

ADMISSIBILIDADE OU NÃO DAS AÇÕES MANDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marcos DESTEFENNI*

Lembra o mestre João Batista Lopes¹ que “a doutrina contempla várias classificações das ações, levando em consideração o seu objeto, o seu fim, a providência jurisdicional reclamada, etc.”.

Em face da questão que nos foi proposta, ou seja, a admissibilidade ou não das chamadas ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro, interessa-nos a classificação das ações² segundo o provimento jurisdicional pretendido pelo autor.

Sobre a questão, oportuna é a lição do mestre João Batista Lopes³, para quem, segundo o provimento reclamado, as ações classificam-se em:

- “a) ações de conhecimento;
- b) ações de execução;
- c) ações cautelares”.

A doutrina dominante classifica as ações de conhecimento em **declaratórias, constitutivas e condenatórias**”.

Prossegue o autor: “Pontes de Miranda, inspirando-se no direito alemão, contempla, além daquelas, outras duas espécies: as mandamentais e as executivas.

Dissentindo da assertiva de que as ações declaratórias são meramente (exclusivamente) declaratórias propõe esse autor, como **critério para diferenciar as ações, a preponderância (e não a exclusividade) de seus efeitos**.

Em magnífica passagem de sua obra, escreve:

“A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra

condenatória; outra mandamental; outra executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das **cinco classes**, e o que vem, dentro delas, em expectação de efeitos. Não só, por conseguinte, vermo-las por fora, com as suas características exteriores, mas também por dentro....

Não há nenhuma sentença que seja clara. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. A ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se manda, do que se constitua, do que se condene, do que se execute” (*Tratado das Ações*, Ed. RT, 1970, t. I, p. 124).

De acordo com essa posição é possível, em apertada síntese, estabelecer a diferença entre as diversas ações de conhecimento:

a) **As ações declaratórias:**

São as que objetivam, preponderantemente, a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica (ex. ação declaratória negativa de débito fiscal).

b) **As ações condenatórias**, conquanto visem também à declaração de uma relação jurídica, possuem eficácia *preponderantemente* condenatória, porque objetivam a formação de um título executivo judicial contra o devedor (ex. ação de indenização).

c) Nas **ações constitutivas**, também está presente o elemento declaração, mas o que nelas

(¹) Professor e mestrando da PUC-Campinas.

prepondera é a constituição de uma relação jurídica (ex. ação de anulação de casamento).

d) Nas **ações mandamentais** almeja o autor preponderantemente, uma ordem, um mandado do juiz para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa (ex. mandado de segurança).

e) As chamadas **ações executivas *latu sensu*** são assim denominadas porque conduzem a uma sentença que contém, em si mesmas, a eficácia executiva, tornando dispensável o processo de execução (ex. ação de despejo, ação de reintegração de posse)⁴ - fizemos grifos.

Pelo acima exposto, verifica-se que a doutrina não é pacífica sobre a questão da existência ou não de outras ações de conhecimento, além das declaratórias, constitutivas e condenatórias, como as ações executivas e mandamentais.

Como o nosso tema trata da admissibilidade ou não das ações mandamentais no direito brasileiro, vamos restringir a nossa abordagem à questão.

Lembra José Frederico Marques⁵ que “alguns autores falam em ações mandamentais, como a quarta das modalidades das ações de conhecimento. PONTES DE MIRANDA, entre nós, é dos raros juristas que falam em ação mandamental.

As ações de mandamento foram criadas por KUTTNER e aceitas, entre outros, por GOLDSCHMIDT. Este as definiu nos seguintes termos: “A ação de mandamento tende a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judicial”.

No direito brasileiro, além de Pontes de Miranda, outro autor que defende veementemente a existência das chamadas ações mandamentais é Ovídio A. Baptista da Silva.

Segundo Ovídio⁶, **“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. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento” - grifamos.

Ovídio Baptista, portanto, faz interessante constatação: **existem ações nas quais o juiz não se limita a proferir uma condenação, emitindo uma ordem a ser cumprida, inclusive sob pena de responsabilidade penal.**

Chama a atenção o autor, ainda, para o fato de que nessas ações existe atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência, na mesma relação processual em que a sentença foi proferida.

Também ensina Ovídio⁷ que “as ações mandamentais **descendem diretamente dos interditos romanos**. Também nesse tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não condenava, mas ao contrário ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa” - grifos nossos.

Prossegue o autor afirmando que “esta origem das ações mandamentais explica a formidável resistência que lhe opõe a doutrina corrente que, até hoje, não obstante a proliferação deste tipo de ações, persiste em negar-lhe existência. A razão é simples. Os interditos não eram ações. As verdadeiras ações (*actiones*), como antes dissemos, ligavam-se invariavelmente, às obrigações, ao passo que os interditos eram remédios que o pretor se valia para proteção de outros interesses, especialmente de natureza pública. Enquanto as *actiones* eram julgadas por um juiz privado, sem *iurisdictio*, os interditos eram da competência exclusiva do pretor”.

