurisdicional, característica da medida sub-rogatória.”²⁷⁸

No entanto, ao se referir as obrigações fungíveis, referido doutrinador, admitindo ser possível o uso de medidas sub-rogatórias, não entende que haja uma *prioridade genérica e abstratamente estabelecida* das medidas sub-rogatórias, em relação às medidas coercitivas, indicando que somente a situação concreta poderá revelar qual o meio executivo mais apto a prestar a tutela executiva de modo mais eficaz. Aponta entendimento contrário de José

²⁷⁶ Nesse sentido afirma que “para que o processo possa dar ao autor uma prestação infungível é necessário que ele atue sobre a vontade do devedor, convencendo-o a adimplir. O uso da multa é imprescindível em se tratando de obrigação infungível.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...**cit. p. 189.)

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...**cit. p. 72.

²⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Ob cit. p. 40.

Carlos BARBOSA MOREIRA, Ernane Fidélis dos SANTOS e Moacyr Amaral SANTOS.

Sérgio Torres TEIXEIRA, entende que a tutela mandamental dá ensejo a sanções processuais das mais variadas espécies, como a aplicação das *astreintes*, a imputação de penas decorrentes de eventual litigância de má-fé, mas, sobretudo, o desrespeito ao comando exposto no mandado emanado do respectivo julgado, que contém uma ordem judicial decretada em nome da soberania estatal, caracterizaria conduta ilícita, a ser coibida através da caracterização do crime de desobediência e a configuração da responsabilidade civil do devedor. Ou seja, para esse doutrinador, “ignorar a ordem judicial emanada da sentença mandamental, frustrando a atuação da tutela jurisdicional, constitui grave ofensa, punível mediante a aplicação de diversas sanções, tanto endógenas como exogenamente.”²⁷⁹ Posicionamento semelhante é defendido por Edson Ribas MALACHINI,²⁸⁰ conforme entendimento já exposto.

Vale destacar que a mandamentalidade se assenta na ordem exarada pelo Juiz, para que seja cumprida a decisão contida na sentença. As funções técnico-processuais habilitadas pela tutela mandamental, destinam-se a servir de meio coativo para a observância da conduta exigida. Nesse sentido, diversos são os meios de coação passíveis de serem determinados pelo Juiz

²⁷⁹ Explica o autor que de modo “endoprocessual, a desobediência pode ensejar a aplicação (inclusive de forma concomitante) de multas pecuniárias de três espécies”, discriminadas em “a) a decorrente da aplicação das penas de litigância de má-fé, nos arts. 16 a 18 do CPC; b) a relativa às *astreintes* do art. 461 do CPC; e c) a relativa à caracterização de ato atentatório ao exercício da jurisdição, conforme estipulado no parágrafo único do artigo 14 do CPC.” Com referência ao âmbito da concretização da sentença mandamental, ou seja, nas palavras do processualista, exogenamente, incidem com mais intensidade as medidas punitivas, sobretudo, quanto a “potencial caracterização de responsabilidade civil e criminal do devedor em face da desobediência.”(TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob cit. p. 399.)

²⁸⁰ MALACHINI, Edson Ribas. **Ações ...**cit.p. 471.

no afã de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, v.g. a multa ou a pena de prisão pelo crime de desobediência. O que deve ser observado é a utilidade do meio coativo a ser empregado para se atingir o fim colimado.

Em se tratando da multa, conforme adotado pelo modelo nacional, poderá ser imposta inclusive de ofício pelo juiz, ser majorada ou diminuída, guardando sempre razão de compatibilidade e suficiência com as necessidades oriundas do caso concreto que visa tutelar, e sua finalidade coercitiva, para que não se transforme em pena.

Em face do modelo adotado pelo Código processual brasileiro quanto as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, foi conferida flexibilidade ao juiz para a imposição de medidas que se afigurem aptas a obtenção da tutela jurisdicional específica.

De se observar que tais poderes devem ser equilibrados em função dos bens jurídicos em confronto, de modo a justificar a imposição de medidas coercitivas. Nesse sentido, a prisão coercitiva pode se afigurar como meio eficiente para se alcançar a tutela específica.²⁸¹

4.4.1.2. Ação e sentença executiva *lato sensu*

Não há na doutrina pátria, consenso sobre a autonomia da ação executiva *lato sensu*, sua terminologia, bem como quanto aos casos de incidência. Com referência a terminologia, adota-se no presente trabalho a expressão executiva *lato sensu*, vez que o termo empregado designa

²⁸¹ É o que ensina Luiz Guilherme MARINONI, quando afirma que “Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado pratico equivalente.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...cit.**. p. 87.)

fenômeno que extrapola as ações de conhecimento ao mesmo tempo em que não se restringe aos atos próprios da ação de execução. As ações executivas *lato sensu* não são ações de conhecimento ou executivas puras, conforme formatação da doutrina tradicional, muito embora possuam elementos de ambas.

Conforme posicionamento de se classificar a ação pela carga de eficácia da sentença de procedência, percebe-se a eficácia tida por tais ações, ou seja, o resultado prático que elas produzem, extrapola o mundo jurídico reverberando no mundo dos fatos. Já foi trabalhado em outra oportunidade, que a aptidão para proporcionar determinados efeitos, está diretamente relacionada ao objeto da ação postulada e os mecanismos processuais por esta habilitados para a obtenção desse objeto.

Veza que a ação executiva *lato sensu* objetiva a modificação do mundo dos fatos através da habilitação de meios executivos, possui sentença dotada de eficácia executiva. No entanto, sua eficácia, apesar de executiva, não a desobriga de perscrutar em todos os meandros devidos, a procedência da pretensão do demandante, através de funções técnico-processuais do processo de conhecimento. Além disso, sua eficácia não se restringe apenas a uma modalidade de execução, englobando diversas ações executivas²⁸², com

²⁸² Conforme referência feita por José Miguel Garcia MEDINA, citando PONTES DE MIRANDA, as ações executivas *lato sensu*, seriam gênero que abrangeriam diversas ações executivas. Cita passagem da obra 'Comentários ao Código de Processo Civil', Tomo I, p. 113, de referido processualista, a qual se transcreve: "[...]. Assim, a classificação *pela preponderância de um dos cinco elementos* dá-nos outro quadro: [...] 5. Ação executiva *lato sensu*: a) ação executiva, por antecipação ou adiantamento da executividade, de que são *exemplos* as ações de títulos extrajudiciais, mas de cognição incompleta ao tempo da eficácia executiva; b) ações executivas sem antecipação ou adiantamento da executividade, de modo que a sentença final é a 'executiva'; c) ação executiva de sentença ('execução se sentenças'), que são títulos para se iniciar a execução, já sem a elaboração de cognição completa, porque a sentença exequente deixou atrás aquela elaboração e tende a explorar a cognição completa que traz em si". (PONTES DE MIRANDA *apud* MEDINA, José Miguel Garcia, *in ob cit.* p. 228.)

suas peculiaridades, culminado, por todos esses motivos, no emprego da expressão executiva *lato sensu*.²⁸³

Alguns autores, apesar de reconhecerem a ocorrência, na prática, de sentenças dotadas de eficácia processual diferenciada da condenatória, chamando mesmo tais sentenças de executivas *lato sensu*, não reconhecem a existência da ação e sentença executiva *lato sensu*, como categoria jurídica autônoma.

Cândido Rangel DINAMARCO, citado por Ovídio Araújo Baptista da SILVA, apesar de reconhecer que em determinadas ações há um sincretismo através do qual podem ser obtidas a condenação e a satisfação final do direito, não admite a sentença executiva autônoma, dizendo que a sentença executada pelo juiz no processo de conhecimento é condenatória, com a peculiaridade de que num processo só, faz-se a execução com base nessa sentença.²⁸⁴ Entendimento análogo é defendido por Marcelo Lima GUERRA, conforme obra mencionada.

A divergência acerca da aceitação ou não da ação executiva *lato sensu*, como categoria autônoma, enfrenta necessariamente a questão da definição e

²⁸³ Esse posicionamento é defendido por José Miguel Garcia MEDINA, com sustentação na doutrina de PONTES DE MIRANDA. Para maiores esclarecimentos remete-se a obra citada 'Execução Civil: princípios fundamentais', de José Miguel Garcia MEDINA.

²⁸⁴ Segundo Baptista da SILVA, para DINAMARCO "seria uma adulteração dos conceitos supor que a sentença a ser executada por ordem do juiz, no *processo de conhecimento*, não seja também condenatória". No entanto, adverte SILVA, que esse entendimento contraria a doutrina dominante que aponta como nota essencial da sentença condenatória sua incapacidade de realizar no mesmo processo a execução. Aponta duas razões fundamentais para sua divergência com o pensamento de DINAMARCO, indicando que, sob seu entendimento, as ações denominadas por PONTES DE MIRANDA como executivas *lato sensu*, não seriam apenas sincréticas, no importe de realizarem a cognição e a execução numa mesma relação processual. Para ele, a natureza das ações condenatórias é determinada por sua insuficiência de efetivar a sanção ou se auto-executar na mesma relação processual de conhecimento, e pela relação existente entre a ação condenatória e o direito das obrigações, a impossibilitar o sincretismo daquelas, já que a sentença condenatória, ao impor uma prestação ao réu, limita-se a preparar a execução, condenando e aguardando o cumprimento voluntário do executado, sendo ineliminável esse momento existente entre a sentença e a execução. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...*cit.v.2. p. 208-209.)

entendimento referente a ação condenatória, deixando evidente a importância de proceder a diferenciação para com esta, a partir de sua arquitetura formada pela doutrina clássica, para se compreender e legitimar a ação e sentença executiva *lato sensu*, sua definição e hipóteses de cabimento.

Partindo do momento histórico no qual se deu a formação da ação e sentença condenatória, cabe aqui lembrar, ainda que sucintamente, o assunto tratado no segundo capítulo, sobre a influência da ideologia liberal na formação da doutrina acerca da classificação das ações e sentenças²⁸⁵.

Conforme debatido naquela oportunidade, a separação entre a ação de conhecimento e a de execução em processos distintos, cada uma com limites e finalidades devidamente delineadas e imiscíveis, bem como a necessidade de um processo cognitivo exauriente e definitivo a anteceder o processo executivo, visava, dentre outras situações, à obtenção de um grau de certeza sobre o direito postulado, a justificar a execução.

Essa preocupação fundava-se, sobretudo, na proteção que devia ser prestada ao particular contra o Estado, ou melhor, na proteção que devia ser dada ao devedor de somente sofrer os atos executivos por parte do Estado, por dívida já debatida em prévio processo de conhecimento. Tal entendimento coaduna com o pensamento liberal, conforme seus ideais já apresentados em capítulo anterior.

²⁸⁵ Conforme ensina Luiz Guilherme MARINONI: “Essa classificação, além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas nas necessidades de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer. Como é sabido, o Estado liberal fez surgir um juiz despido de poder de *imperium* e que devia apenas proclamar as palavras da lei. As sentenças da classificação trinária, todas elas *lato sensu* declaratórias, refletem essa idéia.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual cit...** p. 415.)

A sentença condenatória, segundo seu delineamento elaborado pela doutrina clássica, sob a influência da ideologia liberal-burguesa, não tutelava, por si só, qualquer direito material, dependendo do ajuizamento de uma ação de execução para a realização no plano dos fatos do direito reconhecido na sentença. Sua principal finalidade era a formação de um título executivo judicial.

Essa ausência de tutela material tida pela sentença condenatória, e sua carência de mecanismos aptos a alcançar a finalidade buscada pelo jurisdicionado, foi paulatinamente, em função, sobretudo, das modificações sociais havidas, dos novos interesses e anseios, tornando a ação condenatória vazia em efetividade.

Atualmente, quando se busca, através das atividades processuais, a efetividade de realização do direito material tutelado, a ação condenatória se torna definitivamente insuficiente e em descompasso com os anseios sociais. Desta forma, pode-se inferir que, consoante ensina José Miguel Garcia MEDINA:

A ação condenatória, longe de ser um instrumento de tutela do direito material, exerce, assim, função eminentemente processual. Quem ajuíza uma ação condenatória, o faz porque o ordenamento jurídico-processual condiciona o ajuizamento de uma ação de execução à existência de um título executivo (e a sentença condenatória, como se diz correntemente na doutrina, é título executivo por excelência).²⁸⁶

De uma forma geral, os doutrinadores que acatam a categoria das ações e sentenças executivas *lato sensu*²⁸⁷, guardadas as devidas particularidades de entendimento, concordam que, contrário do que ocorre com a condenatória,

²⁸⁶ MEDINA. José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 222.

²⁸⁷ Conforme será visto mais adiante, Ovídio A. Baptista da SILVA entende pela denominação de tais ações apenas como executivas, e não executivas *lato sensu*, denominação esta devida a PONTES DE MIRANDA. Também Edson Ribas MALACHINI entende ser cabível a expressão executiva *lato sensu*, tão somente em relação às ações, não tendo qualquer adequação à expressão quando se trata de sentenças.

a sentença executiva não se destina à formação de um título executivo. Uma vez proferida a sentença, seu cumprimento dá-se no mesmo processo, na mesma relação processual instaurada em sede de cognição, prescindindo de processo executivo autônomo.

Contrário sensu, os que não admitem a autonomia da ação executiva, também de forma geral, entendem que a sentença executada por ordem do juiz no processo de conhecimento, trata-se também de uma sentença condenatória, com a peculiaridade de ser executada no mesmo processo.

Desta forma e a exemplo da estrutura de trabalho levado a efeito no estudo da ação mandamental, torna-se necessário proceder à análise da ação e sentença executiva *lato sensu*, sua diferenciação da ação condenatória, a partir dos esquemas teóricos estabelecidos por doutrinadores que se dedicaram ao tema, sem se olvidar da existência de diversos outros processualistas que também tratam do assunto.

Conforme observa Luiz Guilherme MARINONI, existem duas maneiras de se considerar a sentença executiva, sendo a primeira devida a PONTES DE MIRANDA, que projetou a base desta ação em sua classificação quinária das ações e sentenças. A segunda forma é a visão adotada pelo próprio processualista e entende que as sentenças devem ser classificadas a partir de critérios processuais, ou seja, devem ser considerados os “meios de execução e os valores e princípios que se ligam a cada uma delas”²⁸⁸. Vejamos então as duas maneiras, segundo o aporte teórico de seus defensores.

