

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

**SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE SOMA E
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: REFLEXOS DA LEI N.º 11.232/2005**

CURITIBA

2008

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE SOMA E CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA: REFLEXOS DA LEI N.º 11.232/2005

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

**SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE SOMA E CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA: REFLEXOS DA LEI N.º 11.232/2005**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva

Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

Curitiba, 24 de julho de 2008.

Todo o conhecimento reflexivo da realidade infinita realizado pelo espírito humano finito baseia-se no pressuposto tácito de que apenas um *fragmento* ilimitado dessa realidade poderá constituir de cada vez o objeto da compreensão científica, e de que só ele será “essencial” no sentido de “digno de ser conhecido”.

Max Weber – A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais.

Ciência é livre disponibilidade de espírito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que estava, ou em acrescentar algo novo à sua ciência.

Pontes de Miranda – Tratado das Ações, Vol. I.

Para Silvia Daniele Akiko Araki, futura esposa, com todo meu amor!!!

AGRADECIMENTOS

Os manuais de metodologia recomendam parcimônia nos agradecimentos. Mas que fazer quando a dívida de gratidão é gigantesca? Este estudo não seria concluído sem o apoio de colegas de trabalho que são, além disso, amigos fraternos e advogados exemplares, com quem tenho o prazer de conviver diariamente. Fica consignada minha dívida de gratidão a toda a equipe de advogados do *Felippe, Gomes e Isfer*: José Antônio Gomes de Araújo, Eduardo Ventura Medeiros, Anna Burckhardt, Bianca Theer, Luiz Daniel Felipe e Edson Isfer. Sem vocês seria impossível conciliar o mestrado com a advocacia. Para Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes o agradecimento é duplo. Origina-se não somente do colega de trabalho, mas também do aluno de Mestrado. Seu auxílio foi imprescindível para a realização deste estudo. Espero algum dia poder compensar tanta generosidade! Ao Professor Dr. Alcides Munhoz, além de orientador, um amigo e incentivador de meus passos no direito processual. Para Madalena Araki fica consignada a gratidão emocionada pelo apoio e paciência nos momentos decisivos. Para o Renato Lisboa Altemani e o Alexandre Riella, amigos de todas as horas. Também preciso agradecer nominalmente duas figuras muito especiais: Fabiane Cristina e Danielle Fernanda, amadas irmãs, com quem o dia-a-dia é sempre especial e divertido! Para o Dindo e a Vó Orlanda, com muito carinho. Agradecimentos cheios de saudade para Julian Magnus Wortmeyer, Paulo Araki, Dindinha Elvira e Vô Fredolin Haskel. O mundo ficou muito pior sem vocês! A José Bosco e Madalena da Silva deixo a expressão de amor de um filho cujo sentimento de orgulho por seus pais não encontra limites! Que seria de mim sem vocês?!? Finalmente, mas antes de todos, para aquela a quem este estudo é dedicado: a amiga, a companheira de trabalho e a em breve futura esposa, Silvia Daniele Akiko Araki. Por tudo!

SUMÁRIO

Introdução	01
Capítulo 1 – Estado Moderno, Processo de Racionalização e Jurisdição Declaratória	05
1.1. Tipos Ideais na Teoria Social Weberiana	05
1.2. Possibilidade Objetiva, Causação Adequada e Causação Acidental	07
1.3. Processo de Racionalização	10
1.3.1. Modalidades de Ação Social	10
1.3.2 Racionalização e Modernidade: Desencantamento do Mundo, Ascese Intramundana e Capitalismo	12
1.3.2.1 Desencantamento do Mundo	14
1.3.2.2. Ascese Intramundana e Vocação Profissional	19
1.4. Processo de Racionalização e Tipologia do Direito	23
1.5. Formas de Dominação e Legitimidade	31
1.6. Burocracia: Forma Típica da Dominação Legal Racional	35
1.7. Estado Moderno	40
1.8. Capitalismo Moderno	42
1.9. Burocracia, Jurisdição e Tutela Declaratória	44
Capítulo 2 – Teorias sobre a Sentença Condenatória	49
2.1. Condenação como Comando Dirigido aos Órgãos Executivos	49
2.2. Condenação como Declaração do Ato Ilícito	52
2.3. Condenação como Declaração da Sanção	53
2.4. Condenação como Sujeição	57
2.5. Sentença Condenatória como Etapa da Tutela Jurisdicional	60
2.6. Condenação à Reintegração ao Posto de Trabalho e a Rediscussão da Sentença Condenatória na Itália	63
2.7. Condenação na Teoria de Pontes de Miranda	71
2.8. Condenação como Exercício de Pretensão	75
2.9. Sentença Condenatória: Tentativa de Definição	77
2.10. Correlação Necessária entre Condenação e Execução no Código de Processo Civil de 1973	80
2.11. Princípio da <i>Nulla Executio Sine Titulo</i>	83
2.12. Princípio da Incoercibilidade	89

2.13. Princípio da Tipicidade	91
2.14. Contingência da Separação entre Conhecimento e Execução	92
Capítulo 3 - Aspectos Gerais do Cumprimento de Sentença	95
3.1 Monopólio Estatal e Tutela Jurisdicional dos Direitos	95
3.2. Meios Executivos e Correlação com o Direito Substancial	96
3.3 Modalidades Obrigacionais e Correspondentes Tutelas Executivas	99
3.3.1. Obrigações de Fazer e de Não Fazer	99
3.3.2. Obrigações de Dar	100
3.3.3. Obrigações Pecuniárias	100
3.4. Cumprimento de Sentença	101
3.4.1 Cumprimento e Execução: Determinação de Significados	102
3.4.2 Artigo 475 – J: Sincretismo Processual na Tutela Jurisdicional das Obrigações Pecuniárias	105
3.4.2.1 Fase Executiva e Fixação de Honorários Advocatícios	108
3.4.3. Artigo 475 – J: Previsão de Multa por Inadimplemento	111
3.4.3.1 Natureza Jurídica da Multa	112
3.4.3.2 Marco inicial para contagem	116
3.4.3.2.1. Análise dos Principais Argumentos Contrários à Primeira Corrente	121
3.4.3.2.1.1 Violação às Garantias Constitucionais	121
3.4.3.2.1.2 Intimação do Advogado do Condenado como Regra na Lei n. 11.232/05	127
3.4.3.2.1.3 Dificuldades Práticas Opostas à Primeira Corrente	129
3.4.3.2.1.4 Aplicação Subsidiária dos Dispositivos do Livro II	130
3.4.3.2.1.5 Dificuldade na Contagem de Prazo	131
3.4.3.2.1.6 Dificuldade no Estabelecimento do <i>Quantum</i>	135
3.4.3.3 Reformulação do Sistema pela Lei n. 11.232/05: Contagem de Prazo para Cumprimento Espontâneo a partir da Eficácia dos Provimentos Condenatórios	137
3.4.3.4 Execução Provisória e Artigo 475 – J: Possibilidade de Aplicação da Multa	141
3.4.4. Impugnação ao Cumprimento de Sentença	146
3.4.4.1 Natureza Jurídica, Objeto e Consectários da Natureza Jurídica	146
Capítulo 4 – Reflexos da Lei n. 11.232/05	150
4.1. Conceito de Sentença	151
4.1.1. Novo Conceito de Sentenças e Princípio da Unidade	152

4.1.2. Artigo 475 N, Títulos Executivos Judiciais e Sentenças Declaratórias	157
4.1.2.1 Artigo 475 – N, inciso I, e Possibilidade de Títulos Executivos Favorecerem Réus	162
4.2. Classificação de Sentenças	163
4.2.1 Eficácia como Critério Classificatório	166
4.2.2 Crítica à Ação de Direito Material	168
4.2.3. Análise da Crítica: Validade da Categoria Ação de Direito Material	170
4.2.4 Correção da Classificação de Sentenças com Base na Ação de Direito Material	174
4.2.4.1 Ação de Direito Material Condenatória?	175
4.2.5 Ações e Sentenças Mandamentais	178
4.2.6 Ações e Sentenças Executivas em Sentido Lato	182
4.3 Sentença Condenatória e o Cumprimento de Sentença	184
4.4. Ações e Sentenças Cíveis Condenatórias: Contingência e Permanência	186
Conclusão	189
Bibliografia	193

RESUMO

Este estudo tem como objeto a sentença condenatória e a reforma legislativa que trouxe a Lei n. 11.232/05, denominada lei do cumprimento de sentença. Com ela se tornou desnecessário ajuizar nova ação para cobrar o débito reconhecido em juízo. O processo de execução se transformou em fase executiva, que acontecerá no mesmo processo em que foi proferida a sentença. Para estimular o cumprimento espontâneo da sentença o artigo 475 – J estabeleceu multa equivalente a dez por cento do débito. Essas modificações, entretanto, não extinguiram as ações e sentenças condenatórias do direito processual brasileiro. Para que isso ocorresse seriam necessárias reformas no direito civil, não no processual, pois a modificação no procedimento não altera a natureza do direito. Apesar da conservação das ações e sentenças condenatórias a reforma contribuiu para a ampliar a efetividade da tutela.

ABSTRACT

That studies object is condonation sentence and legislative change that brings the law 11.232/05, called sentences respect. With that law become unnecessary a new action to get the credit recognized to the judge. The execution process became in executive time that will happen in the same processional that the sentence was made. In order to improve the spontaneous sentences respect the article 475 – J established a punishment equivalent to ten percent of the credit. These changes, however, didn't extinguish the condonation actions and sentences from brazilian law. In the order to make these changes would be necessary reforms in the civil law, because the processional changes doesn't affect the law nature. However the reform helped to improve the system.

Introdução

A doutrina processual clássica, fiel aos pressupostos que redundaram na ordinarização da atividade jurisdicional cognitiva e em sua radical separação da atividade executiva, concebia somente três espécies de ações e sentenças, classificadas em conformidade com sua eficácia: declaratórias, condenatórias e constitutivas. Essas sentenças encerravam a atividade cognitiva, satisfazendo a pretensão do autor – declaratórias e constitutivas – ou permitiam o posterior acesso ao processo de execução, no qual a pretensão era satisfeita – sentenças condenatórias.

A classificação ternária se tornou hegemônica na processualística brasileira, como reflexo de sua aceitação na ciência processual dos países pertencentes à família romano-canônica. Foi com Pontes de Miranda que a teoria ternária foi consistentemente criticada, acrescentando o jurista duas outras sentenças àquelas típicas do processo de conhecimento: mandamentais e executivas em sentido lato. Formava-se a teoria quinária.

Sua classificação de ações e sentenças se baseava no direito material, correspondendo a sentença de procedência à pretensão material do autor. Segundo seu sistema todas as sentenças apresentavam cinco eficácias em seu conteúdo, sendo definidas por aquela que fosse preponderante de acordo com a pretensão material. A essa se dava o nome de força da sentença.