Ovídio ainda chama a atenção para outros aspectos relevantes.

De fato, para o autor⁸, “a distinção entre sentenças executivas e mandamentais é fundamental: a execução **é ato privado da parte** que o juiz, através do correspondente processo ... 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”.

Ovídio ainda faz uma interessante observação sobre a diferença fundamental entre o juiz do nosso sistema, da *civil law*, e o juiz do sistema anglo-saxão, da chamada *commom law*.

Ocorre que, segundo o autor, no nosso sistema prevalece a idéia de que a jurisdição tem um caráter privatístico, sendo que o juiz é tido como um mero aplicador da lei.

Assim, segundo Ovídio⁹, “não é de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes *deimperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais”.

“Afirmar, como o faz acertadamente MERRYMAN, que os juízes contemporâneos dos sistemas de direito escrito “herdaram e realizam “funções reservadas ao *iudex* privado romano, é afinal dizer que nossos magistrados foram feitos para exercer *iuris + 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 em 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”¹⁰.

Ainda segundo Ovídio Baptista, justifica-se a resistência à admissão das ações mandamentais por um exagerado individualismo.

“Os pressupostos ideológicos que informam 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. Esta idéia, quando levada a suas últimas conseqüências, como ocorre em nosso direito, determina que os meios de coerção processual sejam rigorosamente limitados a tímidas medidas de natureza patrimonial. A resistência oposta, com freqüência, até mesmo às *astraites*, como instrumento de índole igualmente patrimonial, capaz de fortalecer o cumprimento dos julgados, demonstra a exacerbação do conceito de autonomia da vontade e a sacralidade do princípio de que ninguém poderá ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão através de um ato de livre

e consciente deliberação do agente. Este princípio determinou que as obrigações de fazer não contassem com execução específica, tendo o credor de contentar-se com o sucedâneo das perdas e danos sempre que o devedor, embora condenado a executar uma prestação desta espécie, se recusasse a cumprir o julgado. Este foi o legado do direito medieval que nos foi transmitido pelos juristas franceses que inspiraram o *Códe Civil* de 1804, particularmente POTHIER (GIUSEPPE BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, 1996, págs. 10 e sgts.)” - grifamos.

Esses princípios por nós adotados, ou seja, da **exacerbada autonomia da vontade e intangibilidade da pessoa humana** têm levado o nosso sistema à chamada **crise de falta de efetividade do ordenamento jurídico**, pois o nosso magistrado não exerce poder de *imperium*, limitando-se a declarar o direito aplicável ao caso sem ter poderes de coerção sobre o indivíduo.

O descumprimento de uma decisão judicial, no nosso sistema, não traz maiores conseqüências, pois gera tão somente o direito ao insatisfeito de propor uma outra ação.

Já no sistema da *common law* a situação é diferente: o descumprimento a uma decisão judicial pode ser encarado como uma desobediência a uma ordem do tribunal, ensejando, inclusive, sua prisão. Note que a prisão não é pelo não pagamento da dívida confirmada pela sentença, mas sim pelo descumprimento à decisão judicial.

Oportuna a lição do próprio Ovídio Baptista: “No sistema da *commom law* - como igualmente acontece, em certos casos, no direito alemão -, se a sentença determinar que o demandado pague uma certa quantia em dinheiro ou o condene a entregar coisa alheia, além naturalmente das condenações ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, poderá o credor requerer que o tribunal imponha ao condenado uma injunção, determinando o cumprimento da sentença, sob pena de considerar-se a resistência como ato de desobediência e desacato ao tribunal (*contempt ou Court*), com a aplicação de sanções punitivas de natureza pessoal (MOLINA PASQUEL, *Contempt ou Court - Correcciones disciplinarias y medios de apremio*, Mexico, 1954, n. 63).

Como se vê, a sentença deixa de ser simplesmente condenatória para revestir-se de um mandamento imperativo e cogente, cuja desobediência pode acarretar ao demandado a imposição de uma pena, ao passo que em nosso sistema a condenação jamais conterà uma ordem dirigida às partes, pois, como diz LIEBMAN (Processo de execução, n. 7), não é função do juiz, na demanda condenatória, pronunciar ordens, mas apenas declarar o direito aplicável¹¹.

E essa é exatamente a característica fundamental da chamada ação mandamental: aqui busca-se mais do que uma condenação, ou seja, busca-se uma ordem judicial.

Ou como ensina o próprio defensor da chamada ação mandamental, **“o que é decisivo para que exista uma ação mandamental, é que a respectiva sentença de procedência contenha um mandado, como sua eficácia preponderante”**¹² - grifamos.

