

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO POSTULADO DA EFETIVIDADE DESDE O PRISMA DAS SENTENÇAS MANDAMENTAIS

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO¹

“¿Te parece posible que subsista sin arruinarse
aquella ciudad en la que las sentencias
pronunciadas nada pueden, sino que son
despojadas de su autoridad y
destruidas por los particulares?”

Sócrates, *apud* Platão, *Critón*. Trad. por Maria Rico Gómez.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 13 (50b).

Resumo: O objeto deste trabalho é fruto do projeto de pesquisa “Garantias Constitucionais do Processo: Uma abordagem dos princípios políticos processuais contidos na Constituição Brasileira”. Ele representa o esforço feito para demonstrar que o postulado político da efetividade albergado pela Constituição Brasileira é melhor realizado no processo civil através das sentenças mandamentais, já que a efetiva realização dos chamados ‘novos direitos’ passa ineludivelmente pela adequada compreensão destas sentenças.

Abstract: The object of this work is fruit of the project of research " Constitutional Guarantees of the Process: A boarding of the principles contained procedural politicians in the Brazilian Constitution ". It represents the made effort to show that the postulate politician of the effectiveness lodged for the Brazilian Constitution better is carried through in the civil action through the mandatory sentences, since the effective accomplishment of the calls ‘new rights’ passes without a doubt for the adjusted understanding of these sentences.

Sumário: 1. Noções gerais; 2. O Postulado da efetividade; 3. As sentenças mandamentais; 3.1. Origem; 3.2. Contribuição da doutrina brasileira; 3.3. Características; 3.4. Diferença das demais espécies de sentenças.

1. Noções gerais

A sociedade brasileira vive um momento peculiar de transformação social. A partir dos anos 90, novos fatores sociais passam a destacar-se na sociedade civil organizada,

¹ Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular da Unisinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa financiado pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC – da Espanha, sobre “La tutela judicial del crédito: aspectos nacionales e internacionales”, referente ao Plano Nacional de Investigação Científica, Desenvolvimento e Inovação Tecnológica 2004-2007, segundo Resolução de 14 de dezembro de 2004, da Secretaria de Estado de Universidades e Investigações, publicada no Boletim Oficial do Estado nº 312, de 28 de dezembro de 2004.

sugerindo, por conseguinte, novas demandas sócio-jurídicas. Neste início de século XXI, deparamo-nos com várias crises nas sociedades de um modo geral e, em especial, na sociedade brasileira; estas crises evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas², bem como a construção de novos modelos, capazes de atenderem a uma demanda cada mais crescente e urgente de prestação de tutela jurisdicional. O acesso à justiça é inevitável e pressupõe um revisionamento nos sistemas jurídicos atuais. É neste contexto que emerge a construção de um direito processual constitucional³ que passa a refletir estas e outras questões, e gera um espaço de reflexão crítica dos problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de realização da justiça⁴, que, além de denunciar os problemas sociais, deverá anunciar possibilidades concretas de acesso à justiça, buscando sempre unir teoria e prática.

Modernamente, os processualistas, preocupados com o fenômeno da efetividade do processo, estão recorrendo ao caminho inverso daquele utilizado pela doutrina processual do início do século, pois enquanto estes perseguiram o afastamento do processo a respeito do direito material, aqueles perseguem uma aproximação entre processo e direito⁵. Esta

² De acordo com a clássica opinião do criador do conceito, TOMAS KUHN, podemos entender paradigma como: “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”, *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 13.

³ Neste particular, convém esclarecer algumas confusões terminológicas acerca dos institutos de Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Em que pese determinado setor da doutrina negar relevância prática a esta distinção - entre os quais, PAULO MEDINA, *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5; - ou simplesmente negar a existência do Direito Constitucional Processual - entre eles, RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Constitucional: precisiones conceptuales*. In: *Derecho Procesal Constitucional*. 4ª ed., México: Porrúa, 2003, t. I, p. 490; MARCELO CATTONI, Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. In: *Rev. Fac. Dir. Univ. Fed. Paraná*, 2001, nº 36, p. 177 a 207 e WILLIS GUERRA FILHO, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed., São Paulo: RCS editora, 2005, Cap. I, p. 7 e 8 - o certo é que o tema apresenta grande importância prática, na medida em que possibilita a criação de um novo ramo do Direito Processual, o Direito Processual Constitucional. Este novo ramo do Direito Processual, mais do que permitir o enlace entre Processo e Constituição, revela uma mudança paradigmática na forma de conceber o próprio Direito Processual que passa a ser visto não mais como um simples instrumento de realização do ordenamento jurídico (concepção objetiva) ou dos interesses em conflito (concepção subjetiva), mas como um Direito Fundamental. Esta nova postura permite aos operadores do direito (re)interpretar os institutos processuais à luz da Constituição.

⁴ Há mais de 50 anos, COUTURE já destacava esta faceta do processo como instrumento de realização da justiça e infelizmente apontava o seu afastamento deste desiderato, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1988, nº 93, p. 149.

⁵ Esta aproximação entre direito e processo traz como consequência, inclusive, uma nova interpretação do *direito de ação* que hoje se encontra plasmado nas mais diversas constituições, entre elas, a Constituição espanhola, no art. 24.1; a Constituição italiana, no art. 24.1; e a Constituição brasileira, no inc. XXXV, do art. 5º. De acordo com a acertada opinião de RAPISARDA, modernamente: “Non basta, in proposito, richiamare l’attenzione sul fatto che la garanzia dell’azione atipica si trova oggi esplicitamente affermata nell’art. 24, I comma, Cost. È necessario aggiungere che l’idea dell’azione come entità astratta dal diritto sostanziale

aproximação se deve, basicamente, a dois fatores: de um lado, o florescimento de novos direitos, nascidos, como é sabido, a partir da revolução tecnológica, onde a economia se expande progressivamente através de “prestações de fato, e traz consigo, em consequência, o crescimento das atividades econômicas de “prestações de serviços”, que incrementam, sobremaneira, o número de prestações pessoais ou não fungíveis⁶; e de outro lado, a origem do Estado Democrático de Direito⁷, ou Welfare State⁸, que cria uma nova ordem de pensamento e concebe o acesso à justiça a partir da perspectiva dos justiciáveis⁹, ou seja, esta nova ordem de pensamento está comprometida com um processo de resultados, onde os consumidores do direito buscam instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões judiciais, seja no âmbito repressivo ou preventivo.

Esta é a razão pela qual o estudo da garantia constitucional do postulado da efetividade será realizado a partir da sentença mandamental que, atualmente, é um dos meios mais eficazes na realização concreta do direito.

Este estudo nos conduzirá, necessariamente, a um redimensionamento da função jurisdicional, na medida em que essa função é avaliada não a partir dos mecanismos processuais abstratamente considerados nas leis infraconstitucionais, mas

funziona come garanzia di tipicità della tutela ‘solo’ in relazione ad una logica dei rapporti tra diritto sostanziale e processo che costruisce le tecniche di tutela come mere proiezioni processuali della struttura del diritto tutelando”, *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, cap. VI, n° 2, p. 218.

⁶ Neste particular, consultar os valiosos estudos de CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1987, n° 3, p. 24 e RAPISARDA, *op. cit.*, n° 14, p. 75 e ss.

⁷ Para um estudo mais detalhado do Estado Democrático de Direito, consultar REIS NOVAES, Jorge. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, especialmente os cap. II e VI; BIDART CAMPOS, German José. *Doctrina del Estado Democrático*. Buenos Aires: EJE, 1961, especialmente os cap. I e IV; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, parte IV, especialmente os cap. I a III; *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, especialmente os cap. I, II e IV; STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente os cap. I a IV, entre tantos outros autores.

⁸ Muitos autores não diferenciam Estado Democrático de Direito de Estado Social Democrático de Direito, mais conhecido como *Welfare State*. Para consultar as diversas opiniões a respeito, ver meu “Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 199, nota 47.

⁹ Sobre o tema, consultar obrigatoriamente CAPPELLETTI, Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1982, p. 243 e ss. Ver também, do mesmo autor, ‘Il processo civile come fenomeno sociale di massa’. In: *Studi in Memoria di Roberto Bracco*. Padova: Cedam, 1976, p. 73 e ss; e Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *Revista de Processo*, n° 65, p. 130 e ss. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar a proposta defendida por MARINONI, segundo a qual: “As tutelas, assim, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores dos serviços jurisdicionais”, *A antecipação da tutela*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, n° 3.3.11, p. 111.

fundamentalmente a partir do grau de satisfação real que esses mecanismos produzem aos consumidores da justiça que tem ao seu alcance a Constituição Federal.