A teoria quinária, ao prever as sentenças mandamentais e executivas em sentido lato, rompia com a doutrina tradicional, cristalizada no Código de Processo Civil de 1973. Isso porque as duas classes de sentença introduzidas no Brasil por Pontes de Miranda previam a possibilidade de realização, no mesmo processo, de atividades de cognição e de execução. Rompiam, portanto, com a ordinarização típica do processo de conhecimento, instituto que não admitia a prolatação de decisões com fundamento na verossimilhança.

Por violar algumas das premissas da doutrina tradicional a teoria quinária foi abandonada ao ostracismo. Deve-se a Ovídio Baptista da Silva o trabalho de aprofundamento conceitual das sentenças mandamentais e executivas, cuja consistência teórica renovou o interesse da processualística brasileira na classificação de ações e sentenças.

O déficit de efetividade do procedimento ordinário, de que a teoria ternária é consequência, conduziu a doutrina, lentamente, a admitir a existência de outras

sentenças além daquelas restritas ao âmbito do processo de conhecimento. Assim a teoria quinária granjeou novos adeptos, obtendo, em momento posterior, a chancela oficial, decorrente da positivação das sentenças mandamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente e no próprio Código de Processo Civil.

Poucos autores questionavam a validade epistemológica da teoria quinária quando foi promulgada, em 22 de dezembro de 2005, a Lei n. 11.232, responsável por profunda alteração estrutural no Código de Processo Civil. Eliminou-se do sistema a ação de execução de sentença condenatória, convertendo-se o processo executivo autônomo em fase de uma relação processual sincrética, na qual se realizam atividades de conhecimento e de execução.

No novo regime as sentenças condenatórias cujo objeto consista em obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa serão efetivadas em conformidade com os artigos 461 e 461 – A, ao passo que as sentenças cujo objeto consista em obrigação ao pagamento de soma serão cumpridas de acordo com o artigo 475 – J, todos do Código de Processo Civil.

Amparando-se na reforma procedimental parte da doutrina passou a defender a supressão das sentenças condenatórias, pois o regime instituído pela Lei n. 11.232, seja qual for a relação obrigacional subjacente ao processo, permite o cumprimento da sentença no mesmo processo em que foi proferida. Esse posicionamento, entretanto, pauta-se por critério estritamente processual, olvidando o direito material, o que dá margem à confusão conceitual.

Nota-se, desse modo, que a doutrina brasileira permanece dividida no tocante à classificação das ações e sentenças. Além disso, ainda são incipientes as análises sobre a Lei n. 11.232/05. Justifica-se, portanto, a realização de estudo sobre a permanência das sentenças condenatórias no sistema processual brasileiro posterior à Lei n. 11.232/05, bem como a abordagem de algumas das alterações promovidas por esse diploma legal no processo civil brasileiro.

Há muito se controverte na processualística sobre o conteúdo e efeitos da sentença condenatória. Diversas teorias disputam entre si a primazia no tocante à compreensão dessa categoria fundamental do processo civil. Tradicionalmente, ao se debruçarem sobre o tema, os processualistas propõem uma abordagem histórico-evolutiva linear, tendo o direito romano como marco inicial e o Código de Processo Civil de 1973 como termo final.

Neste trabalho se adota outra perspectiva, centrada na busca da causalidade de sentido entre a sentença condenatória, a jurisdição moderna e o Estado moderno. São empregadas categorias da sociologia compreensiva de Max Weber como suporte teórico para esse percurso metodológico. A razão pela qual não se adotou a perspectiva histórico-evolutiva linear, convencionalmente empregada pela doutrina, reside na sua insuficiência para a compreensão do caráter contingente das categorias jurídicas.

Assim, quando se menciona a jurisdição no direito romano, há que se atentar para o fato de que em Roma não havia leis no sentido como hoje a conhecemos, nem, tampouco, uma configuração estatal como a da modernidade. Corre-se imenso risco de se tratar como equivalentes fenômenos distintos, em prejuízo à compreensão do objeto de análise.

Desse modo se afigura como percurso metodológico mais adequado a indicação da base de causalidade da sentença condenatória no Estado moderno, pressupondo-se que a modificação dos elementos constitutivos de sua base causal leve à própria modificação da categoria investigada. Procura-se apresentar a sentença de condenação em suas relações de causalidade adequada. Nessa empreitada o uso de categorias da sociologia weberiana será de fundamental importância.

O **objeto** deste trabalho, intitulado “Sentença Condenatória ao Pagamento de Soma e Cumprimento de Sentença: Reflexos da Lei n. 11.232/2005”, é a sentença condenatória, tendo como **referente teórico** a sentença condenatória ao pagamento de soma e como **referente metodológico** a adequação causal (causação adequada).

O **objetivo imediato** é o cumprimento de requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. O **objetivo mediato** é a compreensão da base causal da condenação e de seu conteúdo, bem como a investigação de sua permanência no sistema após a Lei n. 11.232/05. O **pressuposto metodológico** é a causalidade de sentido entre Estado moderno, jurisdição moderna e sentença condenatória.

O **marco teórico metodológico** é Max Weber, sendo **marcos teóricos processuais** Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Ovídio Araújo Baptista da Silva. A investigação empregou o **método dedutivo**, partindo-se dos fenômenos mais amplos para os mais específicos.

Como **procedimento metodológico** pretende-se demonstrar, no Capítulo 1º, a relação de causalidade adequada entre capitalismo moderno, direito moderno, burocracia, Estado moderno e sentença de condenação. No Capítulo 2º, partindo-se da identificação da sentença condenatória como modalidade típica de tutela jurisdicional da

modernidade, serão analisadas as principais teorias sobre a condenação surgidas na Itália e no Brasil.

No Capítulo 3º, após a indicação de elementos conceituais caracterizadores da sentença condenatória serão analisadas as principais alterações trazidas ao sistema processual pela Lei n. 11.232/05, com ênfase nas conseqüências trazidas ao sistema pelo artigo 475 - J. No Capítulo 4º será analisada a classificação quinária das sentenças, investigando-se os elementos indicativos da permanência da sentença condenatória no sistema processual brasileiro posterior à Lei n. 11.232/05.

Este trabalho apresenta os **limites** de uma dissertação de mestrado, restringindo-se a esboçar, mediante elementos conceituais obtidos por meio de pesquisa bibliográfica, os primeiros passos para a análise da sentença condenatória em sua causalidade de sentido com categorias fundantes da modernidade, como o direito e o Estado modernos.

CAPÍTULO 1 – ESTADO MODERNO, PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO E JURISDIÇÃO DECLARATÓRIA

1.1 Tipos Ideais na Teoria Social Weberiana

Mencionou-se, na introdução deste trabalho, que o Estado Moderno é considerado como o ambiente privilegiado para a ocorrência da bipartição da prestação jurisdicional em atividade declaratória e atividade executiva. Para a comprovação dessa assertiva, pretende-se definir alguns dos elementos constitutivos do Estado Moderno por meio da análise de categorias weberianas.

A escolha de Max Weber como marco teórico na abordagem do Estado moderno decorre de sua capacidade explicativa no que se refere à modernidade ocidental. Nesse contexto, para que o emprego das categorias weberianas seja profícuo e intelectualmente idôneo, torna-se necessário analisar, primeiramente, o conceito de tipos ideais.

Esquemáticamente, pode-se afirmar que o tipo ideal resulta da exaltação de determinada característica da realidade por parte do investigador, de acordo com seus próprios pontos de vista. Por força de sua construção unilateral, o tipo ideal não existe como dado empírico. Segundo Max Weber:

“Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que podem ocorrer em maior ou menor número ou mesmo nunca, e que se ordenam segundo pontos de vista unilateralmente acentuados, formando um quadro homogêneo *de pensamento*. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma *utopia*”¹.

Resultando da acentuação de certo traço da realidade, o tipo ideal tem como função singularizar um determinado fenômeno, o qual é separado dos demais precisamente pelo aspecto que fora enfatizado pelo pesquisador. Conforme afirma Gabriel Cohn, o “(...) tipo ideal é um conceito fundamentalmente *caracterizador*. Ele não se aplica aos traços médios ou genéricos de uma multiplicidade de fenômenos, mas visa a tornar o mais unívoco possível o caráter singular de um fenômeno particular”².

¹ WEBER, Max. A “*objetividade*” do conhecimento nas ciências sociais, p.73.

² COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação. Max Weber e a teoria social*, p. 193.

Sendo um instrumento de investigação científica empregado para garantir a objetividade nas ciências sociais, o tipo não encerra qualquer prescrição valorativa, sendo puramente lógica sua natureza ideal, como adverte Max Weber: “Cabe aqui sublinhar desde logo a necessidade de que os quadros de pensamento que aqui tratamos, “ideais” em sentido puramente *lógico*, sejam rigorosamente separados da noção do *dever ser*, do “exemplar”³.

A construção de tipos ideais, repita-se, tem como escopo assegurar a objetividade nas ciências sociais, a fim de que o investigador não deforme a realidade em benefício de suas concepções teóricas pessoais. Mas por que a objetividade das ciências sociais estaria garantida pela construção tipológica? Precisamente pela inviabilidade de se apontar o significado unívoco do fenômeno investigado sem o auxílio dos tipos ideais.

Nesse passo, destaca-se questão central da metodologia weberiana, consistente na importância seletiva dos valores do pesquisador na abordagem do fenômeno social. Os fatos não são dotados por si mesmos de sentido. São os homens de cultura que conferem sentido aos fatos, o que fazem a partir de seus valores pessoais. Esse entendimento é afirmado por Max Weber na passagem abaixo transcrita:

“A premissa transcendental de qualquer *ciência da cultura* reside *não* no fato de considerarmos *valiosa* uma “*cultura*” determinada ou qualquer, mas sim na circunstância de sermos *homens* de cultura, dotados da capacidade e da vontade de assumir uma *posição* consciente diante do mundo e de lhe conferir um *sentido*”⁴.

Na metodologia weberiana das ciências sociais é o homem como sujeito de cultura que confere sentido a um determinado fato, o qual é selecionado como objeto de pesquisa em decorrência de sua importância para o pesquisador. Eis aí a necessária relação entre o objeto de pesquisa com os valores do cientista social, critério seletivo para o conhecimento parcial da realidade empírica infinita e complexa.

Segundo Julien Freund, em Max Weber a relação do significado atribuído ao objeto de pesquisa com os valores do pesquisador é uma condição para o conhecimento objetivo parcial:

“Dada a infinidade extensiva e intensiva da realidade empírica que nenhuma ciência consegue abarcar integralmente, aquela relação surge como princípio de seleção, condição de um conhecimento pelo menos parcial. Mais exatamente, ela é o momento subjetivo que torna

³ WEBER, Max. A “*objetividade*” do conhecimento nas ciências sociais, p. 75.

⁴ WEBER, Max. Idem, p. 58.

possível um conhecimento objetivo limitado, desde que o sábio tenha consciência dessa limitação inevitável”⁵.