Modernamente, é pacífico que **as ações não se classificam por um critério de exclusividade, mas por um critério de predominância de determinados efeitos.**

Tanto é verdade que a doutrina reconhece existir atividade de conhecimento no processo de execução, bem como no processo cautelar e vice-versa.

Dentro deste critério de preponderância, Ovídio Baptista defende a existência da chamada ação mandamental e critica os processualistas que dedicam pouca atenção ao problema referente à classificação de ações e sentenças.

Para justificar a existência dessa classe de ações ou sentenças, Ovídio lembra a ação de mandado de segurança.

“O que ocorre com a ação de mandado de segurança é paradigmático. Os juristas que recusam a admitir a classe das ações mandamentais, procuram incluir o mandado de segurança ou dentre as condenatórias, ou declaratórias, ou constitutivas, segundo as respectivas eficácias que se sigam à eficácia mandamental (assim, dentre outros, CELSO BARBI, Do mandado de segurança, 2ª edição, págs. 151-153; ALFREDO BUZAID, ob. cit., n. 37)”¹³ - grifamos.

No entanto, segundo o autor, **“a ação de mandado de segurança ... é uma ação mandamental, criada pelo direito brasileiro, sem similar em outros sistemas jurídicos, por meio da qual todo aquele que se vê ofendido, ou ameaçado de sê-lo, em seus direitos, por ato arbitrário de uma autoridade pública, seja porque esse comportamento do agente configure uma ilegalidade, seja por caracterizar um abuso de poder, obterá uma sentença ordenando a imediata cessação do ato impugnada através da ação e, sujeitando o responsável, em caso de desobediência, a processo e condenação criminal, ou a outras conseqüências punitivas”**¹⁴ - grifamos.

Portanto, para Ovídio Baptista existem as chamadas ações mandamentais, cujo maior exemplo é a ação de mandado de segurança.

No entanto, tal posição, como se sabe, não é aceita por grande parte da doutrina nacional.

Afinal, há inúmeros juristas que negam a existência da chamada ação mandamental.

A propósito, afirma José Frederico Marques¹⁵ que **“essa categoria de ações, como observa ALCALÁ-ZAMORA, além de pouco difundida, não atingiu o grau de maturação alcançado pelas demais categorias do direito de agir. E a razão é simples: não há lugar para uma nova espécie de ação, como esse título. A ação mandamental, no dizer de GUASP, não é categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é um órgão do Estado diferente do judicial”**.

Nesse sentido também é a lição de Celso Agrícola Barbi¹⁶, quando afirma que **“... essa classe de ações mandamentais não tem logrado maior aceitação na doutrina, não nos parecendo que constituam espécie distinta das demais ações”** - grifamos.

O próprio Celso Barbi¹⁷ explica: **“esse tipo de sentença (mandamental) não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas. Quando a sentença for proferida entre particulares e tiver de ser feita alguma averbação ou anotação por funcionários do Estado, como os oficiais de Registro em geral, teremos, na realidade, simples casos de execução**

imprópria, como bem acentuou o ilustre processualista Amílcar de Castro. E se a sentença for proferida em ação na qual seja parte a Administração, a determinação para que esta pratique determinado ato configura o elemento condenatório.

Não nos parece também decisivo o argumento do Prof. Lopes da Costa, segundo o qual, sendo impossível a execução direta contra o Estado, a sentença que tende à prestação deste será mandamental. Como bem acentua Roberto Goldschmidt, a impossibilidade de execução, por motivos jurídicos ou de fato, não exclui necessariamente o interesse jurídico em uma sentença condenatória. Deve-se notar que mesmo a execução de sentença contra o particular sofre limitações, decorrentes do respeito à liberdade individual; isso, porém, não impede que seja proferida sentença condenatória, como nas obrigações de fazer, infungíveis”.

E conclui Celso Barbi: “Parece-nos, portanto, que, na esteira da doutrina dominante, devemos recusar a possibilidade de existência da sentença mandamental”.

Vê-se, pois, a controvérsia entre grandes processualistas.

No entanto, como nos incumbiu a difícil tarefa de responder a esta questão, ou seja, sobre a admissibilidade ou não das ações mandamentais no direito brasileiro, vamos tentar uma resposta, um posicionamento.

A razão parece estar com aqueles que admitem a existência da ação mandamental.

Afinal, parece inquestionável a natureza mandamental da sentença proferida em mandado de segurança.

Como se disse acima, as ações não se classificam por um critério de exclusividade, mas de predominância.

Assim, podem existir declaração, constituição ou condenação na sentença mandamental. Todavia, **a ação mandamental tem uma peculiaridade não encontrada nas demais ações, que é o fato de o juiz emitir, através da sentença, uma ordem para cumprimento imediato e direto, no mesmo processo em que foi proferida a decisão.**

Apresentando, pois, uma peculiaridade própria, é justo que a ação mandamental seja classificada separadamente das demais ações de conhecimento.