2. O Postulado da efetividade

No atual estágio da nossa civilização o processo é considerado uma das maiores conquistas da humanidade, na medida em que a própria Constituição Federal assegura dentro de suas garantias fundamentais o sobreprincípio¹⁰ segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por esta razão, o processo passa a ser entendido como elemento indispensável para o exercício da liberdade ou a manutenção dos bens em sociedade, pois sem ele nossa liberdade e/ou nossos bens estariam seriamente comprometidos, na medida em que poderiam ser retirados sem a necessária observância de um procedimento legal.

Atualmente, por força da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004, a efetividade encontra-se positivada no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Reza o citado inciso que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não obstante a atual previsão constitucional da ‘razoável duração do processo’, já era permitido sustentar, com anterioridade, esta possibilidade, através do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que possibilita a parte em seu benefício à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário, através do art. 8.1 que prevê o direito da parte ser ouvida dentro de um prazo razoável¹¹.

¹⁰ De acordo com nosso entendimento, anteriormente defendido (‘O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo’. In: *Anuário do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, São Leopoldo, 2003, especialmente p. 84 a 86), a palavra sobreprincípio indica que a garantia constitucional do *due process of law* se sobrepõe aos demais princípios processuais constitucionais condicionando-os, sempre que possível, em sua interpretação no tempo e no espaço. Nesta ordem de idéias HUMBERTO ÁVILA, para quem os sobreprincípios “funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição de sentido às normas hierarquicamente inferiores”, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, nº 3.1, p. 80.

¹¹ Dispõe o art. 8.1 desta Convenção que: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Esta possibilidade já foi por mim defendida quando escrevi “A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do *Due Process of Law*”. In: *Revista de Jurisprudência Brasileira*, nº 173, p. 31 e 32; também publicada na *Revista Ajuris*, nº 60, p. 273 e 274. Sobre o tema, consultar, CRUZ E

Em se tratando de um tópico sobre efetividade, e não um estudo sobre a mesma, que comporta, pela sua amplitude, diversas formas de abordagem, limitar-nos-emos aqui simplesmente a sua natureza jurídica.

A efetividade se nos apresenta como um princípio, sobreprincípio ou postulado?. Para que a pergunta possa ser corretamente respondida é fundamental destacar a importância da efetividade dentro dos pressupostos constitucionais do Estado Democrático de Direito. De acordo com nosso entendimento, ela, a efetividade, compõe um dos elementos integrantes desta concepção de Estado, na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), pois de acordo com RUI BARBOSA a justiça prestada de forma tardia equivale à injustiça qualificada.

Neste diapasão, podemos seguramente afirmar que existe o dever constitucional de promover a efetividade do direito quer em nível da função judicial, administrativa ou mesmo legislativa, em todas as esferas de poder: federal, estadual e municipal. Para o legislador, este dever lhe é imposto quando

“al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela, y ello aun al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos (...)”¹²

Também a função executiva deve promover a efetividade através da garantia dos meios estruturais adequados para que a justiça possa ser eficaz, evitando, com isso, que suas carências possam repercutir nos consumidores do direito. A efetividade também está presente na administração pública, tanto direta quanto indireta, através do art. 37 da Constituição Federal que lhe determina obediência ao princípio da *eficiência*, entre outros.

O Poder Judiciário também se encontra submetido ao inarredável dever de propagandear a efetividade dos interesses que lhe são submetidos à apreciação. Este dever constitucional dos juízes de velar pela efetividade da tutela judicial não se limita somente ao aspecto processual – como a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar -, mas também ao aspecto material, uma vez que exige dos juízes a obediência aos parâmetros de uma interpretação razoável do ordenamento jurídico¹³.

TUCCI, *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo: RT, 1993, p. 99 a 126

¹² CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 280.

¹³ Neste sentido, CHAMORRO BERNAL, *op. cit.*, p. 281.

Identificada a real importância da efetividade na construção do Estado Democrático de Direito e sua extensão nas diversas áreas de poder, podemos concluir que pelo seu valor a efetividade se nos apresenta como *postulado*, pois de acordo com a opinião de HUMBERTO ÁVILA, os postulados normativos “são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”¹⁴.

3. As sentenças mandamentais

Sempre que empreendemos o árduo caminho da classificação de um instituto, as proféticas palavras de CARNELUTTI se nos assomam a memória, pois, de acordo com o prestigiado autor, “Conviene que los teóricos del Derecho se den cuenta de la función y de la importancia de la clasificación e igualmente comprendan cómo y por qué si la observación no va seguida de la clasificación, no sirve para nada. La clasificación debe hacerse según reglas que ellos mismos deben tratar de descubrir”¹⁵.

O tema relacionado à classificação das tutelas demanda algumas precisões conceituais, entre as quais cabe destacar aquela segundo a qual podemos classificar tanto pretensões processuais¹⁶ como sentenças, pois, de acordo com o art. 128, do CPC¹⁷, o juiz somente está legitimado a julgar o litígio dentro dos limites impostos pelas partes, sendo-lhe vedado ditar decisões *ultra, citra ou extra petita*, é o chamado princípio da

¹⁴ *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, op. cit., p. 120.

¹⁵ *Metodología del derecho*. Trad. por Angel Osorio. 2ª ed., México: UTEHA, 1962, p. 52.

¹⁶ De acordo com nosso entendimento, a classificação das tutelas que toma por base as diversas espécies de pretensão processual é a que melhor contribui, desde uma perspectiva metodológica, para a real compreensão da efetividade da tutela jurisdicional, já que esta é reflexo jurídico da ação material e representa um ato concreto e particular de declaração de vontade, além de manter em funcionamento o processo. Não é possível efetuar uma classificação partindo da ação processual devido ao seu caráter abstrato e universal: se a ação processual tem como característica o fato de ser abstrata e universal, estas qualidades por si só afastam qualquer intento de classificação, já que para classificar qualquer objeto se exige obrigatoriamente elementos concretos capazes de individualizá-lo dos demais, como ocorre, e. g., com a pretensão processual. Em consequência, a ser a pretensão processual um ato concreto e particular de declaração de vontade, permite, de maneira adequada, uma classificação a partir dos diversos tipos de declarações petitorias. Por isto esta classificação, que parte da pretensão processual como reflexo jurídico da ação material, é a única capaz de realizar adequadamente as garantias constitucionais asseguradas pelo art. 5º Constituição Federal, na medida em que se percebe a “*insufficienza del concetto meramente processuale dell’azione a realizzare la garanzia dell’art. 24, 1º comma*”, nas palavras de DENTI, quando se refere também às garantias do art. 24 da Constituição Italiana (Valori costituzionali e cultura processuale. In: *Sistemi e Riforme: Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Mulino, 1999, p. 62). Desde esta perspectiva, pois, a classificação que toma por base a pretensão processual, contribui ineludivelmente à desejada efetividade da tutela jurisdicional. Para aprofundar melhor no estudo da classificação que leva em consideração às pretensões processuais, consultar o que escrevi em *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, nº 9.5.1, p. 158 e ss.

¹⁷ No direito espanhol, o princípio da congruência encontra-se findado no art. 218 da nova LEC. Sobre o tema consultar PICÓ, Los principios del nuevo proceso civil. In: *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Barcelona: Difusión Jurídica, t. I, p. 27 e ss; e MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, especialmente cap. X, p. 89 a 94.

congruência¹⁸. Por isto, é correto aludir tanto a classificação de pretensões como de sentenças, tudo depende do ponto de vista desde o qual se analise o processo: se desde a ótica inicial, estaremos classificando as pretensões processuais, e se o é desde a ótica final, estaremos classificando as sentenças de procedência¹⁹.

3.1. Origem

As pretensões mandamentais provêm diretamente dos interditos romanos²⁰, uma vez que nestes, segundo destaca GANDOLFI, “l’ordeni del pretore era fondato, come vedremo, sull’imperium”, quale potere di coercizione, e mirava ad assicurare in modo energico,

¹⁸ Sobre o tema, consultar meu *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 22 a 28.

