SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA QUÊ?

## Sérgio Cruz Arenhart

*Procurador da República. Ex-juiz Federal.*

*Mestre e doutor em Direito.*

*Professor da UFPR e da UTP.*

**1. QUESTÕES PRÉVIAS**

 A doutrina brasileira há muito tempo debate sobre a classificação das sentenças, com especial apreço para a questão da admissão ou não das chamadas sentenças executivas e mandamentais no sistema nacional. É verdade que muito do interesse neste último debate foi superado em razão da previsão expressa, no ordenamento brasileiro, dos provimentos mandamentais, como se vê do disposto no art. 14, inc. V, do CPC.

 Porém, várias questões ainda permanecem vivas a respeito da classificação das sentenças, especialmente com a aproximação cada vez maior entre as medidas condenatórias e as executivas/mandamentais, diante da alteração procedida no sistema de efetivação das decisões judiciais, especialmente trazida pela Lei n. 11.232/05. Com efeito, a previsão de multa para o descumprimento da sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro, torna esta espécie de provimento – classicamente tido como condenatório – muito similar àqueles considerados como mandamentais ou executivos.

 Surge, pois, o interesse em ponderar sobre essas três classes de sentenças, especialmente para determinar se ainda se pode aludir à eficácia condenatória como algo distinto das eficácias mandamental ou executiva.

 De início, porém, parece necessário pensar se há utilidade, no direito atual, na classificação dos provimentos que impõem prestação de fato, entre as categorias de sentenças mandamental, executiva ou condenatória.

 Realmente, porque a sentença condenatória sempre foi associada à execução patrimonial – ou seja, cuja responsabilidade deve recair sobre o patrimônio do réu ou de terceiro – foi necessário conceber outras estruturas que lidassem com a responsabilidade pessoal ou, ao menos, que permitissem ao próprio Poder Judiciário dar efetividade (independentemente de provocação nova da parte) às suas decisões. Daí surgiu o interesse nos provimentos mandamentais e executivos, exatamente em razão da diversidade de seu tratamento no ordenamento jurídico, seja em relação aos instrumentos utilizados para sua efetivação, seja por permitirem sua imposição *ex officio*.

 Todavia, quando se nota que, na atualidade, é possível o emprego amplo das técnicas mandamental e executiva e, sobretudo, quando se percebe que a lei expressamente autoriza a fungibilidade entre *todas* essas medidas (art. 461 e seus parágrafos 1o, 4o e 5o do CPC), pode-se concluir que talvez não haja mais utilidade na distinção entre essas duas eficácias. Ora, se há essa fungibilidade e se as técnicas mandamental e executiva não estão mais restritas a casos isolados, então de fato se pode cogitar sobre a necessidade da separação dessas eficácias, especialmente porque o juiz está hoje autorizado a conceder uma por outra, a fim de garantir a melhor proteção possível ao direito pleiteado.[[1]](#footnote-1)

 Entretanto, parece que ainda remanesce interesse (ainda que remoto) na classificação, em especial porque a fungibilidade autorizada ainda não é completa. Embora se possa concluir que, para as técnicas mandamental e executiva, há ampla possibilidade de fungibilidade realizada *ex officio*, por meio da cláusula aberta do art. 461, do CPC, há ainda muita resistência na doutrina em admitir que esse dispositivo possa ser empregado indistintamente para outros procedimentos especiais, designados para a tutela de direitos pontuais. Assim, por exemplo, não é corrente encontrar em doutrina opiniões que admitam a concessão de ordens mandamentais em procedimentos que gerariam (classicamente) sentenças executivas e vice-versa. Tome-se o caso do mandado de segurança, em que ainda é difícil encontrar autores que admitam o emprego de técnicas coercitivas diversas da sanção criminal (que é a conseqüência clássica à desobediência do comando emitido naquele feito) e, mais ainda, que aceitem o cabimento de provimentos executivos para a realização da sentença ali proferida.

 Não obstante pareça ser infundada a resistência a essa ampliação do emprego subsidiário das técnicas do art. 461 para todos os tipos de procedimentos, essa postura ainda indica a necessidade da classificação dos efeitos da sentença, já que permanece viva a ligação que se costuma fazer entre o pedido (imediato) e o provimento oferecido.

 Mais evidente ainda é a situação da eficácia condenatória. Como se vê do preceito contido no art. 461, § 1o, do CPC, a fungibilidade entre esse efeito e os outros (mandamental e executivo), para a tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, depende ou da solicitação do autor ou da impossibilidade de obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Sendo, portanto, possível a obtenção desses últimos efeitos, não se admite a fungibilidade, o que denota a importância – ainda maior – em se separar a eficácia condenatória das demais.

 A situação se torna ainda mais evidente quando a prestação devida diz respeito ao pagamento de dinheiro. Nesse caso, ainda que haja vozes em sentido contrário,[[2]](#footnote-2) é praticamente pacífica a orientação no sentido de não caber o recurso à via executiva ou à mandamental (salvo em casos especificados por lei) para a efetivação desse tipo de prestação. Somente pelo caminho da ação condenatória é que se obtém a tutela dessas prestações, dada a previsão específica a respeito, no código de processo civil (art. 475-I, do CPC).

 Por outro lado, se ainda permanece o interesse nessas categorias, é de se ver que, sobretudo em razão do contido no art. 475-J, do CPC, passou para muitos a ser mais difícil identificar o verdadeiro cerne da sentença condenatória. Se agora também essas sentenças permitem a imposição de uma multa para garantir seu cumprimento, então talvez isso seja indicativo de que o código atual abandonou essa classe de sentenças, para autorizar, para todos os tipos de prestação, provimentos de natureza mandamental e executiva.

 É esse o propósito desse pequeno trabalho: identificar a essência da eficácia condenatória e determinar sua importância (se ainda existir) no direito atual. É o que se tentará fazer a seguir.

**2. A ESSÊNCIA DA EFICÁCIA CONDENATÓRIA**

 Examinando atentamente a evolução histórica da eficácia, pode-se concluir que a função da sentença condenatória é, tão-somente, abrir ao vencedor o acesso ao processo ou à fase de execução; é, enfim, formar um título executivo. A sentença condenatória é nada mais que um ato preparatório da futura execução.

 Jamais se poderia imaginar que, na ação condenatória, pudesse o juiz, em seu *decisum*, determinar, desde já, que o condenado cumpra o dispositivo da sentença. Esta não é função do juiz no processo de conhecimento, mas apenas no processo de execução. Eis a lição que se extrai de LIEBMAN[[3]](#footnote-3), que salienta que “houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. Mesmo a sentença declaratória, ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigorante entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida*. Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente.* Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória.”

 Tem-se, aí, a expressão mais notória da visão clássica sobre a ação condenatória. Cognição absolutamente separada de execução. Isto em perfeita atenção à divisão chiovendiana entre o “*declarar o direito*” e o “*atuar o direito*”**.**

 Aliás, interessante observar que tal noção de ação condenatória (e de sentença condenatória) não encontra em Liebman, ou em Chiovenda, sua origem. Na verdade, tal concepção viaja pelo tempo, praticamente intocada, desde o próprio direito romano.

