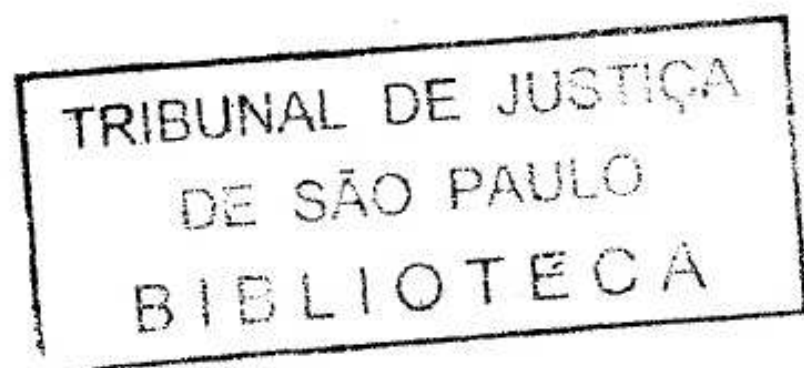


JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Oitava Série)



2004

 **Editora
Saraiva**

QUESTÕES VELHAS E NOVAS EM MATÉRIA DE CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS*

1. *Introdução. Evolução do tratamento da matéria noutros países* — A classificação das sentenças de acordo com o respectivo conteúdo e/ou, correlatamente, com os respectivos efeitos, é obra da doutrina processual de fins do século XIX e começo do século XX. Na Alemanha, o *Handbuch* de WACH, publicado em 1885, já mencionava três modalidades de tutela sentencial: uma “declaração em sentido estrito”, consistente no reconhecimento ou na negação de um direito (sentença declaratória); uma condenação, isto é, “imposição de realizar uma prestação ou ato”, que seria o fundamento do direito à modificação coativa direta do estado de coisas (a saber, a execução); e, por fim, um pronunciamento capaz de estabelecer de imediato o resultado pretendido, sem necessidade de ato executivo algum, no momento mesmo em que transita em julgado. A terceira classe, a que WACH não aplicava denominação especial, corresponderia aos casos em que se cuidava de simples regulamentação jurídica, sem alteração fática: entre os exemplos, apontavam-se o divórcio, a anulação de uma decisão arbitral, a dissolução de uma cooperativa¹; é evidente que se cogitava da classe de sentenças mais tarde designadas como constitutivas. O mesmo autor voltaria a ocupar-se do assunto, em aspecto particular, no ensaio sobre a pretensão à declaração (*Der Feststellungsanspruch*), de 1888, onde cuidou, entre outras coisas, de fixar a distinção entre a ação (e a sentença) declaratória, de um lado, e a ação (e a sentença) condenatória, de outro².

* Texto de conferência (com o acréscimo de notas) pronunciada em Foz do Iguaçu, nas V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em 4-8-2003.

1. Cito a tradução espanhola, de Tomás A. Banzhaf, sob o título *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. I, Buenos Aires, 1977, p. 32.

2. Aqui também, cito a tradução espanhola, de Juan M. Semon, sob o título *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, s.d. (mas 1962), p. 72 e s.

Volvidas pouco mais de duas décadas, refletia-se o *status quaestionis* no *System des deutschen Zivilprozessrechts* de HELLWIG, de 1912, em termos que se manteriam praticamente inalterados na posterior literatura alemã. HELLWIG expunha com toda a clareza a classificação ternária das sentenças: *a*) a meramente declaratória (*reines Feststellungsurteil*), que nada mais fazia que pronunciar-se acerca da existência ou inexistência de uma concreta relação jurídica; *b*) a condenatória (*verurteilendes Urteil*, ou *Leistungsurteil*, ou ainda *Vollstreckungsurteil*), que se distinguiria da primeira por conter uma *ordem*, ou antes duas, uma dirigida ao réu, no sentido de realizar a prestação, outra endereçada ao órgão da execução, ao qual atribuía o dever de executar (*die Pflicht zur Zwangsvollstreckung*); *c*) a constitutiva (*konstitutives Urteil*, ou *Gestaltungsurteil*, ou *rechtsänderndes Urteil*, ou ainda *Bewirkungsurteil*), cuja característica essencial era a de realizar diretamente uma modificação da situação jurídica existente³.

A doutrina subsequente, quase sem discrepância, trilhou esse caminho, e dele até hoje não se desviou⁴. Não quer dizer que não tenha havido “acidentes de percurso”. Um deles consistiu na proposta de sistematização diferente feita por KISCH, em obra de 1903, *Beiträge zur Urteilslehre*, onde as sentenças se viam repartidas em dois grandes grupos, conforme tivessem objeto material ou processual, e o primeiro grupo se compunha de nada menos de seis classes; a proposta não vingou⁵, sem embargo dos méritos do livro, entre os quais a demolidora crítica da caracterização, que entretanto se generalizaria, da sentença condenatória como portadora de *ordem* (*Befehlstheorie*)⁶. Para nós, o “acidente” mais interessante foi a tentativa de KUTTNER, em livro de 1914⁷, de destacar uma figura nova, a da *Anordnungsurteil*, antepassada daquela que viria a ser batizada, no Brasil,

3. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, v. I, Aalen, 1968 (reimpressão da edição de Leipzig, 1912), p. 38 e s. Na literatura posterior prevaleceram, para as duas últimas classes, as denominações *Leistungsurteil* e *Gestaltungsurteil*, respectivamente.

4. Na mais recente, para cingir-me a um único exemplo, vide MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 6ª ed., Munique, 2002, p. 288.

5. O próprio autor viria a abandoná-la, aderindo, na exposição sistemática do processo civil alemão, ao esquema classificatório predominante: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. espanhola de L. Prieto Castro, Madri, 1932, p. 255.

6. KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Aalen, 1969 (reimpressão da edição de 1903, Leipzig), p. 25 e s.

7. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, Munique, 1914 (minhas citações reportam-se à reimpressão de 1971, Aalen).

como sentença *mandamental*. Voltarei oportunamente ao tópico; mas desde já cabe assinalar que a proposta de KUTTNER, conquanto avalizada por GOLDSCHMIDT⁸, teve escassa e efêmera repercussão: as obras mais modernas nem sequer se dão o trabalho de criticá-la ou refutá-la: simplesmente não se referem a ela.

Paralela foi a evolução do pensamento processual italiano. Na famosa *prolusione* bolonhesa de 1903, sob nítida, e até explícita, influência alemã, CHIOVENDA já aderiu *expressis verbis* à tripartição: sentenças “*di condanna*”, “*d’ accertamento*”, “*di costituzione*”⁹. Nos *Principii*, de 1906, as três classes vêm estudadas em sucessivos parágrafos, devendo notar-se que o autor acrescenta um quarto dedicado àquilo a que chamou “*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*”, com o subtítulo “*cognizione sommaria*”¹⁰ — tópico de que não tratarei nesta palestra.

Também na Itália ocorreram incidentes. Nem todos, por exemplo, aceitaram como classe autônoma a das sentenças constitutivas; alguns preferiram assimilá-la à das meramente declaratórias: a diferença estaria apenas no *objeto* da declaração¹¹. Um vestígio dessa resistência ao reconhecimento da autonomia das sentenças constitutivas transparece na terminologia prestigiada, entre outros, por ninguém menos que CARNELUTTI: falou-se de “*accertamento costitutivo*”¹², como se, admitida embora a distinção entre a sentença constitutiva e a meramente declaratória, cumprisse deixar registrada a existência de uma espécie de cordão umbilical a ligar aquela a esta. O apego à função *declaratória* do processo refletiu-se na análise do conteúdo da sentença constitutiva: houve quem, com grande autoridade, propusesse dividi-lo em dois momentos, de naturezas diversas: um puramente declaratório, em que o juiz se limita a *reconhecer* o direito do autor a obter uma modificação jurídica, outro consistente em *produzir* tal modificação;

8. Para breve resenha histórica, vide BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental — da Alemanha ao Brasil*, in *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*, S. Paulo, 2001, p. 55 e s.

9. CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, v. I, Milão, 1993, p. 96/8, nota 118.

10. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, 1965 (reimpressão da edição de 1923), 2ª parte, §§ 6 a 8 bis, p. 157 e s.

11. Assim, v. g., ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, Milão, 1962 (reimpressão da 1ª ed., de 1906), p. 125 e s.

12. Vide, entre outros passos, *Sistema di diritto processuale civile*, v. I, Pádua, 1936, p. 147.

desses dois momentos, só ao primeiro se deveria atribuir caráter jurisdicional, ao passo que o segundo teria índole administrativa¹³.

De qualquer modo, acabou por firmar-se na península a classificação ternária. Ela continua a ser adotada na literatura mais recente¹⁴. Não quer isso dizer que inexistam divergências, por exemplo na fixação do critério discretivo entre a sentença meramente declaratória e a condenatória. Nesta oportunidade, contudo, não seria possível enfrentar semelhantes questões. Resta acrescentar que a classificação ternária predomina ainda hoje também noutros países da chamada família romano-germânica, como a Áustria¹⁵, a Espanha¹⁶, a Argentina¹⁷.

2. Evolução no direito brasileiro — O tema em foco demorou a atrair a atenção da doutrina pátria. São omissas ao propósito as obras publicadas no fim do século XIX e no começo do século XX. A partir de certa época, todavia, difundiu-se a classificação ternária, até hoje adotada em porção significativa da literatura¹⁸.

É interessante registrar, de passagem, que tal classificação esteve a ponto de ser consagrada em nosso direito positivo. O Anteprojeto de Código de Processo Civil elaborado por ALFREDO BUZAID estatuiu no art. 499: “A sentença, que julga procedente a ação, é: I — condenatória, se impõe

13. Assim, CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, v. I, Nápoles, 1965, p. 65 e s., espec. 78 e s.

14. A título exemplificativo: COMOGLIO—FERRI—TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bolonha, 1995, p. 651 e s.; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., Pádua, 1996, p. 119/20; LUISO, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., v. I, Milão, 2000, p. 10 e s.; PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, 4ª ed., Nápoles, 2002, p. 135 e s.

15. *Vide*, por todos, FASCHING, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Viena, 1990, p. 699.

16. Para limitar-me a obras editadas já na vigência da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000: GUASP—ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madri, 2002, p. 590; ORTELLS RAMOS, in ORTELLS RAMOS e outros, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Cizur Menor, 2002, p. 55 e s.

17. Na mais recente doutrina, *vide* ARAZI, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, Buenos Aires, s.d. (mas 1999), p. 9/10.

18. *V. g.*: ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, 7ª ed., S. Paulo, 2000, p. 638 e s.; CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2ª ed., S. Paulo, 2002, p. 197 e s.; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 39ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 468 e s. Esses autores incluem numa das classes tradicionais as sentenças a que outros reconhecem autonomia conceptual, notadamente as sentenças mandamentais e as denominadas executivas *lato sensu*. Voltarei ao ponto oportunamente.

ao réu uma prestação, cujo inadimplemento autoriza a execução forçada; II — constitutiva, se cria, modifica ou extingue relação ou situação jurídica; III — meramente declaratória, se se limita a afirmar a vontade da lei”. Foi bom que esse texto, muito defeituoso, não se houvesse incorporado ao Código. Deixando de lado a impropriedade terminológica do *caput* (não se julga procedente ou improcedente *a ação*, mas *o pedido*), ressalta a heterogeneidade dos critérios de definição: a sentença meramente declaratória era definida apenas em função do conteúdo, enquanto, no tocante à condenatória, surgia referência ao efeito (autorizar a execução forçada). Ademais, a aceitar-se como própria a expressão “vontade da lei” — altamente discutível, apesar de usual —, a respectiva afirmação de forma alguma constituiria peculiaridade da sentença meramente declaratória: com ressalva da jurisdição de equidade, toda e qualquer sentença deve limitar-se a refletir, no caso *sub iudice*, o que determina a lei.