¹⁹ É evidente que a classificação que toma por base a sentença refere-se unicamente àquelas que são procedentes, pois a improcedência de qualquer pretensão processual é classificada como sendo declarativa negativa, devido ao caráter da subsunção.

²⁰ Orienta-se neste sentido OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, v. II, pág. 334. Os interditos, segundo JUSTINIANO, eram “unas fórmulas y concepciones de palabras, por las cuales el pretor mandaba ó prohibía que se hiciese alguna cosa. Se empleaban con más frecuencia en las contiendas acerca de la posesión ó de la cuasi-posesión”, *Instituciones*. Trad. por Ismael Calvo y Madroño. Madrid: Góngora, 1915, IV, 15, p. 292. De igual modo, GAYO, ao dizer que: “En determinados casos el pretor o el procónsul imponen su autoridad para poner fin a la controversia, principalmente cuando la controversia es sobre la posesión o la cuasi-posesión, concretándose a mandar o prohibir que se haga algo. Las fórmulas y redacciones que emplean para ello se llaman interdictos <o, para ser más exactos, interdictos y> decretos”, *Instituciones*. Trad. por Alvaro D’Ors e Pérez-Peix. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1943, IV, 139, p. 210. Para BONFANTE: “Scopo essenziale dell’interdetto è mantenere lo stato di possesso come è attualmente costituito, impedire la turbativa futura, impetrandone anzi dal pretore il divieto, il ‘vim fieri veto’”, *Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1972, v. III, p. 431. A este respeito, afirma acertadamente ALBERTARIO, que: “La procedura civile romana separava nettamente ‘actiones’ e ‘interdicta’”, ‘Actiones’ e ‘interdicta’. In: *Studi di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1946, v. IV, p. 117, porém com o tempo os dois institutos acabaram confundindo-se. De acordo com a opinião do autor, esta confusão foi provocada pelos textos das ‘Pandette’ e do ‘Codice giustiniano’ (*Instituciones*, IV, 15, 8) que “sono testi – come abbiamo cercato di dimostrare – interpolati per adattarli alla nuova realtà giuridica, nella quale l’interdetto non è più quell’istituto che nell’età classica era, ma si è trasformato, nella nuova procedura postclassica giustiniana, in una azione. (...) Ma la identificazione, che questi testi fanno di ‘interdictum’ con ‘actio’, è pur certamente dovuta non al giureconsulto classico, che non poteva farla se non incorrendo in un grossollano errore, ma a una mano postclassica, cioè a una tarda glossa o a un tardo rimaneggiamento del testo classico”, ‘Actiones’ e ‘interdicta’, op. cit., p. 157. Corroborando estas interpolações nos textos pseudo-clássicos encontramos SCHULZ, *Derecho romano clásico*. Trad. por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, nº 113, p. 60; e COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l’œuvre de justinien*, Paris: s/edit., 1947, p. 483 e ss. Daí conclui ALBERTARIO que “Se i giureconsulti dicevano che si poteva ‘agere interdicto’, non per questo gli ‘interdicta’ erano anche ‘actiones’”, ‘Actiones’ e ‘interdicta’, op. cit., p. 163. Esta idéia é repetida pelo autor em ‘In tema di classificazione delle azioni. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, nº 1, p. 200. No mesmo sentido, diferenciando as ações dos interditos, BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, nº 5, p. 14 a 16; GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1955, cap. III, nº 2, p. 36, e também em *Lezioni sugli interdetti*. Milano: La Goliardica, 1960, cap. II, nº 5, p. 67 e ss; e BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*. Roma: L’Erma’ di Bretschneider, 1971, v. I, p. 422. Para aprofundar melhor no estudo da proteção possessória através dos interditos no direito romano, ver por todos, MALAFOSSE, *L’interdit momentariae possessionis: contribution a l’histoire de la protection possessoire en droit romain* Roma: L’Erma’ di Bretschneider, 1967, p. 29 e ss.

autoritativo e sollecito l'ordine giuridico"²¹. Nesta espécie de tutela jurisdicional, o *praetor* ordenava geralmente ao demandado um determinado comportamento que poderia consistir em uma proibição (*interdictum prohibitorium*), ou restituição (*interdictum restitutorium*)²², e jamais o condenava, posto que esta função, no período formulário, correspondia sucessivamente ao *iudex* privado²³. Esta origem dos interditos romanos trazem consigo algumas conseqüências que também caracterizam as sentenças mandamentais, como por

²¹ *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, op. cit., cap. IV, nº 3, p. 98. Para BETTI, "l'imperium, questo potere che ha il proprio fondamento non in una legge ma nella magistratura come tale, è un residuo della costituzione regia nella costituzione repubblicana", *Istituzioni di diritto romano*. Padova: Cedam, 1947, v. I, §11, p. 21.

²² La división de los interdictos en *prohibitoria*, *restitutoria* y *exhibitoria* está en JUSTINIANO, *Instituciones*, IV, 15, 1, op. cit., p. 292.

²³ Esta segunda parte do processo, denominada *apud iudicem*, correspondia ao *iudex*, que, de acordo com a opinião de MURGA, "no es más que un ciudadano cualificado que asume la solución concreta del asunto litigioso emitiendo su opinión o 'iudicium'", *Derecho romano clásico - II. El proceso*. 3ª ed., Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1989, p. 139. Daí que no direito romano antigo, a atividade do *praetor* (procedimento *in iure*) se diferenciava da atividade do *iudex* (procedimento *apud iudicem*), pois, enquanto o primeiro detinha o *imperium*, e era o responsável em redigir o documento conhecido como *formula*, em virtude da *litis contestatio*, o segundo detinha somente a *iurisdictio* (*ius dicere*), com seus poderes limitados pela *litis contestatio*. A atividade sucessiva do juiz com respeito a atividade do pretor nos é descrita por GAYO, quando o mesmo se refere ao procedimento dos interditos "Pero el acto no se termina con el mandato o la prohibición de hacer algo, sino que el asunto pasa al juez o a los recuperadores y allí se presentan las fórmulas y se indaga si se hizo algo contra el edicto del pretor o no se hizo lo que éste mandó que se hiciera. (...)". *Instituciones*, op. cit., IV, 141, p. 210. Para analisar melhor a estrutura da magistratura romana e suas características, ver ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*. Napoli: Jovene, 1950, cap. V, § 2º, p. 96 e ss.

A este respeito, é conveniente desenvolver, mesmo que perfunctoriamente, a distinção existente entre as funções do pretor e as funções do juiz, isto é, a complexa questão de distinguir *imperium* de *iurisdictio*. De acordo com a opinião de VOCI, "sono di 'imperium' gli atti pretori che immediatamente impongono un ordine o creano una situazione giuridica diversa dal processo (da questi atti solo mediatamente ed eventualmente potrà sorgere un rapporto processuale); sono di 'iurisdictio' gli atti pretori che attengono al sorgere e allo svolgersi di un rapporto processuale, per la cui costituzione i privati si sono rivolti al magistrato. Qui risalta che 'imperium' vale como potere di ordinanza; per contro, 'ius dicere' non può essere inteso come esprimere, riconoscere o formulare un precetto di diritto oggettivo", Per la definizioni dell'imperium. In: *Studi in Memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, 1953, v. II, p. 98. Daí que para o autor se pode dizer que são " 'praetores' i magistrati 'cum imperio' ", *Per la definizioni dell'imperium*, op. cit., p. 84. De igual modo LAURIA, para quem a explicação do porque do nome *iurisdictio* é suficiente para esclarecer as dúvidas, uma vez que "il magistrato pronunziava dei 'verba legitima' (la sua funzione si esauriva in questa pronunzia), cioè 'dicebat ius'. Se questo era il significato originario della parola, si spiega agevolmente come mai all'esplicazione della 'iurisdictio' non fosse necessario adoperare potere di comando, e come restassero esclusi da essa tutti quegli atti nei quali non si usavano formole solenni; e si spiega anche perchè la 'iurisdictio' non ricevette mai attributi che la specificassero: 'ius dicere' indicava la forma con la quale quella funzione si esplicava, non il contenuto della funzione", *Iurisdictio*. In: *Studi in Onore di Pietro Bonfante*. Milano: Fratelli Treves, v. II, p. 529; e GROSSO, ao dizer que "l' 'imperium' spettava ai consoli, detti in antico 'praetores', ed al 'praetor (...)' " *Lezioni di storia del diritto romano*. 3ª ed., Torino: Giappichelli, 1955, nº 85, p. 163, enquanto "agli altri magistrati non muniti di 'imperium' (censori, edili, magistrati aventi la 'iurisdictio') (...)", *Lezioni di storia del diritto romano*. op. cit., nº 91, p. 174. Para aprofundar melhor no tormentoso problema da *iurisdictio* e de sua relação com o *imperium*, ver também LUZZATTO, *Procedura civile romana*. Bologna: U.P.E.B, 1948, v. II, p. 163 e ss; GIOFFREDI, *Contributi*

exemplo, o *imperium*²⁴, a realização forçosa da ordem *manu militari*²⁵, e a *causae cognitio* ou cognição sumária²⁶, que define esta pretensão como um processo sumário²⁷.

