

A SENTENÇA MANDAMENTAL — DA ALEMANHA AO BRASIL

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

I. Segundo vários critérios podem classificar-se as sentenças (e as ações a que, se procedente o pedido, elas correspondem). O mais importante é o que se baseia no conteúdo típico da sentença e, correlatamente, no efeito típico por ela produzido. Desse ponto de vista, a tradição nos ordenamentos da Europa continental e nos que daí derivaram consagra, de longa data, uma classificação tríplice: sentenças *declaratórias* (ou *meramente* declaratórias, conforme fazem questão de dizer alguns), sentenças *constitutivas* e sentenças *condenatórias*. Na maior parte dos países da família, a doutrina contenta-se ainda hoje com essa tripartição, vista como abrangente da totalidade das sentenças suscetíveis de ser proferidas pelo juiz civil. (1)

Tal costumava ser, também, a posição dominante em nosso país. (2) De algum tempo para cá, no entanto, acreditado setor doutrinário vem sustentando a necessidade de ampliar o espectro das classes: fala-se em sentenças *mandamentais* e em sentenças *executivas*. No presente trabalho concentraremos naquelas a nossa atenção, deixando para outra oportunidade considerações acerca da última classe proposta. Feita abstração de supostos antecedentes remotos, de escasso interesse aqui, a figura da sentença a que se dá o nome de mandamental tem no direito processual moderno, a partir do primeiro quartel do século, uma história de certo modo curiosa, merecedora de ser recapitulada em suas linhas mais salientes, sobretudo num momento em que reformas ainda recentes do nosso ordenamento positivo — primeiro, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990) e, depois, a nova redação dada ao art. 461 do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994 — vêm servindo de renovado estímulo às pesquisas científicas nesse terreno. (3)

2. Ao que tudo faz crer, a expressão “sentença mandamental” foi usada entre nós, pela primeira vez, por Pontes de Miranda. Ela aparece em mais de um trecho da 1ª edição dos *Comentários no Código de Processo Civil* de 1939, notadamente na *Sistemática dos Livros I a III*, onde o autor expunha sua classificação das sentenças (e das ações) (3). O assunto foi mais tarde, a partir de 1970, objeto de aprofundado exame no *Tratado das Ações*, em que, além das exposições gerais contidas no tomo I (4) se lhe dedicou análise específica no tomo IV.

Cuidava o mestre de fazer expressa remissão à obra pioneira na matéria: “Desde 1914, com o trabalho de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen aysserhalb des Zivilprozesses*, 21 s., 31 s.), alguns juristas se preocuparam, não todos, nem mesmo muitos, com a ação mandamental” (5). A dicção empregada pelo processualista alemão fora “*Anordnungsurteil*” (6), uma das acepções de *Anordnung* é ordem, no sentido de determinação dirigida a alguém. Desprezando outras possíveis traduções, mais próximas do original, como *sentença ordenadora*, ou *sentença ordenatória*, preferiu Pontes de Miranda o adjetivo *mandamental*, que não era de uso corrente na linguagem jurídica brasileira. Veremos adiante que a locução traduzida na realidade veio a assumir acepção muito mais larga que a da cunhada por Kuttner.

3. Em todo caso, convém principiar pelo descobridor da nova categoria. Diga-se logo que, ao escrever sobre ela, não era Kuttner, movido por interesse específico na questão da classificação das sentenças, e ainda menos na das ações. O objeto de sua investigação eram os efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais — do próprio Poder Judiciário ou da Administração Pública. Deixam-no bem claro as primeiras palavras do texto, onde se alude a um problema “que, como tal, só muito recentemente tem sido estudado pela ciência processual”: o da “significação das sentenças dos juízos civis para outros órgãos do Estado” (7). A pergunta capital a que o jurista procurava responder era a seguinte: “Ficam vinculados às sentenças civis também [isto é, além dos juízes civis] os outros órgãos do Estado, nomeadamente os órgãos da jurisdição voluntária, os órgãos administrativos, inclusive os tribunais administrativos, e os órgãos da justiça penal?” (8)

Acontece que, ao empreender a pesquisa, topou Kuttner com efeitos desse tipo que, em sua opinião, não podiam ser vistos como próprios nem das sentenças declaratórias, nem das constitutivas, nem das condenatórias; daí o alvitre de destacar as que os produziam e compor com elas uma quarta classe. É particularmente interessante o ponto relativo às sentenças condenatórias, porque o autor aceitava da condenação o conceito então (e ainda hoje) predominante na Alemanha, como *ordem* — em outras palavras, esposava a chamada

Befehlstheorie, não obstante a severa crítica que ela já sofrera e o repúdio de uma parte da doutrina. (9) Ora, se na sentença condenatória se continha uma ordem, surge espontânea a pergunta: por que não seria bastante a existência dessa classe, nem possível acomodar aí os casos para os quais se sugeria a criação de outra?