Partindo do ensinamento de PONTES DE MIRANDA, percebemos que sua premissa fundamental é a de que a sentença executiva, por si só, seria

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual** ... cit. p. 430.

bastante para provocar alteração na linha discriminativa das esferas jurídicas do demandante e do demandado, enquanto tal alteração não seria obtida pela sentença condenatória, que dependeria de um posterior e autônomo processo de execução por expropriação, que então tiraria o bem da esfera jurídica do devedor e a transferiria para a do credor.

Cabe lembrar, nesse momento, que o critério usado pelo doutrinador para a classificação das ações é a carga eficaz preponderante da sentença, de procedência, ou seja, quanto à eficácia executiva, ou força executiva da sentença proferida em sede de ação executiva, ensina que aquela deve se dar de maneira imediata, por meio da própria sentença do processo de conhecimento. É o que se depreende de seus ensinamentos, conforme vemos:

A ação contra quem, em negócio jurídico se comprometeu a concluir um contrato e não cumpriu, ou contra quem prometera transferir propriedade de coisa determinada ou de outro direito, ou é condenado a declarar a vontade, é ação que termina por sentença executiva, e não só por sentença exequível: tal sentença tem força, e não só efeito executivo, como se dá com as ações de execução de sentença e de execução de títulos extrajudiciais.²⁸⁹

Assim, o jurista define a ação executiva como sendo “aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela deveria estar, e não está.”²⁹⁰ Em outras palavras, “A sentença favorável nas ações executivas *retira* valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e *põe-no* no patrimônio do demandante.”²⁹¹ Esse é o núcleo de sua doutrina acerca da eficácia executiva *lato sensu*, ou seja, a transferência da coisa da esfera patrimonial do réu para a do autor, em suas palavras, a modificação na “linha

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*cit. tomo 7. p. 38.

²⁹⁰ *Ibid.* p. 135.

²⁹¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado ...*cit. Tomo 1. p. 225.

discriminativa das esferas jurídicas”, dê-se diretamente pela eficácia preponderante executiva da sentença.

Ainda entende o jurista que, embora seja comum à ação executiva e à condenatória que se dê a retirada do bem que está numa esfera jurídica, a do devedor, para outra esfera jurídica, a do credor, na ação condenatória e executiva por crédito, o bem a ser retirado da esfera jurídica do devedor ali se encontrava de forma acorde com o direito. Já na ação executiva, o bem a ser apanhado e retirado da esfera jurídica do demandado, ali se encontrava de forma contrária ao direito, ou seja, na ação executiva, a coisa estaria no patrimônio do devedor de forma ilegítima, contra o direito.

Outro aspecto a ser destacado em sua doutrina diz respeito a que a coisa em questão pode ser garantida tanto por um direito real, quanto por um direito pessoal. Nesse sentido, afirma que “As sentenças nas ações executivas ou são pessoais ou são reais.”²⁹² É o que também podemos inferir dos seguintes trechos de suas obras:

Outra atitude a eliminar-se é a dos que limitam as sentenças executivas à execução das obrigações de crédito: estariam fora as execuções em que não há o devedor (de direito das obrigações) constrangido a executar, ou assistir e sofrer a execução pelo Estado, dito forçada.”(...)“Em vez de verem os fatos do mundo contemporâneo após as sínteses, tentadas e experimentadas, com a tese romana e a antítese germânica, esses juristas são vítimas do romanismo, quando, aliás, o próprio direito romano não limitava às ações de direito das obrigações a *actio iudicati*.²⁹³

“As ações executivas ou são reais ou pessoais. Nas ações executivas reais, a posição do demandado é a de pessoa imediatamente interessada, passivamente, na execução: de algum modo a tem de tolerar. Nas ações executivas pessoais, a posição do demandado é a de quem sofre a execução, por sair de seu patrimônio o bem com que se satisfaz a pretensão oriunda do título executivo, extrajudicial ou judicial.²⁹⁴

²⁹² PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*cit. Tomo 1. p. 225.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*cit. tomo 7. p. 37.

²⁹⁴ *Ibid.*p. 42.

PONTES DE MIRANDA refere-se às ações executivas como gênero onde estariam abrangidas diversas ações executivas, conforme passagem já mencionada, indicada por José Miguel Garcia MEDINA. No entanto, ressalta o doutrinador que devem ser evitadas as dilatações conceptuais do termo execução²⁹⁵ e suas variantes, no sentido de designar um atendimento a uma ordem, mandado ou lei. Segundo ensina “O executar é ir extra, é seguir até onde se quer. Compreende-se que se fale de execução, de ação executiva, quando se tira algo do patrimônio e se leva para diante, para outro. Compreende-se também que se vá ao extremo de se ligar à execução, *lato sensu*, qualquer cumprimento de sentença, mas essa dilação de sentido é acientífica.”²⁹⁶ Para PONTES DE MIRANDA, a “ação de execução de sentença é que é o protótipo da ação executiva “*lato sensu*””.²⁹⁷

Por seu turno, a doutrina de Luiz Guilherme MARINONI admite a categoria da sentença executivas *lato sensu*, como sendo aquela que executa, não se limitando a criar o título judicial, pressuposto para a execução. Seu entendimento, no entanto, diverge do apresentado anteriormente, porquanto para a classificação e distinção das ações, parte de critérios processuais e não de direito material.

Assim, apresenta divergência com a doutrina de PONTES DE MIRANDA, quanto à diferença existente entre a sentença executiva e a condenatória. Conforme já mencionado, para PONTES DE MIRANDA, o que diferenciaria a ação condenatória e a executiva, seria a modificação na linha

²⁹⁵ Para o jurista, “A palavra “execução” tem dois sentidos: um, estrito, que se refere à ação de execução da sentença, ou do título extrajudicial; e outro, largo, que abrange a execução da obrigação, qualquer que seja.”(PONTES DE MIRANDA. **Tratado... cit.** tomo 7 p. 38.)

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações...** cit.. Tomo 7. p. 26.

²⁹⁷ Ibid. p. 31.

discriminativa das esferas jurídicas²⁹⁸, ou seja, o fato de o bem estar ou não legitimamente na esfera jurídica do demandado. Para ele, na ação executiva, o bem estaria contrário ao direito na esfera jurídica do devedor, enquanto na ação condenatória e na execução que a segue, o bem ali se encontraria acorde com o direito. A execução por expropriação, assim, só seria necessária para a retirada de um bem que estivesse legitimamente na esfera jurídica do réu, ou seja, na ação condenatória, vez que, em se tratando de bem que estivesse contrariamente ao direito na esfera do demandado, como na ação executiva, a própria sentença restabeleceria o direito do autor.

Diversamente, MARINONI entende que devem ser considerados os meios de execução e os valores e princípios que se ligam às sentenças condenatórias, mandamental e executiva, para efetuar sua distinção.²⁹⁹

Assim, em seu entendimento, a sentença executiva é a que se realiza “através dos meios de execução direta adequados à tutela específica do direito ao caso concreto, que devem ser utilizados pelo autor e pelo juiz segundo as regras do meio idôneo e da menor restrição possível, ou segundo a lógica de

²⁹⁸ Como será visto, Ovídio Araújo Baptista da SILVA também corrobora com o posicionamento mencionado, segundo o qual é inerente ao ato executório a invasão da esfera jurídica do demandado.

²⁹⁹ Assevera o doutrinador: “Portanto, há uma brutal distinção entre as sentenças, permitindo a definição de três categorias distintas. As sentenças satisfativas, que independem de execução, aí presentes as sentenças *declaratória* e *constitutiva*. As sentenças *mandamental* e *executiva*, caracterizadas pela necessidade de se dar tutela específica ao direito material e aos diversos casos concretos, e por isso marcadas por uma ampla latitude de poder de execução. E a sentença *condenatória*, voltada a tutela que se contenta com o pagamento de quantia certa, particularmente à tutela pelo equivalente ao valor da lesão, a qual se liga a execução por expropriação, isto é, a única forma de execução direta expressamente tipificada na lei, sem dar ao juiz qualquer possibilidade de ajuste ao caso concreto.” Importa ainda destacar que, dentro da segunda categoria apresentada pelo jurista, devem ser distinguidas as duas sentenças pelos meios de execução que habilitam de acordo com nosso ordenamento jurídico. Assim, “é preciso separar a multa dos meios de execução que permitem a tutela do direito independente da vontade do réu.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual...** cit. p. 422.)

que a modalidade executiva deve ser idônea à tutela do direito sem deixar de ser a menos gravosa ao réu.”³⁰⁰

Observa Luiz Guilherme MARINONI que não pode ser definida como executiva a sentença que condena o réu a uma prestação, posto que essa, embora não se restrinja a fixar o pressuposto para ação de execução, uma vez descumprida, supõe uma execução. Ou seja, “A supressão da ação executiva não faz, por si só, executiva a sentença”.³⁰¹

Com tal consideração, aponta o que em sua opinião, seria a grande dificuldade de se compreender o conceito de sentença executiva. Destaca que a sentença executiva não mantém relação de causa e efeito com a supressão da ação de execução. Se assim fosse, havendo a supressão da execução, transformar-se-iam todas as sentenças condenatórias em executivas.

Uma vez que parte de critérios processuais³⁰², ou seja, dos meios de execução habilitados por cada sentença para proceder sua classificação, para MARINONI, é de suma importância que se atente para as distinções havidas entre a execução direta e a indireta, sendo elas, em suas palavras, “a forma como se manifesta a sentença em seu momento dinâmico, de execução.”³⁰³

Assim, para esse autor, a execução direta dar-se-ia através de meios executivos que permitissem, independentemente da vontade do demandado, a realização do direito. Percebe-se, assim, que essa forma de tutela permite

³⁰⁰ Ibid.p. 430.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**...cit. p. 373.

³⁰² É enfático o autor na defesa de seu entendimento quando afirma: “É evidente que uma sentença que “reconhece a existência de obrigação” somente pode ser qualificada a partir da análise dos meios de execução que lhe conferem particularidade. Isso porque, à distância dos meios de execução, tais sentenças têm a mesma natureza, como teriam a mesma natureza todas as sentenças da classificação trinária, caso não fossem particularizadas por determinados critérios de ordem processual.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual** ...cit. p. 418-419.)

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual**... cit. p. 422.

diretamente a realização do direito. Já na execução indireta, a realização do direito é intentada através de meios executivos, como a multa e a prisão civil, que incidem sobre a vontade do executado, de modo a coagi-lo a adimplir. No entanto, a efetivação do direito será dependente, em última análise, da vontade do devedor.

Embora admita a tese central da doutrina de PONTES DE MIRANDA, com relação à diferença existente na alteração da linha discriminativa das esferas jurídicas pela ação condenatória e executiva *lato sensu*, bem como as considerações de Ovídio Araújo Baptista da SILVA sobre a correlação histórica que remonta ao direito romano, havida entre pretensões de direito real e ação executiva, MARINONI sedimenta seu posicionamento focando na efetividade do processo, através da análise dos meios executórios habilitados pela ação para a prestação da tutela jurisdicional.

Para esse processualista, a ação executiva *lato sensu*, como a ação mandamental, são técnicas de tutela que tornam possível a proteção de direitos que, para sua efetivação, dependem de uma atividade material.

Outro processualista que, com grande propriedade trata das ações executivas, é Ovídio A. Baptista da SILVA, que, partindo dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, elaborou doutrina sobre as ações executivas *lato sensu* e as mandamentais, sob uma concepção histórico-doutrinária.

Primeiramente, vale ressaltar que Ovídio Araújo Baptista da SILVA, não obstante manter em vista a doutrina clássica formadora do processo de conhecimento e o de execução para sua teoria sobre a ação executiva e a mandamental, sobretudo para classificá-las e diferenciá-las da ação

condenatória, apresenta severas críticas à separação entre cognição e execução em processos distintos.

São diversas as incursões teóricas contidas em sua obra que evidenciam o repúdio à concepção doutrinária responsável pela formação do processo de conhecimento e o de execução nos moldes como o conhecemos hoje, doutrina esta, deixa claro o doutrinador, “com a qual não temos o menor compromisso ou simpatia.”³⁰⁴ Não obstante, toda a argumentação tecida, Ovídio A. Baptista da SILVA, respeita a história e a doutrina formativa dos conceitos da ação de conhecimento e de execução, a partir das quais, fielmente, vai construir sua teoria acerca das ações mandamentais e executivas *lato sensu*.

Justifica que os conceitos e pressupostos ideológicos contidos na doutrina que separa o processo de conhecimento do processo de execução, foram elaborados segundo proposição defendida pela doutrina medieval, comprometida com seus próprios interesses, como já debatido no segundo capítulo, sendo a estrutura do processo de conhecimento elaborada de modo que nela não fossem praticados, ou permitidos de serem praticados, quaisquer atos executivos, seja por meios de sub-rogação ou de coação.

Como contrapartida, “a unificação dos meios executórios, reunidos num único *processo de execução*, fez-se mediante a redução de toda a atividade jurisdicional executiva à *execução por créditos*”.³⁰⁵ Ou seja, tanto restou o processo de conhecimento restrito unicamente à cognição, sem apresentar qualquer possibilidade de promover alterações no mundo fático, quanto o

³⁰⁴ Ibid. p. 195.

³⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* cit. vol 2. p. 20.

processo de execução restou limitado à execução por créditos, e seus correlatos meios executórios.

Desta forma é que, tendo em vista a formação do processo de conhecimento e o de execução, Baptista da SILVA é taxativo ao afirmar que “se alguma dessas duas categorias houver de ser ampliada para acomodar as ações executivas *“lato sensu”* e *mandamentais*, certamente não será o processo de conhecimento, e sim o de execução”³⁰⁶, em divergência com a doutrina de PONTES DE MIRANDA, que, sob seu entendimento³⁰⁷, incluem-se as ações executivas no processo de conhecimento.

Justifica seu entendimento, conforme dito, com base em razões históricas, afirmando que a própria formação do processo de conhecimento priva-o de possuir qualquer atividade executória, devendo a relação processual ser encerrada com a prolação da sentença de mérito, transferindo-se para a subsequente e autônoma relação processual executória, as atividades jurisdicionais posteriores à sentença³⁰⁸. Aduz o autor que restam “Excluídas, portanto (não por nós), do processo de conhecimento as demandas executivas – caracterizadas por conterem, na mesma relação processual, a cognição e a execução”.³⁰⁹ Somente em função da concepção doutrinária corrente poderia ser justificada a inclusão das ações executivas no processo de execução, já

³⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso**, cit. vol. 2. p. 21.