A sentença mandamental foi descoberta por GEORG KUTTNER, em 1914, através de sua obra *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* (Efeitos da sentença fora do processo civil)²⁸. O autor criou esta outra forma de tutela a partir da análise das eficácias contidas na sentença, já que a classificação por gênero e espécies era insuficiente para explicar aquelas eficácias existentes em algumas sentenças que não se identificavam com a eficácia meramente declarativa, nem com a constitutiva, e tampouco com a condenatória.

allo studio del processo civile romano. Milano: Giuffrè, 1947, p. 9 e ss; e MURGA, *Derecho romano clásico - II. El proceso*, op. cit., p. 36 e ss. Sobre os poderes do magistrado no direito grego a través da análise da constituição de Atenas, ver por todos, ENRICO PAOLI, *Les pouvoirs du magistrat de police dans le droit attique*, en *Altri Studi di Diritto Greco e Romano*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1976, p. 221 e ss.

²⁴ Sobre este particular, consultar por todos, VOCI, *Per la definizioni dell'imperium*. In: *Studi in Memoria di Emilio Albertario*, op. cit., p. 67 e ss.

²⁵ Apesar das diversas formas de execução dos interditos romanos, podemos afirmar, seguindo a GANDOLFI, que “il processo interdittale si concludeva con un ordine rivolto ad una parte privata; traeva fondamento dall'*imperium* del magistrato al quale il cittadino non può sottrarsi; mirava a garantire, sia pure attraverso la tutela di interessi privati, l'ordine sociale e l'ottemperanza a provvedimenti della pubblica autorità (*'bonorum possessio'*, *'missio in possessionem'*, concessioni pubbliche di uso, vendite all'asta pubblica ecc)”, *Lezioni sugli interdetti*, op. cit., cap. III, nº 4, p. 124. Por isto, quando o autor analisa o conteúdo do texto de *Iulianus*, 48 dig., D.43,8,7, afirma que: “La menzione delle rovine fa supporre che la pronuncia venisse eseguita *'manu militari'* (*'cogendus demolire'*), se il destinatario non vi ottemperasse spontaneamente. Lo stesso significato sembra abbia il *'tollere debet'*: e tanto più in quanto messo in relazione all'*imperium del pretore*”, *Lezioni sugli interdetti*, op. cit., cap. III, nº 4, p. 124 e 125.

²⁶ Orienta-se neste sentido, BISCARDI, quando disse: “La costante necessità di un sia pur sommario esame di merito da parte del magistrato adito dal ricorrente risulta implicitamente dalla possibilità, fatta al primo, di *'reddere'* o *'denegare interdictum'*”, *La protezione interdittale nel processo romano*, op. cit., nº 10, p. 36. De igual modo, MURGA, para quem: “Esa es sin duda la característica más excepcional de estos actos donde tras la breve *'cognitio'* del asunto – de ahí el calificativo de procedimiento cognitorio que reciben estos actos –, el magistrado por sí mismo concede o deniega el medio procesal que se le pide”, *Derecho romano clásico - II. El proceso*, op. cit., p. 357.

²⁷ A característica do procedimento *ex interdicto* como uma forma de processo sumário levou BISCARDI a afirmar que: “Il carattere sommario del procedimento interdittale e la condizionalità della pronuncia favorevole al ricorrente (*'interdictum'*) suggerirebbero dei facili riaccostamenti col procedimento monitorio o ingiuntivo delle legislazioni moderne”, *La protezione interdittale nel processo romano*, op. cit., nº 11, p. 63, nota 5.

²⁸ Neste sentido, GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*. Trad. por Leonardo Prieto-Castro. Barcelona: Labor, 1936, §15, p. 113; PRIETO-CASTRO, *Acciones sentencias constitutivas*. In: *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 140, nota 23; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1976, t. IV, §1º, p. 9; BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. In: *Revista de Processo*, nº 97, p. 252; OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 359; e CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*, In: *Revista Ajuris*, nº 43, p. 73.

Por isto, para KUTTNER, as sentenças mandamentais (*Anordnungsurteile*)²⁹ devem ser entendidas como

“as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora”³⁰.

A partir deste conceito, podemos identificar quais são as características essenciais das *Anordnungsurteile* para o autor: **a)** não produzem coisa julgada; **b)** dirigem-se até outro órgão público alheio ao processo; **c)** necessitam uma ulterior solicitude da parte interessada.

Apesar da rigorosa análise levada a cabo pelo processualista alemão, sua doutrina teve escasso êxito, conseguindo somente a adesão de GOLDSCHMIDT, para quem, “*la acción de mandamiento se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado. Por mérito de la sentencia judicial*”³¹. Esta nova forma de tutela jurisdiccional influenciou sobremaneira na doutrina do autor, até o extremo de sustentar, surpreendentemente, que as sentenças mandamentais são o gênero, e as sentenças condenatórias, simples espécies³². Desgraçadamente, seu estudo não foi mais adiante destas observações, pelo que o mesmo destacou: “*Esta cuarta clase de acción, así calificada por KUTTNER, está aún pendiente de investigación científica*”³³.

²⁹ De acordo com a opinião de BARBOSA MOREIRA: “A dicção empregada pelo processualista alemão fora ‘Anordnungsurteil’; uma das acepções de ‘Anordnung’ é ‘ordem’, no sentido de determinação dirigida a alguém”, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, op. cit., p. 252. Nesta ordem de idéias, PRIETO-CASTRO, quando disse: “El nombre, acción de mandamiento, fue introducido por nosotros en la trad. de Goldschmidt (pág. 113) como correspondiente a ‘Anordnungsklagen und, Urteile’, denominación creada, como asimismo el tipo, por Kuttner, (...)”, *Acciones y sentencias constitutivas*, op. cit., p. 140, nota 23. Também utiliza a denominação de *ação mandamental*, GUASP, *La pretensión procesal*. Madrid: Cívitas, 1996, p. 80, nota 80.

³⁰ Tradução direta do alemão por BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, op. cit., p. 253. No mesmo sentido é a tradução realizada por CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*, op. cit., p. 73.

³¹ *Derecho procesal civil*, op. cit., §15, p. 113.

³² A explicação do autor reside no fato de que “*la acción de condena es ya una acción de mandamiento, puesto que en cuanto título ejecutivo contiene en sí también un mandato dirigido al órgano de ejecución, para que lleve ésta a efecto (cfs. también la acción derivada del § 731). Pero esta circunstancia se explica sólo por el hecho de que la <condena> del proceso moderno ha sobrepasado los efectos privados de la <condemnatio> del proceso romano, bajo el influjo de las concepciones jurídicas alemanas. Aun cuando no en la medida del Derecho procesal francés o del angloamericano, el Derecho procesal alemán conoce, además, otras acciones de mandamiento*”, *Derecho procesal civil*, op. cit., §15, p. 113.

³³ *Derecho procesal civil*, op. cit., §15, p. 113.