Assim, na rigorosa metodologia científica weberiana, a ciência social ficaria restrita ao campo do ser, não cabendo às ciências empíricas apontar imperativos de conduta. Mas a demonstração daquilo que é, passa necessariamente pela relação entre os valores do cientista social e o significado que ele atribui ao objeto de pesquisa.

Assim sendo, em Max Weber a construção dos tipos ideais pressupõe a formulação de problemas significativos para o cientista social, circunstância enfatizada por Gabriel Cohn: “É nessa segunda relação que se manifesta a natureza genética do tipo, na medida em que ele é construído e aplicado tendo em vista a clara formulação de problemas que são significativos para o pesquisador, no momento e no contexto em que ele se move”⁶.

Depreende-se do exposto que na teoria weberiana os tipos ideais tem como função singularizar determinados fenômenos sociais, mediante acentuação de uma de suas características. Portanto, os tipos não são colhidos da realidade empírica, infinita e inexaurível, mas construídos pelo cientista social.

Precisamente em razão da inesgotabilidade da realidade empírica, cabe ao pesquisador selecionar um dos aspectos do fenômeno social investigado. Essa seleção decorre da relação do significado atribuído ao fenômeno social com os valores do investigador. Trata-se de condição necessária para o conhecimento parcial da realidade, que não apresenta importância por si mesma, mas de acordo com os valores do pesquisador.

1.2. Possibilidade Objetiva, Causação Adequada e Causação Acidental

Como já dito, o cientista social inicia sua pesquisa com a seleção de seu objeto de estudo, a qual necessariamente passa pelo conjunto de seus valores, dada a relação entre o significado atribuído ao elemento pesquisado e os valores do pesquisador. Sendo assim, convém indagar como o cientista social determinará a importância de determinadas imputações causais presentes em sua pesquisa.

Para que possa determinar a importância das relações causais em certo fenômeno, o pesquisador empregará a categoria possibilidade objetiva, a qual é

⁵ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 44.

⁶ COHN, Gabriel. Op. cit., p. 201.

formulada pela modificação, em determinado sentido, de certos elementos da imputação causal, verificando o pesquisador se o resultado poderia ser o mesmo a despeito das alterações que promovera. No texto de Max Weber, o início das operações lógicas tendentes a determinar a possibilidade objetiva é assim descrito:

“Destas, a primeira e a mais decisiva é a que, entre os componentes causais e reais do processo, supomos um componente ou vários componentes modificados num determinado sentido, e nós nos perguntamos se, nas condições do curso dos acontecimentos que foram modificados desta maneira, seria “possível” esperar o mesmo resultado nos seus pontos essenciais) ou qual seria o outro a ser esperado”⁷.

Deixando de lado os termos abstratos com os quais Max Weber expressa as operações lógicas tendentes ao estabelecimento de possibilidades objetivas, é importante destacar que se trata de atividade corriqueira, muito presente nos ofícios do historiador e do juiz, circunstância afirmada por Weber.

De fato, para determinar a culpabilidade do réu, o juiz criminal pondera a importância das diversas causas que contribuíram para a ofensa ao bem da vida tutelado penalmente, abstraindo algumas delas e alterando outras, a fim de precisar a importância da ação do acusado para o fato delitivo. Acrescente-se, ao exemplo de Weber, a atividade do juiz na jurisdição civil ao averiguar o nexo causal entre o dano e o ato ilícito praticado pelo réu, com vistas ao estabelecimento da responsabilidade civil.

As aplicações da categoria possibilidade objetiva são infundáveis, seja no direito, seja em outras ciências sociais, pois por meio dela se pode aquilatar a importância das diversas causas componentes de certo fenômeno. Como afirma Julien Freund: “O papel da categoria de possibilidade objetiva não é, pois, formar julgamentos de necessidade, mas sim pesar a significação das diversas causas de um acontecimento”⁸.

Ao apontar o peso de diversas causas em certo resultado, o juízo de possibilidade objetiva se expressa em graus de probabilidade. Fala-se em causação adequada sempre que a probabilidade resultante de uma possibilidade objetiva for grande. Quando a probabilidade for reduzida, fala-se em causação acidental. Valendo-se da terminologia empregada por von Kries, Max Weber assim conceitua as duas causalidades:

“Para nos atermos ao uso terminológico dos teóricos da causalidade em matéria jurídica, uso estabelecido desde os trabalhos de von Kries, denominamos de “causação adequada” os casos

⁷ WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Parte 1, p. 198.

⁸ FREUND, Julien. Op. cit., p. 59.

que correspondem a um tipo lógico no último termo e que se referem à relação de determinados complexos de “condições” como um “resultado” efetivo, complexos que foram concebidos como isolados e reunidos para a consideração histórica numa unidade (a “causação adequada” se refere à causação daqueles elementos do resultado através destas condições). E, da mesma maneira como o faz Eduard Meyer – que apenas não formula com clareza este conceito – falaremos de “causação acidental” nos casos em que, no que diz respeito aos elementos do resultado que entram na consideração histórica, foram eficazes certos fatos que provocaram um resultado não “adequado” neste sentido, com relação a um complexo de condições concebido como reunido numa unidade”⁹.

Além dessa definição conceitual abstrata, Max Weber aplica os conceitos de causação adequada e causação acidental a dois exemplos bastante elucidativos, extraídos da obra de Eduard Meyer: a Batalha de Maratona e a Insurreição de Berlim em 1848¹⁰.

Assim, ao mencionar a Batalha de Maratona, envolvendo gregos e persas, Weber indaga o que teria ocorrido no desenvolvimento do ocidente em caso de vitória persa, considerando a dominação teocrático-religiosa imposta pelos persas a outros povos conquistados. Do mesmo modo, considerando os eventos que se sucederam em Berlim, Weber indaga se a insurreição teria ocorrido se não fossem os dois tiros disparados às portas do palácio de Berlim em 1848.

Considerando que os persas impunham aos vencidos dominação baseada em elementos religiosos, conclusão a que se chega pela análise da dominação persa sobre os judeus, percebe-se que a derrota grega na Batalha de Maratona teria contribuído para imprimir à Grécia um desenvolvimento teocrático religioso bastante diverso daquele que efetivamente ocorreu, no qual foi privilegiado o desenvolvimento da cultura helênica, berço da civilização ocidental.

Assim, poder-se-ia afirmar que o imaginário desenvolvimento teocrático da Grécia teria como causa adequada a imaginária vitória persa na Batalha de Maratona. Voltando ao desenvolvimento histórico real, tem-se que a efetiva vitória grega na Batalha de Maratona representa causa adequada para o desenvolvimento da cultura helênica.

Tomando-se o exemplo da Insurreição de 1848 e destacando que os historiadores são concordes em afirmar a existência de um clima insurrecional amplo anterior aos tiros disparados às portas do palácio de Berlim, poder-se-ia afirmar como possibilidade objetiva a deflagração dos atos insurrecionais ainda que os tiros não

⁹ WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, p. 207.

¹⁰ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 192-210.

tivessem sido disparados. Assim sendo, pode-se definir os disparos como causa acidental da Insurreição.

A importância metodológica da compreensão das categorias de possibilidade objetiva, causação adequada e causação acidental, para além de sua utilidade nas ciências sociais e, conseqüentemente, no desenvolvimento de diversos temas deste trabalho, reside na sua difusão na obra de Max Weber. A importância teórica está na tentativa de determinação, que se fará ao final deste capítulo, de alguns dos elementos constitutivos da base causal da sentença condenatória.

Considerando que no presente trabalho a análise do Estado moderno e de sua base causal será realizada a partir de categorias weberianas, de que são exemplo a *ascese intramundana* e a *racionalização*, é fundamental que se possa compreendê-las como elementos integrantes da base de causalidade da configuração estatal moderna.

1.3. Processo de Racionalização

O processo de racionalização é tema que perpassa toda a obra weberiana, sendo conceito de fundamental importância para a compreensão da modernidade, complexo cultural no qual se insere o Estado moderno. Consistindo a racionalização em um processo histórico cuja repercussão atingiu todas as dimensões da vida social moderna, é necessário examiná-la para que se possa visualizar a modernidade e sua forma estatal típica.

Como primeiro passo para sua compreensão, afirma-se que a racionalização se refere à ação social, o que conduz à necessidade de analisar a tipologia weberiana das ações. Saliente-se que ao indicar os tipos ideais de ação social, Weber evidentemente não o faz prescrevendo-os como modelos a serem seguidos, mas como tipos abstratos puros, “(...) dos quais a ação real se aproxima mais ou menos ou dos quais – ainda mais freqüentemente – ela se compõe”¹¹. Antes da análise, advirta-se que os tipos indicados não esgotam todos os modos de orientação e raramente uma ação “(...) orienta-se exclusivamente de uma ou outra dessas maneiras”¹².

1.3.1. Modalidades de Ação Social

¹¹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 16.

¹² WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

A ação social é conceituada por Max Weber como a conduta do indivíduo orientada pelo comportamento alheio: “A ação social (incluindo omissão ou tolerância) orienta-se pelo comportamento de outros, seja este passado, presente ou esperado como futuro (vingança por ataques anteriores, defesa contra ataques presentes ou medidas de defesa para enfrentar ataques futuros)”¹³. A ação social, segundo Weber, representa o objeto central da sociologia, donde sua importância, podendo ser determinada:

“(…) 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar *fins* próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, com sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado”¹⁴.

A ação *tradicional*, referindo-se a um costume imemorial, pode se confundir com um gesto reativo mecânico, pois ao agir tradicionalmente “(…) o ator não precisa conceber um objetivo, ou um valor, nem ser impelido por uma emoção; obedece simplesmente a reflexos enraizados por longa prática”¹⁵. Ações cotidianas habituais como a retirada do chapéu em ambientes fechados ou os votos de saúde após um espirro são exemplos de ação tradicional.

De sua parte, a *ação afetiva* é a resposta do ator a um estímulo presente, como a retribuição do marido ao beijo de sua esposa ou o tapa do irmão na irmã que o agride. O objetivo da ação puramente afetiva consiste na ação em si mesma. Assim, o beijo do esposo não representará nada além da resposta ao beijo de sua mulher.

Na *ação racional referente a fins* “(…) o ator concebe claramente seu objetivo e combina os meios disponíveis para atingi-lo”¹⁶. Como exemplo, pode-se indicar o empresário do modo de produção capitalista ao adotar conscientemente medidas que permitam a maximização de seu lucro, como o aumento da jornada de trabalho e a mecanização da linha de produção.

Por sua vez, a *ação racional referente a valores* “(…) se caracteriza pelo fato de se inspirar, no curso de seu desenvolvimento, apenas na convicção do agente, sem se

¹³ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 13.

¹⁴ WEBER, Max. *Idem*, p. 15.

¹⁵ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*, p. 449.

¹⁶ ARON, Raymond. *Idem*, p. 448.

preocupar com as conseqüências previsíveis”¹⁷. Ao agir racionalmente com referência a valores, o ator o faz incondicional e exclusivamente em atenção a um primado ético.