Em posição especial na doutrina situou-se, como é notório, PONTES DE MIRANDA. Para bem compreender-lhe o pensamento, importa ter em mente que na sua obra a classificação das sentenças toma por base o elemento *preponderante* na respectiva eficácia. Ao ver de PONTES DE MIRANDA, não haveria sentença “pura”¹⁹: todas conteriam pesos heterogêneos de eficácia, que ele indicava por série decrescente de 5 a 1. Fosse qual fosse a sentença, sempre se poderia descobrir nela *alguma* carga, ainda que mínima, de cada espécie: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva²⁰, variando apenas a ordem de importância. Daí falar-se em “teoria da constante quinze”. O critério classificatório deveria fundar-se no peso que sobressai entre os cinco, no tipo predominante de eficácia — isto é, na “força da sentença”, se se quiser respeitar a terminologia do autor²¹.

Impregnava a construção boa dose de artificialismo. Por exemplo: para demonstrar a presença de eficácia condenatória na sentença declarativa, apontava PONTES DE MIRANDA a condenação ao pagamento das custas. Ora, tal condenação nem sempre tem cabimento: por exemplo, no processo perante os Juizados Especiais Cíveis, somente se condena o vencido em custas quando haja litigado de má-fé (Lei nº 9.099, de 26-9-1995, art. 55, *caput*, 1ª parte). Contudo, ainda que assim não fosse, o argumento incidia no pecado grave de fazer tábua rasa da distinção entre diversos

19. Assim, enfaticamente, *Tratado das ações*, v. I, S. Paulo, 1970, p. 124.

20. *Ibid.*, p. 142 /4; cf. t. VI, S. Paulo, 1978, p. 6.

21. *Vide*, entre muitos passos, *ob. cit.*, t. I., p. 118.

capítulos da sentença, os quais nem todos têm necessariamente igual natureza, mas podem pertencer a classes diferentes, considerado cada um de per si: *quot capita tot sententiae*²². Tampouco soam convincentes as asserções de que, “em toda sentença, há, *pelo menos*, a constitutividade que resulta de ter sido proferida”, assim como “em toda sentença há, *pelo menos*, a mandamentalidade do ‘Publique-se, registre-se’ ou semelhante mandamento”²³. Não é com razões de tão óbvia fragilidade que se conseguirá pôr de pé a “teoria da constante quinze”, a qual, verdade seja dita, contribui muito pouco para elucidar o assunto: que na mesma sentença se possam combinar várias “cargas de eficácia”, e que uma delas sobreleve às outras, é idéia a que dificilmente se objetará, mas na qual, por outro lado, não menos dificilmente se verá novidade capaz de emocionar.

Particularizando o discurso, impende atentar no conceito proposto por PONTES DE MIRANDA para a sentença mandamental. Na construção de KUTTNER, o traço essencial da classe residiria na existência de *ordem dirigida a órgão público estranho ao processo* — por exemplo: o órgão do registro, na hipótese de sentença de dissolução de sociedade a ele sujeita²⁴. O jurista brasileiro desprezou ambas as notas: o caráter público do destinatário da ordem e a sua estraneidade ao feito. Caracterizou a sentença mandamental como aquela na qual prepondera a carga de eficácia consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz manda²⁵. *Imediatamente*, insista-se: não entrariam na classe das mandamentais sentenças das quais decorra também ordem emitida pelo juiz, mas apenas como *posterius*, como resultado *mediato*²⁶. Quanto ao destinatário da ordem, poderia ser, indiferentemente, “outro órgão do Estado (...), algum sub-órgão da justiça, ou (...) alguma pessoa física ou jurídica”²⁷. Bem se compreende que fosse extenso o rol das sentenças consideradas

22. Em obra recentíssima, alude CÂNDIDO DINAMARCO ao caso de “dois capítulos de mérito”, um representado “pelo julgamento do mérito principal”, outro pelo “da pretensão relacionada com o custo financeiro do processo (custas, honorários *da sucumbência*)”: *Capítulos de sentença*, S. Paulo, 2002, p. 63 (grifado no original). É evidente que o primeiro capítulo pode ter cunho meramente declaratório (por exemplo, se julgou improcedente pedido de condenação do réu).

23. PONTES DE MIRANDA, ob. e t. cit., p. 142 (grifos do autor).

24. *Vide* a definição constante da ob. cit. (nota 7, *supra*), p. 22; para o exemplo, p. 48/9.

25. Ob. cit., t. VI, p. 3.

26. Ob. cit., t. I, p. 134.

27. Ob. cit., t. VI, p. 9.

mandamentais por PONTES DE MIRANDA: nele figuravam a sentença concessiva de *habeas corpus*, a concessiva de mandado de segurança, a favorável ao autor na ação de manutenção de posse, no interdito proibitório, nos embargos de terceiro e outras tantas, inclusive não poucas de índole cautelar²⁸.