 No direito romano clássico, a sentença condenatória jamais possuiu o campo de aplicação que lhe dá o direito moderno. De fato, a *condemnatio* romana tinha incidência perfeitamente delimitada, como sucedâneo ao inadimplemento de uma *obligatio*. O desrespeito a uma *obligatio* gerava para o credor insatisfeito a oportunidade de fazer uso de uma *actio,* que conduziria a uma *condemnatio*. Essa obrigação, a seu turno, se limitava ao clássico conteúdo obrigacional, ou seja, a prestações de dar, fazer e não fazer.[[4]](#footnote-4) A propósito, na lição de BETTI[[5]](#footnote-5), no direito romano clássico ao menos, toda *actio in personam civilis* vinculava-se a uma *obbligatio*, conforme acentuaram os jurisconsultos (Gai IV.2; III, 180; IV, 106; Ulp. D. 44, 7, 25 pr; I. 4, 6, 1). Para o autor, no direito romano, o conceito de *obbligatio* decorria de certa noção técnica do *ius civile*, designando a relação jurídica travada entre pessoa e pessoa, caracterizada pelo elemento *responsabilidade* e pelo caráter civil desta responsabilidade (fato que a distinguiria de outras categorias jurídicas).

 Vai daí que, diversamente do que ocorre no direito moderno (onde muitos ainda enxergam nos direitos reais uma obrigação passiva universal), para o direito romano os direitos absolutos não eram tutelados pela *actio* ou pela *condemnatio.* A tais direitos se outorgava o instrumento da *vindicatio,* forma de interdito[[6]](#footnote-6) que não se incluía na *iurisdictio* romana, sendo exercício de *imperium*. Diversamente do que ocorria na *iurisdictio*, com os interditos não se postulava a declaração (*accertamento*) de um direito, “ele era ao contrário um preceito hipotético com o qual não se intimava um juiz a condenar, como nas fórmulas, mas diretamente à parte de obedecer, quando os fatos alegados fossem verdadeiros”[[7]](#footnote-7). Este instrumento representava exercício de *imperium*, pois ao magistrado (*praetor*) concedia-se, como agente “público” que era, o poder de emitir ordens. E, tal ordem era consentida, mesmo sem a declaração da existência do direito, pois, via de regra, se tratava da tutela de direitos evidentes, que, portanto, prescindiam de sua declaração. Cabe menção, aqui, às palavras de IHERING[[8]](#footnote-8), que afirma que “a idéia antiga de que um direito evidente e incontestável implica a autorização de realizar por meio de uma execução privada, e que é por conseqüência dado ao vencedor, e não ao poder do Estado, realizar o julgamento, em uma palavra, a idéia de *execução privada legal*, antítese da nossa *execução judiciária* atual: — esta idéia, digo eu, está na base do sistema de procedimento em questão. O Pretor não executa ele mesmo por meio de seus auxiliares, mas ele autoriza o requerente a tornar-se senhor (*duci jubere*) da pessoa do devedor, da criança, do escravo, a se por na posse de seus bens... *Esta autorização se faz, em regra geral, sob a forma de uma proibição endereçada ao adversário de se opor em resistência a este ato de justiça privada, no modo de um interdito proibitório*”.

 Os direitos reais, como os demais direitos absolutos, para o direito romano, prescindem de qualquer comportamento dos demais sujeitos. Por isso mesmo, impossível aplicar aos direitos absolutos a *condemnatio*, que impõe ao devedor uma obrigação (uma conduta). Novamente, recorre-se às palavras de BETTI[[9]](#footnote-9), segundo quem, “com esta premissa, confrontemos as *obligationes* com a outra categoria de direito privado que tem sua fonte no *ius civile*, os direitos reais. Estes, mesmo depois de violados, não perdem o caractere, que eles têm segundo a concepção romana, de relações de pertinência de uma coisa (rapporti di appartenenza di una cosa, diz o texto original): não assumem nunca, como no direito moderno, uma direção pessoal, *não se ligando a relações de obrigação*. O direito ignora realmente — como já foi demonstrado por Wlassak — o conceito elaborado dos modernos de pretensão real e aquela correlata de obrigação real. O direito real é concebido exclusivamente como um poder o qual — em outorgando ao titular uma posição de liberdade frente aos outros particulares — não tem mais que um objeto, a coisa. Ele é concebido como um poder sobre a coisa, não suscetível nem mesmo de forma eventual e previamente indeterminada de tornar-se fonte de obrigações para outras pessoas estranhas”.[[10]](#footnote-10)

 Tem-se, aí, pois, a divergência fundamental de tratamento que era concedida, em direito romano clássico, às obrigações e aos direitos reais. Enquanto a estes se aplicava o instituto da *vindicatio* (interdito) gerando uma ordem ao vencido — no sentido de que este não se opusesse à retomada privada do bem espoliado — à obrigação concedia-se o remédio da *condemnatio*, em sede de jurisdição (com a declaração do direito, pois não constituía direito evidente) que, caso não cumprida espontaneamente, gerava, como única conseqüência, a possibilidade ao credor de fazer uso da *actio iudicati* — tal como ocorre no direito moderno.

 Se essa dualidade é certa para o direito romano clássico, também é correto afirmar que, no curso da história, seus contornos foram em muito alterados. Em razão de diversas circunstâncias, verificou-se expansão brutal do uso da *condemnatio*, com a respectiva retração na aplicação dos interditos.

 Tal fenômeno pode ser caracterizado já no período do direito romano tardio, e tem decisiva relevância para o conceito moderno de sentença condenatória. Evidentemente, tal expansão da *condemnatio* está inexoravelmente ligada à ampliação da noção de *obligatio*. Buscando o momento desta identificação do direito pessoal com o real, salienta BETTI[[11]](#footnote-11) que “o motivo e a tendência da alteração mencionada, poderia ser encontrada no fato de que os compiladores tendem não apenas a suprimir todos os vestígios do processo formular clássico (D. 3, 5, 46 (47) 1), mas também a atenuar e quase cancelar aquela claríssima contraposição que no sistema do direito clássico existia entre a figura da actio in rem e a figura da actio in personam. Nas Instituições justinanéias (4, 13, 5) eles afirmam realmente um conceito da pretensão real, como alguma coisa perfeitamente análoga à pretensão pessoal característica da obrigação. Eles dizem, de fato, contaminando duas passagens de Gaio (III, 180, con IV 106-7; cf. Segrè, Obligatio, in ‘Studi Bonfante’, III, 537: nr. 11, nt. 115); si iudicio tecum actum fuerit *sive in rem* sive in personam, nihilo minus *obligatio durat*”.