Traz-se, como exemplo de ação racional referente a valores, a conduta do revolucionário cujo ato conduz tão-somente ao recrudescimento da reação. Não importa ao revolucionário, impelido por um ideal de combate absoluto, que seu gesto acarrete o desmantelamento do movimento a que pertence. Tudo se traduz na premente necessidade de ataque ao regime.

A ação racional referente a fins conduz à ética da responsabilidade ou dos fins últimos, ao passo que a ação racional referente a valores se traduz na ética da convicção. A distinção entre essas categorias decorre da constatação da inexistência de uma ética única a orientar as ações sociais.

Nesse contexto, a ética da convicção é uma ética absoluta, despreocupada com as conseqüências da conduta praticada, ao passo que a ética da responsabilidade leva em conta as conseqüências da ação, orientando-a para a conquista dos fins almejados e se responsabilizando pelos seus efeitos.

Assim, “(...) há um contraste abismal entre a conduta que segue a máxima de uma ética de objetivos finais – isto é, em termos religiosos, “o cristão faz o bem e deixa os resultados ao Senhor” e a conduta que segue a máxima de uma responsabilidade ética, quando então se tem de prestar contas dos resultados previsíveis dos atos cometidos”¹⁸.

1.3.2 Racionalização e Modernidade: Desencantamento do Mundo, Ascese Intramundana e Capitalismo

A racionalização se refere à ação social racional. Desse modo, compreende-se o processo de racionalização como o fenômeno histórico que propiciou a multiplicação da ação referente a fins nas diversas dimensões da vida social, como a ciência, a religião, a atividade econômica ou até mesmo a música. Segundo Gabriel Cohn:

“O ponto de partida, claro, consiste em lembrar-se que a racionalização de que se fala refere-se à *ação*. Vale dizer, pode-se falar de uma religião racionalizada ou de uma música racionalizada, mas com uma condição: de que isso signifique que essas dimensões da vida social, em determinadas condições de seu desenvolvimento, suscitam ações sociais racionalmente orientadas. Essa última formulação é importante: não se pode confundir o

¹⁷ FREUND, Julien. Op. cit., p. 80.

¹⁸ WEBER, Max. A política como vocação, in *Ensaio de Sociologia*, p. 84.

processo de racionalização com a ação racional. A racionalização oferece as condições em que a ação racional tem como exercer-se e expandir-se”¹⁹.

O processo de racionalização, portanto, liga-se à criação de condições que proporcionem, nas mais variadas esferas da vida social, a difusão das ações racionais, sejam as referentes a fins, sejam as referentes a valores.

Nesse contexto, avançando mais um passo na compreensão do conceito de racionalização na teoria weberiana, saliente-se que as diferentes dimensões da vida social nas quais podem ser exercidas as ações racionais não estão homoganeamente desenvolvidas. Por esse motivo, a racionalização ocidental não pode ser compreendida como “(...) uma mera oposição histórica através da qual o surgimento da ciência e dos métodos empíricos se encarregariam de retirar o véu da obscuridade capaz de impedir o livre desenvolvimento da racionalidade”²⁰.

Max Weber enfatiza a calculabilidade intrínseca ao conceito, afirmando que a racionalização significa “(...) que não há forças misteriosas incalculáveis, mas que podemos, em princípio, dominar todas as coisas pelo cálculo”²¹. Ao agir racionalmente, o ator social, ciente de seus objetivos, aplica sistematicamente os meios para alcançá-los, sendo esses meios representados pelo cálculo racional, aplicável, no dizer de Weber, *a todas as coisas*.

Entretanto, essa aplicação generalizada do cálculo *a todas as coisas* não se traduz em um processo histórico linear a irradiar-se homoganeamente pelas diversas dimensões da vida social, as quais avançariam uniformemente rumo à calculabilidade. Não! A infinitude da realidade pressupõe diferentes estágios nas dimensões da vida social, nos quais as condições para a difusão de ações referentes a fins estão presentes em graus variados.

Saliente-se que essa heterogeneidade de condições para a difusão de ações referentes a fins também se faz presente no que se refere às ações racionais referentes a valores, cujos pressupostos também se encontram em graus variados nas diversas dimensões da vida social.

As condições para a difusão das ações racionais residem na diferenciação de encadeamentos significativos. Assim, pode-se caracterizar o processo de racionalização como a separação desses encadeamentos nas diversas dimensões da vida social, não se confundindo a racionalização com as próprias ações racionais. Segundo Gabriel Cohn:

¹⁹ COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação. Max Weber e a teoria social*, p. 231.

²⁰ AVRITZER, Leonardo. *A Moralidade da Democracia*, p. 56.

²¹ WEBER, Max. A ciência como vocação, in *Ensaio de Sociologia*, p. 97.

“Esse processo de diferenciação implica a separação das diversas modalidades de encadeamentos significativos da ação (artística, religiosa, e assim por diante) sobre as quais pode incidir a racionalização. Isso porque a racionalização é uma característica de ações em processo e não das ações já realizadas; tem a ver, precisamente, com esse encadeamento de componentes do processo. Naquilo que interessa isso significa que o mundo moderno, racionalizado, caracteriza-se pela separação entre linhas de ação que, antes, no mundo ainda não “desencantado”, andavam juntas, confundiam-se tanto nos fins perseguidos pelas ações quanto nos valores que os orientavam”²².

Conteúdos outrora unificados são separados pelo processo de racionalização, ensejando-se a proliferação de ações racionais referentes a fins e de ações racionais referentes a valores em dimensões da vida social onde até então elas não eram encontradas.

Cite-se, como exemplo, a separação entre Direito e religião, amalgamados em um só encadeamento significativo nas sociedades primitivas. A diferenciação dos encadeamentos jurídicos e religiosos permitiu que se abrissem novas linhas de ação nas quais puderam proliferar as ações racionais. Emancipou-se o direito da religião. Desenvolveu-se a teologia na religião. Alteraram-se as duas esferas de ação, religiosa e jurídica, culminando no direito moderno positivo e nas teologias cristãs racionais.

1.3.2.1 Desencantamento do Mundo

Para que se possa compreender a origem remota da diferenciação de encadeamentos significativos, principia-se a análise com o conceito de *desencantamento do mundo*. Desde logo, advirta-se que este conceito não pode ser tomado como sinônimo de processo de racionalização, sob pena de simplificação inadequada da teoria weberiana. Segundo pesquisas recentes, sempre que Max Weber o empregou, o conceito de desencantamento do mundo apresentou contornos definidos.

Assim, Antônio Flávio Pierucci, em obra específica sobre o tema, informa que a expressão *desencantamento do mundo* aparece dezessete vezes na obra de Max Weber, apresentando em nove passagens o significado de *desmagificação dos meios religiosos*, em quatro passagens o significado de *perda de sentido* e, nos quatro trechos restantes, ambas as acepções²³.

Tomado em seu sentido majoritário como *desmagificação dos meios religiosos*, o *desencantamento do mundo* tem no profetismo judaico seu marco histórico

²² COHN, Gabriel. Op. cit., p. 233.

²³ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 58.

inicial. Ao mundo externo, desprovido de sentido, o profeta judeu aplicou os mandamentos extraídos de uma prática religiosa racional: “É como se o desencantamento significasse justamente o contrário do que dele se esperava, a saber, a saída de um mundo incapaz de sentido e o ingresso num universo significativamente ordenado pelas *idéias* religiosas e, com isso, tornado ele próprio pleno de sentido, *sinvoll, meaningful*”²⁴.

Desse modo, inicia-se, com o judaísmo profético, o processo de ordenação significativa da realidade. Não somente o mundo, mas a integralidade da vida cotidiana passa a ser ordenada e toda essa ordem é impregnada de sentido²⁵.

O conceito de *desencantamento do mundo*, compreendido como desmagificação dos meios religiosos de salvação, contrapõe, na teoria weberiana, a religião à magia até então prevalente: “Magia é coerção do sagrado, compulsão do divino, conjuração dos espíritos; religião é respeito, prece, culto e sobretudo *doutrina*”²⁶.

É necessário destacar que a magia seria compreendida por Max Weber como um estágio religioso temporalmente anterior à religião ordenada, típico de um mundo primitivo e animista, povoado por uma miríade de espíritos capazes de influenciar a vida do homem. Conforme assinala Antônio Pierucci:

“Neste sentido, a magia representa para Weber o momento anterior da religião, com nítida afinidade eletiva com o estágio “animista” de uma humanidade imersa num mundo cheio de espíritos, não essencialmente bons, nem essencialmente maus, apenas capazes de influir “favorável” ou “prejudicialmente” nos *affaires humains*, povoando invisivelmente um universo concebido de forma não dual (pois dual é o mundo pensado pela religião)”²⁷.

Ao se mencionar que a religião *desencantada* produz um mundo dual, faz-se referência à cisão, ocasionada pela desmagificação dos meios religiosos, entre este mundo e o além transcendente, conforme aponta Raymond Aron:

“A força religiosa e histórica que rompe o conservantismo ritualista e os laços estreitos que unem o carisma e as coisas é o profetismo. Este é religiosamente revolucionário, porque se dirige a todos os homens e não apenas aos membros de um só grupo étnico ou nacional, e porque estabelece uma oposição fundamental entre este mundo e o outro, entre as coisas e o carisma”²⁸.

²⁴ PIERUCCI, Antônio Flávio. Op. cit., p. 88.

²⁵ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. Idem, p. 109.

²⁶ PIERUCCI, Antônio Flávio. Idem, p. 70.

²⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. Idem, p. 69.

²⁸ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*, p. 487-488.

Com fundamento nessa passagem, pode-se sustentar que o profetismo judaico trouxe a necessidade de o homem moldar sua conduta em conformidade com os desígnios divinos, dada a inutilidade, para esse fim, das condutas mágicas. A partir dessa separação entre o mundo e a realidade transcendente, teria surgido o conflito entre o ser e o dever ser:

“Os homens se tornam conscientes, como nunca, da obrigação de conduzir sua vida diferentemente do que ela sempre foi, de moldá-la de acordo com um ideal de perfeição divinamente revelado, sancionado e cobrado. A distinção que emerge entre o mundo das criaturas e a absoluta transcendência divina, o dualismo de mundos, desdobra-se nesta outra, a distinção entre o que os homens “fazem de fato” individual ou coletivamente e o que o Deus único “quer que eles façam e eles, portanto, devem fazer”. Eis aí a gênese da cisão intelectualizada e racionalizadora entre o “ser” e o “dever ser”²⁹.

Dois pontos merecem especial destaque. Primeiramente, é preciso perceber que Max Weber, fiel à sua própria metodologia, concebe o profetismo judaico e as práticas religiosas mágicas como tipos ideais, aptos a permitir o desenvolvimento de sua sociologia das religiões. No mundo real, entretanto, não é possível separar os conteúdos mágicos das religiões.

Acrescente-se que mesmo em religiões racionalmente evoluídas são conservados alguns elementos mágicos, como, por exemplo, os sacramentos na teologia católica. Trata-se de elementos que permitiriam um contato direto com o divino, independentemente de qualquer conduta do fiel, à semelhança do que ocorria em religiões arcaicas, nas quais uma diversidade de objetos conduziria ao contato com o sagrado.