Menos explícita era, na obra do ilustre autor, a caracterização da chamada sentença executiva, talvez porque ele se haja preocupado mais com as *ações* executivas do que com as sentenças do mesmo nome. Quem lê o tomo I do *Tratado das ações*, após os parágrafos dedicados à sentença declarativa, à constitutiva, à condenatória e à mandamental, encontra um consagrado à sentença executiva; no entanto, em vão buscará nele definição clara. As indicações que aí aparecem são manifestamente insuficientes para satisfazer a curiosidade do leitor; por exemplo: “a sentença favorável nas ações executivas *retira* valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e *põe-no* no patrimônio do demandante”; “as sentenças executivas ou restituem (...) ou extraem valor (...)”²⁹. Para obter melhores esclarecimentos, tem-se de recorrer a outros passos, como os que cotejam a sentença executiva com a condenatória; assim, v. g., quando, a propósito da sentença que acolhe o pedido de reintegração de posse, ensinava PONTES DE MIRANDA: “Não há *actio iudicati* de sentença favorável em ação possessória, para que se reintegre a posse; a sentença mesma já é sentença executiva, e não sentença de condenação”³⁰. Desse e de outros lanços extrai-se que, no pensamento do autor, enquanto a sentença condenatória tem unicamente *efeito* executivo — isto é, autoriza o vencedor a instaurar processo de execução —, a sentença executiva dispensa tal processo, pois ela própria *já executada*, tem *força* executiva.

A rigor, soa um tanto equívoca a afirmação. Por si e em si, a sentença de reintegração de posse de maneira alguma satisfaz o litigante vencedor: torna-se ainda necessário um *plus*, até o cumprimento do mandado. A diferença estaria mais na *forma* pela qual se dá efetividade prática ao julgamento. Prescinde-se de processo de execução individuado; não se prescinde, entretanto, de uma atividade complementar. Análoga observação cabe no que tange a outros exemplos de sentenças executivas dados

28. Ob. cit., t. VI, p. 15 e s.

29. Ob. cit., t. I, p. 212 (destaques do original).

30. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), v. III, t. 2, Rio de Janeiro, 1949, p. 424.

por PONTES DE MIRANDA: assim, as que julgam procedente o pedido em ação de reivindicação, de despejo, de depósito etc.³¹. Seja como for, aqui se faz necessário um registro: salvo engano, não aparece na obra do mestre a expressão, que se vem difundindo, “sentenças executivas *lato sensu*”; falava PONTES DE MIRANDA, só e sempre, de sentenças executivas, sem o complemento que em nossos dias se lhe costuma agregar — e que, aliás, unicamente terá sentido caso se lhe contraponha uma classe de sentenças executivas *stricto sensu*.

3. O estado da questão e a problemática a ser enfrentada — A classificação quinária, em suas linhas gerais, obteve, na doutrina posterior, adesões valiosas mas em número relativamente pequeno. Viria a ressurgir em data recente o interesse pelo assunto, sobretudo em razão de inovações legislativas, entre as quais as disposições do art. 84, *caput*, e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11-9-1990) e a modificação, nelas inspirada, do art. 461 do Código de Processo Civil, *ex vi* da Lei nº 8.952, de 13-12-1994, notadamente a atribuição, que se dá ao juiz, de determinar, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”, “as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva” (art. 461, § 5º, na redação da Lei nº 10.444, de 7-5-2002). Somam-se a isso, agora, outros aspectos da reforma, em curso, da execução.

As repercussões dessas mudanças na teoria da classificação das ações suscitam extensa e complexa problemática, que está longe de ver-se enfrentada em sua integral dimensão, e muito mais de ver-se exaurida, nas elaborações doutrinárias, várias delas sem dúvida meritórias, até aqui desenvolvidas. Não é, nem poderia ser, propósito meu oferecer neste ensejo soluções prontas e acabadas para todas as questões que reclamam exame. O que se pretende aqui é apenas fazer um levantamento das principais e apontar certas premissas metodológicas sem cuja observância não será fácil alcançar resultados positivos na matéria.

31. Essas e outras aparecem com carga 5 de executividade na tabela constante do t. VII do *Trat. das ações* cit., S. Paulo, 1978, p. 392 e s. O aspecto que ressalto no texto não escapou à argúcia de FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro*, no volume coletivo *Processo civil* (coord. de José Rogério Cruz e Tucci), S. Paulo, 1995, p. 129/30.

3.1. Convém começar por tema na verdade discutido há muito tempo, ao qual até se pode chamar clássico na doutrina processual, mas que se entrosa com outros de candente atualidade. Refiro-me à identificação do *quid* essencial da sentença condenatória, e em termos mais específicos daquilo que a distingue da sentença meramente declaratória. Diversas propostas, bem se sabe, foram apresentadas ao longo dos anos. Algumas delas buscam o elemento diferencial no *conteúdo* da sentença condenatória, ao passo que outras põem a tônica no respectivo *efeito*; nem faltam as que conjugam ambas as referências. Em brevíssima resenha das mais importantes, anote-se:

a) No que tange ao conteúdo, já se sustentou que a essência da condenação reside numa ordem³², que ora se concebe como dirigida ao litigante vencido, ora ao órgão de execução, ora a ambos³³; ou que reside no objeto da declaração (declaração de ato ilícito, ou declaração da responsabilidade³⁴); ou, ainda, que reside na aplicação de uma sanção³⁵.

Da primeira proposta (condenação = ordem), resultaria de imediato a necessidade de apontar o critério que distinguiria a sentença condenatória da sentença mandamental, atenta a circunstância de que também a respeito desta se alude a uma ordem. Consistiria a única alternativa em negar autonomia a uma das duas classes, incluindo as sentenças mandamentais na classe das condenatórias, como sugerem vozes autorizadíssimas na literatura brasileira contemporânea³⁶, ou as sentenças condenatórias na classe

32. Sintética, mas clara exposição ao propósito em LIEBMAN, *Embargos do executado*, trad. port. de J. Guimarães Menegale, S. Paulo, 1968, p. 98/9, a quem se remete inclusive para referências bibliográficas.