 Ora, ao se aproximarem os conceitos de direitos obrigacionais e direitos reais, sucumbe grande parte do interesse na separação dos instrumentos destinados à proteção de cada um desses valores. Ao lado disto, fundamental para a ampliação do uso da *condemnatio* foi o entendimento, errôneo, de que a *litis contestatio* transformava qualquer direito trazido a juízo em obrigação. Sobre o tema, leciona OVIDIO BAPTISTA DA SILVA[[12]](#footnote-12) que “esta violência ao texto gaiano, [refere o autor ao texto acima transcrito] introduzindo nessa passagem das Instituições (III, 180) a locução *‘sive in rem’*, que aí não figurava, mas que apenas vinha referida no texto em que GAIO tratava do efeito da propositura da instância sobre a execução de coisa julgada (IV, 106 e 107), foi certamente a primeira agressão contra as ações reais, e especialmente, contra a reivindicatória. (...) Do modo como essa passagem das Instituições de Justiniano fora redigida, era possível afirmar que, tal como sucedia nas ações *in personam* — originárias de uma *obligatio*, capaz como lembra BETTI de ser *substituída* pelo vínculo emergente da *litis contestatio* —, igualmente nas ações *in rem* o processo ‘gerava’ (e não simplesmente *substituía*, como de fato ocorria com a *obligatio* preexistente) uma obrigação, de tal sorte que o demandado, que jamais estivera ligado ao autor da ação reivindicatória por qualquer relação obrigacional, por obra e graça da *litis contestatio*, transformava-se em seu devedor (!)” .

 Ora, se todo e qualquer direito posto em juízo se transforma em obrigação, nada mais natural que ele seja tutelado pela forma típica das obrigações, ou seja, pela condenação.[[13]](#footnote-13)

 A partir de então, observou-se uma crescente diminuição no uso dos interditos romanos, ao lado daquilo que OVIDIO BAPTISTA DA SILVA denominou de “universalização da ação condenatória”[[14]](#footnote-14). A distinção entre direitos reais e pessoais (ou, em outra medida, entre direitos absolutos e relativos) não mais fazia sentido, já que a ambos eram ofertados os mesmos meios de tutela, ou seja, a ação condenatória. Olvidou-se os interditos, com seus inúmeros benefícios, como instrumento eficaz para a tutela dos direitos evidentes, que permitia uma tutela rápida e em exercício de *imperium*. Privilegiou-se, ao contrário, a condenação— como função da *iurisdictio*, e conseqüentemente de mero *accertamento* do direito, sem a efetiva atuação do poder estatal — útil, agora, para a tutela de todos os tipos de direito.

 Enfim, não se pode esquecer a contribuição – para a eliminação dessa distinção entre direitos absolutos e relativos – dada pela doutrina racionalista, que não concebia relações jurídicas senão entre pessoas. Ora, se toda relação jurídica deve envolver apenas pessoas, não se poderia imaginar relações estabelecidas *sobre coisas*, surgindo então a noção de direito real como um direito obrigacional que tem sujeito passivo *erga omnes*, tão caro à doutrina do século XIX.[[15]](#footnote-15)

 Com toda essa influência, não é difícil notar a razão pela qual o processo passou a “pessoalizar” todo tipo de direito e oferecer a todos esses a mesma forma de tutela, ou seja, a sentença condenatória.

 Ocorre que, como já examinado, a sentença condenatória que foi legada ao sistema atual permanece sendo, em seu âmago, expressão de mero julgamento de um *iudex* privado. Seu elemento preponderante não está em qualquer *ordem judicial*, ou na imposição do *poder do Estado*. Antes, sua nota essencial é a *declaração de um direito e a certificação da incidência de uma sanção*. Precisa, nesse passo, é a lição de Liebman, mencionada no início deste estudo: a sentença declaratória e a condenatória, sob certo sentido, refletem ontologicamente a mesma atividade. Com efeito, por sua própria essência, a condenação não é nada além de uma combinação de declaração com constituição, limitada a operar no plano jurídico sem nenhuma conseqüência fática (que somente será gerada pela incoação do novo momento processual, o do cumprimento de sentença, *que permanece na esfera de liberdade do interessado*, como se verá adiante).[[16]](#footnote-16)

 Por essa visão, não tem o juiz o poder de emitir ordens, já que essa não é sua função. Evidentemente, latente a essa orientação está a visão liberal do direito, que glorifica a autonomia privada e a liberdade individual, colocando o Estado nas algemas da lei estrita.[[17]](#footnote-17)

 É certo que houve quem visse, na condenação, caráter de ordem estatal. Chiovenda, por exemplo, entendia que a sentença condenatória dá lugar a um novo mandado, *dirigido aos órgãos encarregados da execução*[[18]](#footnote-18)*.* Esta opinião, todavia, é equivocada, já que, embora existente, não é esta ordem que realmente tipifica a sentença condenatória. Tal ordem, aliás, é natural a inúmeras espécies de provimentos, das mais diversas naturezas – pense-se que o juiz também ordena a inscrição, no registro público, do novo titular da propriedade, na ação de usucapião, bem como a averbação do novo estado civil dos ex-cônjuges, na ação de divórcio. Outrossim, é certo que a condenação não enseja a execução simplesmente porque contém uma ordem a algum funcionário público, mas sim porque estabelece a declaração de certeza objetiva quanto à existência dos pressupostos exigidos pela lei para que aquela execução aconteça.[[19]](#footnote-19)

 Constitui a condenação, de um lado, exercício de tutela fundamentalmente declaratória, em que se reconhece, de maneira inquestionável, a incidência de uma norma, com sua sanção respectiva, fazendo aplicar, concretamente, a norma abstrata que deverá reger a situação específica.[[20]](#footnote-20) Em substância, como pondera Liebman,[[21]](#footnote-21) duas são as funções essenciais da condenação: inicialmente, reconhece o direito existente; em segundo lugar, põe em ação para o caso concreto as “forças latentes”, abstratamente previstas pela sanção genérica, prevista na regra jurídica (elemento em que, segundo este autor, esta tutela se diferencia das demais declarações).

 Embora na visão tradicional da doutrina, a declaração contida na condenação seja diferente daquela inerente aos provimentos declaratórios, exatamente por fazer incidir concretamente a sanção abstrata, ao que parece não existe aí nenhuma diferença substancial. Com efeito, a única distinção que se pode extrair daí é que, enquanto nos provimentos declaratórios em geral o juiz limita-se a reconhecer a incidência da *hipótese normativa da regra* (seu comando), na condenação há ênfase para a declaração da *sanção ali existente*. Realmente, nos provimentos declaratórios, limita-se o juiz a declarar (*accertare*) que os elementos contidos na regra efetivamente estão presentes no caso concreto. Na tutela condenatória, a atividade do juiz visa a declarar, à luz da verificação específica dos elementos que compõem a hipótese normativa descrita na regra, a concreção da sanção por ela determinada. Na essência, portanto, nenhuma diferença existe, a não ser quanto ao *objeto da declaração*.