3.2. Contribuição da doutrina brasileira

Modernamente, as sentenças mandamentais têm ressurgido com o vigoroso estímulo subministrado por parte da doutrina brasileira³⁴, principalmente através das obras de PONTES DE MIRANDA³⁵ e OVÍDIO B. DA SILVA³⁶. Pode-se afirmar, com toda a segurança, que atualmente as sentenças mandamentais têm-se desenvolvido fora dos estreitos limites impostos por Kuttner, uma vez que não se dirigem exclusivamente a outros órgão públicos alheios ao processo³⁷, nem tampouco necessitam uma nova solicitação da parte interessada, permanecendo, em alguns casos, a inexistência da coisa julgada³⁸, que

³⁴ Esta nova modalidade de sentença encontra grande respaldo na doutrina nacional, entre os quais cabe citar PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §25, p. 122; §27, p. 134 e 135; §37, p. 211; OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 333 e ss; e também em *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 2ª ed., nº 11, p. 84 e ss, e p. 164; BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, op. cit., nº 97, p. 264; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. In: *Revista Ajuris*, nº 65, p. 26, também publicado em *Revista Forense*, v. 333, p. 11; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 32.1 e 32.3, p. 40 e 41; MARINONI, *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 351; e também em *A antecipação da tutela*, op. cit., nº 2.4.4, p. 49 e ss; KAZUO WATANABE, *Código brasileiro de defesa do consumidor. (Comentado pelos autores do anteprojeto)*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1991, p. 520 e ss; e também em ‘Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC)’. In: *Revista Ajuris*, nº 66, p. 164 e ss; BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998, cap. V, nº 2, p. 99 e ss; ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 13; CARREIRA ALVIM, *Tutela antecipada na reforma processual*. Curitiba: Juruá, 2000, 2ª ed., cap. XIII, nº 1, p. 179; BOMFIM MARINS, *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 2000, nº 42, p. 112 e ss; ou EDUARDO LAMY, *Prisão penal e coerção processual civil*. In: *Revista Gênesis*, 2001, nº 19, p. 81.

³⁵ O prestigiado autor realiza um profundo estudo das sentenças mandamentais principalmente em seu conhecido *Tratado da Ações*, op. cit., tanto no tomo I, com exposições gerais (ver especialmente §25, p. 122; §27, p. 133 e 134; §28, p. 139; §37, p. 211; §39, p. 215 e ss; e §46, p. 279, 283 e 284), como no tomo IV, que está todo dedicado ao exame do tema.

³⁶ O professor gaúcho realiza um estudo pormenorizado das sentenças mandamentais através de sua inovadora *Teoria da Ação Mandamental*, contida no *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 333 a 431. Anteriormente, o autor já havia dedicado um estudo específico sobre o tema intitulado *Sentença mandamental*. In: *Sentença e Coisa Julgada*. 3ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 35 a 89, onde individualizava esta nova modalidade e traçava caminhos ainda não tão nítidos.

³⁷ De igual modo, PONTES DE MIRANDA, para quem: “O mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica”, *Tratado das ações*, op. cit., t. VI, §1º, p. 9. No mesmo sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, op. cit., p. 26; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*, op. cit., nº 32.1, p. 40; e principalmente OVÍDIO B. DA SILVA, que dedica a este ponto toda a parte final de seu *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 419 a 431.

³⁸ Sobre o assunto, OVÍDIO B. DA SILVA esclarece que “nem todas as sentenças mandamentais estão privadas de coisa julgada. O mandado de segurança, por exemplo, em geral, produz coisa julgada, ao passo que a sentença proferida em processo cautelar não a produz, sendo ambas mandamentais”, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 360.

estaria justificada em razão de sua própria natureza, herdada dos interditos romanos, como anteriormente analisamos.

A doutrina desenvolvida por PONTES DE MIRANDA tem seu ponto de partida na constatação segundo a qual, não existindo sentenças *puras*, o único critério legítimo para classificá-las reside na eficácia preponderante entre todas as demais eficácias contidas na sentença³⁹. A partir de então, o autor procura conceituar sentença mandamental, distinguindo-la de outras formas de tutela, com o fundamento segundo o qual:

Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só declare (pensamento puro, enunciado de existência) nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandato’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ‘ato’ do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz ‘como juiz’, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a ‘solução’ final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, ‘forçando’⁴⁰.

Com base no exposto, podemos afirmar que as sentenças mandamentais são exclusivamente aquelas em que prepondera, como eficácia imediata, o *mandado*, a *ordem*, que devem ser atendidos imediatamente⁴¹ (em contraposição a outras situações em que o mandado ou a ordem devem ser atendidos em um momento posterior, como resultado mediato da sentença⁴²).

Outro autor que merece ser destacado por suas valiosas contribuições nesta matéria é OVÍDIO B. DA SILVA, que, partindo dos estudos realizados por Pontes de Miranda, afirma:

³⁹ Sobre a diferença existente entre efeitos, conteúdo e eficácia de uma sentença, consultar o que escrevi em meu livro *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., nº 9.5.3, p. 171 e ss.

⁴⁰ *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §37, p. 211.

⁴¹ De acordo com a opinião do autor: “Na sentença mandamental, o ‘ato’ do juiz é junto, ‘imediatamente’, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito ‘mediato’. Não é ‘mediato’, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é ‘incluso’, como o ato do juiz na sentença constitutiva”, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §37, p. 211.

⁴² Para PONTES DE MIRANDA, “A mandamentalidade como eficácia mediata é só no futuro. (...) Há sempre mandado, que se pede ‘depois’. Quando o juiz sentencia não manda: a eficácia é da sentença, mas para que se exerça depois a pretensão mandamental”, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §27, p. 134. Com isto o autor quer dizer que: “o ‘conteúdo’ da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação (sem razão, JAMES GOLDSCHMIDT). A sentença de condenação pode conter, também, mandamento ao que executar a sentença, mas isso é outra questão”, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §46, p. 283.

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. 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. Neste tipo de sentença, o juiz ‘ordena’ e não simplesmente ‘condena’. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento”⁴³.

O autor, depois de analisar extensa e minuciosamente desde a origem das sentenças mandamentais até sua configuração moderna, passando pela análise do desenvolvimento da jurisdição de urgência e dos instrumentos executórios, além da crise do processo liberal, afirma 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. O que se quer, o objeto principal do pedido é, justamente, a obtenção desse ‘mandado’. Pode haver mandados pós-sentenciais, em demandas que não sejam, ‘preponderantemente’, mandamentais, como aconteceria com a ação declaratória de falsidade documental, cuja sentença, além de declarar o falso, decretasse (ordenasse) sua destruição. Neste caso, a eficácia mandamental de menor intensidade não seria suficiente para retirar da demanda seu caráter de ação declaratória⁴⁴.

3.3. Características

A sentença mandamental, como toda sentença processual, está caracterizada por um verbo que a identifica e a distingue de outras sentenças, e que ademais, se encontra no conteúdo da respectiva sentença. O verbo que representa esta pretensão é *ordenar* ou *mandar*. Por isso, através desta pretensão, o autor pede, como eficácia preponderante, que o juiz, por meio da sentença, ordene ou mande ao demandado fazer ou não fazer algo em virtude da ordem.

As características desta pretensão não se resumem unicamente na identificação do mencionado verbo (ordenar ou mandar), como crê a maioria dos autores, senão que

⁴³ *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 334.

⁴⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 352.

também, se encontram em algumas das peculiaridades herdadas dos interditos romanos com certos matizes modernos. Assim, por exemplo:

- a) O verbo *ordenar* ou *mandar*, contido na sentença mandamental, traduz atualmente aquilo que antigamente representava o *imperium* para o interdito, pois, como destaca GANDOLFI: “In ogni modo sta il fatto che l’interdetto è senza alcun dubbio un ordine del pretore ad una parte, di asservare un certo comportamento positivo o negativo, e pronunciato in forza dell’imperium che è per definizione il potere di coercizione”⁴⁵.
- b) As sentenças mandamentais, assim como nos interditos romanos, também apresentam como característica uma *cognitio summaria*⁴⁶, que as inclui na categoria dos processos sumários⁴⁷, uma vez que a cognição realizada pelo magistrado nesta forma de tutela jurisdicional é limitada, tanto no plano *horizontal*, já que a cognição do juiz se reduz em sua extensão, como ocorre, por exemplo, com a cognição da pretensão de manutenção da posse, que por sua natureza se limita unicamente a questões fáticas, relacionadas diretamente com a posse⁴⁸, como no plano *vertical*,

⁴⁵ *Lezioni sugli interdetti*, op. cit., cap. III, nº 4, p. 130 e 131. Para ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “na ações ‘mandamentais’ o juiz, no uso do poder de império inerente à função jurisdicional, ‘expede ordem dirigida a autoridade ou a pessoa particular, (...)’”, *Da antecipação de tutela no processo civil*, op. cit., nº 32.1 p. 40.