33. A dupla alusão — a uma ordem cujo destinatário é o réu vencido e a outra que se dirige ao órgão da execução — aparece na mais completa obra expositiva do direito processual civil alemão contemporâneo: ROSENBERG—SCHWAB—GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., Munique, 1993, p. 510.

34. Ambas as modalidades estão representadas na obra de CARNELUTTI: nas *Lezioni di diritto processuale civile*, 1ª parte, v. II, Pádua, 1926, p. 30 e s., espec. 40/1, falava o autor de declaração de um ato ilícito; já no *Sistema* cit. (nota 12), v. I, p. 138 e s., de declaração da responsabilidade nele fundada.

35. É a proposta de LIEBMAN, ob. cit., p. 1.203 e s., e *Processo de execução*, 4ª ed., S. Paulo, 1980, p. 17/80. A ela aderem processualistas brasileiros, como CÂNDIDO DINAMARCO, *Instit. cit.*, v. III, p. 229.

36. V. g., CÂNDIDO DINAMARCO, *Instit. cit.*, v. III, p. 242/5.

das mandamentais, conforme preferiu fazer GOLDSCHMIDT em certo momento de sua produção científica³⁷.

Por outro lado, a teoria da condenação como ordem jamais respondeu satisfatoriamente a certas objeções. Quando o juiz julga procedente pedido de indenização, estará realmente ordenando o réu a pagar o montante fixado? Se assim fosse, a omissão em cumprir espontaneamente a sentença configuraria crime de desobediência — coisa de que jamais se cogitou. Adite-se que a noção proposta de modo algum comportaria uma visão global da condenação, comum às diferentes espécies de processos. No campo penal, por exemplo, quando o juiz condena à morte o acusado, como ainda hoje pode ocorrer em vários ordenamentos jurídicos, porventura deverá entender-se que ele esteja ordenando ao condenado que morra? Por outro lado, se se disser que a ordem é endereçada ao órgão executivo, que pensar dos casos em que a condenação é imposta pelo próprio juiz ao qual compete a execução? Teríamos de conceber uma ordem de tipo “bumerangue”, dirigida àquele mesmo órgão que a emite?

Quanto à tese da condenação como declaração de ato ilícito, ou da responsabilidade dele decorrente, pergunta-se: é razoável conceber como ato ilícito o mero fato de haver sucumbido no processo? Ou teremos de excluir do terreno da condenação o capítulo da sentença onde o juiz impõe à parte vencida o pagamento, à vencedora, das despesas e dos honorários de seu advogado (Código de Processo Civil, art. 20, *caput*)?³⁸

Análogo reparo é cabível no tocante à teoria da condenação como aplicação de sanção³⁹. Por maior elasticidade que se queira dar a este conceito, dificilmente se conseguirá fazê-lo abranger a imposição do pagamento de custas e honorários, pelo menos em sistema jurídico como o nosso, em que tal imposição se funda no mero sucumbimento e não pres-

37. *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen, 1962 (reimpressão da ed. de 1925), p. 17. Frise-se que GOLDSCHMIDT enxergava a essência da condenação em ordem dirigida ao órgão da execução: assim, explicitamente, ob. cit., p. 116, nota 638a: “*das Leistungsurteil enthält nur eine Vollstreckungsbefehl an die Vollstreckungsorgane* (a sentença condenatória só contém uma ordem de execução aos órgãos executivos)”.

38. Procedente, no particular, a objeção de LIEBMAN, ob. cit., p. 102; mas crítica análoga pode ser feita à concepção liebmaniana da condenação como aplicação de sanção: *vide* as linhas subseqüentes de meu texto.

39. Para uma crítica *ex professo* da teoria de LIEBMAN, permito-me remeter o leitor ao ensaio *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*, in *Temas de Dir. Proc.* (Primeira Série), 2ª ed., S. Paulo, 1988, p. 72 e s.

supõe conduta antijurídica ou abusiva da parte. De outra banda, acaso não haverá aplicação de sanções em sentenças tidas e havidas pacificamente como constitutivas? Que faz essencialmente, senão aplicar uma sanção, a sentença que decreta a separação do casal, com fundamento na prática de “ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” (Código Civil, art. 1.572, *caput*)? Ou a que destitui do poder familiar o pai ou a mãe que castiga imoderadamente o filho, ou o deixa em abandono, ou pratica ato contrário à moral e aos bons costumes (Código Civil, art. 1.638, ns. I a III)?

b) Não diminuem as perplexidades se substituimos o critério baseado no conteúdo pelo fundado no efeito típico que se atribui à sentença condenatória: servir de *título executivo*. Para começar, a caracterização que se apega exclusivamente ao efeito implica, de certo modo, renúncia à identificação do elemento contido *na sentença*, que a faz ser o que é. Realmente, em princípio, a diferença *de efeito* deve corresponder a uma diferença *de conteúdo*. Se a sentença condenatória, ao contrário da meramente declaratória, abre caminho para a execução, não será preciso, para explicar de modo cabal a diferença, indicar o *plus* presente naquela e ausente desta? Não teria razão, assim, CALAMANDREI, quando censurou o critério ora em foco por identificar a nota característica da condenação “não tanto naquilo que ela é, quanto naquilo que ela prepara”, e por conseguinte basear a definição “num elemento situado fora da noção a definir”⁴⁰