A resposta consiste na diferença, que Kuttner descobria, entre os *destinatários* da ordem. Na condenação, a ordem dirigia-se *ao réu vencido*; mas existiam hipóteses em que ela não se endereçava a este, e sim *a outro órgão estatal*, distinto do que sentenciara — e não seria razoável misturar os dois grupos de casos. (10)

4. Vale a pena abrir tópico específico para pôr em realce o pensamento de Kuttner sobre aquilo que constituía, a seu ver, a essência da *Anordnungsurteil*, o traço que a individuava e a distinguia das restantes sentenças. Vejamos, textualmente, o conceito por ele forjado: “Por *Anordnungsurteile* entendem-se neste trabalho as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir 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”. (11)

Nesse passo, entretanto, omite-se nota de grande importância para a caracterização da classe, tal como então identificável no sistema jurídico alemão: o órgão a que se dirigia a ordem do juiz civil era *estranho ao processo*, não podia influir de modo algum no respectivo curso. (12) Um exemplo: o órgão do registro, na hipótese de dissolução de sociedade a este sujeita. (13) Atente-se bem: para Kuttner, a *Anordnungsurteil* era proferida em face de entidade *que não fora parte no processo*. Admitia o autor, porém — o ponto é relevante —, que noutros ordenamentos o conceito se pudesse aplicar a figuras diversas no particular; e aludia em termos expressos aos *writs of mandamus* e às *injunctions* do direito anglo-saxônico. (14)

5. Na primeira metade do século, juristas houve que aderiram à sugestão de Kuttner. Entre eles, ninguém menos que Goldschmidt, que anunciou a adesão em sua obra mais famosa (15) e a reiterou em exposição do direito processual civil de seu país. (16) Aí o assunto se viu enquadrado na parte referente *às ações*. Compreensivelmente — porquanto se acupava de efeitos *das sentenças* —, Kuttner só de passagem aludira a *Anordnungsklagen*; já Goldschmidt começa por estas, e a propósito delas é que trata das *Anordnungsurteile*.

A princípio, Goldschmidt afastava-se de Kuttner no esquema da classificação das sentenças, visto que incluía as condenatórias entre as *Anordnungsur-*

teile, por enxergar a essência daquelas em ordem dirigida *não ao réu*, mas *ao órgão da execução*. (17) No livro mais recente, todavia, voltaram as sentenças condenatórias a merecer tratamento em classe autônoma. (18)

Seja como for, a proposta de Kuttner não tirou grande proveito desse apoio. A doutrina das *Anordnungsurteile* teve curta vida. Na moderna literatura alemã, praticamente menção alguma se encontra à categoria. Os processualistas de nosso tempo não lhe dedicam atenção sequer para refutá-la: o tema caiu no esquecimento puro e simples. Não deixa de ser interessante que ele haja vindo a reflorescer, volvidos anos, nesta margem do Atlântico.

6. Ao retomar o estudo do tema, entre nós Pontes de Miranda empregou o *nomen iuris* “sentença mandamental” num sentido bem diferente, em ponto vital, daquele que os alemães haviam dado à expressão *Anordnungsurteil*. Recorde-se que lá se cuidava de ordem dirigida a *órgão público*, e mais: *estranho ao processo*. O jurista pátrio desprezou ambos os traços: o caráter público do destinatário da ordem e a estraneidade ao feito. Cunhou, assim, conceito muito mais amplo que o forjado por Kuttner.

Para bem compreender o pensamento de Pontes de Miranda, cumpre ter em mente que em sua obra a classificação das sentenças toma por base o elemento *preponderante* na respectiva eficácia. Segundo Pontes de Miranda, não haveria sentença “pura” (19) todas conteriam pesos heterogêneos de eficácia. O critério classificatório deveria fundar-se no peso que sobressai dentre todos, no tipo predominante de eficácia — “força da sentença”, na terminologia do autor (20).

Pois bem: a sentença mandamental assim se qualifica em razão da preponderância, nela, de determinado peso, ou tipo de eficácia, consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz *manda* (21). O “imediatamente” é de capital importância: existem sentenças de outras espécies (isto é, com diferentes pesos de eficácia preponderante), das quais também decorre *ordem* emitida pelo juiz; mas apenas como *posterius*, como resultado *mediato*. (22) Percebe-se aí um eco da concepção kuttneriana, consoante a qual a *Anordnung* sobreviria em atenção a “requerimento especial e novo da parte vencedora” (*supra*, nº 4); o curioso, no entanto, é que na construção de Pontes de Miranda tais casos *não* se encaixam na classe das sentenças mandamentais, por ser diverso o peso preponderante de eficácia. Mandamental é unicamente a sentença em que *predomina* o elemento típico; não basta que possa haver peso menor de mandamentalidade, nem eficácia mandamental *mediata*.

7. Ficou dito que o jurista brasileiro, ao contrário do que sucedeu na Alemanha, não se ateve, na caracterização da sentença mandamental, à natureza do destinatário da ordem. A exposição não deixa dúvida sobre o ponto: “O

mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça ou a alguma pessoa física ou jurídica”. (23) Apesar da “premonição” de Kuttner, os processualistas alemães não lhes ocorreu dar tamanho elástico ao conceito de Anordnungsurteil.

Não surpreende que fosse considerável o número de ações arroladas por Pontes de Miranda entre as mandamentais. Incluíam-se aí o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação de manutenção de posse, o interdito proibitório, os embargos de terceiro e outras tantas, inclusive não poucas de índole cautelar. (24) Em algumas delas a ordem, se concedida, dirige-se a órgão público; em outras, não; em outras, ainda, conforme o caso.