⁴⁶ Para aprofundar no estudo da cognição sumária, ver FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953, cap. III, p. 41 e ss; BIONDI, *Cognitio summaria*. In: *Nuovo Digesto Italiano*, Torino: UTET, 1938, t. III, p. 271 e ss; publicado também no *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1959, t. III, p. 436; e PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, nº 254 e ss, p. 307 e ss. Para uma análise detalhada das diversas formas de cognição no processo civil brasileiro, ver por todos, KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, especialmente nº 9 a 13, p. 37 a 50; e nº 19 a 25, p. 83 a 110.

⁴⁷ A este respeito, merece aprovação o exposto por FAIRÉN GUILLÉN, quando disse que: “la forma específica – acelerada por lo regular – de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial”, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, op. cit., cap. IV, nº 3, p. 55.

⁴⁸ No direito brasileiro, está proibida a *exceptio proprietatis* quando o tema da discussão é a posse, salvo se o demandante invoca a propriedade como fundamento da posse. Este é o sentido da jurisprudência do S.T.J: “Não cabe, em sede possessória, a discussão sobre o domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse alegando propriedade ou quando duvidosas ambas as posses alegadas”, 4ª Turma, REsp, nº 5.462, rel. Min. Athos Carneiro; DJU, 7.10.91, p. 6.470. Este é o sentido do art. 933 do CPC, que destaca: “Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”. No direito espanhol a regra é a mesma, conforme atesta a jurisprudência seguindo a qual “El interdicto es siempre, por naturaleza, un proceso posesorio, de lo que deriva como inevitable efecto, que dentro de él, únicamente pueden disputarse cuestiones que tienen relación directa con la posesión, quedando excluidas aquellas cuyo enjuiciamiento implique la entrada por él órgano judicial en dimensiones ajenas”. In: *Ley de enjuiciamiento civil y leyes complementarias*, Madrid: Colex, 1997, art. 1.651, p. 528.

posto que a cognição do juiz se reduz em sua profundidade, como ocorre, v.g., com a cognição cautelar que não permite ao juiz aprofundar a análise da cognição⁴⁹⁻⁵⁰.

Também podemos incluir como característica da sentença mandamental a realização forçosa da ordem *manu militari*, independentemente de um processo de execução *ex intervallo*⁵¹. Esta execução imediata da ordem na mesma relação processual se justifica na necessidade de atender adequadamente, tanto os novos direitos, como a nova forma de pensamento predominante na sociedade que exige um processo de resultados que seja capaz

⁴⁹ De igual modo, entre tantos outros, CALAMANDREI, ao dizer que: “Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la ‘apariencia del derecho’, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria (‘summaria cognitio’). (...) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a ‘un juicio de probabilidades’ y ‘de verosimilitud’”, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, n° 20 e 21, p. 76 e 77. De acordo com a opinião de SERRA DOMÍNGUEZ: “Si las medidas cautelares tienen como presupuesto no tanto el derecho, cuanto la apariencia de derecho, el procedimiento en que se adopten debe ser sumario, entendiendo por sumariedad la limitación del conocimiento judicial a la apreciación de las circunstancias y presupuestos precisos para la adopción de la medida cautelar. (...) La sumariedad no debe empero convertirse en superficialidad, por no afectar tanto a la profundidad del conocimiento cuanto a los límites del objeto conocido, debiendo por tanto el juez estudiar en cada caso concreto la concurrencia de los presupuestos legales que determinan la adopción de la medida cautelar, examen que no puede aplazarse al incidente de oposición o a los recursos”, *Teoría general de las medidas cautelares*. In: *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil* (con Ramos Méndez). Barcelona: Industrias M. Pareja, 1974, cap. I, n° VII, letra ‘a’, p. 80. Para aprofundar o estudo da cognição cautelar entre os diversos autores, ver meu artigo, *Teoria Geral da Ação cautelar inominada*. In: *Tutela de Urgência* (AAVV), Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 172 e ss.

⁵⁰ A técnica utilizada para que a cognição seja sumária, permitindo assim agilizar os processos, consiste em: a) permitir que o juiz conheça todas as questões referentes ao conflito, porém de forma superficial, proibindo-lhe averiguar em profundidade as questões apresentadas; ou b) eliminar do conhecimento do juiz alguma questão pertinente ao conflito, porém permitindo-lhe analisar em toda sua profundidade aquelas questões apresentadas em juízo. A tutela cautelar exemplifica o primeiro caso, na medida em que, permitindo as partes trazer qualquer fato ao processo, não se eliminam questões do conhecimento do juiz, porém se proíbe averiguar em profundidade estas questões; enquanto os processos possessórios exemplificam o segundo caso, na medida em que está proibido às partes trazer ao processo questões que não se relacionam diretamente com a posse, como consequência se está eliminando do conhecimento do juiz questões que poderiam haver sido analisadas, contudo, sobre as questões apresentadas em juízo não há nenhuma limitação para o juiz. Daí que para nós a cognição é sumária tanto na primeira hipótese como na segunda, de acordo com os argumentos apontados. De forma diversa é o entendimento de KAZUO WATANABE, que através de um conceito limitativo afirma que: “‘Cognición sumaria’ é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”, *Da cognição no processo civil*, op. cit., n° 22, p. 95. A postura do professor de São Paulo tem como pressuposto, para identificar a cognição sumária, somente a porção do conflito que está no processo, por isto, o restante do conflito que não foi trazido ao processo não pode limitar o conhecimento do juiz, enquanto para nós o pressuposto para identificar a cognição sumária reside no conflito em toda sua dimensão sociológica, e não somente naquela porção do conflito chegada ao processo. O conhecimento do juiz, sobre o conflito, está limitado, tanto se não pode conhecer alguma questão como se não pode aprofundar sobre as questões. Limitar a cognição sumária às questões chegadas ao processo significa esquecer o verdadeiro significado do conflito em sociedade que necessita ser eliminado em toda sua extensão, para que a paz possa voltar em toda sua plenitude, e não somente de forma parcial, que traria simplesmente uma paz incompleta.

Em definitivo, podemos concluir, seguindo a opinião de FAIRÉN GUILLÉN, que os processos sumários são aqueles que, por necessidade de rapidez, limitam a cognição do juiz “restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios defensa”, *El juicio*

de declarar e realizar o direito em menor tempo possível⁵².

A sentença se chama mandamental, porque entre todas as eficácias possíveis, compreendidas no conteúdo da sentença (eficácia meramente declarativa, quando declara existentes os requisitos para a concessão da ordem; eficácia de condenação, que se encontra na criação, tanto do título executivo de condenação em custas como na criação da via executiva para realizar este título; eficácia de execução, que reside na capacidade da ordem emitida pelo juiz realizar-se imediatamente, sem necessidade de um processo sucessivo e autônomo), a eficácia preponderante ou maior, pretendida pela parte, consiste na *ordem* para que o demandado imediatamente realize o mandado da sentença, sob pena de incorrer em delito de desobediência e/ou em multa pecuniária (*astreinte*). Isto é, a desobediência acarreta uma ameaça direta sobre a pessoa do demandado ou indireta sobre seus bens, caso ele resolva não obedecer imediatamente à ordem contida na sentença. Inclusive pode existir a cumulação das ameaças, diretas e indiretas, com a finalidade de dar maior eficácia ao cumprimento da ordem⁵³.

ordinario y los plenarios rápidos, op. cit., cap. IV, nº 3, p. 55, enquanto os processos plenarios rápidos (que no direito brasileiro denomina-se ‘*procedimento sumário*’), apesar de não limitarem a cognição do juiz, limitam sua própria forma. Como conseqüência, “las pautas de ‘sumariedad’”, na acertada opinião do autor, “son perfectamente diversas en ambos grupos de tipos; no se trata de dos subgrupos yuxtapuestos bajo la denominación común de ‘juicios sumarios’; pues esta ‘sumariedad’, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto que en los sumarios propiamente dichos, tiene carácter material”, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, op. cit., cap. IV, nº 3, p. 55 e 56.

⁵¹ De igual modo, PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §37, p. 211; OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 334 e 348; KAZUO WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC)*, op. cit., p. 169; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, op. cit., p. 26; MARINONI, *Tutela inibitória*, op. cit., p. 351; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*, op. cit., nº 32.1 e 32.3, p. 40 e 41; BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, op. cit., cap. V, nº 2, p. 99; entre outros.