³⁰⁷ José Miguel Garcia MEDINA, entendendo de forma diversa, aponta que a designação “ação executiva *lato sensu*”, utilizada por PONTES DE MIRANDA, não significa que para esse autor se estivesse, necessariamente, diante de modalidade ação de conhecimento, porquanto em sua obra trata o doutrinador as ações executivas como gênero que abrangeria diversas ações executivas, designando o termo empregado, “fenômeno para além das ações de conhecimento”. (MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**...cit. p. 228)

³⁰⁸ Nesse sentido afirma: “é perfeitamente lógico que as novas formas de atividade jurisdicional, que porventura exijam a realização de funções executivas, sejam conduzidas ao repositório comum do processo de execução, justamente concebido como instrumento de unificação dos meios executórios.”(SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso**...cit.vol.2. p. 22.)

³⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso**...cit. vol 2. p. 195.

que, para tal doutrina, somente existem no processo de conhecimento, sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, as duas primeiras prescindindo de execução e a terceira morta por consumação.

Para Baptista da SILVA, a denominação mais apropriada para a ação em estudo, seria tão somente ação executiva, conforme esclarece, que, com relação às execuções fundadas em *pretensões reais*³¹⁰ “Preferimos denominá-las ações executivas, em vez de conservar a denominação que lhes dera PONTES DE MIRANDA, ao chamá-las ações executivas *lato sensu*.”³¹¹

A distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais³¹² é sobremaneira importante para a doutrina de Ovídio Araújo Baptista da SILVA sobre as ações executivas.

Para esse autor, a essência da ação executiva e sua diferença com a ação condenatória, está na “originária concepção romana, criadora da distinção entre ações fundadas em direito obrigacional (relativo) e ações derivadas de um direito absoluto, especialmente entre a *actio* e a *vindicatio*.”³¹³

A importância dessa diferenciação realçada pelo processualista sobrepõe-se em sua doutrina, porquanto é sobre ela que pauta-se sua

³¹⁰ Justifica seu entendimento alegando que “nos sistemas jurídicos rudimentares, como o próprio jurista reconhece, a *execução real* foi a expressão originária, mais primitiva, da atividade, que, num momento subsequente, juridicizou-se. A execução obrigacional, como o direito moderno a concebe, foi produto de um estágio mais evoluído do fenômeno processual, de modo que, se pretendêssemos separá-las hoje, atribuindo-lhes a qualidade, respectivamente de *strito* e *lato sensu*, então às obrigações é que deveria caber a classe das *lato sensu*, não às *execuções reais*.” (SILVA, Ovídio Araújo da. **Curso...** cit. vol 2. p. 183.)

³¹¹ SILVA, Ovídio Araújo da. **Curso...** vol 2. cit. p. 183.

³¹² De se esclarecer aqui também o entendimento acerca da diferenciação traçada pelo autor, havida entre a execução por créditos, fundada em direito obrigacional, e a execução de uma *pretensão real*. Para Baptista da SILVA, a execução por créditos nasce de uma relação obrigacional que pode ter origem tanto no campo dos direitos das obrigações quanto no do direito de família e sucessões. Quanto a execução de uma pretensão real é fundada no direito de propriedade. Importa ainda apresentar a distinção feita pelo autor no sentido que “Diz-se que a ação é real quando, por meio dela, o autor busca obter a coisa (*res*), e não o cumprimento de uma obrigação, a que esteja sujeito o demandado; ao contrário, será ela uma ação pessoal quando fundada no direito das obrigações.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso...** cit. vol 2. p. 199.)

³¹³ Idem, *Ibidem*. p. 196.

diferenciação das ações condenatórias e executivas, no importe em que somente as pretensões materiais de natureza real, que visam a obtenção de coisa, seriam próprias à que fossem proposta ação executiva *lato sensu*, conforme terminologia adotada no trabalho, enquanto as pretensões materiais, de feição obrigacional, somente deveriam ser processadas através da ação condenatória e do correlato processo de execução.³¹⁴

A análise de sua doutrina leva a conclusão de que para ele, a adequação das ações executivas *lato sensu*, ou seguindo sua denominação, apenas ações executivas, limita-se tão somente às pretensões de natureza real com vista à recuperação de coisa, vez que, esta estaria contra o direito na esfera jurídica do demandado. Em última análise, somente seria própria a ação executiva para SILVA, quando houvesse um vínculo real entre o autor e a coisa, ou seja, quando o bem, objeto da apreensão, fosse de propriedade do autor, sendo dispensada a prestação do réu. Ou seja, referido processualista limita a eficácia executiva *lato sensu*, as situações jurídico-substanciais nas quais, há um vínculo real entre o autor e o objeto da apreensão.

De outro lado, em se tratando das ações pautadas no direito obrigacional, seria imprescindível o processo de execução, mesmo na hipótese de recuperação de coisa derivada de obrigação de obtenção de coisa certa, definida por sentença. Já que, nessa hipótese, por estar a coisa acorde com o direito no patrimônio do demandado, sua retirada somente poderia ser dar

³¹⁴ O conceito de pretensão para SILVA, está ligado ao direito obrigacional, derivado da *actio* romana. É a exigibilidade que define a pretensão: *Exigir* (exercer pretensão); *agir* (exercer ação). Segundo ensina, O direito romano concebia dois meios jurídicos para a realização dos direitos: a ação e a reivindicação. Assim, quando foi concebido o conceito de pretensão, derivando-o da *actio*, fez com que esse se ligasse ao direito das obrigações, uma vez que a *actio* romana, que gerava uma *condemnatio*, originava-se invariavelmente de uma *obligatio*, fosse proveniente de contrato ou de delito. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso ...cit.v.2*. p.196-205.)

através do processo de execução. A sentença, sendo o bem de propriedade do devedor, somente deveria se limiar a condená-lo, respeitando a necessidade de sua prestação voluntária no cumprimento da obrigação. A obrigação legal não equivaleria ao vínculo real entre a coisa e o autor da ação, de modo a legitimar a imediata utilização dos meios necessários à materialização do direito³¹⁵.

Por seu turno, Sérgio Torres TEIXEIRA ao abordar as sentenças executivas *lato sensu*, indica que essas vão além de apenas abrir caminho para posterior processo executório, elas se destinam a “fazer atuar o próprio direito, no sentido de produzir, em si, a transformação no plano empírico.”³¹⁶

Afirma que nas hipóteses de sentença executiva *lato sensu*, ocorreria uma:

ruptura com a dicotomia tradicional envolvendo “conhecimento” e “execução”, uma vez que tal modalidade de julgado proporciona, em um único processo, a resolução da questão litigiosa e em seguida a realização (materialização) do direito reconhecido. A concretização deste, portanto, ocorre, desde logo, pois o próprio pedido do postulante requer para o seu atendimento a entrega do bem objeto do litígio, cabendo ao magistrado, ao proferir a decisão, expedir imediatamente mandado judicial com tal finalidade, caso o bem ainda não esteja no domínio do vencedor quando da prolação da decisão. O respectivo mandado, assim, emana da própria sentença, sendo oriundo do pleito decorrente da própria demanda.³¹⁷

Conclui que a sentença executiva *lato sensu* é auto-operante, no sentido de que contém, em sua composição, os elementos imprescindíveis para proporcionar as necessárias modificações no mundo dos fatos. Assim, para ele, a sentença executiva *lato sensu*, “não se destina a preparar futura execução forçada a ser realizada em outra etapa processual. Não se submete a posterior processo de execução, sendo auto-suficiente quanto à sua própria

³¹⁵ Deve ser observado, no entanto, que a legislação processual em vigor, sobretudo os artigos 273 e 461-A do Código de Processo Civil, pode ser alcançada a eficácia executiva *lato sensu*, ainda que na hipótese do primeiro artigo citado, de maneira provisória.

³¹⁶ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob. cit. p. 327.

³¹⁷ Ibid. p. 327.

concretização.”³¹⁸ Seria, desta forma, “provida de um ato, correspondente à atuação transformadora da realidade fática, enquanto a sentença condenatória contém tão-somente um pensamento, semelhante ao enunciado lógico exposto no momento declaratório (reconhecimento do direito) e no momento sancionador (condenação na obrigação de satisfazer uma obrigação.”³¹⁹

Ernane Fidélis dos SANTOS³²⁰, admitindo que hoje, parte da doutrina tende a acatar a classificação das ações de PONTES DE MIRANDA, estendendo-a às sentenças, apresenta seu entendimento acerca das ações mandamentais e executivas *lato sensu*.

Para o referido processualista, as sentenças executivas *lato sensu*, seriam distintas das simplesmente condenatórias, porque nesta última, apesar de haver uma condenação a uma prestação determinada, ainda restaria uma linha discriminativa entre as esferas jurídicas de ambas as partes. Ou seja, mesmo havendo a condenação, não haveria modificação no patrimônio do devedor, sendo necessário que o credor provoque sua agressão através de procedimento próprio de cumprimento da sentença, para recebimento de seu crédito e cumprimento da obrigação correspondente.

Diferentemente, na sentença executiva *lato sensu*, a própria decisão judicial já determina o que deve ser cumprido, através do reconhecimento de que algo estaria ilegitimamente no patrimônio de outrem. Assim, “o comando jurisdicional deixa de ser simples preceito condenatório, para determinar, por ele mesmo, o cumprimento satisfativo da pretensão.”³²¹

³¹⁸ Ibid. p. 328.

³¹⁹ Ibid. p. 328.

³²⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. vol 1: processo de conhecimento. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 214-215.

³²¹ Ibid.p. 215.

Kazuo WATANABE é outro entre os doutrinadores pátrios que se dedicou ao estudo das ações executivas *lato sensu*. Exara entendimento no sentido de que, embora seja necessária a existência de atividades cognitivas e executivas na realização da prestação jurisdicional, não há obrigatoriedade a que estas atividades restem limitadas em procedimentos estagnados. Deixa claro que uma coisa “é o binômio “cognição-execução” e outra a dicotomia “processo de cognição (ou de conhecimento) – processo de execução””.³²² Assim, entende que as atividades de cognição e de execução podem se dar no mesmo processo, como ocorre na ação mandamental e na executiva *lato sensu*.

Para WATANABE deve ser considerada sempre a eficácia predominante e não a eficácia exclusiva quando se fala dos provimentos jurisdicionais, podendo haver conjugação de eficácias em um mesmo provimento.

Aspecto que sobressai em sua doutrina, diz respeito à concepção tida de um processo que possibilite a realização da tutela efetiva, em atendimento aos princípios constitucionais. Para tanto, formula entendimento no sentido da possibilidade de serem relativizados, tanto a dicotomia entre processo de conhecimento-processo de execução, quanto à rigidez dos meios executórios previstos no Código Processual, já que, em seu entendimento, ambos “não exaurem as formas de atuação do direito admitidas em nosso sistema processual”.³²³

De uma maneira geral, pela análise das doutrinas apresentadas, percebe-se que, como eficácia sentencial decorrente da tutela executiva *lato*

³²² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 53.

³²³ *Ibid.* p. 56.

sensu, a execução por título judicial como processo autônomo desaparece, passando a sentença proferida em sede de processo de conhecimento a ter força executiva por si própria. Desta forma, a relação processual formada perpetua-se para além da sentença do processo de conhecimento e se desenvolve na fase de realização material do direito reconhecido.

Não se trata de uma supressão do processo executório mas de seu sincretismo com relação ao processo de conhecimento, no importe em que a execução já passa a ter integração na própria pretensão de conhecimento.

Deve se ressaltar, no entanto, que o enquadramento de executiva *lato sensu* ou mandamental, com a ocorrência do sincretismo entre os processos de conhecimento e de execução, atualmente somente são aplicáveis às obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa, conforme bem salienta Carreira ALVIM, que “de efetivo cumprimento da sentença se trata apenas nas hipóteses de obrigação de fazer e não fazer (art. 461) e de entrega de coisa (art. 461-A); em se tratando de obrigação por quantia certa, faz-se por execução, embora nos termos dos demais artigos do capítulo.”³²⁴

4.4.1.2.1. Situações jurídico-materiais que reclamam tutela executiva *lato sensu*

Incontáveis são as situações materiais potencialmente aptas a reclamar do Direito proteção jurídica. Frente à impossibilidade de prever ou tutelar especificamente cada uma dessas situações, vê-se o legislador processual com a tarefa de criar mecanismos diversos que melhor atendam a um maior

³²⁴ ALVIM, J.E. Carreira. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 58.

número de situações derivadas da vida real, já que, quem postula em juízo, possui uma pretensão diretamente determinada pelo direito material. Ao submeter ao processo, dada situação jurídico-substancial, o jurisdicionando deve fazê-lo buscando subordinar sua pretensão material a uma das técnicas processuais colocadas à sua disposição.

Frente a um mesmo direito, por vezes, o ordenamento jurídico dispõe de mais de uma forma de tutela cabível. Nessas situações, no entanto, a adoção de uma tutela deverá ser realizada mediante adequação, considerando-se, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, meio mais idôneo e menor restrição possível, mantendo-se sempre em vista a efetividade almejada e a aptidão da técnica escolhida para produzir o resultado concreto esperado.

Essa constatação leva à consciência da necessidade de consideração do direito material para a definição da técnica processual a ser adotada, no importe em que é àquele, em última análise, que a técnica processual deve responder. O resultado adequado para a satisfação do direito material, ou seja, a produção dos efeitos pretendidos no campo material, é função da técnica processual. A efetividade da prestação jurisdicional está, então, condicionada à utilização da técnica processual hábil à produção dos efeitos pretendidos pelo direito material. Clara, portanto, a relação de interdependência existente entre os planos processual e material, sendo aquele provedor de meios idôneos à realização material dos objetivos deste.

Com base nessas considerações, depreende-se que não apenas os elementos de ordem processual devem ser considerados no estudo da ação executiva *lato sensu*, mas também os elementos de ordem substancial, de modo a identificar as pretensões materiais que a ela se harmonizam.

Ressalva-se, de início, que o atual sistema jurídico pátrio, através dos comandos contidos no artigo 461-A, do Código de Processo Civil, há disciplina expressa autorizando a adoção da tutela executiva *lato sensu* com relação às obrigações de entrega de coisa.³²⁵

No entanto, frente a possibilidade de ampliação do campo de incidência dessa tutela, cabe analisar as obrigações de uma forma geral, e identificar a propriedade da tutela em apreço para a realização material efetiva da pretensão contida em cada uma delas.