Por outro lado, não há supor que o destinatário da ordem permaneça, antes dela, na impossibilidade de influir no processo, que Kuttner lhe atribuía à vista do ordenamento de seu país. Essa é sem dúvida a posição, v.g., do órgão do registro, com relação a uma ação de que possa resultar modificação deste; aí, porém, de acordo com Pontes de Miranda, a eficácia mandamental seria *só mediata*, e por conseguinte ação e sentença encontrariam lugar apropriado noutra classe.

8. Sem embargo do patrocínio sumamente prestigioso com que contou entre nós, a recepção da classe das ações e sentenças mandamentais, durante certo tempo, ficou longe de despertar entusiasmo na doutrina brasileira. Lopes da Costa, excelente conhecedor da literatura alemã, manteve silêncio no ponto, ao tratar quer da classificação das ações, quer da classificação das sentenças (25). Houve quem chegasse, com grande autoridade, a repelir a inovação em termos expressos. (26)

Em data mais próxima, viria a ressuscitar o assunto Ovídio A. Baptista da Silva. (27) “A ação mandamental” — diz esse autor, logo no começo da exposição concernente à matéria — “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”. (28) O conceito é, em substância, o mesmo de Pontes de Miranda; e o aumento da respectiva extensão, com a travessia do Atlântico, vem assinalada em termos expressos: ficaram para trás as “tímidas tentativas dos primeiros juristas que se dedicaram ao estudo das ações mandamentais, para os quais a particularidade que as distinguia das demais classes

de sentenças residia no fato de conterem elas uma *ordem* emitida por um órgão do Estado (o magistrado) contra outro órgão público, que seria necessariamente seu destinatário”. (29) Daí a escolha, à guisa de “modelos”, do mandado de segurança, de um lado, e das ações de manutenção de posse e de interdito proibitório, de outro (30).

9. Recrudesceria o interesse dos estudiosos pelo tema com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990). Aí estatui o art. 83: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. No art. 84, *caput*, lê-se: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”; e no § 5º do mesmo dispositivo: “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.

O exame conjunto dessas normas sugeriu à doutrina a idéia de que, entre as “espécies de ações” referidas no art. 83, não se devia cogitar apenas da tendente à condenação do réu a fazer ou a abster-se — com a conseqüente formação de título suscetível de dar margem a execução nos termos do Livro II, Título II, Capítulo III, do estatuto processual. Mereceria também um lugar ao sol a ação que ensejasse, no caso de acolhimento do pedido, pronunciamento de outro teor, por parte do órgão judicial, a saber: a determinação das medidas destinadas a assegurar “o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, como as indicadas, em enumeração meramente exemplificativa, no § 5º do art. 84. Visto tratar-se de *ordens* emanadas do juiz, era natural que se enxergasse aí mais um tipo de ações (e de sentenças) mandamentais. (31)

É oportuno registrar que o art. 85 da Lei nº 8.078, vetado pelo Presidente da República, empregava a locução “ação mandamental”. Rezava o texto: “Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança”. O veto invocou o argumento de que, à luz da Constituição, o mandado de segurança só caberia contra atos de agentes do Poder Público e não poderia ser estendido a outras situações ou relações jurídicas. À vista de semelhante entendimento, é compreensível que *não* se haja negado sanção, pouco antes, ao art. 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990), *verbis*: “Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade

pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança”. Aí se encontra a primeira referência textual, na legislação brasileira, à categoria — haja ou não tido o legislador vontade e consciência de cancelar oficialmente uma proposta científica.

10. A importância prática do tema viria naturalmente a crescer com a posterior incorporação da disciplina acima retratada ao Código de Processo Civil, *ex vi* da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que — entre outras coisas — deu nova redação ao art. 461. (Registre-se de passagem que no transplante se cuidou de aprimorar a redação, substituindo-se no *caput* “o cumprimento da obrigação” pela expressão, decerto mais adequada, “o cumprimento de obrigação”; foi pena que não se aproveitasse a oportunidade para suprimir o artigo “o” antes de “resultado”, com o que ganharia o texto, sem dúvida, em elegância).

Entretanto, forçoso é reconhecer que as obras de maior vulto, dentre as que se têm dedicado a comentar a reforma do Código, não extraíram muito da redação atual do art: 461, no que respeita ao tópico objeto do presente estudo. Ressaltou-se a importância prática da inovação, mas em geral não se fez dela trampolim para um mergulho em profundidade nas águas da classificação das ações e das sentenças. (32) Existirá fundamento bastante para a convicção de que o direito positivo brasileiro consagrou novas figuras de sentenças e ações mandamentais? Para tomar posição no particular, impõe-se ao nosso ver uma análise mais cuidadosa da problemática suscitada pelo § 5º do art. 461, tal qual resultou da Lei nº 8.952.

11. Convém atacar o problema pelo ângulo que a elaboração doutrinária até agora desenvolvida aponta como principal. A premissa básica é a de que a mandamentalidade tem que ver com a existência de uma *ordem*. Partindo daí, a pesquisa deve articular-se, ao que nos parece, em torno de algumas indagações:

(a) Qual o possível objeto (ou quais os possíveis objetos) da ordem a ser emitida pelo juiz, nos termos do art. 461 e seu § 5º?