O segundo ponto a ser destacado consiste na impossibilidade de difusão de ações racionais em um mundo dominado por práticas mágicas, na qual a realidade não é ordenada, amoldando-se o homem a toda sorte de ditames provenientes de seus mitos, os quais, freqüentemente, emanam dos fenômenos naturais.

Assim, reitere-se que ao se definir o desencantamento do mundo como o abandono da prática religiosa mágica, enfatiza-se uma das acepções do conceito em Max Weber, qual seja, a de desmagificação dos meios religiosos de salvação. Mas na teoria weberiana, como já dito, o conceito também apresenta a acepção de perda de sentido, conseqüência trazida à modernidade pela ciência.

De fato, ao explicar o mundo por meio de nexos de causalidade, a ciência moderna o desencanta, desvelando os mecanismos pelos quais se manifesta a natureza.

²⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. Op. cit., p. 182.

Nesse processo de produção científica, é extirpado o sentido subjacente às coisas, perdendo-se a dimensão de totalidade oriunda de concepções religiosas, metafísicas ou políticas.

Nesse contexto, a total retirada de sentido do mundo, sentido este, saliente-se, decorrente de concepções totalizantes, quer sejam filosóficas, quer sejam religiosas, quer sejam políticas, representaria a especificidade da ciência moderna. O mundo é concebido como um mecanismo causal, explicável em suas partes, despido de mistérios³⁰.

A incapacidade da ciência em dar sentido ao mundo é tema fundamental da teoria weberiana. É inviável, segundo Max Weber, retirar juízos de valor das ciências. Será sempre o próprio sujeito que escolherá seus valores, pois as ciências não se referem ao dever ser. A seguinte passagem é sintomática a respeito desse tema: “Uma ciência empírica não tem como ensinar a ninguém sobre o que *deve*, somente sobre o que *pode* e – eventualmente – sobre o que *quer*”³¹.

Ora, se para Weber o sujeito jamais obtém valores de concepções científicas, então se comprova que na teoria weberiana a ciência retira, sem substituí-lo, o significado totalizante do mundo, originário das concepções subjetivas de ordem filosófica, política ou religiosa.

Caracteriza-se, assim, radical desencantamento do mundo, entendido como perda do sentido subjacente, pois as ciências, restritas ao mundo do ser, fazem recuar as concepções subjetivas abrangentes. Na síntese de Gabriel Cohn:

“Em suma, de acordo com a posição que Weber defende, no mundo do conhecimento científico – e isso inclui o mundo humano – só se pode falar do que é, não do que deveria ser. O conhecimento científico só pode buscar apoio em fatos (os dados da realidade), nunca em valores (as qualidades em nome das quais se avalia a realidade). A consequência imediata é que não se pode exigir desse conhecimento que nos diga o que devemos fazer”³².

O desencantamento “científico” do mundo é obra do cálculo e da técnica. O mundo moderno, explicado causalmente com precisão, fracionado, certamente não reserva espaço para as práticas mágicas:

“O destino de nossos tempos é caracterizado pela racionalização e intelectualização e, acima de tudo, pelo “desencantamento do mundo”. Precisamente os valores últimos e mais sublimes

³⁰ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. Op. cit. p. 159.

³¹ WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais, p. 17.

³² COHN, Gabriel. O sentido da ciência, in A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais, p. 08.

retiraram-se da vida pública, seja para o reino transcendental da vida mística, seja para a fraternidade das relações humanas diretas e pessoais”³³.

Resumindo a exposição, é correto afirmar que tomado como desmagificação dos meios religiosos salvíficos, nos moldes conferidos pelo profetismo judaico, o desenvolvimento do conceito de desencantamento do mundo indica como ocorreu a separação entre o mundo do ser e o do dever-ser, separação capaz de estimular a difusão de ações racionais, especialmente aquelas referentes a valores.

Compreendido como perda de sentido, o desencantamento do mundo conduz a outro momento do processo de racionalização, no qual se firma a predominância do método científico, com sua interpretação da realidade mediante relações causais. Mas a demonstração, pelo cientista, de como as coisas são, impede-lhe de dizer como elas deveriam ser.

Essas nuances do conceito de desencantamento do mundo permitem que se compreenda um processo histórico amplíssimo, cujo início ocorre com o profetismo judaico e cujo ápice corresponde à sociedade contemporânea. As ações racionais que forçaram passagem no mundo mágico da antiguidade, facilmente se difundiram na modernidade desencantada.

A compreensão do conceito de desencantamento do mundo permite melhor entendimento sobre o processo de racionalização, o qual, para Gabriel Cohn, apresentaria dois níveis na teoria weberiana. No primeiro, histórico-estrutural, estabelecer-se-ia a diferenciação de linhas de ação, a partir da desmagificação do mundo operada pelo profetismo judaico. Uma vez separados conteúdos antes mesclados, o processo de racionalização incidiria sobre cada uma das linhas de ação:

“A racionalização (ou seja, o processo que enseja a prevalência crescente da condução racional da ação) apresenta-se, portanto, em dois níveis. O primeiro é de caráter histórico-estrutural, e diz respeito à diferenciação entre linhas de ação, que caracteriza a modernidade. Esse primeiro nível oferece a condição para o segundo, que remete ao interior de cada linha de ação, no plano da constituição da sua lógica intrínseca, da legalidade própria a cada qual. No primeiro nível o problema diz respeito às relações entre significados de ações sociais que ocorrem em linhas distintas. No segundo, concerne à modalidade de encadeamento dos significados no interior da mesma linha de ação”³⁴.

Nesse segundo nível preponderariam as ações racionais referentes a fins, típicas da modernidade e, portanto, do Estado moderno, do direito moderno e do capitalismo moderno, instâncias profundamente marcadas pela calculabilidade e previsibilidade. Nesse contexto, admitindo-se que a calculabilidade e a previsibilidade

³³ WEBER, Max. A ciência como vocação, in *Ensaio de Sociologia*, p. 107.

³⁴ COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação*, p. 232.

afetaram o Direito, pode-se sustentar que também influenciaram a jurisdição civil, ambiente no qual se insere a sentença condenatória.

Desse modo, o mais amplo entendimento sobre a base de causalidade da sentença condenatória permitirá uma melhor compreensão dessa técnica de tutela nos moldes que lhe foram conferidos pela jurisdição típica do Estado moderno. Contudo, antes de se avançar a análise, ainda é necessária uma advertência sobre o processo de racionalização, no escopo de se preservar a sofisticação da abordagem weberiana: é fundamental ter-se em conta a possibilidade de se “(...) “racionalizar” a vida de pontos de vista últimos extremamente diversos e nas mais diversas direções”³⁵.

Precisamente em razão disso, uma mesma conduta pode ser racional segundo determinado fim, mas irracional de acordo com determinado valor. Como exemplo, a calculabilidade na conduta do empresário, voltada para a maximização de lucros, é racional quando se considera a finalidade lucrativa, mas será irracional se se levar em conta um valor, como, por exemplo, a solidariedade³⁶.

1.3.2.2. Ascese Intramundana e Vocação Profissional

Como dito, a origem remota do processo de racionalização reside no profetismo judaico, que desencantou os meios religiosos de salvação, ordenando a realidade. Nada obstante, a repercussão do desencantamento do mundo como desmagificação na modernidade pode ser imputada à forma típica que adquiriu nas seitas protestantes, as quais forneceram os traços conclusivos da desmagificação, conforme destaca Max Weber:

“Aquele grande processo histórico-religioso do *desencantamento* do mundo que teve início com as profecias do judaísmo antigo e, em conjunto com o pensamento científico helênico, repudiava como superstição e sacrilégio todos os meios *mágicos* de busca da salvação, encontrou aqui sua conclusão. O puritano genuíno ia ao ponto de condenar até mesmo todo vestígio de cerimônias religiosas fúnebres e enterrava os seus sem canto nem música, só para não dar trela ao aparecimento da *superstition*, isto é, da confiança em efeitos salvíficos à maneira mágico-sacramental. Não havia nenhum meio mágico, melhor dizendo, meio nenhum que proporcionasse a graça divina a quem Deus houvesse decidido negá-la”³⁷.

Os fins aos quais as ações do crente se referem correspondem às resoluções divinas, de modo que as condutas do asceta protestante são conscientemente praticadas

³⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p.69.

³⁶ Cf. Gabriel Cohn, em *Crítica e Resignação*, p. 227 e ss.

³⁷ WEBER, Max. Op. cit., p. 96.

como forma de acatamento dos mandamentos de Deus. A idéia fica clara no contraste realizado por Weber entre ascetismo e misticismo:

“Para o verdadeiro místico, continua sendo válido o princípio: a criatura deve estar calada, de modo que Deus possa falar. Ela “está” no mundo e se “acomoda” externamente às suas ordens, mas apenas para adquirir a certeza do seu estado de graça em oposição ao mundo, resistindo à tentação de levar a sério os seus processos. (...) O ascetismo deste mundo, pelo contrário, prova-se *através* da ação. Para o asceta deste mundo, a conduta do místico é um gozo indolente do eu; para o místico, a conduta do asceta (voltado para o mundo) é uma participação nos processos do mundo, combinada com uma hipocrisia complacente. Com esse “fanatismo abençoado”, habitualmente atribuído ao puritano típico, o ascetismo deste mundo executa as resoluções positivas e divinas cujo sentido final continua oculto. O ascetismo executa tais resoluções como dadas nas ordens racionais da criatura, ordenadas por Deus”³⁸.

É correto afirmar, nesse contexto, que Max Weber identificou nas prescrições de conduta típicas das seitas protestantes um fundamento para a proliferação de ações referentes a fins que se mostrou fundamental para o desenvolvimento do capitalismo moderno e, conseqüentemente, da modernidade ocidental.

Ao ordenar o mundo em radical conformidade com os mandamentos de Deus, o membro das seitas protestantes pressupunha que sua conduta o levaria à salvação³⁹. Daí o estímulo para a ação sistemática neste mundo. Por meio de sua integral subsunção às determinações religiosas o crente terminou por transferir, para suas demais ações sociais, o conteúdo calculista de sua prática religiosa.

Desse modo, em termos weberianos, o produto do protestantismo ascético corresponderia a “(...) uma sistemática conformação racional da vida ética em seu conjunto”⁴⁰. A prática desse ascetismo rigoroso no meio do mundo, concebido como a forma mais adequada para a adoração de Deus, corresponde ao conceito de ascese intramundana. Contrapõe-se à ascese extramundana dos mosteiros, típica do catolicismo.