Como já foi analisado, tanto a ação mandamental quanto a executiva *lato sensu* se justapõem a direitos que demandem alteração no mundo físico e não apenas no mundo jurídico, conforme ocorre também com a ação condenatória. As situações jurídico-materiais que reclamam a tutela mandamental já foram apresentadas. Resta averiguar aquelas que reclamam a tutela executiva *lato sensu*.

A tutela executiva *lato sensu* em razão dos instrumentos processuais que habilita, por meio de sub-rogação, se mostra imprópria para proteger direitos que demandem para sua efetivação uma prestação de fazer de natureza infungível.

Dado a sua própria natureza, os deveres de fazer infungíveis se caracterizam pela impossibilidade de se obter um resultado equivalente ao seu

³²⁵ Consoante a classificação das obrigações no direito brasileiro, segundo Washington de Barros MONTEIRO, tem-se que “Na obrigação de dar (*ad dandum*), como já se acentuou anteriormente, compromete-se o devedor a entregar alguma coisa, que pode ser, todavia, *certa* ou *incerta*, específica ou genérica, (...)”. Aponta o doutrinador que não é razão para a distinção entre as obrigações de dar das de entregar. Define as obrigações de fazer como sendo aquelas nas quais a prestação consista num ato do devedor, ou num serviço deste. Aponta que por vezes a distinção entre a obrigação de dar e a de fazer é muito sutil, tornando-se quase impossível fixá-la com exatidão. Como obrigação de não fazer, aponta como sendo aquela pela qual “o devedor se compromete a não praticar certo ato, que poderia livremente praticar, se não houvesse se obrigado”. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** Direito das Obrigações. 1ª parte. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55 *Et seq.*)

adimplemento por via de uma transformação da prestação, quer seja de ordem jurídica ou prática. Assim, a infungibilidade se refere à impossibilidade efetiva de o dever ser prestado por pessoa diversa do sujeito passivo, ou ser alterado o fazer em questão, a prestação propriamente dita.

Desta forma, não é possível, sobretudo através dos meios de sub-rogação, que sejam alcançados resultados práticos efetivos através da tutela executiva *lato sensu*, quando a situação jurídico-substancial reclama um fazer de natureza infungível.

No entanto, em se tratando de direitos que demandem um fazer de natureza fungível, é própria a tutela executiva *lato sensu*, já que esses direitos podem ser protegidos através da utilização dos meios sub-rogatórios da vontade do devedor, pela obtenção do resultado prático equivalente.

Com relação aos deveres de não fazer, Luiz Guilherme MARINONI admite a utilização da técnica executiva *lato sensu*, e, citando Kazuo WATANABE, traz a seguinte situação prática:

Pensemos por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva.³²⁶

Sobretudo, com relação aos deveres de entrega de coisa é apropriada a técnica processual habilitada pela ação executiva *lato sensu*. Como estas podem ser efetivadas mediante o desapossamento, prescindem da vontade do

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**...cit.p. 124.

devedor, podendo, assim, se dar por sub-rogação, conforme técnica habilitada pela tutela executiva *lato sensu*.

No ordenamento positivado, o artigo 461-A, do código processual, tornou adequada, para todas as pretensões que tenham por objeto obrigação de entrega de coisa, seja derivada de direito obrigacional, real ou *ex lege*, não contidas em títulos extrajudiciais, a ação executiva *lato sensu*, havendo ainda a possibilidade de adoção da ação mandamental, conforme prevê seu o parágrafo 3º ³²⁷, evidenciando a fungibilidade existente entre ambas as formas de tutela, quando se almeja a efetividade da prestação jurisdicional.

Vale lembrar que com relação aos deveres de entrega de coisa certa já havia, em determinadas situações, a previsão expressa em nosso ordenamento jurídico de utilização da técnica executiva *lato sensu*, como nas ações de reintegração de posse, de despejo, entre outras.

Enfim, com relação às obrigações de pagar quantia certa, não obstante tratar-se de situação de entrega de coisa fungível, tendo em vista a existência na lei de distinção de regimes de tutela para cada espécie de dever, não seria possível desconsiderar a disposição legal.

Ademais, tendo em vista as recentíssimas alterações havidas no *codex* processual com relação a tais obrigações, estas já se encontram devidamente amparadas por instrumentos processuais próprios e sintonizados com os novos princípios norteadores do sistema jurídico contemporâneo.

³²⁷ A possibilidade de aplicação de uma técnica de tutela, quer seja mandamental ou executiva *lato sensu*, quando ambas possuem aptidão para produzir o resultado pretendido, não exclui a utilização da outra. Assim, mesmo sendo própria a ação executiva *lato sensu* para a tutela das obrigações de fazer fungíveis, não estaria excluída a adoção da técnica mandamental, quando a situação concreta evidenciar que a adoção dos meios de sub-rogação, pela obtenção do resultado prático equivalente a ser efetuado por terceiros mostrar ser extremamente difícil ou oneroso seu cumprimento, sendo, após um juízo de proporcionalidade, feita a opção por se compelir, através da multa, o próprio devedor a cumprir o serviço.

4.4.1.2.2. Funções técnico-processuais habilitadas pela ação executiva *lato sensu*: Medidas de coerção direta e sub-rogação

Conforme ensina Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES, a sentença de força executiva *lato sensu* é “dotada de eficácia suficiente para alcançar o cumprimento da obrigação (de dar) nela imposta, independente da instauração de processo de execução.”³²⁸ Para esse processualista, “a própria sentença já impõe a imediata efetivação de medidas de execução direta (meios de sub-rogação), pelos quais, mesmo sem a concorrência da atuação do devedor, a obrigação será satisfeita.”³²⁹

Para Ovídio Araújo Baptista da SILVA, a ação executiva, conforme expressão adotada pelo processualista, somente ensejaria meio executivo do desapossamento, da retomada da coisa pelo autor. Esse entendimento, além de revelar ligação com o princípio da tipicidade dos meios executórios, evidencia a vinculação dessa ação às pretensões reais, que, por sua vez desafiam ação real, por meio da qual o autor busca obter a coisa. Desta forma, o objeto mediato da ação executiva seria sempre uma coisa certa, não se afigurando como adequada com relação às pretensões que visem um fazer ou um não fazer.

No entanto, a análise das formas de atuação do direito admitidas pelo nosso sistema processual, sobretudo pela dicção do artigo 461-A, do *codex* processual, evidenciam que há, em relação à ação executiva *lato sensu*, uma

³²⁸ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil: processo de conhecimento e recursos**. Rio de Janeiro: Vitor Roma, 2004.p. 131.

³²⁹ *Ibid.* p. 131,

atenuação do princípio da tipicidade dos meios executivos. Do mesmo modo, o princípio da congruência dos meios requeridos, por assim dizer, resta mitigado nesta ação. Ambas as situações derivam da necessidade de realização do princípio da efetividade processual.

Se por seu turno, a multiplicidade de situações postas à tutela da ação executiva *lato sensu*, demanda uma atuação através de meios executivos relativizados, aplicados por meio de juízos de adequação à situação material que se visa tutelar, da mesma forma, não fica adstrito o juiz aos meios executivos requeridos pelo demandante, podendo decidir, com base no critério da proporcionalidade, qual o mais apropriado para a efetivação do direito tutelado. Aqui reside uma peculiaridade do provimento executivo *lato sensu* que o diferencia dos demais provimentos, a aptidão para produzir efeitos processuais diferenciados³³⁰, ou seja, habilita eficácia processual própria.

A sentença executiva *lato sensu* habilita meios executórios denominados sub-rogatórios, ou seja, aqueles que prescindem da vontade ou da participação efetiva do demandado para serem efetivados. No entanto, com relação à sentença executiva *lato sensu*, esses mecanismos de sub-rogação devem ser diretamente considerados com relação ao bem da vida pretendido, de modo a utilizar o meio executório mais apropriado para sua realização efetiva.

A tipificação do provimento executivo *lato sensu*, pode ser apontada por possibilitar a atuação dos meios executórios, na mesma relação processual em que são determinados, ou seja, independentemente de instauração de

³³⁰ A referência a efeitos processuais diferenciados é feita no sentido de que a tutela executiva *lato sensu*, através das técnicas processuais que habilita, viabiliza a certificação do direito ao mesmo tempo em que possibilita sua realização material, proporcionando alterações no mundo fático de modo a dar ao titular do direito o bem específico que este lhe concede, ou seja, a apreciação do direito material, nessa forma de tutela jurisdicional, é feita pelo ângulo de seu exercício, a ensejar a aplicação da eficácia executiva para sua realização.

processo próprio de execução. Essa prerrogativa responde a necessidade e ao direito a prestação jurisdicional efetiva, no importe em que possibilita considerar a circunstância na qual o direito subjetivo é postulado em juízo, e a aplicação de técnica de tutela mais adequada a sua satisfação.

Essas técnicas podem se dar através do uso de meios de coerção direta, que diferentemente da coerção indireta, não objetivam atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir, mas visam á realização do direito em virtude da atuação de um auxiliar do juízo.

Enquanto a imposição de multa possui o escopo de pressionar psicologicamente o obrigado, de modo a convencê-lo a adimplir, por deliberação própria e mediante atos próprios, a obrigação determinada na decisão judicial com eficácia executiva *lato sensu*, são direcionadas a produção de resultados independente da vontade do obrigado e sem sua colaboração.

4.4.1.3. Eficácia processual comum às tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* conforme modelo nacional.

Como observa José Eduardo CARREIRA ALVIM, citado por Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES, as obrigações podem ser adimplidas de três formas, quais sejam:

I) a obrigação se cumpre pela forma como foi pactuada (tutela específica); II) não sendo isso possível, cumpre-se pela forma que mais se aproxima da obrigação inadimplida (tutela equivalente); III) se não for possível o adimplemento pelas formas específicas ou equivalente, será substituída pelo equivalente em dinheiro, traduzida na obrigação de indenizar (perdas e danos).³³¹

³³¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Apud* FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários...**cit. p.137.

Todas essas eficácias processuais, ou seja, essas formas de cumprimento da obrigação determinada na decisão judicial concessiva da pretensão, podem ser obtidas através das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, e dos diversos mecanismos técnico-processuais que habilitam, conforme será visto.

4.4.1.3.1. Tutela específica da obrigação

Tutela específica diz respeito a que a obrigação deve ser cumprida da forma como foi pactuada.

Conforme a dicção dos artigos 461, 461-A, do Código de Processo Civil, e do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, já citados, e que disciplinam em nosso ordenamento jurídico as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, tanto uma como a outra, devem, primeiramente, através da decisão concessiva da pretensão, buscar a obtenção da tutela específica da obrigação, para o que deverão direcionar e fazer uso das técnicas processuais habilitadas pela respectiva forma de tutela..

Somente frente à impossibilidade de obtenção da tutela específica da obrigação³³², deverão ser adotadas medidas que visem à obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, chamada também de tutela

³³² CARREIRA ALVIM fala em limites *naturais* à obtenção da tutela específica, quando há a perda do objeto ou frente a obrigações personalíssimas, cuja infungibilidade não for apenas jurídica. Fala ainda em limites *políticos*, quando a execução específica for inviável em decorrência de infração aos direitos da personalidade; ao alcance de bem impenhorável; de infringência ao interesse público, e de atingirem os atos expropriatórios à Fazenda Pública. (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 64-70.)

assecuratória.³³³ Assim, passa-se a tecer considerações pontuais sobre a tutela específica, comum as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Primeiramente, vale lembrar que a noção e a universalização da tutela ressarcitória, em detrimento de uma tutela diferenciada, reflete a realidade da economia de mercado, própria da época do direito liberal, do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista.³³⁴

Sob essa ideologia, nesse contexto sócio-econômico, o ressarcimento em pecúnia, encontrava tutela satisfatória e adequada através da ação condenatória e seu correlato processo de execução. Esse entendimento pressupunha a inexistência de distinção entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil na situação fática posta à análise, que encontrava pleno suporte nos valores do direito liberal clássico e na visão patrimonialista dos direitos.³³⁵

A ausência de distinção entre o ilícito, como um ato contrário ao direito, e a ocorrência efetiva de um dano, levou a equívocos que tornaram deficientes, do ponto de vista da efetividade, a tutela ressarcitória prestada pela ação condenatória e a posterior execução. Isso porque, há situações nas quais verifica-se a ocorrência de um ato ilícito sem a ocorrência de um dano. Essas situações não são alcançadas pela tutela condenatória e não eram

³³³ Ibid.p. 83.

³³⁴ Nesse sentido afirma MARINONI: “Se todos são iguais – prevalecendo o princípio da igualdade formal - , e esta igualdade deve ser preservada no plano do contrato, não podendo o órgão jurisdicional interferir de modo mais incisivo no âmbito das relações jurídicas privadas, nada melhor do que a simples tutela que dá ao sujeito lesado apenas o equivalente em dinheiro ao valor da lesão, mantendo-se assim inalterados os mecanismos de mercado.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.)

³³⁵ Ensina Luiz Guilherme MARINONI que o conceito de condenação está preso ao direito romano, no qual a tutela era sempre ressarcitória, modelo este que se serviu aos ideais liberais. Assim é que enfatiza: “Há um dogma – de origem romana – de que a tutela de reparação do dano é a única forma de tutela contra o ilícito. Isto quer dizer, em outras palavras, que ocorreu, já na época do direito romano, uma unificação entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** cit., p. 13.)

consideradas pelo direito produzido sob a ideologia liberal, para o qual o dano³³⁶ integrava a própria estrutura do ato ilícito civil.

Em função de suas características, como a igualdade inclusive entre direitos e bens, e a idéia de não intervenção do Estado na esfera privada, não se concebia a função preventiva do processo de conhecimento. Como ensina Luiz Guilherme MARINONI, “diante dos valores que permearam o processo civil clássico, a função da tutela jurisdicional restou limitada à repressão – como era natural.”³³⁷ Também era natural, conforme dito, sob as idéias liberais, que a noção de ressarcimento ao dano comportasse tão somente a forma pecuniária.

Esse pensamento liberal foi transportado para o nosso Código de Processo Civil, permanecendo até a reforma de 1994, quando houve a alteração do artigo 461, a partir da qual foi possibilitada a prestação da tutela na forma específica.