(b) É indispensável, na sentença, a presença de semelhante ordem? Não se concebe que o juiz, ao sentenciar, deixe de emití-la?

(c) A eficácia da ordem predomina sobre quaisquer outras atribuíveis à sentença?

(d) Qual é (ou quais são) o(s) destinatário(s) da ordem? O réu vencido? Algum terceiro? Ambos?

(e) Em relação ao (eventual) terceiro destinatário, a eficácia da ordem é imediata ou mediata?

Não estamos dando a entender — fique bem claro — que a legitimidade da qualificação de mandamental, aplicada à sentença do art. 461 (fazemos aqui abstração da hipótese do § 3º, que não é de *sentença*), dependa necessariamente de assumirem este ou aquele teor as respostas a serem dadas a todas as perguntas acima. Trata-se de conceito eminentemente convencional: é o que explica as oscilações perceptíveis em seu *curriculum vitae*. Nada obsta a que se pretenda encaixar na moldura conceptual uma figura que nela não caberia se *estivéssemos obrigados a respeitar a arrumação dogmática preferida pelo jurista A ou pelo jurista B*. Decididamente não é o caso: já se mostrou que, ao lidar com a matéria, a doutrina brasileira desde o início rompeu amarras postas do outro lado do Atlântico.

Cumprido, isso sim, que possamos saber com certeza *de que se está falando* cada vez que alguém aluda a sentença (ou ação) mandamental. Terminologia equívoca é praga fatal em qualquer ciência, no direito não menos que nas outras. Portanto, se quer prescindir de tal ou qual nota, até agora indicada como típica da classe, para fazê-la abranger outras figuras, impende que se esclareça o ponto: isto é, que se torne explícita a operação tendente a diminuir a compreensão do conceito e, correlatamente, aumentar-lhe a extensão.

12. Vamos, então, à primeira pergunta: qual o possível objeto (ou quais os possíveis objetos) da ordem a ser emitida pelo juiz? O *caput* do art. 461 ministra informação genérica: o órgão judicial determinará “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento” (da obrigação de fazer ou não fazer). No § 5º depara-se enumeração exemplificativa: “tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. (A última cláusula, logo se vê, quebra a homogeneidade da lista: requisita-se força policial à guisa de mero instrumento para assegurar a efetividade de alguma outra medida, para vencer possível resistência à respectiva execução). Em doutrina têm-se lembrado outras hipóteses: a colocação de filtro numa fábrica, para evitar ou diminuir a poluição do ambiente; a interdição da atividade de uma empresa; a entrega da respectiva administração a terceiro incumbido de fazer cessar o ilícito. (33)

Em termos gerais, pode-se dizer que estão aí abrangidas quaisquer providências idôneas para permitir ou facilitar a efetivação do julgado, a concretização da norma sentencial — em linguagem carnelluttiana, a passagem do dever-ser ao ser (34). E isso, dispensando até, eventualmente, a utilização dos meios executivos tradicionais (Código de Processo Civil, arts. 632 e segs., com ressalva dos arts. 639 a 641, atinentes ao caso especialíssimo da “execução” das obrigações de emitir declaração de vontade). Nessa ordem de idéias, já se

taxou de “residual” o âmbito de cabimento de tais meios, reservados para os casos em que não seja possível aplicar “o regime das providências sub-rogatórias” ou não produzam elas o efeito prático visado. (35)

13. Passemos à letra b, com dupla indagação. É indispensável, na sentença, a presença da ordem prevista no § 5º? Não se concebe que o juiz, ao sentenciar, deixe de emití-la? (É óbvio que nos referimos aqui, exclusivamente, às hipóteses de procedência do pedido, como aliás ressalta da redação do art. 461, *caput*).

Uma primeira abordagem dessa questão poderia buscar arrimo no teor literal dos dispositivos relevantes, tratando de averiguar se dele se extrai mera *faculdade*, conferida ao órgão judicial, de ordenar as providências sob exame, ou autêntico *dever* de proceder assim. Mas não parece muito animadora a perspectiva que tal caminho oferece. Com efeito: ainda sem levar em conta as deficiências inerentes, no consenso da melhor doutrina, a esse método hermenêutico, o intérprete acabará por verificar que o texto não lhe ministra orientação segura. Com efeito, enquanto o *caput* usa o futuro do indicativo (“determinará”), a sugerir *imposição* dirigida ao juiz, o § 5º prefere dizer que este “*poderá*, (...) de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias”.

Por outro lado, antes de tomar partido acerca do caráter *imperativo* da norma, seria preciso responder a esta pergunta: existirá sempre a *possibilidade* de “providências sub-rogatórias” que desempenhem a função prática da execução no caso de recalcitrância do devedor vencido? Pois salta aos olhos que, se e quando a resposta porventura houver de ser negativa, nenhum sentido terá cogitar de *obligatoriedade* para o juiz: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Ora, conforme facilmente se percebe, em certas hipóteses não há supor que medida alguma ordenada pelo órgão judicial seja capaz de assegurar ao vencedor “resultado prático equivalente ao adimplemento”. É o que sucede todas as vezes que a obrigação do vencido se caracterize pela infungibilidade da prestação (*rectius*: do prestador). Assim se dá em todas as obrigações de *não fazer*: se o devedor descumpre obrigação dessa espécie, praticando o ato do qual tinha de abster-se, nada adiantará para o credor que outra(s) pessoa(s) — ou mesmo a *totalidade* das outras pessoas! — se abstenha(m) da prática. O que talvez aconteça é que se possa desfazer o que foi feito (v.g., demolir o que indevidamente se construiu), ou pelo menos impedir que se continue a fazer o que se está fazendo, e aí então se concebe a eventual aplicação do regime do art. 461, § 5º. Já não se cuidará, porém, da (originária) obrigação de *não fazer*, e sim da obrigação (derivada) de *fazer o contrário*. (36) Também se mostra impossível o recurso a qualquer “providência sub-rogatória” quando a obrigação de *fazer* haja sido pactuada *intuitu personae* (como no clássico exemplo