Há mais. Se a essência da condenação, sua marca inconfundível, reside na aptidão para desencadear o processo de execução, onde achará espaço a sentença que impõe ao réu a perda de sinal pago? Teremos de expulsá-la do recinto reservado às condenatórias, só porque, já estando a quantia em poder do autor, não haverá o que executar? E a sentença que impõe a prestação de alimentos, nas hipóteses em que a prestação é integralmente descontada em folha de pagamento (Código de Processo Civil, art. 734)? Caso se responda que, nessas hipóteses, a sentença não é condenatória, senão mandamental, em razão da ordem emitida pelo juiz à repartição pública ou à empresa, nem por isso se evitará nova interrogação: *quid iuris* se, perdido amanhã o cargo ou o emprego, mas subsistente

40. CALAMANDREI, *La condanna*, in *Op. giur. cit.*, v. V, 1972, p. 491. Vale a pena transcrever os trechos principais: “la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa prepara; (...) nel considerarla soltanto come preparazione della esecuzione forzata, la definizione viene a basarsi su un elemento che sta all’infuori della nozione da definire” (destaques do original).

o dever de alimentar, for mister recorrer, para a cobrança, ao processo de execução de corte tradicional? Tal circunstância acaso mudará a natureza da sentença, que — talvez muito tempo depois de proferida — se verá deslocada, sem mais aquela, de uma classe para outra? E as sentenças que acolhem pedido de um fazer com prestador infungível, como nas hipóteses clássicas do artista que se nega a pintar o quadro encomendado, ou do cientista que se recusa a cumprir o contrato em que se obrigara a pronunciar conferência sobre assunto de sua especialidade? Nesses casos, é notório, não há propriamente execução forçada, nem é dado ao órgão judicial assegurar ao credor, por meio das providências enumeradas no art. 461, § 5º, ou de outras análogas, “resultado prático equivalente ao do adimplemento”, senão impondo multa de índole coercitiva, para induzir o devedor a prestar. A multa, sem dúvida, poderá ser executivamente cobrada, mas para a obrigação principal não se abre semelhante via. Deveremos inferir daí que tampouco essas sentenças merecem lugar entre as condenatórias?

3.2. Passemos às sentenças ditas mandamentais. Não há por que objetar, em princípio, a que se componha com determinadas sentenças classe assim intitulada e autônoma em relação à das condenatórias. Entretanto, para legitimar a atitude, põe-se uma *conditio sine qua non*: a indicação exata do traço distintivo. Essa indicação pressupõe, por sua vez, um conceito preciso de sentença mandamental⁴¹. As referências a esta, encontradas em trabalhos recentes, nem sempre vêm tendo o cuidado de enunciá-lo.

Veja-se o caso das sentenças que julgam procedente o pedido relativo a obrigação de fazer ou não fazer. Parece um tanto arbitrário dizer, pura e simplesmente, que o art. 461, em sua nova redação, contempla sentenças mandamentais, porque o juiz, ao acolher o pedido, emite uma ou mais ordens. Para imprimir total solidez à proposta, é forçoso considerar, aqui, uma série de indagações⁴², a começar pela seguinte: a presença desse elemento é *obrigatória* na sentença favorável ao autor? Ou ficará a critério do juiz, conforme as circunstâncias, emitir ou não alguma ordem — que, na espécie, talvez lhe pareça desnecessária ou inútil? No caso

41. O texto subsequente reproduz, em termos sintéticos, considerações feitas no ensaio cit. em a nota 8, *supra*, p. 62 e s.

42. Aqui também, o trecho subsequente reitera, com formulação ligeiramente diversa, o que sobre o problema já se dissera no ensaio cit. em a nota 8, *supra*, p. 62/3.

negativo, obviamente, desde logo se excluirá a hipótese da mandamentalidade.

Pressupondo-se, todavia, que o juiz realmente emita ordem, nem por isso estará tudo esclarecido. Para que a sentença mereça a qualificação de mandamental:

a) é indiferente ou não *a espécie* de ordem emitida?

b) é ou não preciso que a eficácia da ordem *predomine*, como queria PONTES DE MIRANDA, sobre todas as outras atribuíveis à sentença?

c) é ou não irrelevante que a ordem *se dirija* ao réu, a algum terceiro, ou a ambos?

d) deve a eficácia da ordem — consoante exigia também PONTES DE MIRANDA — ser *imediata*, ou basta que seja *mediata*?

Sem que tomemos posição nítida em relação a cada uma dessas questões, o debate sobre a sentença mandamental correrá o risco de assemelhar-se a um diálogo de surdos. Não se saberá a que realidade estará aludindo cada um dos debatedores ao usar a expressão. Permito-me duvidar de que por aí se chegue a qualquer resultado útil.

Impõe-se a esta altura uma observação. O adjetivo “mandamental”, que já figurava, para qualificar o substantivo “ação”, no art. 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-1990), ingressou no Código de Processo Civil por obra da Lei nº 10.358, de 27-12-2001, que acrescentou ao *caput* do art. 14 um inciso V, a fim de incluir entre os deveres das partes e dos outros partícipes do processo o de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. À vista do contexto, parece que esses “provimentos”, qualificados de “mandamentais”, nada são senão *decisões* — sem que se explique a preterição de substantivo consagrado por outro inteiramente estranho, no sentido em que aqui se emprega, à tradição da nossa linguagem processual, na qual sempre se falou de “provimento” para designar o julgamento favorável de recurso. Feito o registro crítico, importa ressaltar que maior se torna, agora, a necessidade de precisar o conceito de “mandamental”, uma vez que a violação do disposto no inciso V “constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição” e acarreta a aplicação de sanções diversas; ora, é princípio inconcusso que não se pune comportamento que não esteja claramente previsto como ilícito, e por conseguinte não podem ter acepção duvidosa ou controversa as palavras empregadas para descrever o tipo.