Nesse sentido, aliás, é a opinião de Hugo de Brito Machado¹⁸:

“É sabido de todos que o objeto da ação se define pelo pedido. E a natureza da sentença depende, logicamente, do objeto da ação.

No mandado de segurança não se pede ao Juiz que anule, ou que declare nulo um ato, e por isto se diz que a sentença não é constitutiva. Nem que declare existente, ou inexistente uma relação jurídica, nem que lhe declare o alcance, ou o modo de ser, e por isto se diz que a sentença não é declaratória. Nem que condene a autoridade impetrada a pagar ao impetrante determinada quantia, ou a cumprir outras obrigações de dar, e por isto se diz que a sentença não é condenatória. Outra não é a razão pela qual o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança, nem a sentença que concede o mandado de segurança produz efeitos patrimoniais relativamente ao período pretérito, devendo tais efeitos ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Tais restrições ao mandado de segurança somente se explicam em face da natureza mandamental da sentença que no mesmo se obtém, a qual decorre da natureza do pedido que na impetração geralmente se faz”.

De fato, como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva¹⁹, “quando classificamos ações, segundo a eficácia de suas respectivas sentenças de procedência (!), fazemo-lo levando em conta a carga de sua eficácia de maior peso, cuja identificação se há de fazer tendo em vista o objeto principal do pedido”.

Ovídio Baptista também afasta as críticas feitas por Celso Barbi e Alfredo Buzaid, que negam existência autônoma às ações mandamentais, classificando-as ora como ações declaratórias, ora como constitutivas e ora como condenatórias.

Em conclusão que parece irrefutável afirma: **“em verdade, o eventual “antecedente lógico”, declaratório ou constitutivo, que possa ocorrer na sentença de procedência da ação de mandado de segurança não “resolve a lide” correspondente a esta ação. O que nela necessariamente se quer**

é o mandado. Se o autor não pedir o mandado, sua petição inicial deve ser rejeitada por inepta. Por isso, pela existência do mandado, e apenas por isso, a ação é de mandado de segurança. Se lhe bastasse a “declaração” de nulidade do ato ilegal praticado pela autoridade, não teria o autor ação de mandado de segurança. A legitimidade desta ação decorre da necessidade de que a tutela jurídica se realize através do reconhecimento (juízo declaratório) da ilegalidade do ato impugnado e, como consequência, mediante a expedição do mandado, de modo que os efeitos da ilegalidade se desfaçam, em cumprimento da ordem contida nesse mandado. Por conter essa ordem, precisamente, é que a sentença, como anteriormente já vimos, não é condenatória” - grifos nossos.

Parece evidente que no mandado de segurança não há uma sentença condenatória, mesmo porque a condenação somente pode ser executada em outra relação processual, através de uma ação executória.

Além disso, na condenação também não existe uma ordem para cumprimento imediato e direto, pois, como dito acima, a sentença condenatória está sujeita a um processo de execução se não houver o cumprimento voluntário.

Ou, como ensina Nagib Slaibi Filho²⁰, “na sentença mandamental, o juiz não substitui, pelo seu provimento, a vontade da parte - o juiz *manda* ou *impõe* uma determinada conduta. Enquanto na ação executiva é o juízo que transforma a realidade, praticando o fato (expropriando o bem, na execução de quantia certa contra devedor solvente; retirando o esbulhador do prédio, pelo mandado de reintegração; imitando o autor na posse etc.), na ação mandamental expede-se mandado ao sucumbente (embora caiba ao oficial de justiça intimar ou notificar) para que atue (ou se omita) nos termos do comando judicial.

Pontes de Miranda dá o conceito:

A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda” - grifamos.

Para Nagib Slaibi Filho²¹, existem **sentenças mandamentais** nas seguintes ações:

a) mandado de segurança: trata-se de ação mandamental típica, pois nesse tipo de ação o juiz

manda que o administrador proceda de determinada forma;

b) mandado de segurança coletivo: também é ação mandamental, diferenciando-se apenas pelo objeto que, no caso, é a tutela de interesses coletivos;

c) mandado de injunção: se não é objeto do mandado de injunção obter provimento jurisdicional ao órgão legislador no sentido de que faça a norma jurídica, pode ser objeto da injunção (e comumente o é ...) a pretensão de se obter um comando à Administração para a realização de determinado ato ou fato;

d) “habeas data”: o pedido de conhecimento da informação pode ser cumulado com o pedido de ordem de correção;

e) ação de manutenção de posse: pleiteia-se uma ordem judicial no sentido de que cessem os atos turbativos ou de que seja mantida a posse;

f) ação de interdito proibitório: busca-se uma ordem judicial que determine a expedição de mandado proibitório ao réu para que não pratique, contra a posse do autor, turbação ou esbulho;

g) embargos de terceiro: é ação mandamental negativa porque o seu conteúdo é a cessação da “eficácia” do ato constitutivo;

h) ação de depósito: a ordem judicial buscada é no sentido de que se mande o réu entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar o equivalente em dinheiro.