do artista contratado, por motivos personalíssimos, para pintar o retrato do credor), ou por outra razão só possa ser cumprida pelo próprio devedor (v.g., a obrigação de prestar informação que ninguém mais tenha, ou de realizar atividade que a ninguém mais a lei permita). Nesses casos, nem terá lugar a execução nos termos tradicionais, nem a determinação de “providências subrogatórias”. O único recurso capaz, em tese, de proporcionar ao credor o gozo efetivo da tutela específica será a imposição de multa (art. 461, § 4º), que baste para vencer a resistência do devedor.

Resta voltar a indagar se, na ausência de empecilho, o juiz *deve* ou apenas *pode*, a seu critério, incluir na sentença alguma ordem do gênero das contempladas no § 5º do art. 461. Atenta a *ratio* da norma, parece mais razoável optar pelo segundo termo da alternativa. A consagração do expediente em foco visou a facilitar a satisfação do credor; ora, é concebível que ao órgão judicial, sob determinadas circunstâncias, o respectivo emprego se afigure desnecessário, ou praticamente difícil, ou demasiado gravoso, e assim por diante. Impõe o princípio da proporcionalidade que não se coloque em movimento o mecanismo senão quando — e na medida em que — o justifique a necessidade e o legítimo o balanceamento dos interesses em jogo. (37) Ocioso frisar que, se não houver ordem, a sentença de procedência não será mandamental, mas simplesmente condenatória.

14. Cabe agora enfrentar a terceira pergunta (letra *c*), limitadamente, é claro, às hipóteses em que o juiz de fato inclui na sentença a determinação de alguma medida do tipo das previstas no § 5º. Supondo-se que a providência ordenada se destine a *substituir* o processo de execução, tornado desnecessário, afigura-se evidente que o efeito da ordem se sobrepõe ao efeito típico da condenação, que consistiria justamente na criação do título executivo. Aí não há dúvida de que a sentença assume eficácia *preponderantemente* mandamental.

Considere-se, no entanto, a possibilidade de que o julgador adote o alvitre de condenar o réu ao cumprimento da obrigação, e se cinja a aditar a isso a determinação de medidas tendentes a *facilitar* a execução. (38) O núcleo vital da sentença residirá então no elemento condenatório, e seu efeito preponderante consistirá na formação do título executivo.

Para quem, seguindo Pontes de Miranda, aceite o critério de classificação fundado na carga preponderante de eficácia, exclusivamente no primeiro caso calhará à sentença o epíteto de mandamental. Falar de sentença mandamental também no segundo significa optar por diferente critério, isto é, acolher diferente conceito.

15. Voltemos os olhos para a quarta pergunta (letra *d*), relativa ao(s) destinatário(s) da ordem acaso contida na sentença e tendente a produzir “re-

sultado prático equivalente ao do adimplemento”. A quem se dirige ela: ao réu vencido, a terceiro(s), àquele e a este(s)?

Que o destinatário *pode ser* o próprio réu parece intuitivo. Resta saber se é *somente* a ele que o juiz tem a possibilidade de determinar alguma providência da classe das autorizadas pelo § 5º. (39)

Em nosso entender, a resposta é negativa. (40) Antes de mais nada, é concebível que haja ocorrido revelia, ou que o réu, depois de oferecer defesa, se tenha ausentado do lugar, ou mesmo do país. Ordem endereçada a um ausente, com toda a probabilidade, cairia no vazio. Ademais, haverá casos em que se afigure ilógico, ou talvez absurdo, determinar ao próprio vencido a prática do ato idôneo para surtir o efeito almejado. Note-se que tal ato nem sempre terá configuração coincidente com a daquele a que se obrigara o réu: o “resultado prático equivalente”, por hipótese, é atingível de *outro modo*.

De resto, a exemplificação constante do texto legal já aponta nitidamente no sentido que nos parece correto. Não se compreende, por exemplo, que a ordem de “busca e apreensão” se dirija ao próprio litigante vencido. O mesmo se dirá, com freqüência, da ordem de “remoção de pessoas e coisas”. Quanto à “atividade nociva”, *impedi-la* há de ser normalmente obra de outrem.

Em certos casos, bastará ao julgador dirigir a ordem a auxiliares do juízo; noutros, terá de endereçá-la a algum órgão da Administração Pública, competente para executar o ato (v.g., interditar estabelecimento industrial ou comercial). Não fica excluída, porém, a hipótese de determinação feita a terceiro, pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado (por exemplo: empresa jornalística, de radiodifusão ou de televisão, à qual se ordene suspender a publicação ou a transmissão de anúncio encomendado pelo réu).