Esse tendência foi observada nas alterações que se seguiram, conforme dicção do artigo 461-A, segundo o entendimento de que os direitos e suas respectivas tutelas garantidoras devem ser compreendidos em face da nova realidade construída a partir dos valores da Constituição³³⁸. O emergir dos direitos difusos, coletivos e diversas outras manifestações de direitos, notadamente os direitos não-patrimoniais, fez com que a tutela prestada através do ressarcimento pelo equivalente se mostrasse inefetiva, e a exigir técnica adequada a sua satisfação.

³³⁶ Não obstante reconhecer que grande parte da doutrina brasileira nega a diferença entre ilícito e dano, MARINONI, afirma que: “O dano, contudo, é algo absolutamente acidental na vida do ilícito; é ele uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. O ato ilícito, em outras palavras, pode ou não provocar um dano.”(MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**...cit. p. 25.)

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**...cit. p. 72.

³³⁸ Afirma MARINONI que: “é possível dizer que o sistema processual é apenas o reflexo de um Estado preocupado em garantir às pessoas a fruição efetiva e real dos bens, principalmente aqueles que são considerados vitais dentro de uma organização social que se preocupa em ser mais justa.”(Ibid. p. 19.)

A problemática envolvendo a tutela específica aflora, sobretudo, quando se apreciam sentenças não-satisfativas³³⁹, ou seja, “aquelas que não exaurem frutuosa e plenamente a tutela jurisdicional”³⁴⁰, tornando necessária a adoção de meios de coerção e ou de sub-rogação, capazes de efetivar adequadamente as necessidades requeridas para a satisfação do direito.

As técnicas mandamentais e executivas *lato sensu*, conforme disciplinadas em nosso ordenamento jurídico, consubstanciam-se em técnicas processuais destinadas à efetivação de determinados tutelas, decorrentes do direito material, que para se efetivarem, demandem não apenas alterações no mundo jurídico, mas alterações físicas, dependentes ou não da vontade do devedor, e que não podem ser protegidas adequadamente pelo adimplemento da obrigação de pagamento de soma em dinheiro.

Esse entendimento encontra eco no ordenamento jurídico e nas aspirações sociais contemporâneas, que sobrelevam o direito do jurisdicionado em receber o bem específico garantido por lei, e não seu equivalente monetário.

4.4.1.3.2. Resultado prático equivalente

Muito se tem discutido acerca da possibilidade de extensão às tutelas executivas *lato sensu*, disciplinadas pelo artigo 461-A, do código processual, da autorização contida no *caput* do artigo 461, de mesmo código processual, que

³³⁹ Embora a discussão acerca da tutela específica ocorra frente a uma sentença não-satisfativa, não há relação entre aquela e a sentença satisfativa. Ocorre que, como a sentença não-satisfativa demanda a utilização de técnicas para sua efetivação, somente essas evidenciam a impropriedade da tutela pelo equivalente, em diversas situações de direitos materiais postos a proteção da tutela jurisdicional.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica...**cit. p. 66.

disciplina as tutelas mandamentais, concernente à possibilidade de serem determinadas providências pelo juiz, de forma a se alcançar o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação pelo devedor.

A controvérsia havida refere-se ao fato de, o parágrafo 3º do artigo 461-A, faz alusão apenas à aplicação à ação prevista nesse artigo, do disposto nos parágrafos 1º a 6º do artigo 461. Desta forma, estaria excluído o conteúdo do *caput*, onde há a autorização para a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.

No entanto, adota-se posicionamento no sentido de que, a ressalva feita pelo legislador, deve-se a expressa menção feita pelo *caput* referido, às obrigações de fazer e não fazer.

Por este motivo, em função do conteúdo do *caput* destacar o âmbito de sua incidência, teria havido a supressão da indicação de aplicação com relação às ações executivas *lato sensu*. Mesmo posicionamento é defendido por Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES, quando afirma:

Naturalmente, não teria sentido o § 3º do artigo 461-A fazer alusão à regra do *caput* do artigo 461, o qual inicia-se destacado o âmbito de sua incidência. Porém, ao fazer referência aos §§ 1º. a 6º. Do artigo 461, o § 3º. do artigo 461-A acabou por estender à tutela específica da obrigação de entregar coisa a mesma disciplina do artigo 461, inclusive no que concerne à possibilidade de se adotar providências que assegurem o resultado prático equivalente (como decorre diretamente da aplicação do disposto no §5º. do art. 461). Portanto, não sendo possível a tutela específica, nada impede que seja obtida a tutela equivalente. Melhor, sem dúvida, do que se ter, como única solução, a conversão da obrigação em perdas e danos.³⁴¹

Percebe-se que esse sistema de efetivação das condenações específicas das quais são dotadas as ações e sentenças mandamentais,

³⁴¹ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no Código e Processo Civil: processo de conhecimento e recursos.**Rio de Janeiro: Roma Vitor, 2004. p.136.

abrandam dois postulados processuais em esfera civil. O primeiro diz respeito ao exaurimento da competência com a publicação da sentença, estabelecido no artigo 463³⁴², do código processual.

Através das funções técnico-jurídicas das quais são dotadas as ações mandamentais, sobretudo no tocante à possibilidade de o juiz tomar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação constante da decisão judicial, após a publicação da sentença, há a expressa previsão legal no sentido de permitir ao juiz inovar em relação à decisão tomada.

O outro postulado que se mitiga com o sistema de efetivação das condenações específicas, através de tais tutelas, diz respeito ao previsto nos artigos 128, e 460³⁴³, do *codex* processual. Tais artigos enunciam o postulado da necessária correlação entre a sentença e a demanda.

Novamente, a possibilidade de que o juiz venha a adotar medidas que visem à obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, resultará na possibilidade de adoção de medidas díspares daquelas pedidas na inicial e concedidas na sentença.

Essas *transgressões*, segundo DINAMARCO, contam com a “plena legitimidade sistemática conferida pela promessa constitucional de acesso à justiça, a qual não se positiva sem a *efetividade das decisões judiciais*.”³⁴⁴

³⁴²Código de Processo Civil: “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá altera-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.”

³⁴³Código de Processo Civil: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” “ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

³⁴⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições**...cit. p. 245.

4.4.1.3.3. Conversão em pecúnia

A derradeira possibilidade de se resolver o conteúdo da obrigação específica, tutelada pelas ações mandamentais e executivas *lato sensu*, é a conversão da obrigação específica em pecúnia.

Ressalte-se que essa via somente deve ser adotada na hipótese de ser opção voluntária do credor, ou na hipótese de se apresentar prática ou juridicamente impossível a imposição do dever reconhecido na sentença ou a imposição da medida equivalente.

A conversão em pecúnia é medida substitutiva da obrigação original. No entanto, no atual sistema de concessão da tutela específica, privilegia-se o oferecimento ao credor, exatamente daquilo a que tem direito.

Aqui devem ser diferenciadas as situações de tutela na forma específica, pelo equivalente em dinheiro e a conversão em perdas e danos.

As duas primeiras hipóteses dizem respeito à situação na qual ao autor é facultada a possibilidade de ver seu direito prestado por tutela sob a forma específica ou pelo equivalente. Se o direito violado abre a possibilidade de opção entre essas duas formas de ressarcimento, cabe ao credor fazer a escolha, salvo hipótese de excessiva onerosidade ao réu.

Por uma questão de coerência lógica, o direito assegurado ao autor de não ser violado em seus direitos, somente seria efetivamente tutelado mediante a tutela na forma específica, ou seja, ser-lhe prestada a específica obrigação a qual teria direito.

No entanto, embora o Código Civil de 1916 já previsse a prioridade do ressarcimento na forma específica, o Código de Processo Civil de 1973, ao

instituir as formas processuais de execução da sentença condenatória, tornou praticamente inviável o ressarcimento pela forma específica.

Antes da introdução do artigo 461, ao código processual, e a previsão de prestação de tutela na forma específica, o credor que tivesse seu direito a uma prestação de fazer ou entregar coisa reconhecida por sentença, diante do descumprimento do devedor, deveria propor ação de execução para que terceiro fizesse o que deveria ser feito pelo devedor, adiantando a esse terceiro os valores necessários para a realização da obrigação.

Somente após, por meio da execução por expropriação, poderia cobrar os valores despendidos do devedor original. Ou seja, a tutela pelo ressarcimento na forma específica no código processual, mostrava-se absolutamente despicienda, já que, ao final, redundaria em ressarcimento pelo equivalente.

A tutela ou o ressarcimento na forma específica obriga o demandado a reparar, mediante um fazer ou não fazer, ou um entregar a coisa.

O ressarcimento pelo equivalente em dinheiro deve ser prestado pelo devedor para que um terceiro realize a obrigação na forma específica que ele não pode ou se recuse a realizar.

No entanto, o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro não se confunde com a indenização por perdas e danos. Somente na hipótese de impossibilidade de prestação na forma específica pelo devedor ou por terceiros e que a obrigação será convertida em perdas e danos.

Esse raciocínio é pautado no entendimento de que, mesmo que não possa ou se recuse o devedor a cumprir a obrigação sob a forma específica e essa venha ser cumprida por terceiro, a obrigação continuará a ser sob a forma

específica, devendo o devedor arcar com o equivalente em dinheiro necessário para sua realização.

A obrigação ao ressarcimento na forma específica não perde essa natureza por ser prestado pelo devedor ou por terceiro, apenas obriga o devedor a prestar ou providenciar a reparação sob a forma específica.

No entanto, quando for impossível a realização da obrigação sob a forma específica, quer pelo devedor, quer por terceiro, deverá o devedor arcar com a reparação pelas perdas e danos, ou obrigação de indenizar.

Assim, não devem ser confundidas as situações de reparação na forma específica, quando realizada diretamente pelo devedor, a situação de custeio por parte deste para que a obrigação ao ressarcimento na forma específica seja cumprida por terceiro, e a hipótese de indenização, ou reparação por perdas e danos, quando o credor expressamente o requerer ou for jurídica e materialmente impossível o ressarcimento na forma específica.

Ensina Luiz Guilherme MARINONI que a indenização constitui *resposta* a uma opção pelo modo de ressarcimento, enquanto o custeio pelo devedor da realização da obrigação por terceiro é apenas um *meio* de realização do ressarcimento na forma específica.

Assim, assevera que a “diferença entre *resposta* e *meio* permite concluir que a obrigação de indenizar *responde* ao direito ao ressarcimento pelo equivalente e que a obrigação de custear é simples meio para se *responder* ao direito ao ressarcimento na forma específica.”³⁴⁵

Somente na hipótese de requerimento do credor ou impossibilidade material ou jurídica de prestação da obrigação sob a forma específica,

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A efetividade da multa...**cit. p. 160.

pessoalmente pelo devedor ou por terceiro custeado, há a conversão em pecúnia, sob a justificação perdas e danos, e o valor devido deve ser auferido mediante as normas do Código de Processo Civil para cumprimento de sentença que condene ao pagamento de quantia certa.

CAPÍTULO V

O Sincretismo processual através das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* como potencializadoras da efetividade das decisões judiciais

5. Da mitigação do princípio da separação dos processos

Em razão de circunstâncias históricas, conforme visto, a atividade jurisdicional foi dividida em dois processos distintos, de cognição e de execução, sendo neste último concentrado os atos executivos.

Em nosso sistema jurídico-processual atual, antes da introdução dos institutos da antecipação de tutela, da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa, com exceção de algumas ações especiais, não havia no processo de conhecimento possibilidade da prática de atos executivos. Na seqüência do trabalho serão observados os principais argumentos utilizados em prol da defesa da separação dos processos, de modo a buscar demonstrar que, na atualidade, quando o escopo do processo é a pacificação social, obtida através da efetividade das decisões judiciais, sendo essa, direito fundamental da pessoa humana, constitucionalmente garantido, a necessidade de separação entre os processos encontra-se, senão superada, certamente relativizada.

Não se trata de apoucar aqui a importância do binômio conhecimento-execução, mas sim, detectar os motivos que determinaram sua separação em processos distintos e autônomos, de modo a contrastá-los com o momento

atual, verificando a pertinência da manutenção desta separação, dada as mudanças dos valores sociais aos quais devem srevir.

Conforme entendimento apresentado no primeiro capítulo, à gênese do processo de conhecimento e sua prioridade à execução tiveram início no período da *legis actione* do direito romano, sendo diminuídas no direito processual germânico e resgatadas sob a influência romano-canônica, já na Idade Média³⁴⁶. Desta época também sua nítida separação do processo de execução, tendo tal separação sido resgatada e potencializada pela ideologia liberal e o direito produzido sob ela.

Ensina José Miguel Garcia MEDINA que, do embate tecido pelos juristas da Idade Média entre a *actio judicati* do direito romano e a execução criada no direito germânico-barbárico, concebeu-se a idéia de que a execução baseada na sentença condenatória “não seguiria mais o procedimento da *actio judicati*, isto é, não se faria necessário verificar a subsistência do crédito reconhecido pela sentença, para se dar ensejo à execução. Por outro lado, o credor não mais poderia proceder à execução sem que, antes, tivesse submetido sua pretensão ao julgamento judicial.”³⁴⁷

³⁴⁶ Kazuo WATANABE, em discussão sobre a síntese alcançada pelos juristas da Idade Média entre duas concepções opostas, a romana e a germânica, aponta os entendimentos de PONTES DE MIRANDA, Celso NEVES, Cândido Rangel DINAMARCO e LIEBMAN. Como ponto convergente, todos esses doutrinadores destacam a síntese obtida pelos juristas da Idade Média, entre as duas correntes contrárias. Apontam por um lado o respeito pelo direito tido pelos romanos, e sua preocupação em impedir execuções injustas, levando-os a somente permiti-la após cognição completa e coisa julgada, e de outro a mentalidade germânica, rude, impulsiva, impaciente e individualista, que, para a execução, não dependiam de sentença nem autorização do órgão estatal, mas a própria submissão de devedor, por meio de cláusulas executórias inseridas nos contratos ou obtidas em juízo. A síntese obtida se deu através de uma concepção que atendia as necessidades sociais e jurídicas daquele tempo, mediante a *executio purata*, ou execução aparelhada. (WATANABE, Kazuo. **Da cognição...**cit. p. 49-53.)

³⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 194.

Assim, em um primeiro momento prevaleceu a idéia de que necessariamente deveria haver um processo ordinário de cognição a preceder a execução.

Com base nesse entendimento, preponderou na doutrina surgida na Idade Média a idéia de que a posição do juiz na execução seria a de mero executor, não de juiz, já que a cognição dar-se-ia por exaurida no processo de conhecimento anterior.