 De outro lado, além da declaração produzida pela sentença condenatória, pode-se dizer que produz ela também eficácia *constitutiva*. Ao criar para a parte autora um título executivo, transforma a condenação a primitiva *obrigação* existente em *sujeição*, residindo precisamente aí o elemento constitutivo interno à condenação.[[22]](#footnote-22) Somente com a constituição deste novo estado jurídico (de sujeição) está o credor em situação de exigir do demandado a satisfação coativa da obrigação, por meio de novo processo, o de execução.

 Embora antiga, parece relevante referir à lição de Satta,[[23]](#footnote-23) que muito se debruçou sobre a questão, para buscar estabelecer a distinção que existe na tutela oferecida para direitos absolutos (ou, na nomenclatura por ele utilizada, *situações jurídicas finais*, em que o direito só precisa de reconhecimento, como é o caso dos direitos reais) e direitos por ele denominados de instrumentais (*grosso modo*, equiparáveis aos direitos à prestação). Segundo o autor, nas situações jurídicas finais, o direito não necessita de nada além do *accertamento* para sua tutela, enquanto nas situações instrumentais, é necessária uma declaração especial, ou seja, de uma “obrigação”. Esta declaração de uma obrigação, nas palavras do autor, “diferentemente da declaração do direito, não é nunca um fim em si mesma: ela é sempre e necessariamente em função de uma ulterior exigência de tutela jurídica, em harmonia com a posição instrumental da obrigação, e disto deriva um caractere constitutivo, que se exprime precisamente no termo tradicional de condenação, e concretamente se manifesta na ação executiva que surge da própria condenação”.[[24]](#footnote-24) Esmiuçando melhor esses conceitos, segue o mesmo processualista, dizendo que “a contraposição por nós estabelecida entre declaração da obrigação e declaração do direito (situação jurídica final) sob o perfil da tutela jurisdicional pode causar alguma dúvida quando se observa que muito freqüentemente a declaração do direito não é suficiente para fazer conseguir ao titular a satisfação do interesse, por exemplo porque o bem, de que se afirmou a propriedade, encontra-se na posse de outrem: é esta a situação normal na ação reivindicatória. E tanto mais será legítima a dúvida, quanto se considere que tanto o código civil como o de processo põem sob o mesmo denominador de execução a atividade conseguinte à sentença reivindicatória e à sentença condenatória. Contudo, um atento exame permite compreender a profunda diferença que existe entre as duas hipóteses. Se é de fato verdade que o direito declarado pode não ser materialmente satisfeito, não é menos verdadeiro que o direito mesmo tem em si, intrinsecamente, a capacidade de realizar-se: o proprietário reconhecido como tal no confronto com o possuidor ilegítimo, para retomar a posse da *sua* coisa não tem nada mais que fazer senão exercitar o próprio direito. Se não o pode fazer, isto é por uma razão de caráter formal: e consiste em que o possuidor, ainda que ilegítimo, é tutelado pela lei, e o proprietário não pode romper este já tênue diafragma *[‘rompere questo ormai tenue diaframma’, diz o texto original]*, que o separa da sua coisa, sem turbar a paz social. Por isso o exercício do direito reconhecido é ainda intermediado pela jurisdição, a qual se explica seja em comandos complementares à declaração (ordens, inibições, etc.), comandos que não são ‘condenações’, mas simples atos de império, seja na assistência material à retomada da posse. Quando todavia a posse for restituída ao titular do direito, este não terá nada a mais do que aquilo que tinha no momento em que o direito foi declarado, não será por exemplo proprietário mais ou menos do que era. Não é necessário dizer como é diversa e oposta a situação na hipótese de declaração de obrigação (condenação). Falar aqui de exercício do direito não tem nenhum sentido: aqui não há direito a ser exercitado, mas um direito a ser constituído para adimplemento da obrigação, precisamente aquele direito a cuja constituição a obrigação era instrumentalmente pré-ordenada. Apenas com a constituição desse direito (que implica a expropriação do obrigado) a tutela jurisdicional será realizada. A contraprova desta diferença se tem, como de hábito, considerando os reflexos penalísticos da posição do titular do direito declarado em respeito ao credor: enquanto de fato se o primeiro ingressa na posse da coisa reconhecida como sua sem recorrer ao órgão jurisdicional comete um simples exercício arbitrário das próprias razões, o credor que subtrai ao devedor um bem para satisfazer o seu crédito, comete furto, não podendo sequer alegar em sua defesa o exercício de um direito”.[[25]](#footnote-25)

 Enfim, segundo essa opinião, nessa ausência de ordem reside a tônica dominante da sentença condenatória. Há, em essência, uma declaração especial, mas ainda assim uma declaração. Segundo Satta[[26]](#footnote-26), “*la sentenza di condanna non contiene nessun ordine, è solo l’accertamento dell’obbligo, e comunque l’esecuzione può avvenire anche in forza di un titolo esecutivo stragiudiziale, ad esempio di un contratto, in cui certo nessuno potrebbe pensare di ravvisare un ordine*”. Em contraposição, para a proteção das situações jurídicas finais, não teria cabimento o emprego da sentença condenatória. Isto porque não constituem tais direitos qualquer forma de relação obrigacional, “*ma costituiscono dei semplici doveri inerenti a una situazione giuridica finale, della quale sono in certo modo il riflesso”*[[27]](#footnote-27). Devem, pois, ser tutelados como exercício de direito absoluto, e não de obrigação. Em seu entendimento, esse tratamento se daria com o simples emprego de provimentos declaratórios – aos quais seriam agregados meios materiais complementares, para o exaurimento dessa declaração – já que o direito é bastante em si. O interessante é perceber que essa declaração (somada a esses meios materiais) nada mais é do que o conceito atualmente adotado das eficácias mandamentais e executivas.

 Em síntese, portanto, pode-se afirmar que, na doutrina, é evidente a tônica da sentença condenatória: em seu corpo não há *ordem judicial*, mas simples reconhecimento de uma obrigação e autorização para que o interessado – *segundo seu arbítrio e sua conveniência* – acesse os atos (ou, eventualmente, o processo) de satisfação de seu direito.

**3. A NOÇÃO DE CONDENAÇÃO EM PONTES DE MIRANDA**

 A opinião acima defendida é veementemente combatida por Pontes de Miranda, que discorda da possibilidade de identificação entre as eficácias condenatória e um misto de declaração e constituição.