Aqui também a inclusão (ou a não inclusão) da sentença na classe das mandamentais dependerá do contorno que se dê ao respectivo conceito. A conclusão variará conforme a premissa de que se parta, ou seja, conforme se julgue ou não necessária, para caracterizar como mandamental a sentença, a existência nela de ordem dirigida ao réu, ou a terceiro.

16. Chegamos à quinta pergunta (letra e), que obviamente só tem cabimento uma vez admitida a possibilidade de figurar terceiro qual destinatário da ordem. Concebe-se, aí, que a determinação se enderece *imediatamente* a este, ou que apenas surja como *posterius*. A ordem de interditar estabelecimento industrial ou comercial, ante a omissão continuada do cumprimento de obrigação (*lato sensu*) de fazer, dirige-se *imediatamente* ao órgão administrativo competente. É por tal meio que se buscará proporcionar ao autor “resultado prático equivalente ao do adimplemento”, prescindindo-se de processo executivo. Mas igualmente se concebe que a ordem ao terceiro constitua simples

acessório ou complemento da disposição principal da sentença: v.g., o juiz condena o réu a desmontar instalação destinada à propaganda comercial de certo produto e desde logo ordena a cessação da atividade de terceiros contratados para ali distribuir ao público material de publicidade do mesmo produto.

Aqui também, qualificar de mandamental a sentença, ou negar-lhe semelhante qualificação, depende de entender-se ou não indispensável que a eficácia de que se cogita seja imediata.

17. De quanto se expôs é fácil concluir: primeiro, que a incorporação de mecanismos como os do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 461 do Código de Processo Civil (este na redação dada pela Lei nº 8.952) ao nosso direito positivo realmente sugere, ou impõe, nova reflexão sobre a questão da sentença mandamental; depois, que essa reflexão pode conduzir a resultados diversos no que tange à inclusão (ou não inclusão) de sentenças proferidas à luz daqueles dispositivos na classe das mandamentais; que semelhante diversidade refletirá, como é lógico, a possibilidade de tomar posições igualmente diversas quanto à compreensão do conceito. Se nos ativermos à construção proposta pelos que, entre nós, versaram anteriormente o assunto, enriquecerá decerto menos a casuística das sentenças mandamentais. Preferido que seja outro modelo, teremos maior abundância de exemplos novos.

No segundo caso, estaremos assistindo a mais uma etapa do itinerário descrito ao longo dos anos pela figura da sentença mandamental. O conceito já foi modificado por ocasião da viagem do Velho ao Novo Mundo; não será de espantar que sofra novas modificações. Imprescindível, sim, é que a opção, seja qual for, se manifeste em termos explícitos e claros. Não parece aconselhável dizer apenas, genericamente, que é mandamental a sentença *ex art. 84 do Código de Defesa do Consumidor*, ou *ex art. 461 do Código de Processo Civil*. As hipóteses, conforme se viu, são várias e heterogêneas. Cumpre analisar se merecem todas, ou não, ver-se arrumadas juntas, sob o mesmo rótulo; e, em qualquer hipótese, pôr em realce o conceito que total ou parcialmente as irmana.

Adite-se uma observação derradeira, esta referente à correspondência entre a sentença e a ação. A inclusão de ordem na sentença independe de pedido do autor: deixa-o expresso o art. 461, § 5º, do estatuto processual, *verbis* “de ofício ou a requerimento”. O autor de modo nenhum precisa pleiteá-la para que o juiz a emita. Não fica excluída, portanto, a possibilidade de figurar o elemento mandamental (e até como preponderante) em sentença que acolha pedido de natureza diversa — condenatório, por exemplo. Será uma exceção à regra clássica da identidade entre a natureza da ação e a da sentença de procedência.

NOTAS

(1) Da literatura italiana citaremos apenas algumas obras recentíssimas: COMOGLIO — FERRI — TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*. Bolonha. 1995. págs. 651 e segs.; FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Pádua, 1996, págs. 119/20; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles, 1996, págs. 149 e segs.; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I (*Principi generali*), Milão, 1997, págs. 12 e segs. Cf. na Espanha, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., t. I, Barcelona, 1990, págs. 653/4. No que tange à Alemanha, vide, por todos. ROSENBERG — SCHWAB — GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., Munique, 1993, pág. 508.

(2) Ela subsiste em porção significativa da produção científica dos últimos anos: v.g., ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, 6ª ed., S. Paulo, 1997, págs. 634 e segs. (a esse autor parece não haver “utilidade prática em se distinguirem as sentenças mandamentais das constitutivas e/ou das condenatórias”: pág. 642); HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 25ª ed., Rio de Janeiro, 1998, págs. 518 e segs.; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1998, págs. 394 e segs. (o conceito de sentença condenatória seria “amplo o suficiente” para incluir as denominadas mandamentais: pág. 405).

(3) Vide t. II, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1947. págs., 440 e segs.

(4) S. Paulo, 1970, págs. 133/4, 211.

(5) *Trat. das ações*, t. IV, S. Paulo, 1976, pág. 9 (cf. pág. 36, onde se alude à “classe — estudada por GEORG KUTTNER — das sentenças mandamentais”).