Com o passar do tempo e a difusão no meio social da ascese intramundana, surgiu a idéia de vocação profissional. Esta surgiu quando conteúdos originários da teologia e da prática religiosa protestantes levaram à valorização intrínseca do trabalho profissional, um dos traços da modernidade. Assim, se o crente concebia o trabalho como um meio para a glorificação de Deus, os trabalhadores modernos e, antes deles, os precursores do moderno capitalismo, o vêem por si mesmo como um dever:

³⁸ WEBER, Max. Rejeições Religiosas do Mundo e suas Direções, in *Ensaio de Sociologia*, p. 228.

³⁹ A assertiva não é aplicável ao calvinismo e a outras seitas predestinacionistas. As conseqüências econômicas da predestinação serão brevemente analisadas adiante.

⁴⁰ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 115.

“O puritano *queria* ser um profissional – nós *devemos* sê-lo. Pois a ascese, ao se transferir das celas dos mosteiros para a vida profissional, passou a dominar a moralidade intramundana e assim contribuiu com sua parte para edificar esse poderoso cosmos da ordem econômica moderna ligado aos pressupostos técnicos e econômicos da produção pela máquina, que hoje determina com pressão avassaladora o estilo de vida de todos os indivíduos que nascem dentro dessa engrenagem – *não* só dos economicamente ativos – e talvez continue a determinar até que cesse de queimar a última porção de combustível”⁴¹.

Essa passagem, extremamente reveladora, causa impacto ao imputar à ascese protestante influência na formação da moderna mentalidade capitalista. Para demonstrar com maior exatidão a coerência da concepção weberiana, comprovando-se que as seitas protestantes integram a base de causalidade que engendrou a economia moderna, é válido abordar rapidamente a doutrina calvinista da predestinação.

Segundo o calvinismo, os homens já nasceriam destinados à glória do paraíso ou à danação eterna. Ora, se os homens já nascem glorificados ou condenados, sinais externos de riqueza podem ser interpretados como símbolos da graça de Deus. Naquele contexto cultural, efetivamente o eram. Desse modo, o calvinista passou a cultivar esses sinais, que tinham como pressuposto o trabalho metódico e zeloso.

Se, portanto, por si mesma a doutrina da predestinação exortava o crente a trabalhar sistematicamente, à cata dos sinais da graça de Deus, outros elementos da teologia calvinista caracterizavam o trabalho como instrumento para a maior glória de Deus, donde as restrições doutrinárias à perda de tempo e à prática de atividades desnecessárias, compreendendo-se como tal todas que pudessem desviar o homem de sua vocação profissional.

Um homem moldado por essas convicções se comportará metodicamente em todas as dimensões de sua vida, circunstância que favoreceu a migração do ascetismo para a vida mundana, consolidando na mentalidade moderna o conceito de vocação profissional.

Ao migrar, o ascetismo levou para as dimensões sociais não religiosas sua calculabilidade e sua visão sistematizada de mundo, elementos que permitiram a difusão de ações referentes a fins, engendrando o fenômeno cultural designado por Max Weber como “espírito” capitalista:

“(…) a valorização religiosa do trabalho profissional mundano, sem descanso, continuado, sistemático, como o meio ascético simplesmente supremo e a um só tempo comprovação a mais segura e visível da regeneração de um ser humano e da autenticidade de sua fé, tinha que ser, no fim das contas, a alavanca mais poderosa que se pode imaginar da expansão dessa concepção de vida que aqui temos chamado de “espírito” do capitalismo”⁴².

⁴¹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 165.

⁴² WEBER, Max. *Idem*, p. 156-157.

Desse modo, nota-se que a racionalidade calculista do capitalismo moderno apresenta adequação com as doutrinas protestantes, muito embora tais doutrinas apresentem conteúdos culturais atualmente muito estranhos à mentalidade capitalista.

É preciso, chegado esse ponto, indicar os ganhos teóricos advindos da investigação da ascese intramundana e da vocação profissional, com sua relação com o “espírito” capitalista, compreendido como a “(...) concepção de ganhar dinheiro como um fim em si mesmo e um dever do ser humano (...)”⁴³.

O deslocamento da postura ascética do plano religioso para o mundano integrou a base de causalidade do fenômeno designado como “espírito” do capitalismo, concepção cultural fundamentada na máxima acumulação de bens e riquezas, que encontrou na calculabilidade do processo de racionalização o mais propício dos ambientes para seu desenvolvimento. Essa mentalidade contribuiu para engendrar o capitalismo moderno, integrando sua base de causalidade.

A relação entre as seitas reformistas e o “espírito” do capitalismo é de causalidade adequada, não de imprescindibilidade. Vale dizer: Max Weber não sustenta que o “espírito” capitalista decorra exclusivamente dos conteúdos do protestantismo ascético! A mentalidade capitalista poderia existir ainda que inexistissem as seitas reformistas. O fato é que, nesse caso, teria o “espírito” capitalista outra conformação.

Se se não pode estabelecer a imprescindibilidade do protestantismo ascético e o espírito capitalista, será ainda mais incorreto apontar o capitalismo moderno, pura e simplesmente, como produto da reforma. Max Weber advertiu expressamente contra tais equívocos:

“Mas, por outro lado, não se deve de forma alguma defender uma tese tão disparatadamente doutrinária que afirmasse por exemplo: que o “espírito capitalista” (sempre no sentido provisório dado ao termo aqui) *pôde* surgir *somente* como resultado de determinados influxos da Reforma ou até mesmo: que o capitalismo enquanto *sistema econômico* é um produto da Reforma. Só o fato de certas *formas* importantes de negócio capitalista serem notoriamente *mais antigas* que a Reforma impede definitivamente uma visão como essa. Trata-se apenas de averiguar se, e até que ponto, influxos religiosos *contribuíram* para a cunhagem qualitativa desse “espírito” mundo afora, e quais são os *aspectos* concretos da *cultura* assentada em bases capitalistas que remontam àqueles influxos”⁴⁴.

Percebe-se que Max Weber pretendia tão-somente investigar “(...) determinadas “afinidades eletivas” entre certas formas da fé religiosa e certas formas da

⁴³ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 64.

⁴⁴ WEBER, Max. *Idem*, p. 83.

ética profissional”⁴⁵. Dito de outro modo, almejava investigar se certas formas da fé religiosa e certas formas da ética profissional se relacionavam e, em caso de resposta afirmativa, em qual contexto.

Tratava-se, portanto, da perquirição sobre a possibilidade objetiva da relação entre determinados conteúdos religiosos e a mentalidade capitalista. Em um segundo momento, captada a relação de possibilidade objetiva, investigava-se de que forma ela poderia ocorrer.

Esses dados respondem às críticas que atribuem a Max Weber um monismo idealista na análise do capitalismo moderno. De fato, essa assertiva é rigorosamente incorreta, pois como visto Weber jamais estabeleceu um nexo de causalidade necessária entre o capitalismo moderno e as doutrinas protestantes, limitando-se a demonstrar suas afinidades eletivas.

1.4. Processo de Racionalização e Tipologia do Direito

Quando se aborda a sociologia jurídica weberiana se percebe a intimidade com que Max Weber trafegava pelo Direito, o que se deve, em grande parte, à sua formação universitária, tendo ele se graduado em ciências jurídicas na Universidade de Heidelberg.

É importante destacar que para os fins da análise ora empreendida, compreende-se por racionalização o amplíssimo processo histórico pelo qual foram criadas as condições para a multiplicação de ações racionais nas mais diversas esferas da vida social. Trata-se de processo próprio do ocidente, portanto, não universal.

Racionalização não equivale a racionalismo, compreendido como “(...) a forma, culturalmente singular, como uma civilização específica, e por extensão também os indivíduos que constituem sua maneira de pensar e agir a partir desses modelos culturais, interpretam o mundo”⁴⁶. Assim, a racionalidade de uma conduta será auferida em conformidade com o conceito de racionalismo vigente em determinada sociedade.

Para Wolfgang Schlüchter, renomado weberólogo, racionalismo não teria a conotação de *mentalidade* acima indicada, mas apresentaria três diferentes acepções. Na primeira delas, o termo corresponderia ao poder e ao saber empíricos. Na segunda, teria

⁴⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 83.

⁴⁶ SOUZA, Jessé. O mundo desencantado, introdução a *A gênese do capitalismo moderno*, p. 08.

relação com a sistematização de conexões de sentido. Por fim, na terceira, equivaleria à sistematização da conduta de vida metódica⁴⁷.

Poder-se-ia afirmar, conjugando as acepções do parágrafo anterior com o conceito de racionalismo indicado no parágrafo que lhe antecede, que ao se conceber o racionalismo como mentalidade, no ocidente moderno o conteúdo dessa mentalidade corresponderia precisamente a essas três acepções. Disso resulta que no ocidente prevaleceria uma racionalidade instrumental, reflexo da hegemonia de ações racionais referentes a fins nas diversas dimensões da vida social.

A racionalização separou encadeamentos significativos outrora imbricados sendo correto apontá-la como um dos pilares da modernidade ocidental, a qual está fundamentada no conhecimento técnico-científico, na calculabilidade e previsibilidade das ações, prevalecendo no homem moderno uma visão de mundo profundamente desencantada.

Nesse contexto, partindo da premissa de que o processo de racionalização influenciou o Direito, busca-se sua conceituação. Segundo Max Weber uma ordem é denominada direito “(...) quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”⁴⁸. Assim, “(...) o decisivo no conceito do “direito” (que para outros fins pode ser definido de maneira completamente diferente) é a existência de um *quadro* coativo. Este, naturalmente, de modo algum precisa ser semelhante ao que hoje em dia é habitual”⁴⁹.

Desse modo na sociologia jurídica weberiana o quadro coativo legítimo é essencial à definição do Direito. Note-se, entretanto, que em sua própria conceituação Weber pressupõe a existência de diferentes quadros coativos, não identificados com os mecanismos de coação previstos pelo Estado moderno, no qual predomina a dominação burocrática. Desse modo, como também a sociologia jurídica weberiana se assenta em tipos ideais, não em conceitos presumivelmente universais e perenes, Weber reconhece que as diferentes etapas de racionalização do Direito apresentam diferentes mecanismos coativos, sem que esse fato exija a modificação de seu conceito.

Importante destacar que na definição de direito de outros autores modernos não se encontra a ênfase conceitual weberiana no quadro coativo. Assim, conforme

⁴⁷ Cf. ARGÜELLO, Katie. *Max Weber – O Ícaro da Modernidade*, p. 69.

⁴⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 21.

⁴⁹ WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

Georg Jellinek, também professor da Universidade de Heidelberg e integrante do círculo social de Weber: “No es pues, la coacción una nota esencial al concepto del Derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada, las normas jurídicas no son tanto normas coactivas cuanto normas de garantía”⁵⁰.

O raciocínio de Jellinek se fundamentava na inexistência de coação específica no direito internacional e em larga parte do direito público. Contudo, o autor reconhecia que mesmo nesses casos o direito continuava garantido por fatores externos. No caso do direito público as garantias se radicariam na ampla gama de organizações do Estado. No caso do direito internacional as garantias residiriam no interesse da comunidade dos estados civilizados. Essas garantias seriam ainda mais fortes que a coação jurídica⁵¹.