A doutrina também tem vislumbrado aspectos mandamentais nas sentenças emitidas nos processos cautelares e também nos casos do artigo 461, § 3º, do CPC, quanto à imposição de multa.

O art. 461 do Código de Processo Civil trata da chamada “tutela específica”: 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.

O § 3º estabelece que, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Como se sabe, o tema da execução das obrigações de fazer e não fazer tem sido fortemente influenciado pelo princípio da efetividade. Explica Carreira Alvim²² que o princípio da efetividade, “na linguagem chiovendiana, significa que “o processo deve dar, no que é possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter””.

Por isso, a reforma processual de 1994 trouxe avanços significativos na capítulo referente à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, buscando-se uma maior efetividade.

Ocorre que nessa área sempre houve muitas resistências à execução específica, fundada na idéia da intangibilidade da vontade humana.

Dinamarco²³ bem demonstra a questão: “ao longo dos tempos a resistência do obrigado foi sempre muito respeitada como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou não fazer por obra dos órgãos judiciários. O dogma da *intangibilidade da vontade humana*, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia o mundo aceitar que “*toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*” (art. 1.142 do Código Civil francês). Foi preciso muita tenacidade de pensadores sobre a obrigação de prestar declaração de vontade, para que viesse ter curso a distinção entre *infungibilidade natural e infungibilidade jurídica*. Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, *da situação jurídica final* a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido” - grifamos.

Seguindo essa orientação, caminhou a reforma processual civil no sentido de permitir, em maior número de casos, a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer.

A execução específica, a título de esclarecimento, pode ser definida, segundo Carreira Alvim²⁴, como aquela execução que “tem por objetivo a restauração (ou obtenção) da idêntica situação jurídica violada, através de uma restituição (ou atividade) direta, ou seja, outorgando ao credor o *bem da vida* a que tem direito, como se a obrigação

fosse voluntariamente satisfeita, na forma convencional ou imposta na sentença” - grifamos.

No Código de Processo Civil brasileiro a execução das obrigações de fazer e não fazer está prevista nos artigos 632 a 645.

A obrigação de fazer pode ser definida como uma obrigação que tem por objeto a prática de um ato pelo devedor, enquanto que a obrigação de não fazer caracteriza-se por exigir do devedor uma omissão ou tolerância.

Verifica-se, pois, que há uma atuação sobre o comportamento do devedor, que deve agir ou não agir.

Ainda segundo Carreira Alvim²⁵, “o princípio *diretivo* ou orientador das obrigações de *fazer* (positivas) e de *não fazer* (negativas) é o de que devem ser satisfeitas pelo devedor, ou à sua custa, *na forma como foram pactuadas*, derivando-se em *perdas e danos* apenas se impossível a sua satisfação”.

Como vimos acima, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer está prevista no artigo 461 do CPC.

Esclarece Carreira Alvim²⁶ que “a ação ordinária do art. 461, *caput*, difere das ações dos arts. 632 a 645, na medida em que estas fundam-se em título executivo *judicial* ou *extrajudicial*, enquanto aquelas, embora admitindo a antecipação da tutela, prescindem do título, que será objeto de *acertamento*, em processo de conhecimento, mediante cognição exauriente ... A especial *particularidade* da ação do art. 461, com pedido de liminar (§ 3º), está não só em antecipar ao credor a satisfação da obrigação, mediante sumarríssima cognição, mas, sobretudo, em antecipar-lhe os meios executivos (de coação ou de sub-rogação) que influam na vontade do devedor, levando-o ao cumprimento específico da obrigação”.

Segundo Kazuo Watanabe²⁷, “**valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer.**”

Ao admitir a sub-rogação da obrigação de fazer ou não fazer, por opção do titular do direito ou por ser impossível a tutela específica ou a obtenção

do resultado prático-jurídico equivalente ao do adimplemento (§ 1º do art. 461), valeu-se o legislador do **provimento condenatório**, que dá nascimento a título executivo judicial e permite o acesso à execução forçada através da ação autônoma de execução.

Também a imposição da *medida coercitiva indireta*, consistente em multa (arts. 287 e 644 e parágrafo único do CPC), é feita através de sentença *condenatória*, que dá origem a título executivo judicial que, não sendo espontaneamente adimplido, enseja o acesso ao processo de execução forçada”.