(6) *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, Aalen, 1971 (reimpressão da edição de 1914), págs. 21 e segs.

(7) “*Die Bedeutung der Urteile der Zivilgerichte für andere Organe der Staatsgewalt bildet ein Problem, das von der Prozesswissenschaft erst in jüngster Zeit als solches erkannt worden ist*” (ob. cit., pág. 1).

(8) “*Sind na die Zivilurteile auch die andere Organe der Staatsgewalt, nämlich die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Verwaltungsbehörden einschliesslich der Verwaltungsgerichte und die Behörden der Strafjustiz ‘gebunden’?*” (ob. cit., pág. 5).

(9) A manifestação expressa de KUTTNER a favor da *Befehlstheorie* está em a nota 18 à pág. 23, ob. cit. Quanto à crítica, vide sobretudo KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Aalen, 1969 (reimpressão da edição de 1903), págs. 25 e segs., a despeito de cuja argumentação viria a preponderar o entendimento criticado: cf. por todos, na mais moderna literatura, ROSENBERG — SCHWAB — GOTTWALD, ob. cit., pág. 510: “*Das Urteil enthält aber stets (...) einen Leistungsbefehl an den Beklagten*”, isto é: “A sentença [condenatória], todavia, sempre contém (...) uma ordem de prestar dirigida ao réu”.

(10) Ob. cit., págs. 23/4.

(11) No original: “*Unter Anordnungsurteile versteht diese Abhandlung solche Urteile, in denen der Prozessrichter, ohne uher das zugrunde liegende privatrechtliche Rechtsverhältnis selbst eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, unmittelbar an die Adresse eines anderen Staatsorgans, einer öffentlichen Behörde oder eines “ffentlichen Beamten, die bestimmte Anordnung richtet, eine im Urteil näher bezeichnete, in den Bereich der Amtsbefugnisse dieses Staatsorgans fallende Amtshandlung vorzunehmen oder zu unterlassen, und zwar auf besonderes, neues Verlangen der siegreichen Prozesspartei”* (ob. cit., pág. 22).

(12) Vide pág. 24: “*dieses wird publizistisch verpflichtet, auf Verlangen der siegreichen Prozesspartei eine amtliche Handlung in Befolgung der richterlichen Amordnung vorzunehmen, ohne auf den Gang des Prozessverfahrens irgendeinen Einfluss gehabt zu haben (...)*”; ou, em vernáculo: “este [o órgão estatal], mediante requerimento da parte vitoriosa, fica publicisticamente obrigado a praticar um ato oficial, em cumprimento da ordem judicial, sem haver tido influência alguma sobre a marcha do processo”.

(13) Ob. cit., págs. 48/9.

(14) Ob. cit., pág. 50, onde se emprega a designação *Anordnungsurteile* com referência a semelhantes figuras.

(15) *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen, 1962 (reimpressão da edição de 1925), pág. 496, nota 2.615.

(16) *Zivilprozessrecht* Aalen, 1969 (reimpressão da edição de 1932), págs. 61/2.

(17) *Der Prozess als Rechtlage*, lug. cit. (nota 15): cf. pág. 116, nota 638 a: “*das Leitsungsurteil enthält nur einen Vollstreckungsbefehl an die Vollstreckungsorgane*” (a sentença condenatória só contém uma ordem de execução aos órgãos executivos).

(18) *Zivilprozessrecht*, págs. 54/6.

(19) Assim, enfaticamente, *Trat. das ações*. t. I, pág. 124.

(20) Vide entre muitos passos, ob. ult. cit., t. I, pág. 118. A tese da classificação de acordo com o elemento preponderante é basicamente correta, sem prejuízo das restrições que se possam fazer a outros aspectos da construção do autor.

(21) Ob. ult. cit., t. VI, pág. 3.

(22) “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” (ob. ult. cit., t. I, pág. 134: grifado no original). Longa a exemplificação, que vai desde a ação de renovação de contrato de locação até as habilitações incidentes, passando pela nunciação de obra nova, pela demarcação de terras, pelas ações modificativas do estado civil, pela interdição, pela homologação do penhor legal e por outras várias figuras, reunidas em lista onde nem todos enxergarão a desejável homogeneidade.

(23) Ob. ult. cit., t. VI, pág. 9.

(24) Ob. ult. cit., t. VI, págs. 15 e segs.

(25) *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959, vol. I, pág. 119, e vol. III, pág. 292, respectivamente.

(26) Assim JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1962, vol. II, págs. 57/8 (a propósito da classificação das ações), e vol. III, pág. 528 (quanto à das sentenças).

(27) O pensamento de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA está cumpridamente exposto no vol. II do *Curso de processo civil*, Porto Alegre, 1990, págs. 247 e segs. Note-se que em anteriores escritos (*vide Sentença mandamental e Eficácias da sentença e coisa julgada*, na coletânea *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre, 1979, págs. 35 e segs. e 93 e segs., respectivamente) já tomara o autor posição favorável à individualização da classe, embora sem desenhar-lhe o perfil com traços tão nítidos e minuciosos.

(28) *Curso*, vol. II, pág. 247 (destaques do original).