Encontram-se nessas razões pontos fundamentais do entendimento acerca da autonomia entre os processos de cognição e o de execução. Em primeiro lugar, a distinção da natureza das atividades exercidas em cada processo, bem como o papel do juiz em cada uma delas. Em segundo lugar, a ordem na qual se devia dar os dois processos, precedendo à execução o processo de conhecimento. Assim, estaria justificada a necessidade de existência de dois processos distintos, resistindo a doutrina à idéia de que poderia haver execução que não precedida de um processo cognitivo.

No entanto, quando as legislações passaram a atribuir eficácia executiva aos títulos de crédito elaborados pelas próprias partes, houve a implementação da idéia de que a execução poderia se dar independentemente de um processo de conhecimento.

Ainda assim, permanecia a idéia de separação entre as atividades a serem realizadas em cada um dos processos, bem como a idéia do juiz como mero executor no processo de execução. Deste modo, no processo de execução, quase ou nenhuma forma de incidente que envolvesse cognição deveria ser permitido, podendo o executado fazer valer suas exceções em outro processo. Daí a defesa do executado dar-se em outro processo,

conforme ocorre entre nós, através dos embargos do devedor. Muito embora advirta José Miguel Garcia MEDINA que: “não se pode dizer, entretanto, que o direito germânico regia-se pela absoluta separação entre as atividades cognitivas e executivas, no mesmo processo.”³⁴⁸

Essa construção doutrinária realizada em relação à autonomia entre os processos de conhecimento e de execução serviu e foi intensificada pela ideologia liberal burguesa, cujo legado encontra-se presente em nossa legislação, conforme debatido no segundo capítulo.

Portanto, para entender os motivos que resgataram a configuração da separação entre o processo de conhecimento e o de execução, é necessário retomar a idéia liberal de liberdade do indivíduo frente às intervenções do Estado na esfera privada e identificar de que forma esses valores se materializaram no direito, sob aquela ideologia, para que se busque demonstrar a incompatibilidade destes ao atual panorama jurídico. Pretende-se demonstrar que o transporte de categorias jurídicas de uma época à outra, sem se considerar as peculiaridades espacio-temporais diversas, acarreta uma disfunção em sua aplicação e alcance.

Para a garantia da liberdade da esfera privada das intervenções do Estado, era preciso que o Estado-Juiz tivesse seu poder limitado tão somente à lei, já que esta previa a igualdade formal a todos os indivíduos. Não era permitido ao juiz qualquer interpretação em face da realidade social, posto que essa interpretação levaria à insegurança diante do desconhecido.

³⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 197.

Desta forma, percebe-se que a função do juiz era meramente declaratória³⁴⁹, posto que somente poderia declarar a lei, conforme já debatido em tópico anterior. Outro poder retirado do juiz, em função do pensamento liberal e a preocupação com a limitação de seus poderes, foi o de exercer *imperium*³⁵⁰, ou impor força executiva às suas decisões.

Além da necessidade de segurança própria e propícia à realização dos ideais burgueses, que era realizada pela limitação dos poderes do Juiz à mera reprodução da lei, a desconfiança havida, após a Revolução Industrial, com relação ao juiz também colaborou para a formação do processo de conhecimento com as características embutidas pelo direito liberal, já que aqueles, no período que antecedeu à Revolução, eram considerados aliados da nobreza e do clero, o que levou a burguesia a nutrir desconfiança e buscar limitar seus poderes ao Legislativo, e destituí-los dos poderes de execução.

Assim, parafraseando Luiz Guilherme MARINONI, o processo de conhecimento, concebido apenas como palco de verificação dos fatos e da declaração do direito, é fruto da tentativa do direito liberal de nulificar o poder do juiz. Da mesma forma, a separação entre conhecimento e execução prestou-se a impedir que o juiz concentrasse os poderes de julgar e de executar no processo de conhecimento.

Evidencia o referido doutrinador que as três sentenças da classificação trinária, declaratória, constitutiva e condenatória, mantêm o mesmo ranço do

³⁴⁹ Cabe esclarecer que nesse período os poderes de execução eram atribuídos à atividade executiva, conforme ensina Luiz Guilherme MARINONI “falar em atuação no plano normativo, não é apenas identificar o julgamento com a lei, pois no direito liberal a atividade de julgar não era limitada somente pela legislação, mas também pela atividade executiva. Esta objetivando a segurança pública e, sobretudo, a limitação dos poderes do juiz, *concentrava a atividade de execução material das decisões judiciais*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela**...cit. p. 37.)

³⁵⁰ Afirma Luiz Guilherme MARINONI que o “desejo de impedir o Judiciário de atentar contra a liberdade privou o juiz de exercer *imperium*.”(Ibid. p. 41.)

direito liberal concernente à separação que deveria existir entre a atividade de julgar e a de executar o julgamento.

Nesse sentido, ao se referir às novas sentenças - mandamental e executiva *lato sensu* - deixa claro que, ao passo que aquelas sentenças da classificação trinária expressam valores de um modelo institucional de Estado liberal, as novas estão ligadas à confiança conquistada pelo Poder Judiciário na estrutura do Estado.³⁵¹ A classificação trinária em aplicação estanque, na contemporaneidade, limita a atuação do juiz no exercício de dizer e realizar o direito objetivo.

Ainda concernente à discussão sobre a relação existente entre as sentenças da classificação trinária e os valores e objetivos do direito liberal-clássico, Luiz Guilherme MARINONI lança entendimento no sentido de que as sentenças constitutivas e declaratórias sempre foram consideradas suficientes em si, na medida em que a simples prolação é a integralidade da prestação jurisdicional. Desta forma, apenas a sentença condenatória necessitaria de meios executivos para que a tutela do direito pudesse ser prestada.

Há que ser lembrado ainda o fato de que, em seu nascedouro, no direito liberal-burguês, a função de julgar era dissociada da função de executar. Da mesma forma, eram assim dissociados da sentença condenatória, os meios executivos eficientes para proporcionar os resultados por ele objetivados. A esse respeito, ensina Luiz Guilherme MARINONI: “Diante da sentença condenatória, não é difícil perceber como o direito liberal limitou os poderes do Judiciário. Primeiro, definiu os meios de execução que poderiam a ela se ligar

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela** ...cit. p. 39.

e, depois, deixou evidenciado que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado quando da execução da condenação.”³⁵²

Essa correlação existente entre a sentença condenatória e os meios executivos tipificados em lei, foi mantida pela doutrina, fiel à raiz liberal que busca a segurança e a liberdade, mantendo-se assim o juiz impossibilitado de fazer uso de qualquer outro meio de execução. Dessa mesma aspiração por segurança e liberdade, surgiu o princípio da tipicidade dos meios de execução e a correlação necessária entre a condenação e a execução, inserida pela doutrina responsável pela classificação trinária.

Tampouco se admitia, pelos valores liberais, as tutelas fundadas em verossimilhança, vez que, como o julgamento deveria exarar as palavras da lei, esse somente seria admissível após a verificação do direito, o que somente seria conseguido depois de vencidas as fases do procedimento ordinário clássico, que levariam ao encontro da “verdade”. A ampla defesa e o contraditório eram vistos como garantia de liberdade contra o arbítrio do Juiz.

Como ensina Ovídio A. Baptista da SILVA:

nossas instituições, ideologicamente comprometidas com o dogma da separação dos poderes do Estado, organizaram-se segundo esse pressuposto fundamental, em virtude do qual a função jurisdicional perde visivelmente importância, ao mesmo tempo em que os magistrados conformam-se ao ideal consagrado pelos enciclopedistas franceses, segundo os quais o juiz haveria de ser um “ser inanimado”, cuja missão seria exclusivamente a de “pronunciar as palavras da lei.”³⁵³

Continua o referido processualista no sentido de que, por tal entendimento, o juiz deveria ser, “como ele é em nosso *processo de conhecimento*, a “*bouche de la loi*”, não o “braço da lei”, expressão de seu

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela** ...cit.p 42.

³⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de**cit.p. 338-339.

poder de império.”³⁵⁴ Enfatiza ainda que este seria o motivo da resistência de nossa cultura à outorga de poderes de *imperium* ao juiz. Conforme sua comparação entre os juízes contemporâneos dos sistemas de direito escrito, e as figuras do *praetor* e do *iudex* do direito romano, conclui que “os ingleses conceberam os seus juízes à imagem e semelhança do *praetor*, enquanto o sistema romano-canônico da Europa continental os criou para desempenharem as modestas funções do *iudex* do direito privado romano.”³⁵⁵ Enfatiza ainda que tal afirmação equivale a dizer que:

nossos magistrados foram feitos para exercer *iures + dictio*, jamais *imperium*, sabido como é que estas elevadas funções eram estritamente reservadas ao pretor romano, jamais ao *iudex* privado, cujas atribuições, à semelhança dos árbitros modernos, resumiam-se a dizer o direito, em ser, afinal de contas, como a doutrina posterior à Revolução Francesa pretendeu, simples “*bouche de la loi*”, sem qualquer poder criativo ou de império. A concepção de nosso “processo de conhecimento”, responsável, sem a menor dúvida, em grande medida, pelo exasperante emperramento da máquina judiciária, é apenas consequência lógica decorrente dessa ideologia.³⁵⁶

Desta forma, sob a influência dos entendimentos supra expostos, na elaboração da classificação tradicional das ações e sentenças, a doutrina considerou ainda a espécie da atividade jurisdicional desenvolvida em cada processo. Enquanto no processo de conhecimento “seriam realizadas atividades cognitivas, de caráter lógico e ideal, no processo de execução, ocorreriam atividades práticas e materiais.”³⁵⁷ Essa diversidade de atividades justificaria a divisão dos processos em cognição e execução, tornando-a mesmo necessária, tendo em vista a natureza peculiar de cada atividade

³⁵⁴ Ibid. p. 339.

³⁵⁵ Id.

³⁵⁶ Ibid.p. 340.

³⁵⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil...**cit.. p. 190.

desenvolvida, a realização de atos executivos no processo de conhecimento ou de outra forma, a realização de atos cognitivos no processo de execução.

A dicotomia entre os processos de conhecimento e de execução difundiu-se pelos ordenamentos processuais modernos, sobretudo impulsionada pela ideologia liberal, cujos propósitos de igualdade formal e liberdade, com a estrita regulamentação da intervenção estatal nos assuntos privados, servia com precisão. A razão histórica, no entanto, não impediu que a doutrina sustentasse com elementos científicos sua adoção, apresentando elementos em defesa da superioridade e adequação da adoção do princípio da separação entre cognição e execução sobre a cumulação das atividades próprias a cada processo.

A organização formal do Código de Processo Civil brasileiro ainda atende essa dicotomia entre o processo de conhecimento e o de execução. A própria estrutura exposta no diploma referido apresenta, separados em dois livros distintos, os processos de conhecimento e de execução. Também a possibilidade de ajuizamento de uma ação de execução, independentemente de verificação judicial acerca da existência do direito, através de um processo de conhecimento de cognição completa anterior, como ocorre com as execuções fundadas em títulos extrajudiciais, deixa evidente a existência de autonomia entre os dois processos.

Um dos principais argumentos na defesa do princípio da autonomia entre os processos de conhecimento e de execução reside na idéia de “pureza” das atividades a serem realizadas, ou seja, em função da distinção havida entre as atividades realizadas no processo de conhecimento e no de execução, tendo em vista o fim colimado em cada um, faz-se necessário que sejam

desenvolvidas em processos diversos. Como conseqüência deste princípio é a idéia de que não se pode realizar atos de cognição no processo de execução, tampouco realizar atos próprios de execução em processo de conhecimento.

No entanto, as modificações iniciadas na última década no ordenamento jurídico processual como um todo e, em especial no diploma processual, deixam evidenciar situações em que há simultaneidade entre as atividades cognitivas e executivas em uma mesma relação jurídico-processual.

Deve-se reconhecer a existência anterior às reformas já mencionadas, de demandas judiciais nas quais já havia a simultaneidade de cognição e execução. No entanto, tais demandas eram consideradas como exceção ao princípio da autonomia entre os processos de conhecimento e de execução. Através das alterações havidas no *codex* processual, o sincretismo processual alcançou *status* de “princípio *contrário* ao então existente”.³⁵⁸ Nesse sentido, a doutrina de Cândido Rangel DINAMARCO:

Há boas razões para mitigar ainda mais a clássica dualidade representada pelos dois processos destinados a suprimir um só conflito, fazendo crescer o número das chamadas ações executivas *lato sensu* ou mesmo invertendo todo o sistema para que passe a ser regra geral a unidade do processo, com meras fases de conhecimento e de execução. Os resultados obtidos nos casos hoje existentes têm sido positivos para a efetividade de uma tutela jurisdicional menos burocrática e, portanto, mais rápida, em benefício de quem tem direito e para maior prestígio do poder judiciário.³⁵⁹

Como exemplo, detecta-se a possibilidade de ampliação das hipóteses de utilização do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, dada pela lei

³⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 191.

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições**...cit. p. 246.

8.952, de 13 de dezembro de 1994, com a redação dada ao artigo 273³⁶⁰, complementada pela lei 10.444 de 07 de maio de 2002, com a inclusão dos parágrafos 6º. e 7º. Por tal disposição legal, ao possibilitar a realização no processo de conhecimento da execução da decisão que antecipa os efeitos da tutela, rompe o princípio da autonomia processual, adotando manifestação expressiva de sincretismo processual³⁶¹.

Mesmo as ações condenatórias, nas quais haveria a necessidade de um processo de execução posterior, diferentemente do que se dá com as ações declaratórias e as constitutivas, deixaram de expressar o arcabouço teórico formalmente disposto no Código de Processo Civil, com a rígida separação entre o processo de conhecimento e o de execução.

A edição da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, veio suprimir a necessidade de ação e processos de execução autônomos, com relação à sentença de procedência de obrigação por quantia certa, introduzindo técnica de efetivação do julgado através de procedimento executório especificamente definido pelos artigos 475-I a 475-R, a exemplo e na mesma esteira das

³⁶⁰ Código de Processo Civil. “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

³⁶¹ Nesse sentido ensina José Miguel Garcia Medina que “é comum que o ordenamento jurídico preveja exceções a um princípio jurídico. A evolução de um sistema jurídico, no entanto, pode determinar que exceções eventualmente existentes num ordenamento jurídico se desenvolvam fecundamente, de modo a se querer considerar, diante de tal fenômeno, não se estra mais diante de meras exceções, senão diante de um novo princípio jurídico.”(MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 216.)

técnicas processuais adotadas pelos artigos 461 e 461-A, com o intuito de efetivar o gozo do bem da vida reconhecido pela sentença.