Ainda segundo Kazuo Watanabe²⁸, “**a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do provimento mandamental ou do provimento executivo “lato sensu”, ou da conjugação de ambos.**

Através do *provimento mandamental* é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do *crime de desobediência*, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de *meios de atuação* que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a *conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo “lato sensu”, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução*” - grifamos.

Para o Professor Kazuo Watanabe, “dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as *medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente* são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em *perdas e danos*. E sim de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente.

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*. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de *força policial* (§ 5º do art. 461). **São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do art. 461.** Para isto, o juiz usará do **poder discricionário** que a lei lhe concede (fala o § 5º do art. 461 em determinação de “medidas necessárias” para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). **A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias** (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente.

O resultado prático equivalente poderá ser obtido, também, através de outros atos executivos praticados pelo próprio juízo, por meio de seus auxiliares, ou de terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade...

As medidas enumeradas no § 5º do art. 461 são apenas exemplificativas. Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade” - fizemos grifos.

Por outro lado, “o *provimento mandamental, isoladamente considerado*, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. **Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência.** Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo

constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarquem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito”²⁹.

Nesse diapasão, conclui o Professor Kazuo Watanabe³⁰ que **“os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e a conjugação deles, não dá origem à execução *ex intervallo*, através de ação de execução autônoma”** - grifamos.

Assim, apesar de muitos doutrinadores negarem a existência das ações mandamentais, como já destacamos, é de se observar que após a reforma processual de 1994 surge uma nova tendência na doutrina brasileira: a admissibilidade das ações mandamentais e executivas “*lato sensu*”.

Acima já vimos a posição de Kazuo Watanabe, que é respaldada por Ada Pellegrini Grinover.

Oportuna, também, a lição de Eduardo Talamini³¹: “Além da previsão genérica da antecipação de tutela contida no novo art. 273 do CPC, veiculou-se outra - específica para a consecução de prestações de “fazer” e “não fazer” - na norma do novo art. 461, § 3º, do mesmo diploma (ambas através da Lei 8.952/94). Estabelecidas no ordenamento das duas normas disciplinando o mecanismo antecipatório, cumpre a quem as interpretar extrair-lhes o máximo alcance ...”

Da relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, destacam-se, entre muitos, dois aspectos para os fins do presente texto:

a) A segunda dessas duas regras tem de ser compreendida como *plus* à disciplina geral de antecipação consagrada naquela primeira: houve a explícita previsão de mecanismos especiais para efetivar a antecipação da tutela específica de pretensões a “fazer” e “não fazer”. Em outros termos, para essas pretensões não há exclusão do regime geral de antecipação, mas seu reforço no âmbito da atuação material da tutela.

b) A regra do art. 273 do CPC representa apenas a inclusão de mecanismo antecipatório no âmbito de um processo que, quanto ao mais, mantém suas anteriores características. Já o previsto no art. 461, §3º, conjugado com outros preceitos contidos no mesmo artigo, dá origem a processo tendente a

um provimento (e a um complexo de tutelas, eficácias) diverso do antes reservado às pretensões relacionadas com “fazer” e “não fazer” - o que também vem a peculiarizar a respectiva demanda. Na terminologia empregada no Código, há uma “ação” (e um novo “procedimento”) “especial”.

O caráter “mandamental” e “executivo *lato sensu*” dos provimentos concessivos de tutela emitidos no processo com base no art. 461 tem sido destacado pela doutrina como um dos aspectos que peculiarizam essa nova via” - grifamos.

O autor, inclusive, refuta a opinião daqueles que não aceitam a existência de ações mandamentais:

“Houve quem afirmasse que, ao se considerar a sentença mandamental como sendo de uma nova espécie, estaria sendo utilizado critério distinto do das outras três categorias tradicionais. Para estas, o critério seria o do conteúdo da sentença, para aquela o do destinatário (agente do Estado).

Mas, trata-se de crítica a uma noção superada. Consequentemente, é uma crítica, por igual, superada.

Sustentou-se, ainda que, para se conferir autonomia às categorias das mandamentais e executivas *lato sensu*, não se estaria levando em conta o conteúdo da sentença, mas “algo que lhe é exterior” e posterior: seu efeito, sua “execução”. Quanto ao conteúdo, seria o mesmo que o das condenatórias.

Mas o que é classificação tripartida senão a adoção de critério que já leva em conta precisamente os efeitos de cada sentença? O que são declaração, condenação e constituição, senão efeitos?

O que se faz é considerar a *eficácia* de cada espécie de sentença. Eficácia é *aaptidão de produzir determinado efeito*. E a eficácia está, ela mesma, *no conteúdo*.