(29) *Ob. ult. cit.*, vol. II, pág. 319 (cf. pág. 269: “as fronteiras da mandamentabilidade não mais se limitam, como supunham seus primeiros teóricos, a ordens dirigidas a órgãos e servidores do Estado, mas, ao contrário, tanto podem ter uma autoridade quanto um particular como destinatários da ordem sentencial”).

(30) *Ob. ult. cit.*, vol. II, pág. 319. Caberia um reparo: no mandado de segurança, nem sempre a impetração visa ato de órgão do poder público (*vide Lei nº 1.533, de 31.12.1951, art. 1º, fine, e Constituição da República de 1988, art. 5º, nº LXIX, fine*), e as ações possessórias podem ser intentadas em face de entidade dessa natureza (*vide, no tocante à manutenção de posse, o art. 928, parágrafo único, do Código de Processo Civil*), de modo que é relativo o alcance da contraposição.

(31) Assim KAZUO WATANABE, *in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1998, págs. 614, 650, 651, 655.

(32) CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, págs. 154 e 161, alude, sem contudo subscrevê-la em termos explícitos, à opinião segundo a qual a adoção de medidas do gênero das previstas no art. 461 (e, antes, no Código de Defesa do Consumidor) teria aberto caminho para a consagração, no Brasil, da ação mandamental. Permitimo-nos observar que o trecho transcrito entre aspas na pág. 161 é de KAZUO WATANABE (*in ob. cit.*, pág. 650), e não de ADA PELLEGRINI GRINOVER, como por engano se diz aí; de resto, a posição dessa autora se afigura, pelo menos agora, mais categórica: *vide o artigo Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, in Ver. For.*, vol. 333, pág. 11, onde se afirma que a sentença mandamental é “hoje realidade incorporada ao processo civil comum”.

(33) Exemplos colhidos em LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela inibitória*, S. Paulo, 1998, págs. 120/1, 124, 129, 187, 188. Podem acrescentar-se outros, apontados em comentário ao Código de Defesa do Consumidor: o fechamento de estabelecimento comercial ou industrial, o impedimento da circulação de veículo de publicidade, a interrupção da transmissão de anúncio pela televisão, a retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores (KAZUO WATANABE, *in ob. cit.*, pág. 651).

(34) CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Nápoles, 1958, pág. 285, atribuíra ao processo executivo a função de “*fare che quello che deve essere sai*”.

(35) ADA PELLEGRINI GRINOVER art. cit., pág. 12. Procuraremos no item subsequente (nº 13), precisar o alcance que em nossa opinião se deve reconhecer a essa idéia.

(36) Por isso, não vemos a necessidade, suposta por ADA PELLEGRINI GRINOVER, art. cit., pág. 5, de “tomar *cum grano salis* a afirmação corrente de que as obrigações de não fazer seriam sempre infungíveis”. A afirmação é exatíssima; não a infirma, nem a restringe, o possível nascimento de obrigação *de fazer* (esta, com prestação fungível) em conseqüência do descumprimento da obrigação de abster-se. São duas situações inconfundíveis, embora o Código de Processo Civil adote a rubrica “Da obrigação de não fazer” para a seção composta dos arts. 642 e 643, ambos concernentes, na verdade, à obrigação de *desfazer* — que é um *facere*.

(37) Com razão CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., pág. 161, quando pondera que as “medidas de apoio” devem ser “prudentemente desencadeadas pelo juiz em casos tão extremos quanto a gravidade de cada uma”, e adverte: “É necessário dar equilíbrio à situação de ambos os litigantes no processo, dimensionando riscos de modo adequado”. Igualmente LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., pág. 188: “o juiz, na determinação da modalidade executiva capaz de fazer cessar o ilícito, deve estar atento ao princípio da necessidade, ou à denominada proibição de excesso”. Esse autor deixa transparente, em mais de um trecho, sua preferência pela tese da *facultatividade* da ordem prevista no § 5º do art. 461: assim, na pág. 187, ao escrever que “o juiz (...) tem a *possibilidade* de determinar as *medidas necessárias* para que seja obtida a tutela específica da obrigação ou um resultado prático equivalente” (grifamos “possibilidade”). Parece idêntico o entendimento de SÉRGIO BERMUDEZ, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, págs. 66/7, quando fala “das medidas que o juiz *poderá* conceder para efetivar a tutela específica, ou para assegurar o resultado prático equivalente” (sem grifo no original). Outro tanto é lícito asseverar de KAZUO WATANABE, que, em contexto distinto (comentário ao Código de Defesa do Consumidor, *in* ob. cit., pág. 524), mas a propósito do mesmo ponto, usa igual forma verbal (“*poderá*”).

(38) É a segunda hipótese a que se refere CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., pág. 157, quando explica que do emprego de providências *ex art. 461, § 5º*, “se esperam resultados capazes de encurtar o árduo caminho do credor, evitando talvez a necessidade de utilizar-se do processo de execução ou *imprimindo-lhe novo ritmo e nova eficiência*” (grifos nossos).

(39) Dá a impressão de pensar assim ADA PELLEGRINI GRINOVER, a julgar pelo seguinte passo: “Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a entidade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (...), mas sim *qualquer demandado titular da obrigação de fazer ou não fazer* (art. cit., pág. 11; sem grifo no original).

(40) Certo, LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit., pág. 117.