3.3. Chegamos, enfim, às chamadas sentenças executivas — sem o complemento “*lato sensu*”, que, peço licença para reiterar, apenas se justificará se quem o use estiver disposto a explicar em que consiste uma sentença executiva *stricto sensu*. Apesar da insuficiente clareza na exposição de PONTES DE MIRANDA sobre o ponto, tem-se entendido que a classe se caracteriza pela desnecessidade de processo de execução diferenciado para tornar efetiva a tutela, nos casos de procedência do pedido. Aqui não é possível deixar de perguntar que é que se considera, exatamente, processo de execução diferenciado.

Ficará tal designação reservada para o processo executivo cuja instauração depende da iniciativa da parte? Excluir-se-á a execução passível de ser iniciada de ofício pelo órgão judicial? Se for assim, teremos de remover desde já da classe das sentenças condenatórias para a das executivas as que impõem prestação no processo trabalhista: segundo o art. 878, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente”.

Examinemos outra possibilidade: a de que se deva negar a existência de processo executivo diferenciado sempre que, em vez de determinar a citação do litigante vencido, o juiz se limite a tomar outra providência para dar eficácia prática ao julgamento. Nesses casos, tudo se passará *no mesmo processo*, e isso bastará para retirar a sentença da classe das condenatórias e caracterizá-la como executiva. Ora bem; ainda assim, somos forçados a reconhecer que o julgado não se torna praticamente eficaz sem uma complementação da atividade jurisdicional. No despejo, por exemplo, acolhendo o pedido, o órgão judicial marca prazo para a desocupação voluntária do imóvel e, escoado o prazo *in albis*, expede o mandado *de evacuando* (Lei nº 8.245, de 18-10-1991, arts. 63 e 65). Na ação de depósito, julgado procedente o pedido, ordena o juiz a expedição de mandado para a entrega da coisa depositada ou do equivalente em dinheiro (Código de Processo Civil, art. 904, *caput*)⁴³. E assim por diante.

Em semelhante perspectiva, haverá, pois, traço comum, de grande importância, entre a sentença condenatória e a executiva: numa e noutra, para afeiçoar ao julgamento de procedência a realidade fática — em linguagem carneluttiana, para fazer que aquilo que *deve ser* realmente *seja* —,

43. Recorde-se que tanto a ação de despejo quanto a de depósito se vêm incluídas por PONTES DE MIRANDA na classe das executivas: *Trat. das ações cit.*, t. I, p. 319 e 393.

será necessária atividade jurisdicional complementar. Nisso, a sentença executiva e a condenatória, juntas, opõem-se à sentença meramente declaratória e à constitutiva, que esgotam em si e por si mesmas toda a tutela concebível. Não será essa, afinal de contas, a *summa divisio*? Se for, teremos de ver onde situar a sentença mandamental — o que obviamente pressupõe a fixação, ainda por fazer, do respectivo conceito.

Cumprido aludir, por último, a uma sentença de características particulares: a que acolhe o pedido de emissão, pelo réu, de declaração de vontade e, não cumprida voluntariamente, supre a declaração de vontade que aquele se recusa a emitir. O protótipo, no direito brasileiro, é a sentença do art. 641 do Código de Processo Civil, *verbis* “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. (Tem a mesma feição, na legislação mais recente, a sentença que, resistindo um dos contratantes à instituição da arbitragem, a despeito da existência de cláusula compromissória, julga procedente o pedido da outra parte para compelir o recalcitrante ao cumprimento da convenção arbitral: ela “valerá como compromisso”, nos termos do art. 7º, § 7º, da Lei nº 9.307, de 23-9-1996). No plano comparatístico, semelhante figura tem correspondente quase exato na do § 894, nº I, *principio*, da *Zivilprozessordnung* alemã: “Se o devedor é condenado à emissão de uma declaração de vontade, a declaração vale como emitida, tão logo a sentença haja transitado em julgado”⁴⁴.

Empregam os textos, quer o brasileiro, quer o alemão, o verbo *condenar*. Na Alemanha, a doutrina hoje predominante classifica como condenatória a sentença do § 894⁴⁵. Tal posição será naturalmente inaceitável para quem veja no efeito executivo traço essencial dessa classe. Realmente: apesar da colocação do art. 641 no Livro II do Código de Processo Civil, o dispositivo nada tem que ver com o processo de execução, que, por supérfluo, nem sequer chega a formar-se. O que aí se regula é questão

44. No original: “Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat”. A fórmula brasileira tem a vantagem de evitar a ficção jurídica, atendo-se realisticamente à equiparação de efeitos. Adite-se que os nossos arts. 639 e 640, que completam o quadro, foram mutuados do art. 2.932, 1ª e 2ª alíneas, do *Codice di procedura civile* italiano.

45. Vide, por todos, ROSENBERG—SCHWAB—GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* cit., p. 527. Nem sempre foi pacífico o ponto: houve quem, no passado, preferisse incluir a sentença entre as constitutivas (referências bibliográficas em SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966, p. 33, nota 19).

pertinente à atividade cognitiva do órgão judicial. O lugar apropriado seria o capítulo referente aos efeitos da sentença⁴⁶. A peculiaridade de não comportar execução, no sentido técnico, e de criar, por si só, nova situação jurídica para as partes militaria a favor da qualificação da sentença como constitutiva — e na verdade muitos, sobretudo na Itália, assim a têm rotulado⁴⁷. Entretanto, não se cuida aí de direito potestativo — espécie com a qual se põe geralmente em correlação a classe das sentenças constitutivas⁴⁸ — mas de direito a uma prestação, consistente na emissão da declaração de vontade.