Portanto, quando se pretende levar em conta a circunstância de que certas sentenças geram ordem e não apenas autorizam medidas executivas subrogatórias, não se está fugindo daquele mesmo critério usado para a classificação dos três tipos tradicionais de sentença. A diversidade dos efeitos, da firma de efetivação do comando da sentença é decorrência direta das diferentes eficácias - e, portanto, dos diferentes conteúdos. Então, quando a sentença é atuada praticamente através de ordem

para o réu, isso acontece porque no próprio conteúdo dela há uma ordenação, um mandamento - e isso faz seu conteúdo diferente do conteúdo da sentença condenatória ou executiva.

Em suma, a classificação que acolhe as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* toma por base exatamente o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia.

Por fim, não há como coerentemente pretender introduzir as sentenças mandamental e executiva no âmbito das condenatórias e, ao mesmo tempo, persistir nas duas afirmações, tradicionalmente acolhidas, de que: a) condenatória é a sentença que gera “título executivo”, enseja novo processo, de execução; b) só há atividade executiva através de meios sub-rogatórios e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos.

Ora, em primeiro lugar, a sentença mandamental e a executiva não ensejam novo processo. Depois, o provimento mandamental jamais propicia atividade executiva (sub-rogatória) - nem mesmo naquele processo em que foi proferido. Afinal, ele não é efetivado através de meios sub-rogatórios e sim mediante medidas coercitivas, meios de pressão psicológica, a fim de que o próprio réu, por conduta própria, cumpra a ordem que lhe foi dada”.

Eduardo Talamini chega a admitir a viabilidade da reunião dos provimentos “condenatórios”, “executivos *lato sensu*” e “mandamentais” em uma única categoria, mas não deixa de destacar que **“tem importância prática e política especialmente o destaque da sentença mandamental diante das outras espécies de sentenças de “repercussão física”. Serve, para a conscientização de que, em certos casos, apenas ordem direta ao devedor, acompanhada de medidas coercitivas, pode garantir a tutela específica, assegurando que “o processo dê a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito”.**

Aliás, Eduardo Talamini conclui que o provimento antecipatório do § 3º, do artigo 461, tem eficácia mandamental (com a imposição de multa) e executivo “*lato sensu*”.

Essas são as palavras do autor: “o provimento antecipador de tutela, previsto no

art. 461, § 3º, veicula ordem para o demandado . Há a direta determinação de que o réu cumpra o “fazer” ou “não fazer” objeto do dever tido como plausível .

O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento “ da execução das obrigações de fazer e não fazer” (Cap. III do Tit. II do Livro II do CPC)). No âmbito daquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação. (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, “não satisfeita a obrigação” no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643). Assim, a carga mandamental contida no preceito executivo é diminuta (mesmo se considerada a possibilidade de cominação de multa diária- arts. 644 e 645). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogatórias.

... O sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O §1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente se converterá” por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, **o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutiva da conduta do réu, há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então, mera “oportunidade para cumprir”. Veiculará ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.**

Nem se afirme que diretriz contida no §1º não importaria a eficácia mandamental, sob o argumento de que só o manejo de mecanismos sub-rogatórios já seria suficiente para evitar ao máximo a conversão em perdas e danos.

Está presente, por igual, o outro traço característico da eficácia mandamental: a imposição concreta da ordem ao demandado se opera no mesmo processo em que se concede a antecipação. Afinal, é incompatível com as medidas jurisdicionais de urgência a instauração de processo autônomo para dar atuação ao provimento. Basta

considerar as medidas cautelares: embora não exista nenhuma norma expressa a respeito, não se discute que- concedidas no curso do procedimento ou na sentença final- “executam-se” no próprio processo cautelar. Ademais, o § 5º do art. 461, que disciplina a forma de efetivação da tutela, estabelece que essa ocorrerá no próprio processo de conhecimento (com as medidas voltadas para tal sendo adotadas até “de ofício”).

Eduardo Talamini também conclui que, além da eficácia mandamental encontrada no § 3º do artigo 461, também utilizou-se o legislador, na reforma de 1994, da ação executiva “lato sensu” e da conjugação entre essas ações.

A propósito, afirma o autor que “o § 5º permite ao juiz “determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.

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

Mais à frente afirma: “os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos, ademais, poderão ser utilizados simultaneamente. Aliás em face da absoluta preferência pelo resultado específica, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Assim, não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra, acompanhada da cominação de multa, o provimento antecipador desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o resultado equivalente prescindindo da colaboração do demandado ...

Concedida a tutela típica do art. 461, acompanha-lhe, ainda que não expresso no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. Ou seja, desde logo o provimento terá eficácia executiva *lato sensu* e mandamental. A decisão posterior que comine a multa ou defina a

forma de atuação sub-rogatória apenas estará efetivando a decisão originária” - grifamos.

Aliás, reforça a idéia da eficácia mandamental da decisão proferida em pedido de tutela específica o fato de que se o réu não cumprir a ordem, caracterizado estará o crime de desobediência (CP, art. 330).