⁵² Para buscar maiores esclarecimentos acerca do tema, consultar o que escrevi em meu livro *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., especialmente nº 9.5.3.2, p. 186 e ss.

⁵³ Este é o sentido do art. 461 do CPC quando prevê que o juiz poderá determinar “(...) providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Isto equivale dizer que o juiz poderá aplicar simultaneamente as duas formas de coação psicológica para assegurar, com maior precisão, o resultado útil do comando sentencial. Assim se expressa também KAZUO WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC)*, op. cit., p. 168.

De acordo com nosso posicionamento, toda sentença é intrínseca e objetivamente coercitiva⁵⁴. Nas sentenças de mandamento existe uma coação atual⁵⁵, uma vez que estas exercem uma pressão física direta sobre a vontade do obrigado de maneira concreta e real, isto é, a coação atual consiste em ordenar ao demandado a realização imediata do direito, ameaçando-lhe fisicamente através da perda da liberdade e/ou através da *astreinte* no sentido de dobrar sua vontade para realizar, voluntariamente, o comando imperativo da sentença que está traduzido na *ordem*. Por isso, a natureza da sentença mandamental se identifica com a natureza das ordens compreendidas, tanto no sistema americano do *Contempt of Court*, como no sistema francês das *astreintes*⁵⁶.

A comprovada eficiência da sentença mandamental para atender de forma adequada e satisfatória aos novos direitos a induzido um setor da doutrina italiana a alterar sua compreensão secular da sentença condenatória para adaptá-la a esta nova realidade⁵⁷. A inadequação da sentença condenatória passa pela crise da *obligatio*, uma vez que esta foi concebida em época muito remota, para atender realidades que hoje já não mais existem. Esta crise alcança diretamente sua proteção processual, também criada naquela época: a *condemnatio*. Daí sustentar CARNELUTTI, já no início do século, a defesa de uma sentença mandamental, pois, para ele,

“l’obbligazione non si salva se non a patto di abbandonare invece il rispetto del diritto reale e di cercare in una severa applicazione delle misure esecutive vere e proprie quella tutela, che il diritto del creditore perde per

⁵⁴ Em tese de Doutorado que foi posteriormente publicada, defendemos que por meio da sentença existe a concreção de uma sanção abstrata através da coação que pode ser atual ou potencial. Estas idéias foram amplamente trabalhadas em meu *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., especialmente n° 3.2, p. 39 e ss, especialmente p. 44 e 45. Para aprofundar no tema relacionado ao estudo das diversas espécies de sanções, ver meu *Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 187 e ss.

⁵⁵ Ver meu *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., p. 46, nota 107.

⁵⁶ Ambos os temas foram amplamente tratados em *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., p. 165 e ss.

⁵⁷ Entre os autores que propugnam pela pena de prisão como meio de coação para que o devedor cumpra uma sentença condenatória que tenha por base uma obrigação de fazer ou não fazer, MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*. Padova: Cedam, 1960, p. 52; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*. In: *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, p. 1161 e ss; FRIGNANI, *L’'injunction' nella 'common law' e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, pág. 592 e 611. Em sentido contrário, CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 177 e ss e também em ‘Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti’. In: *Formalismo e Garanzie: Studi sul Processo Civile*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 50 e MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*. In: *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, n° 8, p. 1355.

l'abbandono delle misure coercitive; e, dove le misure esecutive non servono, in una coraggiosa adozione delle misure penali”⁵⁸.

Como exemplos de sentença mandamental podemos indicar, entre outras: **a)** a pretensão de manutenção de posse⁵⁹; **b)** a pretensão cautelar⁶⁰; **c)** a pretensão de obra nova; **d)** o mandado de segurança que é um dos casos mais típico desta modalidade de sentença.

3.4. Diferença das demais espécies de sentenças

Depois de identificar as características que singularizam a sentença mandamental, podemos afirmar, com toda segurança, que elas não se confundem com as constitutivas, nem com as de condenação, nem tampouco com as de execução.

As sentenças mandamentais não se confundem com as sentenças constitutivas, porque nestas o autor pede ao juiz, como eficácia preponderante, a modificação de um estado jurídico que antes da sentença não existia, enquanto na sentença mandamental o

⁵⁸ Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. In: *Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cedam, 1927, n° 8, p. 248.

⁵⁹ Esta pretensão foi analisada desde a perspectiva da sentença mandamental por OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 413 a 417. No direito espanhol, em que pese a resistência por aceitar uma sentença mandamental, alguns autores apontam, sem se dar conta, as características desta espécie de tutela jurisdicional, entre os quais PRIETO-CASTRO, que afirma “La sentencia del ‘interdicto de retener’, por haber sido ‘inquietado’ o ‘perturbado’ el demandante en la posesión o en la tenencia, o por tener el demandante fundados motivos para creer que lo será, contiene una primera parte propiamente jurisdiccional, civil, que consiste en la ‘orden de que se mantenga’ en la posesión al demandante, (...)” (o sublinhado é nosso), *Derecho procesal civil*, op. cit., n° 296, p. 356.

⁶⁰ A respeito da tutela cautelar, CALAMANDREI afirma acertadamente que: “La misma se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de ‘Contempt of Court’, a salvaguardar el ‘imperium iudicis’, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre”, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, op. cit., n° 46, p. 140.

A tutela cautelar exige sem dúvida uma sentença mandamental baseada em uma ordem coercitiva para poder evitar o aparecimento do dano, e não uma sentença de condenação que está baseada em uma tutela repressiva. A própria natureza da tutela cautelar exige: **a)** uma *cognitio summaria* (vid. *supra*, nota 37); **b)** uma sentença baseada na força do *imperium* para evitar o aparecimento do dano que pode ser antecipada (art. 273 do CPC), ou seja, se antecipa a eficácia de mandamento existente no conteúdo de qualquer sentença que a contenha; e **c)** que a ordem expedida pelo juiz seja executada imediatamente, no menor tempo possível. Se aceitarmos a natureza condenatória da sentença cautelar, teríamos de aceitar também, por uma questão de coerência e lógica, sua natureza repressiva que é inadequada para prevenir o dano, sua cognição plenária, e finalmente sua característica específica que consiste unicamente na criação da via executiva através da criação do título executivo, não permitindo que a realização forçada do direito se dê no mesmo processo.

autor solicita ao juiz, como eficácia preponderante, a emissão de uma ordem que deve ser observada pelo demandado. Porém, como as pretensões não são puras⁶¹, pois geralmente possuem mais de uma eficácia, a pretensão constitutiva, além da eficácia preponderante, apresenta outras, com valores menores, como por exemplo, a eficácia mandamental que está contida na ordem do juiz para inscrição da separação dos cônjuges e dos bens no Registro Civil. Isso, não autoriza a confusão realizada por alguns autores⁶² que mesclam a eficácia maior, contida no pedido de modificação de um estado jurídico, com outra eficácia de peso menor, contida, por exemplo, em uma ordem. É conveniente assinalar também, seguindo a opinião de OVÍDIO B. DA SILVA, que

embora o mandado e sua execução não estejam no ‘conteúdo’ da sentença, aqui existe um ‘verbo’ específico que traduz a eficácia peculiar à ação mandamental, verbo este que integra o conteúdo da sentença. Embora o ‘efeito’ se manifeste externamente, há no conteúdo da sentença uma eficácia produtora desse efeito⁶³.

A sentença mandamental não deve confundir-se com a condenatória, porque nesta o autor pede ao juiz, como eficácia preponderante, que condene o devedor a realizar uma determinada prestação, enquanto na mandamental, o autor solicita ao juiz, como eficácia preponderante, que ordene ao demandado um determinado comportamento. Quem condena não ordena, simplesmente exorta, esperando o cumprimento voluntário⁶⁴. A ordem exige mais que a simples condenação, uma vez que, por estar fundada no *imperium*, exerce uma coação atual sobre o demandado, e não uma coação potencial, como existe na sentença condenatória. Ademais, podemos afirmar que a sentença mandamental também se distingue da condenatória pelo fato de possuir uma cognição sumária; realizar-se imediatamente, sem necessidade de um processo de execução forçada⁶⁵; exigir sempre do demandado o

⁶¹ Tese hoje consagrada de PONTES DE MIRANDA, segundo a qual “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura”, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §26, p. 124.