Contudo, à medida que a definição weberiana reconhece a existência de diferentes mecanismos de coação, não se crê que a conceituação de Jellinek possa a ela se sobrepor. Quando destaca a coação, Weber está, em verdade, traduzindo a legitimidade do direito em fatores que lhe são externos, fato a respeito do qual seria lícito supor a concordância de Jellinek.

Demonstrada a coação como nota essencial do fenômeno jurídico, indica-se que na teoria weberiana se encontram diversas distinções do Direito. O capítulo VII de “Economia e Sociedade” principia com a diferenciação entre “direito público” e “direito privado”⁵². No mesmo capítulo são tratadas, difusamente, as distinções entre “direito subjetivo” e “direito objetivo”⁵³, bem como aquelas que mais importam para este trabalho, quais sejam, as distinções entre “direito racional” e “direito irracional” e entre “direito material” e “direito formal”.

É importante destacar que ao tratar de direitos formais ou materiais, racionais ou irracionais, Max Weber enfrenta a temática referente à diferença entre criação e aplicação do Direito, uma das notas típicas do Estado moderno, no qual a criação jurídica é identificada com “(...) o estabelecimento de normas gerais estatuídas, das quais cada uma, na linguagem dos juristas, assume o caráter de uma ou várias “disposições jurídicas” racionais”⁵⁴.

Por sua vez, a aplicação do Direito no Estado moderno significa “(...) a utilização daquelas normas estatuídas e das respectivas “disposições jurídicas” (a serem

⁵⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, p. 277.

⁵¹ JELLINEK, Georg. *Idem*, p. 276.

⁵² WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 1.

⁵³ WEBER, Max. *Idem*, p. 10.

⁵⁴ WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

deduzidas das primeiras pelo esforço do pensamento jurídico) a “fatos” concretos que são a elas “subsumidos”⁵⁵.

Ante o exposto, pode-se afirmar que para Weber a criação do Direito na modernidade se dá com sua positivação em leis gerais e abstratas, compostas por enunciados normativos dos quais é extraída a norma aplicável ao caso concreto mediante subsunção dos fatos aos enunciados.

Se a distinção entre criação e aplicação do direito se assenta nessas premissas, então ela não ocorrerá quando a jurisdição for casuística, por se ausentarem, nessa hipótese, a “norma jurídica”, compreendida como o sentido do enunciado normativo, e o direito subjetivo à sua aplicação. Tampouco haverá a mencionada distinção quando inexistir aplicação de normas jurídicas aos casos concretos⁵⁶.

Como já dito, os referentes de Max Weber na elaboração de sua tipologia jurídica foram a criação e a aplicação do Direito. Mas o critério para o estudo das quatro combinações tipológicas resultantes de sua análise das qualidades formais gerais do direito corresponde à racionalidade⁵⁷, compreendida como o grau de adstrição dos tipos de Direito aos conteúdos do racionalismo vigente, os quais decorrem da racionalização.

Pressupondo que um direito seja racional em sentidos diversos, Weber assenta, em uma primeira perspectiva, a correspondência entre racionalização e generalização, compreendida como a redução dos motivos determinantes da decisão às disposições jurídicas. A par da elaboração de enunciados normativos, a racionalização do direito se expressa na construção de “relações” e de “institutos” jurídicos, bem como na sistematização de todos os enunciados, para que formem um sistema claro, consistente e desprovido de lacunas⁵⁸.

Na racionalização do direito os práticos jurídicos desempenharam papel fundamental. O incremento da importância das trocas passou a exigir conhecimentos jurídicos cada vez mais especializados, necessidade que fez surgir dentre os práticos o advogado profissional. Weber sustentava que a racionalização do direito, com o desenvolvimento de seus traços formais dependia de fatores intrajurídicos, referentes aos círculos capazes de influenciar profissionalmente o direito, racionalizando-o em

⁵⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 10.

⁵⁶ Cf. WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

⁵⁷ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 11.

⁵⁸ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 12.

sentidos diferentes, para o que também contribuía a diversidade de formação dos juristas⁵⁹.

Indicado o sentido da racionalização jurídica e a participação dos juristas na racionalização do direito, analisa-se o significado de direito formal, salientando-se que para Weber o formalismo jurídico apresenta caráter duplo. Por um lado remete às características externas evidentes da relação jurídica, como assinaturas, palavras ou atos simbólicos. Por outro, consiste na interpretação lógica de sentido, usada para a descoberta das características juridicamente relevantes em determinada relação⁶⁰.

Note-se que no formalismo as características relevantes para a aplicação do direito são retiradas do próprio arcabouço jurídico, fonte exclusiva de fundamentação da decisão. Atento a essa circunstância, Julien Freund sustenta que o direito formal é “(...) o conjunto do sistema do direito puro no qual todas as normas obedecem unicamente à lógica jurídica, sem intervenção de considerações externas ao direito”⁶¹.

Delimitado o alcance dos conceitos de racionalidade e de formalismo aplicados ao fenômeno jurídico, passa-se à abordagem da tipologia weberiana de criação e aplicação do direito baseada no cruzamento entre direitos racionais e irracionais e direitos formais e materiais. A indicação abaixo empreendida atendeu a uma ordem crescente de racionalidade.

Segundo Weber a criação ou aplicação do Direito será formalmente irracional quando forem “(...) empregados meios que não podem ser racionalmente controlados – por exemplo, a consulta a oráculos ou a sucedâneos destes”⁶². Há, portanto, uma forma estabelecida para se criar ou aplicar o direito, mas é impossível antever os resultados aos quais essa forma conduzirá. Conforme David Trubek: “Os critérios para a tomada de decisões são intrínsecos ao sistema de direito, mas desconhecidos; não há meios para que um observador preveja a decisão com antecedência ou entenda como se chegou a tal decisão”⁶³.

A criação ou a aplicação do Direito seriam materialmente irracionais quando a decisão fosse determinada “(...) por avaliações totalmente concretas de cada caso, sejam estas de natureza ética, emocional ou política, em vez de depender de normas gerais”⁶⁴. Nesta configuração inexistiria qualquer norma para a fundamentação da decisão ou

⁵⁹ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 85.

⁶⁰ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 13.

⁶¹ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 184.

⁶² Cf. WEBER, Max. *Op. cit.*, v. II, p. 11-12.

⁶³ TRUBEK, David M. *Max Weber Sobre Direito e Ascensão do Capitalismo*, v. 3, p. 160.

⁶⁴ WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 13.

promulgação da “lei”. Tampouco existiria um meio específico para se provocar uma decisão, a qual decorreria exclusivamente do senso de justiça daqueles que detivessem o poder.

Muito embora não haja uma definição expressa, depreende-se que a criação ou aplicação de um direito seriam racionais e materiais quando os critérios para a tomada da decisão ou criação fossem conhecidos, mas decorressem de elementos estranhos ao sistema jurídico, resultando de “(...) imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica”⁶⁵.

Por fim, indica-se a modalidade racional formal, praticada nos Estados modernos, à exceção daqueles filiados ao sistema da *common law*. O direito, nessa conformação, é criado mediante procedimentos legislativos previamente estatuídos. A positivação das regras jurídicas ocorre por meio de enunciados gerais e abstratos, os quais são aplicados aos casos concretos mediante raciocínio subsuntivo, em atenção às características fáticas externas, univocamente consideradas.

A construção weberiana dos tipos jurídicos ideais tinha como objetivo demonstrar as afinidades eletivas entre formas de direito e o capitalismo moderno. Nesse ponto é necessário atentar para uma conclusão importantíssima da sociologia jurídica weberiana. Para Max Weber, a evolução do direito no ocidente sofreu os influxos diretos de fatores técnico-jurídicos e da estrutura política, sendo condicionada indiretamente pela economia:

“Como mostram as considerações já feitas, o processo de diferenciação das concepções fundamentais de esferas jurídicas, hoje correntes, depende, em alto grau, de fatores técnico-jurídicos e também, em parte, da estrutura da associação política. Em consequência, pode ser considerado, apenas indiretamente, condicionado pela economia”⁶⁶.

Os fatores econômicos influenciaram a racionalização do direito à medida que a racionalização da economia, fundada no regime de mercado e nos contratos livres, conduziu à maior complexidade dos conflitos de interesse regulados pelo direito e influenciou o caráter institucional da relação política⁶⁷.

Não há, na sociologia weberiana, relação de causalidade necessária entre o capitalismo moderno e a evolução do direito, muito embora haja relação de causalidade adequada entre o direito moderno e o capitalismo. Para justificar essa assertiva Weber

⁶⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 13.

⁶⁶ WEBER, Max. *Idem*, p. 11.

⁶⁷ Cf. WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

aponta que a inexistência de um determinado instituto jurídico na antiguidade nem sempre pode ser imputada à ausência de uma específica necessidade econômica.

Antes, portanto, de se colocar a serviço dos interesses econômicos, os institutos e técnicas jurídicas precisam primeiramente ser criados, razão pela qual as relações econômicas não criam automaticamente novas formas jurídicas, mas apenas divulgam as já existentes⁶⁸. Nas palavras de Weber, “(...) aquilo que o jurista com seu acervo conceitual não pode “construir”, não podendo “pensá-lo”, portanto, não pode existir juridicamente”⁶⁹.

A sociologia weberiana foi exitosa ao demonstrar a relação de causalidade adequada envolvendo o direito moderno, caracterizado por uma marcante previsibilidade, e o capitalismo. Apesar desse êxito conceitual, um exemplo histórico parece desafiar a teoria weberiana. Trata-se da afiliação da Inglaterra e, conseqüentemente, dos Estados Unidos, ao sistema da *common law*.

Apesar de se pautar pela criação casuística do direito, não consagrando sua positivação em códigos, indicações nítidas de menor racionalidade formal em relação à família de ascendência romano-canônica, o sistema jurídico anglo-saxão prevaleceu nos dois países com maior desenvolvimento capitalista à época de Weber. Esse argumento, conhecido como “Problema da Inglaterra”, foi desfiado por David Trubek⁷⁰ e militaria em desfavor da tese weberiana segundo a qual o capitalismo seria favorecido pela racionalidade formal do direito codificado.

Depois de atribuir as diferenças entre o direito continental e o anglo-saxônico às respectivas estruturas de dominação e distribuição de honra social e a fatores internos como a classe dos juristas e os diferentes desenvolvimentos políticos⁷¹, Max Weber aponta duas explicações para o aparente paradoxo traduzido na menor racionalidade jurídica com maior desenvolvimento econômico típico do sistema da *common law*.

A primeira delas é a circunstância histórica favorável ao capitalismo consistente no recrutamento dos juizes ingleses dentre os advogados, ou seja, de uma classe que se coloca a favor dos interesses dos abastados, máxime dos capitalistas, às custas dos quais sobrevive. A segunda corresponde à concentração da justiça nos

⁶⁸ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 31.

⁶⁹ WEBER, Max. *Idem*, p. 32.

⁷⁰ TRUBEK, David M. *Op. cit.*, p. 172 e ss.