 Segundo o autor, a eficácia condenatória tem sempre por objetivo colocar aquele que causou um dano na situação de repará-lo.[[28]](#footnote-28) Embora Pontes de Miranda não negue que as sentenças condenatórias possuam elemento também declaratório – vale lembrar que, em sua teoria, todas as sentenças em princípio contêm todas as eficácias, ainda que em graus diferentes de intensidade – afirma ele que não se pode equiparar a condenação à possibilidade de execução forçada. A uma, porque pode haver condenação sem execução forçada. A duas, porque “a declaração não é, só por si, sanção à violação”.[[29]](#footnote-29)

 Segundo afirma Pontes de Miranda, a eficácia declaratória se liga apenas a situações em que a relação jurídica precisa ser reconhecida. Já a condenação pressupõe o dano (*cum damno*), sendo a via adequada para permitir a reparação deste. Vai daí que, para o autor, “nas ações de condenação, a sentença tem como efeito *normal* – pois que não houve adiantamento de execução ou de mandamento – o efeito executivo, pela formação de título executivo; mas a sentença não é executiva, menos ainda a ação. (...) A sentença de condenação não executa – permite a execução; tampouco, manda que se cumpra a prestação – abre portas a que se peça a execução e o juiz executor execute”.[[30]](#footnote-30)

 Não se pode tirar a razão do autor, quando afirma que a declaração contida na sentença declaratória é distinta daquela presente na sentença condenatória. Identicamente, não se nega que a constituição, na sentença condenatória, apresente também caráter peculiar. Todavia, ainda assim, parece claro que, apesar dessas peculiaridades, ainda assim na condenação não se vai adiante de uma declaração e de uma constituição.

 Aliás, o próprio Pontes de Miranda reconhece isso, quando afirma, na passagem acima indicada, que a tônica da sentença condenatória está no chamado “efeito executivo”, assim considerado aquele que gera a *formação do título*. Do mesmo modo, reconhece o autor não ser papel da sentença condenatória *realizar o direito*, mas simplesmente “permitir a execução”, ou seja, “abrir portas a que se peça a execução”.

 Nitidamente, está-se, pois, diante de sentença que não *impõe* ao réu uma conduta. Não há *imperium* estatal, mas simples reconhecimento de que o autor tem direito a acessar os atos de execução (por processo autônomo ou por simples incidente), *se assim desejar*. Não se põe em jogo a autoridade do Estado, mas apenas o interesse da parte, em ver satisfeito (ou não) o seu direito, que fora reconhecido judicialmente.

 Desse modo, embora Pontes de Miranda critique a assimilação da sentença condenatória às sentenças declaratória e constitutiva, não deixa ele de ter dificuldade em extremar essas categorias, terminando por reconhecer que a função mais importante da condenação é, simplesmente, abrir as portas da execução.

 É interessante, de todo modo, perceber que, embora Pontes de Miranda note essa finalidade da condenação – dar ensejo a que a parte possa promover a execução – insiste ele em classificar como sentença condenatória aquela emanada na ação cominatória – que, como se sabe, é a origem da tutela específica das prestações de fazer e não fazer. Com efeito, também na ação cominatória (existente na época em que o autor escreveu sua célebre obra) se autorizava a imposição de multa para o descumprimento da sentença que obrigava o réu ao fazer ou ao não-fazer. Para Pontes de Miranda, essa imposição de um meio coercitivo não descaracterizava a eficácia condenatória da sentença.

 Aliás, parece ainda mais interessante notar que, na ótica do autor, mesmo a cominação de sanções não pecuniárias – como a pena de prisão civil – implicava a idéia de ação cominatória e, portanto, de sentença condenatória.[[31]](#footnote-31) Em síntese, no entender de Pontes de Miranda, qualquer processo em que se imponha pena ao réu para forçá-lo ao cumprimento de uma prestação, *em razão de lei processual* (e não material) caracterizará ação cominatória.[[32]](#footnote-32) E, sempre que se estiver diante de uma ação cominatória, haverá eficácia preponderantemente condenatória. Nas palavras do autor, “condena-se, porque se declarou e o preceito não foi atendido. Preceitou-se, de jeito que o não-cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer dá ensejo a condenação do demandado ao que foi cominado, *como*, se tivesse sido proposta a ação de condenação e o demandado não cumprisse aquilo a que fora condenado, *lhe teria de ser exigida a indenização* (as perdas e danos)”.[[33]](#footnote-33)

 A conclusão de Pontes de Miranda, em relação a estas demandas, é interessante, porque revela, ao que parece, dubiedade no critério por ele utilizado para identificar as demandas condenatórias. Com efeito, para apontar como condenatória as ações cominatórias (ou outras semelhantes), não deixa Pontes de Miranda de observar que o que foi violado, aqui, não foi apenas o direito do autor, mas antes a decisão (e, portanto, a autoridade) do próprio juiz. Em suas precisas palavras, “o direito ainda não foi violado. O que está para ser violado ou respeitado é o decreto do juiz, de *natureza declaratória*”.[[34]](#footnote-34)

 Ora, há aí, no exame da ação cominatória, ao que parece, evidente contradição com os fundamentos que o autor havia lançado ao tentar extremar a ação condenatória das demais espécies. De fato, inicialmente Pontes de Miranda afirmava (aliás, corretamente) que na eficácia condenatória não há ordem judicial, de modo que o autor que descumpre essa sentença não desobedece a alguma determinação do Estado. Logo depois, porém, a fim de classificar a ação cominatória como condenatória, sustenta ele que a violação que faz incidir a pena não é ao direito do autor, mas à decisão judicial.

 Na verdade, bem ponderada a análise de Pontes de Miranda, vê-se que seu critério não é absolutamente seguro, exatamente porque deixa de considerar o que há de mais essencial na eficácia condenatória: a falta de ordem estatal, o que leva à sua caracterização como uma simples forma especial de declaração e de constituição.[[35]](#footnote-35)

**4. A SOBREVIVÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NO REGIME ATUAL**

 Isso tudo faz concluir que a sentença condenatória não deixou de existir no direito brasileiro atual. A ação que busca prestação pecuniária permanece – salvo raras exceções – tendo essa particular eficácia preponderante, ainda que conte ela, hoje, com uma multa (art. 475-J, do CPC) para punir o réu que não adimpliu voluntariamente com a prestação contida na sentença.

 A existência da multa em questão, a propósito, não transformou a sentença condenatória em mandamental e muito menos em executiva.[[36]](#footnote-36) De fato, essa multa não tem a finalidade precisa de impor ao réu o cumprimento da prestação. Como alerta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o papel da multa em questão é estritamente penitencial e não coercitiva.[[37]](#footnote-37) Esse caráter é evidenciado em razão da invariabilidade de seu montante. Realmente, por se tratar de multa fixa (de dez por cento sobre o valor da condenação) não há a possibilidade de o magistrado adequá-la para impor efetivo temor ao réu recalcitrante. Outrossim, por se tratar de multa única, também o seu caráter coercitivo resta muito diminuído, na medida em que, violado o prazo para cumprimento espontâneo e incidida a multa, não há mais “coerção” a ser imposta ao devedor.

 Todavia, o que mais demonstra que a sentença em questão mantém seu caráter condenatório (em sua acepção antiga) – não tendo sido transformada em uma sentença executiva ou mandamental – é o fato de que o exaurimento da sentença, ou seja, o efetivo cumprimento da decisão, permanece na esfera de autonomia do credor. É ele – e não o juiz – quem decide se e quando dará início ao “cumprimento de sentença”. Ao juiz cabe tão-só reconhecer o direito ao crédito e dar ao (agora) credor o acesso à via executiva (desde que ultrapassado o prazo para o cumprimento voluntário da sentença). Não tem o juiz, por seu próprio ofício, o poder de impor a satisfação da prestação, o que revela a ausência de *imperium* na decisão e, conseqüentemente, a falta do caráter mandamental ou executivo a ela.