A necessidade de se entender as atividades cognitivas e executivas não como fins em si mesmas, mas como meios de obtenção da tutela jurisdicional buscada, é especialmente importante em relação à ação condenatória, em função exatamente do provimento jurisdicional concedido em tal ação.

No entendimento de José Miguel Garcia MEDINA: “A condenação, deste modo, é atividade processual que pode ser substituída por outros meios de tutela capazes de propiciar situação jurídica similar.”³⁶² Assim, as relações entre as técnicas de cognição e a execução podem se dar de diversas formas, tendo em vista sempre o direito material que se busca proteger.

A finalidade última do sincretismo processual é a obtenção da tutela jurisdicional mais efetiva, em tempo e modos hábeis. Esse entendimento deixa entrever que o efeito esperado pela adoção do sincretismo processual é a realização do direito material. Assim, com fundamento nessa idéia, surge a possibilidade de concepção de diversas formas de relação entre o processo de conhecimento e o de execução, através de normas processuais que visem à realização do direito material garantido pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, é que José Miguel Garcia MEDINA, assevera que:

impõe-se a formulação de mecanismos processuais capazes de abarcar, em seu conteúdo, uma gama mais ampla de situações jurídicas, bem como de possibilitar a identificação caso a caso, de instrumentos mais eficazes de realização do direito. Este desiderato é em princípio alcançado com o recurso a tipos jurídicos abertos, materializados em normas de conteúdo mais geral, que possibilitam ao juiz atender de modo mais adequado à pretensão das partes.³⁶³

³⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit. p. 217.

³⁶³ Ibid.p. 218.

A tentativa de se justificar juridicamente a necessidade da separação dos processos é apontada sob diversos argumentos. A remição ao direito romano, com referência à efetivação das sentenças na *actio iudicati*, que se dava em momentos separados, diferindo da moderna execução, basicamente pela existência dos embargos nesta última, que garantiria o contraditório a respeito de matérias ligadas ao direito executado. Também a existência e delimitação das ações declaratórias e constitutivas que não comportam execução, o aparecimento de títulos executivos extrajudiciais, as diferenças ontológicas havidas entre as funções cognitivas e executivas, a existência de pressupostos processuais, partes e, sobretudo, objeto distintos nas duas ações, a necessidade de citação, são fatores apontado na defesa da necessidade jurídica da separação entre os processos.

No entanto, todos esses argumentos podem ser elididos, sobretudo pela identificação de que, em última análise, todos eles dizem respeito a medidas de política legislativa

A delimitação das ações declaratórias e constitutivas e sua desnecessidade de posterior execução não comprovam a necessidade de separação dos processos, ao contrário, somente servem para corroborar a idéia de que diferentes direitos demandam formas diferentes de tutela jurisdicional para sua efetivação. Do mesmo modo, a possibilidade de existência de ação executiva baseada em título extrajudicial, tendo-se em vista que a criação destes deveu-se a interesses de expansão comercial havidos à época, somente vem comprovar que interesses externos, influem na política legislativa processual.

Quanto à alegada diferenciação ontológica havida entre a cognição e a execução, nunca se olvidou de sua existência, e nem se procurou dizer o contrário. No entanto, a simples diferenciação não se presta a justificar a necessidade de separação dos processos, conforme dito, já que há pela história, diferentes momentos nos quais as duas atividades foram tomadas num mesmo processo, sem prejuízo para qualquer delas. A alegação acerca da existência de diferentes pressupostos processuais, partes e objeto, nas duas ações, não merece também acolhida, como resta claro, já que a relação material subjacente é a mesma em ambos os processos. Também a alegada necessidade de citação deriva de opção político-legislativa e não jurídica.

Resta claro, portanto, que a separação dos processos de cognição e de execução é mera opção legislativa que não encontra justificativa em qualquer fator jurídico.

Em ultimado, assevera Luiz Guilherme MARINONI que, diante das novas aspirações por efetividade da prestação da tutela jurisdicional “não há razão para se preservar a antiga classificação trinária, como se ela fosse absoluta e intocável”.³⁶⁴

5.1. A potencialidade do sincretismo processual na impressão da efetividade às decisões judiciais.

Conforme debatido no terceiro capítulo, a questão da efetividade processual, alçada a status de direito fundamental consagrado na Constituição da República, adquire um novo matiz. Não importa mais, prioritariamente,

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...cit.** p. 361.

saber se as normas de Direito Processual realizam-se no mundo fático, mas, sobretudo, analisar se essa concreção contribui para a efetividade da norma substantiva. Como assevera José Roberto dos Santos BEDAQUE,

Daí não se poder falar em um direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior seja sua efetividade; e mais, à base de toda construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo.³⁶⁵

A análise levada a intento sobre o sincretismo processual através das ações mandamental e executiva *lato sensu* em nosso ordenamento jurídico, a partir dos artigos 461 e 461 A, do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, deu-se sob o entendimento de que, as técnicas e garantias processuais instituídas nesses artigos devem ser vistas em conformidade com o direito material que visam assegurar, tendo como mote o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. José Roberto dos Santos BEDAQUE ensina que

A natureza instrumental do direito processual impõem sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.³⁶⁶

³⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...**cit. p. 58.

³⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...**cit. p. 16.

E continua o jurista, no sentido de que “A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurar-los, mas garantir sua satisfação.”³⁶⁷

Assim, a partir da constatação de que existem várias tutelas dos direitos que não se satisfazem com as sentenças declaratórias, constitutivas ou condenatórias, faz evidenciar a necessidade de mecanismos específicos de realização do direito material posto. Há de se considerar o papel da adequação do meio processual ofertado ao tipo de situação tutelada. Em outras palavras, uma vez que a atuação do ordenamento jurídico material se dá através da atuação jurisdicional, e esta, por sua vez, se dá através do processo, os instrumentos ou meios processuais dos quais esse é dotado é que vão determinar sua capacidade de produzir os resultados que dele se espera. Ou seja, a efetividade do processo, e por conseqüência da prestação jurisdicional da tutela jurídica, vai se operar ou não, como conseqüência direta dos instrumentos processuais habilitados para sua utilização.

José Miguel Garcia MEDINA, analisando os princípios contemporâneos da autonomia – atos executivos somente no processo de execução – e o princípio do sincretismo entre cognição e execução – atos executivos no processo de conhecimento, através dos provimentos mandamentais e executivos - , conclui que: “As atividades cognitivas e executivas, no entanto, devem ser consideradas, hoje, eminentemente como meios para a consecução

³⁶⁷ Ibid. p. 16.

de uma tutela jurisdicional, de modo que, qualquer entendimento que procure demonstrar a “auto-suficiência” destas atividades deve ser evitado.”³⁶⁸

Através dos mecanismos processuais habilitados pelas tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, consoante adotadas no modelo nacional, as referidas “formas de relação entre cognição e execução”, materialização do sincretismo processual, podem ser obtidas.

Em linhas gerais, enquanto a tutela mandamental contém uma ordem do juiz acompanhada de mecanismos coercitivos – multa, pena de desobediência - para o cumprimento da obrigação imposta à parte, a tutela executiva *lato sensu* corresponde à possibilidade de adoção, no processo de conhecimento, de medidas materiais necessárias e capazes de produzir os resultados práticos que o cumprimento da obrigação geraria.

Através do sincretismo, a realização no plano dos fatos da sentença condenatória, deve ser considerada fase subsequente do processo e não um novo processo. As medidas necessárias à realização das decisões judiciais contidas na sentença são praticadas na mesma relação processual, dotando a sentença de executividade e efetividade.

A viabilização das formas de relação entre cognição e execução, ou seja, a possibilidade de adoção de medidas executivas em sede de cognição, através das atividades sincréticas, como a mandamentabilidade e a executividade *lato sensu*, imprime efetividade às decisões judiciais, no importe em que permite a realização no mundo dos fatos do comando contido na sentença, evitando o longo intervalo entre a definição do direito material lesado

³⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil: princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 216.

e sua necessária restauração, conforme havido na visão clássica pautada na dicotomia processual.

Através dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, há uma determinação de tutela segundo os ditames do direito material buscado pela parte. O direito subjetivo posto pelo autor é apreciado pelo prisma de seu exercício, evidenciando sua satisfação efetiva e as vantagens de sua fruição.

Segundo o entendimento de que a relação entre direito material e direito processual deve ser vista a partir de seu conteúdo de interdependência, há de ser analisada qual a situação jurídico-substancial que motivou a aplicação do remédio jurídico, para a detecção da técnica processual mais apropriada para a realização efetiva da pretensão buscada, ou em outras palavras, qual a técnica processual hábil à efetivação do comando material. Deve se identificar, portanto, qual o conteúdo substancial do direito que necessita ser tutelado, para a escolha do meio processualmente hábil a efetivá-lo.

Tanto a ação mandamental quanto a ação executiva *lato sensu* são destinadas à instrumentalização de pretensões que necessitem de uma transformação da realidade empírica. Essa, a primeira identificação das tutelas possíveis de serem efetivadas pela utilização de tais técnicas.

Diferenciam-se, porém, quanto a sua estrutura processual que produz efeitos díspares. Enquanto no provimento mandamental, a estrutura processual permite a utilização de meios de coerção adequados e cabíveis, no provimento executivo *lato sensu*, há uma habilitação de meios sub-rogatórios. Assim, em acordo com o conteúdo substancial que se pretende tutelar, o agir físico que seja apto à realização efetiva do direito, será definida a adoção da ação processual idônea. Ou seja, se o direito necessitar de um agir físico

instrumentalizado através de meios de sub-rogação, será apta a ação executiva *lato sensu*. De outro modo, se o conteúdo substancial que se pretende tutelar, necessitar, além de modificações empíricas, estas dependerem da vontade do obrigado, efetiva será a tutela mandamental. Vale a pena lembrar a respeito, a doutrina de João Batista LOPES, citada por Nelson Rodrigues NETTO:

A diferença ontológica entre a mandamentalidade e executividade está em que, na primeira, a tutela se traduz e se exaure na ordem ou mandado cujo cumprimento depende apenas da vontade do réu e, na segunda, exige a prática de atos coativos por auxiliares da justiça. Na tutela mandamental, o descumprimento sujeita o réu a sanções legais (multa, desobediência, etc.), enquanto na executiva impõe seqüência de atos até se alcançar a satisfação plena do exequente.³⁶⁹

Ou seja, apontadas as diferenças fundamentais entre as duas formas de tutela, restam os pontos de contatos, pelo quais se percebe que ambas prescindem de um processo executivo autônomo para fazer atuar a vontade da lei no plano fático. Cada qual através de seus próprios elementos, ou das medidas técnico-processuais que habilitam, são suficientes para a satisfação efetiva da pretensão levada à apreciação do Estado em sua função jurisdicional, de modo a obter a tutela jurisdicional plena. É o que ensina Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, conforme vemos

Também não há dúvida de que permanecem no sistema as tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, cujo “cumprimento”, efetivação ou realização prática (=execução) far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A do CPC (art. 475-I da Lei n. 11.232, de 2005). Convém ressaltar que o artigo 461, vinculado à tutela mandamental, serve às obrigações de fazer e não fazer e ainda a certos deveres de abstenção, como os ligados aos direitos da personalidade. Já o artigo 461-A, vinculado à tutela executiva *lato sensu*, serve às obrigações de entregar ou restituir coisa e ao dever de restituir coisa, como sucede com o desrespeito ao direito e posse decorrente da propriedade, a possibilitar a demanda reivindicatória da posse por parte do titular do domínio.³⁷⁰

³⁶⁹ LOPES, João Batista. *Apud* NETTO, Nelson Rodrigues. Ob. cit. p. 38-39.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Tutela declaratória executiva?** *in* Revista do Advogado. Ano XXVI. n. 85. Maio de 2006.p. 38.

Pelo exposto, resta claro que as tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, mostram-se como técnicas aptas à proteção efetiva dos direitos materiais postos a tutela do Estado em sua função jurisdicional.

CONCLUSÃO

Diversas foram às conclusões obtidas no transcurso do estudo, cabendo destacar de forma sintética, os pontos específicos de maior relevância para o tema proposto, para, após, emitir considerações de índole explicativa sobre o entendimento norteador do trabalho realizado.

1. Tem-se como fontes históricas mais remotas das ações executivas *lato sensu* e mandamental, os interditos, surgidos no período formulário do direito romano.

2. Advém da tradição romano-germânica, com influência dos valores canônicos, o processo no direito português, que em função da colonização, estendeu-se também ao Brasil.

3. O direito processual brasileiro, embora desde sua formação, apresentasse entendimento doutrinário no sentido da distinção e autonomia das atividades cognitivas e executivas, foi somente com o Código de 1973 que tal separação se consolidou, fazendo do processo de execução procedimento autônomo, com adequação quase que exclusiva para as ações pecuniárias.

4. Sob a ideologia liberal-burguesa, as atividades de execução e conhecimento separaram-se rigidamente. Aparece nesse período o procedimento ordinário, difundindo-se a sentença condenatória como instrumento adequado à proteção jurisdicional de cunho pecuniário.

5. A classificação das ações e sentenças na doutrina clássica é processual, centrada na autonomia do direito processual sobre o material.

6. Para a ciência processual contemporânea interessa a efetivação das decisões judiciais, surgindo à questão das técnicas adequadas para a realização das modificações pretendidas no mundo dos fatos.

7. As exigências da sociedade atual e a releitura dos direitos a luz dos valores constitucionais, demandam nova compreensão do fenômeno jurisdicional, no sentido de buscar a efetiva tutela jurídica, ou o resultado concreto obtido pelo processo na defesa do direito tutelado.

8. Mas que o acesso à justiça, é direito fundamental do jurisdicionado, constitucionalmente assegurado, o direito a efetividade do processo, ou seja, a obtenção da satisfação efetiva e tempestiva da pretensão formulada e reconhecida na decisão judicial.

9. As diversas técnicas processuais devem ser entendidas e utilizadas no sentido de garantir direitos através de um processo de resultados, como atendimento ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

10. Na busca a efetividade da prestação jurisdicional, há que se atentar para o bem da vida garantido pelo direito, os deveres envolvidos, e a técnica processual hábil a prestá-lo.