PONTES DE MIRANDA localizava a sentença do art. 641 na classe das executivas⁴⁹ — proposta que teve alguma repercussão na literatura subsequente⁵⁰. E talvez ela mereça mais que qualquer outra essa qualificação. É, por assim dizer, *autoexecutável*: reconhece o direito do autor a determinada prestação e, uma vez passada em julgado, desde logo o satisfaz, proporcionando-lhe, independentemente de qualquer ato do réu vencido ou do órgão judicial (*rectius*: de qualquer formalidade superveniente), situação jurídica idêntica àquela em que ele se veria caso o devedor cumprisse a obrigação. Parece-me, por isso, que a denominação de “executiva” quadra bem melhor a tal sentença do que a outras que ainda exigem, para a satisfação do vencedor, quando não cumpridas *sponte propria* pelo vencido, esta ou aquela forma de atuação do mecanismo judicial, diversa embora da execução nos moldes tradicionais⁵¹.

46. Como sustentei no ensaio *Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade*, in *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro, 1999, p. 215.

47. Para indicações, *vide* BARBOSA MOREIRA, *trab. cit.* em a nota anterior, p. 216, nota 22. Sustenta a natureza constitutiva, na mais recente literatura pátria, CÂNDIDO DINAMARCO, *Instit. cit.*, v. III, p. 248, 252 e s.

48. Como faz o próprio CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. e v. cit.*, p. 249/50.

49. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. X, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2002 (atualização legislativa de Sergio Bermudes), p. 105 e s.; ainda antes, *Trat. das ações cit.*, t. I, p. 212 (cf. t. VII, p. 293).

50. Por exemplo: OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, v. II, Porto Alegre, 1990, p. 96/7; ARAKEN DE ASSIS, *Manual do processo de execução*, 8ª ed., S. Paulo, 2002, p. 529/9.

51. Não é nova a idéia: há mais de setenta anos apontava CALAMANDREI na decisão em foco um “ato de execução forçada” (*La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ensaio publicado em 1931 e agora incluído no v. IX das *Op. giur. cit.*, p. 344 e s.); acompanhou-o, no Brasil, BUENO VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, in *Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1965, p. 176.

4. *Considerações finais* — Os que tiveram a paciência de acompanhar esta exposição devem sentir-se um tanto frustrados ao verificar que ela contém muito maior número de perguntas que de respostas. À beira do crepúsculo, ouvindo cada vez mais próximo o toque de recolher, já não alimento a esperança de descobrir, por minhas próprias forças, o “abre-te, sésamo” que me dê acesso à decifração de certos enigmas — processuais e outros... Por isso avisei que me cingiria ao levantamento da problemática e à fixação de premissas metodológicas. Queixe-se de si mesmo quem, apesar da advertência, insistiu em permanecer na platéia.

Toda classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica. Ora, em qualquer manual elementar de lógica encontram-se várias regras básicas, e uma delas impõe que o critério classificatório seja *uniforme*. Aplicado à matéria de que estamos cuidando, ele exclui que se possa legitimamente colocar a tônica, para uma classe, no *conteúdo* da sentença e, para outra, nos *efeitos*.

Decerto, o normal é que haja alguma correlação entre estes e aquele. Mas trata-se de ponto contingente, sujeito em boa medida à descrição do legislador. Dou-lhes um exemplo. Suponhamos que um dia se venha a reformar o art. 4º do Código de Processo Civil, para estatuir que, julgado procedente, antes de qualquer violação, pedido de declaração de um direito subjetivo, a sentença se converta *pleno iure* em título executivo, quiçá mediante liquidação, se e quando a violação ocorrer. No momento em que foi proferida, a sentença era, por seu conteúdo, inequivocamente declaratória; porventura se converterá em condenatória, na hipótese de consumar-se a violação? A natureza da sentença ficará dependente de acontecimento futuro, que talvez jamais ocorra? Teríamos de assimilar a declaração nela contida a uma espécie de condenação sujeita a condição legal suspensiva? Ou o efeito executivo é que poderá, em consequência da violação, vir a ser produzido pela sentença, sem que seja preciso deslocá-la de uma para outra classe? Uma sentença declaratória com eventual efeito executivo é algo que a tradição repele, mas que à lei é dado consagrar, a menos que se prefira impor ao direito positivo, como uma camisa de força, nossos conceitos apriorísticos.

Em suma: podemos classificar as sentenças de acordo com o conteúdo, ou de acordo com os efeitos. O que decididamente não podemos é passar, no meio do caminho, de um critério a outro.

Permitam-me temperar com uma pitada de humor a aridez desta palestra. Em interessante ensaio de processualista italiano⁵², colhe-se a informação de que, numa velha enciclopédia chinesa, os animais se viam distribuídos nas seguintes quatorze classes: 1ª) pertencentes ao Imperador; 2ª) embalsamados; 3ª) amestrados; 4ª) bacorinhos; 5ª) sereias; 6ª) fabulosos; 7ª) cães vagabundos; 8ª) incluídos nesta classificação; 9ª) que se agitam como loucos; 10ª) inumeráveis; 11ª) desenhados com pincel finíssimo de pêlo de camelo; 12ª) etc.; 13ª) que quebraram o vaso; 14ª) que de longe parecem moscas. O caso pode ser anedótico; nem por isso deixa de ser útil para alertar-nos, ao mesmo tempo, contra o perigo de misturar critérios e de exagerar na respectiva dosagem. Convém ter presente esse pitoresco exemplo todas as vezes que nos sentirmos tentados a dar rédea solta ao nosso *animus classificandi*, antes que ele tome o freio nos dentes e se transforme em cego e obsessivo *furor classificandi*.

Julho de 2003.

52. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979, p. 1.340, nota 23.