 Em conta disso, pode-se concluir que, embora relevante a reforma operada com a Lei n. 11.232/05, não conseguiu ela ainda romper com as fortes influências ideológicas que mantêm o direito processual atual preso à velha tradição do *iudex* privado romano. A prestação pecuniária ainda é tratada por meio de instrumentos muito semelhantes à *condemnatio* romana, sem que se tenha, ainda hoje, oferecido ao magistrado o *poder* de *ordenar*, com sua estatalidade, o cumprimento da prestação.

 É evidente a necessidade de superação desse dogma, como, aliás, já ocorreu com *todas as outras formas de prestação*. Nada mais justifica esse tratamento distinto dado à prestação pecuniária.

 É preciso, ao menos por força do primado da isonomia, notar que, se às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, se confere proteção pela via mandamental ou executiva, também essa deve ser a técnica empregada para as prestações pecuniárias, sempre que se mostrem mais eficazes do que a medida condenatória.

 A medida prevista no art. 475-J, do CPC, por ainda manter-se ligada à tradição condenatória e, portanto, à autonomia do autor e, sobretudo, à incoercibilidade das prestações pecuniárias, não pode mais ser admitida como técnica adequada de tutela, para os padrões atuais. De fato, em uma época em que, para todas as demais formas de prestação vigora o primado da atipicidade dos meios executivos – o que autoriza o magistrado a oferecer a técnica executiva mais adequada para a rápida e específica proteção do direito demandado – não se justifica que a tutela das pretensões à percepção de dinheiro permaneça (salvo raras exceções) atrelada, exclusivamente, à execução por sub-rogação real (responsabilidade patrimonial). Especialmente quando se sabe que, na atualidade, não é raro o emprego de medidas para furtar o patrimônio da responsabilidade pelo pagamento das dívidas, como também não é raro esconder-se bens para dificultar a execução, não tem mais sentido, manter a *necessária* vinculação entre prestação pecuniária e execução por sub-rogação real. Por outro lado, muito menos sentido existe em se condicionar o início dessa fase de satisfação à manifestação de vontade do autor. O autor já indicou seu desejo ao recebimento do crédito, ao iniciar o processo! Ninguém em sã consciência acreditará que sua intenção, ao dar início à longa (às vezes até demais!) fase de conhecimento era, apenas, a de obter uma sentença que o reconhecesse como credor do réu. É evidente que seu desejo é, e sempre foi, o de obter o dinheiro a que entende fazer jus, de modo que nada explica, na atualidade, que deva ele manifestar novamente – como se fora uma confirmação do batismo – sua fé na necessidade de satisfação de seu crédito. A par do evidente desprestígio que isso causa à decisão judicial e à autoridade do Estado, há inquestionável despropósito nessa imposição. Não é mais possível conceber uma sentença judicial como um simples “passaporte” que se oferece ao autor para que tenha acesso a um outro procedimento (seja em processo novo, seja em mero incidente de um processo já instaurado) este sim dedicado à satisfação de sua verdadeira e única intenção.

 Insta, portanto, abandonar de vez a sentença condenatória – ao menos em sua feição clássica – para concluir que todas as tutelas de repercussão física devam ser tuteladas por meio do *imperium* do Estado e, então, por medidas executivas e mandamentais, inclusive as prestações de pagar soma em dinheiro.[[38]](#footnote-38) Vencido o dogma da tipicidade dos meios executivos e superada a idéia da incoercibilidade das prestações, nada mais há que autorize a manutenção desta velha sentença condenatória. Também esta técnica, pois, merece ser modernizada, para admitir completa fungibilidade com as eficácias mandamental e executiva, de modo que, para todas as formas de prestação, o único critério a presidir a eleição da forma de satisfação (sub-rogação pessoal, sub-rogação real ou coerção) seja o princípio da efetividade e o da menor onerosidade, em combinação.

 Precisa-se, portanto, assumir de vez a superação dessa velha sentença condenatória, para oferecer a todas as prestações o mesmo tipo de tratamento: uma ordem judicial que imponha a prestação, sob pena do emprego do meio adequado à sua pronta e rápida satisfação (sem descurar, evidentemente, da garantia de menor onerosidade possível, que se deve oferecer ao ordenado). Em face disso, a classificação das sentenças, por mais paradoxal que pareça, poderá voltar a assumir sua versão original, em três categorias: sentenças declaratórias, sentenças constitutivas e sentenças *de transformação fática*. Abandonada, porém, ficaria aqui a idéia da sentença condenatória (em sua concepção original, que, como visto, nada mais representa do que uma forma híbrida de declaração e de constituição). As sentenças de transformação fática seriam aquelas que autorizariam o Estado a emitir uma ordem para o cumprimento de uma prestação (ou, em forma mais ampla) para a realização de um fato, permitindo, em caso de não cumprimento da ordem a adoção de providências que permitam a consecução do resultado da ordem, seja pela responsabilização patrimonial (sub-rogação real), seja pela responsabilização pessoal (medidas de indução), seja pela intervenção de terceiros (sub-rogação pessoal).

 Ao que parece, assim se estará definitivamente cortando as amarras que por tanto tempo ligaram o direito processual atual à *condemnatio* romana. Somente assim se poderá dar um passo definitivo em prol da efetividade do processo e da real tutela judicial dos direitos.