11. A ação mandamental é técnica que habilita o recurso a meios de coerção para a efetivação de determinados provimentos jurisdicionais, não se restringindo a aplicação da multa, sendo esta sua nota essencial.

12. A ação mandamental destina-se a tutela de direitos que necessitem de modificação empírica, por meio de medidas de coerção, sem a necessidade de ação executiva, ou processo dessa natureza.

13. A técnica mandamental implica no uso de meios de coerção indireta da vontade do demandado, adequando-se às obrigações de fazer de

natureza infungível, às obrigações de não-fazer, às obrigações de fazer fungíveis, desde que inadequado ou economicamente inviável o uso da técnica executiva *lato sensu*, e as obrigações de dar coisa certa.

14. A ação executiva *lato sensu* é técnica de prestação da tutela jurisdicional, que objetiva a instrumentalização de pretensões que demandem modificação no mundo dos fatos, através de utilização de medidas subrogatórias atípicas, independente de instauração de processo ou ação executiva.

15. A técnica executiva *lato sensu* possibilita a atuação de meios executórios inominados, independente de instauração de processo de execução, possuindo a sentença executiva *lato sensu* conteúdo próprio, contido no verbo “executar”. É adequada para a tutela de deveres de fazer de natureza fungível e dar coisa certa. Quanto aos deveres de não fazer, a técnica somente poderá ser utilizada no sentido da obtenção do resultado prático equivalente.

Por certo, conforme entendimento norteador do trabalho, não é apenas a alteração do direito positivado passível, por si só, de produzir mudanças na sociedade, no tocante a toda a sorte de mazelas que deságuam no judiciário. A mudança da lei é importante, porém, fundamental é a formação de uma nova mentalidade, de modo que, se extraia da lei, o que melhor pode oferecer, dentro do quadro das expectativas traçadas.

Em outras palavras, não basta a declaração dos direitos, é imperioso que o Poder Judiciário seja dotado de mecanismos capazes de proteger e realizar esses direitos. Já advertiu Mauro Cappelletti que “a titularidade de

direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.”³⁷¹ Da mesma forma, é imprescindível que os operadores do direito procedam, em sua interpretação, uma leitura a partir do conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais de pleno acesso à justiça e a efetividade das decisões judiciais. Desse modo, mais que a função jurisdicional, poderão proporcionar a prestação da efetiva tutela jurisdicional, bem como compreender as novas funções das regras jurídicas processuais, quais sejam, realizar à efetiva proteção do direito material e responder à realidade social.

O diagnóstico da falta de operatividade do sistema processual e sua incapacidade de realização efetiva da tutela dos direitos é uma realidade, que requer bem mais que uma reforma de lei para sua solução. Requer mudanças profundas, em diversos planos da estrutura social, mantendo o foco no destino final do serviço jurisdicional que é a tutela dos direitos previstos, prestada com celeridade e segurança.

As tutelas mandamental e executiva *lato sensu* presentes em nosso ordenamento jurídico através da dicção dos artigos 461, 461 –A, do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, ao determinarem que seja concedida a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, dando ao juiz poderes para determinar as medidas necessárias para tal fim, sintonizam o direito processual com o direito material que se busca, realizando a interdependência necessária entre as disciplinas, ou seja, fornecem instrumentos processuais necessários à obtenção do fim colimado pelo direito material. O processo e os procedimentos, assim como as decisões

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça...**cit. p. 11.

interlocutórias e as sentenças, devem ser vistos como técnicas para a prestação da efetiva tutela jurisdicional do direito material, suas novas necessidades, não podendo ser pensados de forma neutra e à sua distância. Se o processo e o procedimento não forem aptos a outorgar a tutela garantida pela norma substantiva, negarão o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva.

A partir de tais considerações, pode-se concluir acerca do marco teórico sob o qual se desenvolve o trabalho, que se inscreve na corrente doutrinária que toma o direito constitucional como baliza do sistema jurídico, sobretudo o direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional, a ser materializado através do processo.

A partir desse entendimento, foca as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, a partir das técnicas processuais que habilitam, sua eficácia processual e os deveres aos quais se amoldam, de modo a demonstram a aptidão de tais tutelas para proporcionar efetividade às decisões judiciais, ou seja, apresentar resultado concreto através do processo em favor dos jurisdicionados.

Para tanto, insiste-se na necessidade de uma mudança no ângulo de visão, deixando a leitura perspectiva formal e introspectiva do sistema processual, a partir de um ângulo puramente histórico, ou encerrado em um plano exclusivamente dogmático³⁷², e observá-lo a partir de uma perspectiva

³⁷² É nesse sentido que José Roberto dos Santos BEDAQUE, afirma que “A ciência processual tem-se preocupado com a criação de categorias e institutos, cuja elaboração precisa a transformou no ramo do Direito que mais se desenvolveu nos últimos anos. Por outro lado, passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo se encontra muito distante dela.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito...**cit. p. 15.)

aberta aos influxos do pensamento publicista, dos objetivos e resultados alcançados no desempenho de sua função social, de pacificação social e realização material dos direitos e garantias assegurados. Como bem observou Cândido Rangel DINAMARCO: “Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida.”³⁷³

Nesse ângulo de visão, as normas processuais devem ser interpretadas e aplicadas sob a perspectiva do direito material a ser protegido, balizado diretamente pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Percebe-se assim que, a partir dessa premissa metodológica, o direito concedido pela norma substantiva, não se resume à possibilidade de obtenção da decisão judicial favorável, mas, sobretudo, ao direito de dispor de meios executivos idôneos a tornarem útil essa decisão.

As tutelas mandamentais e executivas *lato senso* são dotadas de eficácia processual aptas a tornar efetivo³⁷⁴ o provimento jurisdicional postulado pelo autor, ou seja, habilitam funções técnico-processuais adequadas, técnicas de tutelas hábeis a propiciar o resultado material esperado. Daí sua aptidão para potencializar as decisões judiciais, conforme a proposta do trabalho.

Diz-se que a ação mandamental e a executiva *lato sensu* potencializam a efetividade das decisões judiciais, porquanto são dotadas de mecanismos

³⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 11.

³⁷⁴ Nesse sentido afirma Sérgio Torres TEIXEIRA, que “a sentença mandamental, ao proporcionar a efetivação da ordem judicial contida no julgado antes da “imunização” deste, evidencia a sua natural vocação à plena efetividade, e, ainda, a destaca como instrumento dedicado a proporcionar real acesso à justiça.” (TEIXEIRA, Sérgio Torres. Ob cit. p. 338.)

processuais hábeis, por si só, a levarem à materialização efetiva de seus comandos.

Assim sendo, quando o direito protegido demandar a utilização de um provimento jurisdicional que provoque modificação no mundo físico, e essa modificação possuir como conteúdo substancial ações dependentes da vontade do obrigado – quando se fará necessária a ação mandamental - , ou dever ser instrumentalizado mediante meios de sub-rogação – quando será própria a ação executiva *lato sensu* - ambas as ações possuem eficácia processual suficientes à efetivação da decisão judicial, ou seja, tais ações habilitam, por si só, funções técnico-processuais idôneas à realização material efetiva do comando judicial, promovendo a alteração empírica necessária, para a efetivação do comando concessivo da tutela.

Conforme demonstrado, diversos são os entendimentos com relação à natureza jurídica, conceito, origem das ações trabalhadas. No entanto, todos os entendimentos convergem para um denominador comum, qual seja, a aptidão apresentada por ambas as ações, os instrumentos dos quais são dotadas as ações para a produção dos resultados buscados no mundo fático, portanto, para a efetivação do comando judicial.

Buscar restringir seu âmbito de aplicação, pelas discussões acerca de sua vinculação com a derivação do poder de *imperium*, ou por possuir como elemento característico a possibilidade de coerção pela multa ou pelo crime de desobediência, ou mesmo limitar seu emprego a partir de sua relação histórica para com as pretensões reais, para o trabalho proposto possui uma importância latente, posto que, do marco do qual se parte, o direito fundamental à efetividade das decisões judiciais, importa, sobretudo, observar

sua eficácia processual, ou seja, sua aptidão para produção de resultados concretos.

Importa identificar que ambas as ações habilitam mecanismos, técnicas processuais capazes de materializar o resultado prático efetivo do provimento jurisdicional postulado pelo autor e reconhecido pela decisão judicial. Desta forma, concretizam a efetiva proteção do direito material legalmente previsto.

Assim, conforme dito, insta seja abrandado o rigorismo doutrinário³⁷⁵ e considerado o clamor social pela efetividade do processo, com supedâneo no correlato direito constitucional à efetividade da prestação jurisdicional.

A partir desse ângulo de visão, as normas processuais devem ser lidas a partir da idéia de viabilização da prestação da tutela jurisdicional adequada, de modo a deixar prevalecer às normas que espelham os valores constitucionais. Segundo as palavras de Mauro CAPPELLETTI, evidenciando a dimensão social do processo: “se cogita de uma nova visão do processo, que rompe com a impositação tradicional, pela qual o processualista ou o jurista em geral, concentra a sua atenção sobre o direito como **norma**, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo).”³⁷⁶

O processualista italiano destaca a necessária atenção a ser projetada sobre a visão tridimensional do direito, que concita os juristas a refletirem quanto:

³⁷⁵ Nesse sentido, afirma MARINONI: “*Porém, o que realmente importa, é perceber que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico.*” (grifo no original) E conclui o doutrinador “Isto quer dizer que toda classificação de sentenças é transitória, sendo por isso equivocado imaginar que uma classificação possa se eternizar, como se as classificações devessem obrigar os juristas a ajeitar as novas realidades aos antigos conceitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual...** cit. p. 417.)

³⁷⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas.** In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **O processo civil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 1994. p. 15.

*“a) a **necessidade** ou ao **problema social** que reclama por uma resposta no plano jurídico; b) à avaliação de tal resposta que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar um exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela **resposta normativa**; c) ao **impacto** que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social – ocasião em que estar-ser-á examinando a **eficácia** de tal resposta.”³⁷⁷*

Por tal visão, “o direito não é encarado apenas de ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos **consumidores** do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.”

Para se assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional para os *consumidores* do Direito e da Justiça, há de se atentar para a necessidade de interpretar a lei processual de modo a extrair dela o meio executivo adequado a realizar, dentro da máxima efetividade, o direito material protegido. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e em tempo hábil, compreende também o direito às técnicas executivas adequadas a cada situação jurídico-material concreta, sob pena de violação a própria norma Constitucional.

Parafraseando DINAMARCO, a dignidade e o valor do processo, de suas teorias e técnicas, são dimensionados diretamente pela capacidade que demonstrem de alcançar o fim ao qual se destinam, ou seja, “propiciar a pacificação social, educar para o exercício e respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática.”³⁷⁸

Fazendo nossas as palavras de Mauro CAPPELLETTI, entendemos, e essa a convicção que motivou todo o trabalho, que “A idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o

³⁷⁷ Idem. p. 15-16.

³⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade ...**cit. p. 12.

processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido.”³⁷⁹ Como bem assevera MARINONI, não se pode reduzir “o processo a uma dimensão puramente técnica e sociamente neutra.”³⁸⁰

Enfim, abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos, respondendo ao direito material e à realidade social, através de processos e procedimentos vistos como técnicas para a prestação da tutela jurisdicional, em respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e a própria dignidade humana, é a função a ser assumida pelas regras jurídicas e o novo modo de pensar do processualista, sob pena de se cometer a impropriedade de empregar antigos conceitos para explicar os novos fenômenos jurídico-sociais. Fazê-lo através das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*, e as funções técnico-jurídicas que habilitam, quem sabe seja um bom caminho.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma...** cit. p. 30.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A efetividade...**cit. p. 153.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. **Noções de Filosofia para o Vestibular**, 2ª ed. *Apud* ALVIM, Carreira. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **A terceira onda reformista do Código de Processo Civil**. Leis 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. *In* Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 7. n.40, mar/abr., 2006.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1 e 2. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM. José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____ **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____ **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL. Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO. Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ªed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. trad. Paolo Capitanio. vol. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

BRASILCÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____ **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____ **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil: processo de conhecimento e recursos**. Rio de Janeiro: Vitor Roma, 2004.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil – Enfoque as demandas possessórias**. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 98, abr/jun., 2000.

FIÚZA, César. **Algumas linhas de processo civil romano**. In Direito Processual na História. Coordenador César Fiúza; [colaboração] Allan Helber de Oliveira ... [et al.]. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FRANCO, Fernão Borba. **A Fórmula do Devido Processo Legal**. In. Revista de Processo. nº94, Abril-Junho/1999, Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Copola, 1999.

GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**.vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LOPES. Dimas Ferreira. **Celeridade do Processo como garantia Constitucional. Estudo histórico-comparativo: Constituições brasileira e espanhola**. In Direito Processual na História. Coord. César Fiuza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES, João Batista. *Apud* NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela jurisdicional específica: Mandamental e Executiva *lato sensu***. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. **As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas**. In Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão", 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____ **A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro**. In *Processo Civil: aspectos relevantes*. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006.

_____ **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____ **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____ **Efetividade do processo e tutela antecipatória**. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____ **Tutela específica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____ **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil: princípios fundamentais**. vol. 48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, PONTES DE. **Tratado das ações**. Tomo 1, 5, 6, 7. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. 1ª parte. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 1991.

MURITIBA, Sérgio. **Ação executiva *lato sensu* e ação mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NALINI, José Renato. **Ética e Justiça**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela jurisdicional específica: Mandamental e Executiva *lato sensu***. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Tutela declaratória executiva? *in*** Revista do Advogado. Ano XXVI. n. 85. Maio de 2006.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. vol. 1. processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____ **Manual de Direito Processual Civil**. vol. 1: processo de conhecimento. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ **As reformas de 2005 do código de processo civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES. Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentos do procedimento ordinário**. *In* Processo Civil: aspectos relevantes. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. vol. 2. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOLMI. Contributi alla *storia del diritto comune*, Roma, 1937, p. 5-57, *apud* Ovídio Baptista da SILVA. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superado o ideário liberal-individualista-clássico**. *In* Processo Civil – aspectos relevantes. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2005/2006.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Evolução do modelo processual brasileiro: o novo papel da sentença mandamental diante das últimas etapas da reforma processual**. *In* Processo Civil: aspectos relevantes. São Paulo: Editora Método, 2005/2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/02; Lei 10.358/2001 e Lei 0.352/2001**. Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4^a ed. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)