⁶² Entre eles, PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, op. cit., nº 70, p. 111; e GUASP, *La pretensión procesal*, op. cit, p. 80, nota 80. En sentido contrário, GOLDSCHMIDT, para quem: “El mandamiento no tiene tampoco una virtualidad constitutiva, sino que ‘exige’ ejecución, que puede obtener incluso en calidad de ejecución provisional (§ 775, nº 1; § 16, II, C. M.)”, *Derecho procesal civil*, op. cit., §15, p. 115.

⁶³ *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 356.

⁶⁴ A importância da ordem na caracterização da sentença mandamental é destacada, inclusive, por BARBOSA MOREIRA, que afirma: “Ocioso frisar que, se não houver ordem, a sentença de procedência não será mandamental, mas simplesmente condenatória”, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, op. cit., p. 261.

⁶⁵ A este respeito, merece aprovação o exposto por MARINONI, ao dizer que: “Na sentença mandamental o juiz tutela integralmente o direito do autor, enquanto a tutela condenatória constitui uma ‘tutela pela metade’, já que correlacionada com a ação de execução. É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há, simplesmente, declaração e aplicação da sanção. (...) É necessário frisar,

cumprimento específico de uma ordem, e não de uma obrigação que não existe, já que não há *vinculum iuris* entre demandante e demandado, pelo que não se pode falar de credor e devedor, aqui a sentença não se refere a prestações devidas pelo devedor⁶⁶; e a ordem apresenta natureza distinta da condenação, pois enquanto aquela (mandamental) quase sempre é preventiva, esta (condenatória) sempre é repressiva⁶⁷. A diferença entre as duas formas de tutela se mantém inclusive quanto à conduta do demandado depois da respectiva sentença, pois, enquanto a inércia do demandado diante de uma sentença condenatória não acarreta nenhuma consequência pessoal, uma vez que esta sentença se limita unicamente a criar o título executivo, que possibilitará o futuro processo de execução forçosa; a inércia do demandado ante uma sentença mandamental configura delito de desobediência e/ou origina uma multa pecuniária (*astreinte*), podendo, inclusive, existir a prisão por flagrante

entretanto, que a sentença mandamental não difere da condenatória apenas por conter ordem, mas fundamentalmente por poder levar à tutela de um direito que não pode ser efetivamente tutelado mediante a condenação”, *Tutela inibitória*, op. cit., p. 351.

⁶⁶ De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 425. Nesta ordem de ideais, é oportuno destacar as agudas observações de CHIOVENDA sobre a ordem implícita o explícita contida em algumas sentenças. De acordo com a opinião do autor: “Bien diferente es el caso cuando la misma declaración de certeza, la misma manifestación de voluntad que constituye la sentencia, comprende el orden implícito o explícito dirigido a persona diversa de las partes de ejecutar algo. Un efecto tal de la sentencia, que algunos llaman mediato (LANGHEINEKEN, ‘Der Urteilsanspruch’, Leipzig, 1899, p. 102-104) comprende ante todo el orden implícito o explícito dirigido a un órgano ejecutivo cuando se trate de ejecución forzada, para el caso de incumplimiento del obligado: pero, el mismo comprende también otros casos, que aquí precisamente se tocan, en los cuales lo que se ejecuta puede muy bien ser en daño de una parte, pero ni se ejecuta sobre la persona, ni sobre los bienes por ella poseídos, ni es cosa que pueda ejecutarse por la parte, de donde el concepto de la ejecución ‘forzada’ desaparece; aquí pueden citarse la inscripción y la cancelación de las hipotecas; la ejecución de transcripciones y de transferencias de fundos; la supresión de documentos declarados falsos (C. de P. C., art. 309); la restitución de documentos (C. de P. C., art. 310), de depósitos, de cauciones; (...). Estos casos, algunos de los cuales están regulados inexactamente en la ley como ejecución forzada (C. de P. C., arts. 561, 722), se diferencian de la misma porque no se refieren a prestaciones debidas por una de las partes” (os sublinhados são nossos), *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. por Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, nº 2, p. 69, nota 7. Deste modo, podemos concluir que Chiovenda, já em 1903, identificava determinadas ordens existentes dentro de algumas sentenças e as diferenciava das eficácias típicas que integram uma sentença condenatória, tanto que o autor conclui seu raciocínio afirmando que: “Estos casos, algunos de los cuales están regulados inexactamente en la ley como ejecución forzada se diferencian de la misma porque no se refieren a prestaciones debidas por una de las partes”, op. cit., p. 69 nota 7. Contudo, o autor jamais se referiu às pretensões mandamentais como uma categoria autônoma ao lado da declarativas, constitutivas e condenatória.

⁶⁷ A este respeito, afirma acertadamente RAPISARDA que “la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata è il frutto di una visione repressivistica di tale rimedio, che non può non porsi in contrasto con una tecnica di tutela, come quella inibitoria, che svolge una funzione preventiva anche nelle ipotesi in cui venga impiegata per impedire (non già la commissione, bensì) la ripetizione o la continuazione di una violazione in parte già commessa. La concezione della condanna come tutela repressiva esprime il punto di vista piú diffuso tra la dottrina processualistica tradizionale”, *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., cap. V, nº 2, p. 188.

delito⁶⁸.

Também devemos distinguir as sentenças mandamentais das sentenças executivas⁶⁹. Apesar de ambas possuírem a ordem ou mandado como característica essencial, e permitirem a existência de atividade jurisdicional depois da firmeza da sentença procedente, ambas não podem confundir-se, na medida em que: a) a conduta inerte do demandado diante de uma sentença executiva pode ser pressionada através do uso da força policial, enquanto a inércia do demandado frente a uma sentença mandamental, como vimos, configura um delito de desobediência e/ou origina uma multa pecuniária (*asterinte*); b) a realização do direito do autor, criado através de uma sentença executiva, é um ato exclusivo do demandado, que deve entregar o bem, objeto da disputa ao demandante, enquanto que a realização do direito do autor, criado através de uma sentença mandamental, é *ato exclusivo do juiz*, pois somente ele pode executá-la devido ao seu caráter estatal^{70 986}; c) a finalidade da ordem é totalmente distinta, pois, enquanto a contida

⁶⁸ De acordo com o acertado entendimento de KAZUO WATANABE: “O mandado a ela correspondente reclama o cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração do crime de desobediência e, até mesmo, dependendo do nível de autoridade pública a quem é ela dirigida, do crime de responsabilidade”, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC)*, op. cit., p. 165. O autor conclui seu pensamento afirmando que: “Para assegurar o cumprimento dessas ordens o nosso sistema processual se vale da ‘pena de desobediência’ (poderá haver a prisão em flagrante, mas o processo criminal será julgado pelo juiz criminal competente, na forma da lei”, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC)*, op. cit., p. 168.

Nesta ordem de idéias, adotamos integralmente os mesmos argumentos empregados por PEKELIS para diferenciar a sanção da ‘*common law*’, consistente em prisão por desacato civil, das sanções criminais, Técnicas jurídicas e ideologias políticas. In: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 29, 1943, p. 837 e ss. Podemos dizer que a coação exercida sobre o demandado, geralmente confundida com sanção, em virtude da inércia ante uma sentença mandamental, não pode ser identificada como uma coação de tipo criminal. Além do mais, esta não possui natureza mandamental, senão melhor de condenação. A respeito, afirma acertadamente EDUARDO LAMY que: “Interessante é o paralelo que pode, neste momento, ser traçado com a situação de flagrância no crime de desobediência do Direito Brasileiro”, pois, “como no Brasil a natureza da prisão por desobediência é penal, o arrependimento posterior do devedor não evitará a eventual aplicação da sanção, fazendo apenas com que a situação de flagrância ganhe termo caso o devedor cumpra a obrigação assumida”, Prisão penal e coerção processual civil. In: *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, 2001, nº 19, p. 81 e 82.

⁶⁹ Sobre esta espécie de sentença, consultar o que escrevemos em *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, op. cit., p. 188 e ss.

⁷⁰ De igual modo, PONTES DE MIRANDA, para quem: “No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a ‘solução’ final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, ‘forçando’, *Tratado das ações*, op. cit., t. I, §37, p. 211; e OVÍDIO B. DA SILVA, que disse: “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”, *Curso de processo civil*, op. cit., v. II, p. 335.

em uma sentença executiva é para repor o titular na propriedade ou posse da coisa, a ordem contida em uma sentença de mandamento é para exigir do demandado um fazer ou não-fazer.