1. De modo semelhante, v. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed., Salvador: JusPodium, 2006, p. 189. [↑](#footnote-ref-1)
2. V., a respeito, MARINONI, Luiz Guilherme. “A multa e a penhora *on line* como formas de efetivar a antecipação de soma em dinheiro” e “A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro”. Ambos os artigos estão disponíveis no *site* [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br), acessado em 23 de março de 2009. V., tb., ARENHART, Sérgio Cruz. “A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia”. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, p. 216 e ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 15 − grifamos. Claro está que esta visão de LIEBMAN vem profundamente influenciada por uma carga ideológica, sempre vigente no direito continental europeu que, à diferença do direito anglo-americano, sempre buscou proteger-se contra os juízes, limitando sua função e seus poderes e tornando-o, praticamente, um mero burocrata, que deve apenas aplicar a lei votada e aprovada pelo Parlamento (por um exame profundo da diferença seguida por ambas as vertentes do direito, suas causas e pressupostos, v. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª ed., 4ª reimpr.. México: Fondo de Cultura Económica, 1998). [↑](#footnote-ref-3)
4. Segundo PAULO, “Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus notrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum” (D. 44, 7, fr. 3) — a natureza das obrigações não consiste em nos dar um bem ou uma servidão, mas bem em adstringir um outro a nos dar, nos fazer, nos prestar algo. [↑](#footnote-ref-4)
5. BETTI. Emilio. *Teoria generale delle obbligazione*, ob. cit., p. 12. O texto original, a que se refere a passagem, tem o seguinte teor: “Tutto ciò per diritto moderno. Che anche in diritto romano obbligazione e azione debbano essere concettualmente distinte l’una dall’altra, è per noi fuori di dubbio. Certo è però d’altra parte che, almeno in diritto classico, il pressuposto costante e necessario, di ogni **actio in personam civilis** è una obbligatio (Gai IV.2; III, 180; IV, 106; Ulp. D. 44, 7, 25 pr; I. 4, 6, 1). E a questo proposito le cose stanno ben altrimenti che in diritto moderno. Il nesso che in diritto romano classico lega l’obbligazione all’azione − a prescindere dal nesso storico-genetico per cui quella si è innestata su questa, nesso che qui non ci interessa − è ben più intimo e profondo che in diritto moderno. Anzitutto è d’uopo avvertire che in diritto romano il termine obligatio non s’intende mai in senso generico così da comprendere ogni rapporto di obbligo che rappresenti un valore patrimoniale, bensì sempre in un senso tecnico e specifico: esprime cioè non tanto un concetto dogmatico quanto un concetto soprattutto storico. Obligatio designa una categoria di rapporti giuridici tipici che, secondo il ius civile romano, costituiscono un vincolo di responsabilità tra persona e persona: categoria che, per l’elemento della **responsabilità** personale e per carattere **civile** di essa responsabilità, è nettamente circoscritta da altre categorie di rapporti in apparenza consimilli.” [↑](#footnote-ref-5)
6. A propósito dos interditos, vale evocar a lição da GAIO, um dos maiores jurisconsultos romanos, e que bem expressa a função dos *interdictos* naquele ordenamento jurídico (pede-se vênia para reproduzir apenas o texto traduzido do original): “*139.*En determinados casos, el pretor o el procónsul imponen sin más su autoridad para concluir las controversias. Sobre todo sucede esto cuando la contienda es sobre la posesión o la cuasi-posesión. En tales casos, en definitiva, o manda hacer alguna cosa o la prohíbe. Las fórmulas y términos prefijados que utilizan para ello se denominan interdictos y decretos” (Gaio, *Instituciones*, trad. de Manuel Abellan Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo e Jaime Roset Esteve, Madrid: Civitas, 1985, p. 371 – *commentarius quartus*, 139). [↑](#footnote-ref-6)
7. BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, reimp. da 10ª ed., 1975, §44, p. 135. [↑](#footnote-ref-7)
8. IHERING, Rudolf von. L’esprit du droit romain, trad. de 1888, Paris, reimp. de 1969, Bologna, vol. 1º, § 14, p. 166 – grifamos. Eis as exatas palavras do autor: “L’idée ancienne qu’un droit évident et incontestable implique l’autorisation de le réaliser au moyen d’une exécution privée, et que c’est par conséquent au vainqueur, et non au pouvoir de l’État, de réaliser le jugement, en un mot, l’idée de l’*exécution privée légale*, anthitèse de notre *exécution judiciaire* actuelle: — cette idée, dis-je, gît au fond du système de procédure en question. Le Préteur n’exécute pas lui-même au moyen de ses licteurs, mais il autorise le demandeur à se rendre maitres (*duci jubere*) de la personne du débiteur, de l’enfant, de l’esclave, à se mettre en possession de ses biens ... Cette autorisation se donne, en règle générale, sous la forme d’une défense adressé à l’adversaire d’opposer de la résistence à cet acte de justice privée, au moyen d’un interdit prohibitoire”. [↑](#footnote-ref-8)
9. BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazione*, ob. cit., p. 14. [↑](#footnote-ref-9)
10. De modo diverso se passava com a *obligatio*. Aqui, o lesado poderia fazer uso da *actio* e obter uma *condemnatio.* Esta *condemnatio* impunha ao devedor uma conduta ativa, dirigida no sentido de satisfazer a primitiva obrigação, ou, quando isto se mostrava impossível, da sua composição pela via da *condemnatio pecuniaria* — “*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*” (Gai, *Inst.,* IV, 48.). Mais uma vez, digna de menção é a lição de BETTI, que salienta que “o nexo jurídico entre o direito subjetivo privado e a ação não é no direito romano clássico homogêneo e uniforme como no direito moderno, mas ao contrário profundamente *diferente segundo a natureza do direito subjetivo* a que a ação é coordenada. Distinto é o nexo entre obrigação e ação pessoal (actio in personam), do nexo entre direito e ação real (actio in rem). Isto resulta antes de mais nada da direção mesma de uma ação e outra: aquela, actio in personam, = ação contra a pessoa; esta, actio in rem, = ação contra a coisa. Disto profundas diferenças intrínsecas de estrutura. A ação real não contém o poder de vincular um adversário no processo: in rem actionem pati non compellimur (D. 6. 1,80); invitus nemo rem cogitur defendere (D. 50, 17, 156 pr.). E o direito real, incidindo sobre a coisa, mesmo depois de fazer-se valer em juízo frente a alguém não cessa por isso de existir, nem a ação real, dirigindo-se contra a coisa, cessa de ser viável frente a outrem em relação à mesma coisa (Gai IV, 107)” (BETTI. Emilio. *Teoria generale delle obbligazione*, ob. cit., p. 14/15). [↑](#footnote-ref-10)
11. BETTI, Emilio. *La struttura dell’obligazione romana e il problema della sua genesi*, *apud*SILVA. Ovídio Araújo Baptista da*. Jurisdição e execução*, ob. cit., p. 67. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentença e coisa julgada. 2ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 235. [↑](#footnote-ref-12)
13. Na realidade, outras tantas causas podem ser apontadas para o desaparecimento da distinção romana entre direitos relativos e absolutos e, conseqüentemente, da tutela condenatória e da tutela interdital. A fim de resumir essas questões, vale mais uma vez recorrer à lição de Ovídio Baptista da Silva, que explica que “(d)entre as inúmeras e complexas determinantes culturais que propiciam a confusão bizantina entre o conceito de direito real e obrigação, com profundos reflexos no campo do direito processual civil — cuja exposição naturalmente não poderá ser feita aqui — devem ser mencionadas as questões ligadas aos direitos reais limitados e às servidões, onde aparecem pretensões complexas que dificilmente poderão ser acomodadas ao rigorismo da classificação romana, concebida como duas polaridades radicais, o direito real e obrigação. Não se pode igualmente esquecer que o desaparecimento do processo formular desempenhou uma função extremamente importante, para o obscurecimento da distinção entre o direito real e a *obligatio*, na medida em que universalizou o procedimento da *actio*, suprimindo, conseqüentemente, o processo interdital e fazendo com que as pretensões provenientes dos direitos absolutos passassem a ser tratados pelas *actiones*. (...) Ora, a expansão do procedimento da *actio* provocou o natural aumento de prestígio do direito obrigacional, pois, à medida que essa forma procedimental se universalizava, crescia paralelamente o campo da *obligatio* que fora sua origem exclusiva e fonte necessária em detrimento do direito real (v. ALBERTARIO, ob. cit., 204)” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada,* ob. cit., p. 241). [↑](#footnote-ref-13)