Esse fato também é destacado por Eduardo Talamini: “A possibilidade de ocorrer crime de desobediência deve-se diretamente, à eficácia mandamental de que se reveste o provimento concessivo da tutela (antecipadamente ou ao final) com base no art. 461”.

Observa o autor, também, que “ao lado da eficácia mandamental (tendente à “tutela específica”, na terminologia da lei), o provimento antecipatório do § 3º contém eficácia executiva *lato sensu*; autoriza a tomada de providências destinadas à “obtenção do resultado prático equivalente”, independentemente da participação do réu.

Entre tais providências, enquadram-se a realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer; o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas - e assim por diante.

Inquestionável, nos parece, que o artigo 461, do CPC, especialmente nos parágrafos terceiro e quinto, permitem a utilização da tutela mandamental e executiva “lato sensu” para uma maior efetividade da tutela específica³².

Nestes termos, após a reforma processual de 1994, parece inquestionável que existe, autonomamente, a categoria das “ações mandamentais”.

Afinal, são mandamentais as sentenças que se caracterizam pela emissão de uma ordem por parte do juiz, que deve ser cumprida no próprio processo, ou seja, sem necessidade de processo de execução subsequente, e que também podem sujeitar aquele que a descumprir a responder pelo crime de desobediência.

Reforçada está essa conclusão pela nova regulamentação dada ao art. 461 do CPC, que autoriza o juiz a expedir uma ordem determinando a realização prática da tutela específica concedida.

Assim, concordamos com Luiz Guilherme Marinoni³³ quando esse autor afirma que “a própria dicção da norma do art. 461, no sentido de que “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”, indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução.

Ora, se a sentença deve *conceder a tutela específica, ou determinar* as providências que assegurem o resultado prático equivalente, não há como imaginar-se que é necessária a ação de execução. Note-se, aliás, que se o juiz pode, de ofício, impor a multa ou determinar as medidas do § 5º do art. 461, é porque a efetivação da tutela não requer um processo de execução”.

Por isso, concluímos que devem ser admitidas, no ordenamento jurídico brasileiro, as chamadas “ações mandamentais”, como categoria autônoma. Defendemos, portanto, uma classificação quádrupla das ações: meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*.

NOTAS

- (1) “Ação Declaratória”, vol. 10 da coleção “Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman”, 3ª edição, RT, São Paulo, 1991, pág. 29.
- (2) Atualmente, fala-se em classificação das “tutelas jurisdicionais”.
- (3) *Idem, ibidem*.
- (4) João Batista Lopes, in “Ação Declaratória”, vol. 10 da coleção “Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman”, 3ª edição, RT, São Paulo, 1991, págs. 31/32.
- (5) “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. II, editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 57.
- (6) “Curso de Processo Civil”, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pág. 247.
- (7) *Idem, ibidem*.
- (8) *Idem*, pág. 248.
- (9) *Idem*, pág. 250.
- (10) *Idem*, pág. 250.
- (11) *Idem*, pág. 255.

- (12) *Idem*, pág. 262.
- (13) *Idem*, pág. 263.
- (14) *Idem*, pág. 269.
- (15) “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. II, editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 57.
- (16) “Do Mandado de Segurança”, editora Forense, 7ª edição, Rio de Janeiro, 1993, pág. 46.
- (17) *Idem*, pág. 218.
- (18) “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, RT, São Paulo, 1994, pág. 183.
- (19) “Curso de Processo Civil”, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pág. 263.
- (20) “Sentença Civil (Fundamentos e Técnica)”, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, pág. 336.
- (21) “Sentença Civil (Fundamentos e Técnica)”, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, págs. 338/351.
- (22) “Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual”, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, pág. 20.
- (23) “A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pág. 150.
- (24) *Idem*, pág. 30.
- (25) “Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual”, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, pág. 54.
- (26) *Idem*, pág. 44.
- (27) “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, SP, 1996, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 43.
- (28) *Idem*, pág. 44.
- (29) Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, SP, 1996, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 46.
- (30) *Idem*, pág. 48.
- (31) “Tutelas Mandamental e Executiva *Lato Sensu* e a Antecipação de Tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC”, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, SP, 1997, págs. 135/170.
- (32) Outro ponto bastante explorado atualmente pela doutrina, decorrente da nova redação do artigo 461 do CPC diz respeito à possibilidade ou não de execução independentemente de processo executivo. Como vimos acima, Kazuo Watanabe defende que os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e a conjugação deles, podem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo de execução, ou seja, podem ser cumpridos na própria ação que pleiteia a tutela específica com fundamento no artigo 461, do CPC. Assim, também pode-se dizer que, para a efetivação do resultado específico, fica absolutamente afastado o emprego do processo executivo dos arts. 632 *et seq.*
- (33) “Tutela Inibitória - Individual e Coletiva”, RT, São Paulo, 1998, págs. 72/73.