14. A respeito deste tema, aliás, imperiosa a leitura da obra já clássica do mesmo autor gaúcho, *Jurisdição e execução* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996), onde o autor demonstra — com muito maior precisão e riqueza de informações insuperável — a evolução da noção de obrigação e a conseqüente modificação da noção de condenação. [↑](#footnote-ref-14)
15. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*, ob. cit., p. 239. [↑](#footnote-ref-15)
16. Como salienta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “enquanto o juiz condena, apenas emite um enunciado lógico de cunho valorativo, sem descer ao mundo dos fatos, ao mundo dos fenômenos, *para transformar a realidade física*” (*Sentença e coisa julgada*, ob. cit., p. 100). [↑](#footnote-ref-16)
17. Dentre os vários autores que trataram dessa questão, vale mencionar a ponderação de Sergio Chiarloni, que afirma que “a canonização, na cultura jusnaturalística francesa, do princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* constitui realmente um reflexo do secular processo de dissolução da sociedade feudal e da conseqüente afirmação, mesmo nas relações privadas, dos valores de autonomia, liberdade e igualdade, que serão posteriormente ratificados pela revolução e analiticamente codificadas na legislação napoleônica” (CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 54). [↑](#footnote-ref-17)
18. CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Tomo I. Trad. de José Casais y Santaló. Madrid: Réus, 1922, p. 186. [↑](#footnote-ref-18)
19. Neste sentido, v. CALAMANDREI, Piero. “La condena” *in Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfico Argentina, 1945, p. 553. [↑](#footnote-ref-19)
20. Nesse sentido, acentua CARNELUTTI que “quando un organo giudiziario, per procedere alla realizzazione di un comando, constata l’atto illecito, esso *applica* la norma, Che gli attribuisce il potere cioè controlla se ne ricorre o non ne ricorre la fattispecie. Ora si può pensare che anche qui, rispetto a queste norme secondarie dirette a conseguire la realizzazione del comando, si sostituisca alla *applicazione*l’*accertamento* (l’*applicazione**obbligatoria*; *supra* n. 45), nel senso che la constatazione dell’atto illecito avvenga com forza tale da non potere essere più contraddetta e da costituire pertanto il punto di partenza ormai fisso per l’ulteriore procedimento di realizzazione. Questa constatazione obbligatoria dell’atto illecito, e conciò questo accertamento delle norme, materiali o strumentali, dirette allá realizzazione del comando trasgredito, è ciò che si dice la *condanna*” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di diritto processuale civile*. Vol. II. 1ª parte. Padova: CEDAM, 1986, p. 32). Assim tb., MONTESANO, Luigi. *La condanna nel processo civile – anche tra privati e pubblica amministrazione*. Napoli: Jovene, 1957, p. 14; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, *in Temas de direito processual*. 1a Série. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 79/80. [↑](#footnote-ref-20)
21. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução.* 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 15. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cf. CALAMANDREI, Piero. “La condena”, ob. cit., p. 560/561. [↑](#footnote-ref-22)
23. SATTA, Salvatore. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, Napoli: Jovene, 1949. [↑](#footnote-ref-23)
24. SATTA. Salvatore. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, ob. cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-24)
25. SATTA. Salvatore. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, ob. cit., p. 11/12. [↑](#footnote-ref-25)
26. SATTA, Salvatore. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, ob. cit., p. 17/18. [↑](#footnote-ref-26)
27. SATTA, Salvatore. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti,* ob. cit., p. 21. [↑](#footnote-ref-27)
28. “Quem pede ao juiz que condene, sem que se exceda no pedido a ponto de forçar o demandado a executar, apenas exerce a pretensão à tutela jurídica para que o causador ou responsável pelo *damnum* seja posto em situação de repará-lo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo 5, p. 25). [↑](#footnote-ref-28)
29. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 25. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Idem*, *ibidem*, p. 26/27. [↑](#footnote-ref-30)
31. “Na ação cominatória, ou o réu executa ou sofre a pena. O preceito *solvendo* é comum e comistura-se a citação, nas duas espécies de processos. A segunda parte do dilema é diferente: ali, execução, portanto efeito executivo do título, nos processos quanto a títulos extrajudiciais, á semelhança das execuções de sentença; aqui, pena, requerida pelo réu, e cominada pelo juiz, com a autoridade que lhe dá (ou lhe confirma, se coincide alguma lei material ter instruído a pretensão), na espécie a lei processual. O efeito cominatório é, de regra, função de norma processual, posto que a pena de prisão costume aparecer em normas de direito material. Sempre que se inicia processo com a cominação de quantia ou de prisão, está-se na classe dos processos cominatórios” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p, p. 172). [↑](#footnote-ref-31)
32. Segundo o autor, “o que caracteriza o processo cominatório é nascer da lei processual, de regra, a pretensão à pena” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 171). [↑](#footnote-ref-32)
33. *Idem, ibidem,* p. 178. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Idem, ibidem*, p. 180. Não é de estranhar, portanto, que Pontes de Miranda, ao pretender definir a sentença de condenação, afirma que “*condenar* não é declarar a *injúria*; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I, p. 222). [↑](#footnote-ref-34)
35. Como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “nela [*refere-se ele à sentença condenatória*] inexiste ‘ordem de prestar’ dirigida pelo juiz ao responsável, para que adote a conduta o comportamento que a própria condenação determina, visto que o comando de prestar dirigido ao obrigado já está inteiramente contido na lei de direito material” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 174). [↑](#footnote-ref-35)
36. Contra, concluindo que as sentenças condenatórias, em razão do novo procedimento previsto para o cumprimento de sentença, transformaram-se em executivas, v. entre outros, BONICIO, Marcelo José Magalhães *et alli*. *Comentários à execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16/17 e 45. [↑](#footnote-ref-36)
37. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. cit., p. 173. Nop mesmo sentido, v. entre outros, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 218/219. Guilherme Rizzo Amaral conclui em sentido um pouco diverso, entendendo que a multa em questão tem função coercitiva, ainda que isso não desnature a eficácia preponderantemente condenatória, em razão da mediatidade dos atos executivos (AMARAL, Guilherme Rizzo. “Comentários ao art. 475-J”. *A nova execução*. Coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106/110). [↑](#footnote-ref-37)
38. Com muito mais detalhes, v. por todos, em convergência com essa opinião, MARINONI, Luiz Guilherme. “A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro” *in* [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) acessado em 2 de abril de 2009; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Execução*. 2a ed., São Paulo: RT, 2008, p. 63 e ss.; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia”. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, *passim*. [↑](#footnote-ref-38)