⁷¹ Cf. WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 149.

tribunais imperiais londrinos, com o imenso custo dos processos e, conseqüentemente, a denegação de justiça às classes menos favorecidas⁷².

Ademais, pode-se encontrar na sociologia weberiana outra sugestão explicativa. Trata-se do formalismo na aplicação prática da *common law* e da *equity*, em razão de sua vinculação a precedentes judiciais⁷³. Embora Weber não o dissesse expressamente, resulta desse formalismo um grau de previsibilidade suficiente para o desenvolvimento do capitalismo, principalmente quando se atenta para a circunstância de que os precedentes eram aplicados por juízes que favoreceriam os capitalistas⁷⁴.

Longe de concluir que o direito moderno racional formal não influenciava o capitalismo, Max Weber aproveitou a especificidade trazida pelo sistema anglo-saxão para reafirmar que o capitalismo moderno não abriga qualquer motivo que favoreça especificamente a racionalidade jurídica que se desenvolveu no ocidente sob o sistema romano-canônico⁷⁵.

Enfrentando o “Problema da Inglaterra”, Richard Swedberg sustenta, contrapondo-se a David Trubek, que inexistente “(...) uma identidade necessária na obra de Weber entre previsibilidade e um grau elevado de formalismo lógico ou de racionalidade jurídica formal”⁷⁶. Desse modo a previsibilidade do direito, elemento fundamental para o desenvolvimento do capitalismo moderno, seria plenamente compatível com um sistema dotado de menor racionalidade formal, tal como o anglo-saxão⁷⁷.

Parece, realmente, que a sociologia econômica weberiana indica a previsibilidade como elemento fundamental para o desenvolvimento do moderno capitalismo. Essa previsibilidade pode ou não coincidir com alto grau de racionalidade formal do direito. É fundamental, entretanto, compreender que a previsibilidade, muito embora seja elemento fundamental, não é suficiente para o surgimento do capitalismo moderno, que apresenta muitos outros elementos em sua base causal.

Encerrando a rápida análise da sociologia jurídica de Weber e antes de se enfrentar os tipos ideais de dominação construídos na sua sociologia política, transcreve-se passagem na qual o autor fornece panorama completo dos postulados do direito racional formal codificado, salientando os dogmas da completude do

⁷² Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 151.

⁷³ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 150.

⁷⁴ TRUBEK, David M. *Op. cit.*, p. 174.

⁷⁵ Cf. WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 151.

⁷⁶ SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a Idéia de Sociologia Econômica*, p. 186.

⁷⁷ Cf. SWEDBERG, Richard. *Idem*, *ibidem*.

ordenamento jurídico e da inexistência de antinomias, típicos do sistema romano-canônico:

“O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo em que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados: 1) que toda decisão jurídica concreta seja a “aplicação” de uma disposição jurídica abstrata a uma “constelação de fatos” concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema “sem lacunas” de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal para os fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser “construído” de modo racional também não seja relevante para o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como “aplicação” ou “execução” ou, ao contrário, como “infração” de disposições jurídicas (esta posição é defendida, sobretudo, por Stammler, ainda que não *expressis verbis*), isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a “situação jurídica ordenada” seria uma categoria básica de todo o acontecer social”⁷⁸.

1.5. Formas de Dominação e Legitimidade

Como visto, além da relação de causalidade adequada entre o capitalismo e o direito moderno formal racional, Weber sustentou a influência decisiva das formas de associação política na conformação da racionalidade jurídica hegemônica no ocidente, traduzida na positivação do direito mediante promulgação de leis.

Crê-se que a ênfase de Weber no papel desempenhado pelas associações políticas na definição da racionalidade do direito moderno seja melhor compreendida com a análise da tipologia das formas de dominação, a qual se inicia com a indicação do conceito de ordem.

Assim, segundo Weber, um conteúdo de sentido de uma relação social será chamado ordem apenas quando a ação se orientar em média por máximas indicáveis. Textualmente: “Ao conteúdo do sentido de uma relação social chamamos a) “ordem” somente nos casos em que a ação se orienta (em média e aproximadamente) por “máximas” indicáveis (...)”⁷⁹.

Conceituada a categoria sociológica ordem, torna-se possível distinguir os conceitos de dominação e de poder: “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade. Dominação é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis”⁸⁰.

⁷⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 13.

⁷⁹ WEBER, Max. *Idem*, p. 19.

⁸⁰ WEBER, Max. *Idem*, p. 33.

Saliente-se que para Weber o conceito de poder apresentava natureza sociológica amorfa, já que todas as qualidades de uma pessoa e todas as situações poderiam permitir que alguém impusesse sua vontade. Precisamente a natureza amorfa do conceito de poder impõe que o de dominação seja mais preciso, significando tão-somente a probabilidade de que alguma ordem seja obedecida⁸¹.

Prosseguindo a análise rumo à tipologia das formas de dominação, indica-se o conceito de relação social, pelo qual se entende “(...) o comportamento reciprocamente *referido* quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência”⁸². Desse modo, a relação social consistiria “(...) completa e exclusivamente na *probabilidade* de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido), não importando, por enquanto, em que se baseia essa probabilidade”⁸³.

Desse modo o conceito de relação social, qualquer que seja o objeto tomado em consideração - “Estado”, “amizade”, “partido político” – trará como consequência o fato de que “(...) nós (*os observadores*) julgamos que há ou houve a *probabilidade* de que, por causa de determinada atitude de determinadas pessoas, se *agirá* de determinada maneira indicável, de acordo com um sentido *visado em média*, e mais nada”⁸⁴.

Nada obstante, Weber sublinhava que o conceito de relação social não pressupunha que os agentes esposassem reciprocamente o mesmo sentido. De fato, os agentes envolvidos podem retirar sentido muito diverso de relações sociais como “amizade”, “amor”, “piedade” ou “fidelidade contratual”, sem que isto comprometa o conceito⁸⁵.

Prosseguindo, assinale-se que as ações, principalmente as ações sociais e as relações sociais “(...) podem ser orientadas, pelo lado dos participantes, pela *representação* da existência de uma *ordem legítima*. À probabilidade de que isto ocorra de fato chamamos “vigência” da ordem em questão”⁸⁶. O conceito de vigência, de acordo com essa definição, pressupõe o de ordem legítima.

Saliente-se que a orientação por força da vigência de uma ordem não acontece somente com o cumprimento do sentido de ação nela previsto, mas também com a violação da ordem, tal como ocorre quando se pratica algum delito. Nessa hipótese a

⁸¹ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 33.

⁸² WEBER, Max. *Idem*, p. 16.

⁸³ WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

⁸⁴ WEBER, Max. *Idem*, p. 17.

⁸⁵ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 16-17.

⁸⁶ WEBER, Max. *Idem*, p. 19.

vigência da ordem corresponde à necessidade do criminoso de ocultar a violação por ele praticada⁸⁷.

Max Weber não ignorava que a orientação das ações em relação a uma ordem decorria de diversos motivos, mas sustentava que a “(...) circunstância de que, ao *lado* dos outros motivos, para pelo menos uma parte dos agentes essa ordem aparece como algo modelar e obrigatório e, por isso, como *devido* ter vigência, aumenta naturalmente e muitas vezes em grau considerável, a probabilidade de que por ela orientem suas ações”⁸⁸.

Antes de continuar é necessário distinguir os conceitos de legitimidade e de legitimação, o que se faz com fundamento em Elias Diaz, para quem: “Legitimidad puede tomarse como término equivalente al de justificación (del Derecho y del Estado); legitimación, por su parte, alude al hecho social de la aceptación o no de una legitimidad”⁸⁹.

Na sociologia weberiana o fundamento da legitimidade da dominação apresenta importância essencial, não sendo uma questão meramente especulativa, mas sim um dado real ligado a estruturas de dominação empiricamente observáveis, já que todo poder tem necessidade de se justificar⁹⁰.

Nesse contexto, afirma-se que a legitimidade de uma ordem pode decorrer da tradição, da crença afetiva, de uma crença racional referente a valores ou da existência de um estatuto em cuja legalidade se acredita. Esta legalidade, por sua vez, pode ser considerada legítima em virtude de um acordo entre os interessados ou em decorrência da imposição e da submissão⁹¹.

Note-se que ao apresentar três tipos de legitimidade para as ordens, compreendendo-se ordens como ações orientadas segundo certas máximas indicáveis, a sociologia weberiana concebeu três tipos ideais de justificação da *dominação*, compreendida como a probabilidade de se encontrar obediência às ordens. Esses tipos de dominação são designados em conformidade com seu fundamento de legitimidade.

A dominação tradicional se legitima na tradição, concebida como a “(...) autoridade do eterno ontem, do *costume* sagrado por validade imemorable e pela

⁸⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 19-20.

⁸⁸ WEBER, Max. *Idem*, p. 19.

⁸⁹ DIAZ, Elias. *De la Maldad Estatal y La Soberania Popular*, p. 26.

⁹⁰ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 197.

⁹¹ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p. 22.

disposição habitual de respeitá-lo”⁹². Dito de outro modo, na dominação tradicional o fundamento da legitimidade corresponde à crença na autoridade daquilo que sempre existiu⁹³.

Na dominação tradicional, cujos tipos ideais são o patrimonialismo e o feudalismo, os senhores exercem poder sobre seus súditos ou seguidores com base em autoridade pessoal, sendo suas ordens legítimas por se conformarem aos costumes, muito embora os senhores detenham arbítrio para a tomada de decisões livres. O aparelho apropriado a esse sistema de dominação corresponde aos seguidores pessoais no patrimonialismo ou a aliados leais no feudalismo⁹⁴.

Por sua vez, a dominação carismática tem como fundamento de legitimidade a crença na “(...) autoridade do dom da graça pessoal, extracotidiano (carisma): a entrega pessoal e a confiança pessoal em revelações, heroísmo ou outras qualidades de líder de um indivíduo”⁹⁵.

Seguidores ou discípulos que crêem nos atributos invulgares de um líder prestam-lhe obediência. Os auxiliares nesse sistema de dominação são escolhidos por sua devoção, ignorando-se suas qualificações pessoais, estando sua atividade vinculada a revelações, conduta exemplar e decisões casuísticas, tudo em conformidade com o julgamento do líder. Dificilmente os seguidores e discípulos constituem uma organização⁹⁶.

Como fundamento de sua legitimidade a dominação legal racional apresenta a “(...) crença na validade de *estatutos* legais e da “competência” objetiva, fundamentada em regras racionalmente criadas, isto é, em virtude da disposição de obediência ao cumprimento de deveres fixados nos estatutos: uma dominação como a exercem o moderno “servidor público” e todos aqueles portadores de poder que com ele se parecem nesse aspecto”⁹⁷.

No Estado Moderno a dominação legal racional corresponde ao sistema típico de dominação, no qual os cidadãos obedecem às normas positivadas pelo Estado na crença de que sejam válidas e legítimas precisamente por seguirem os procedimentos legiferantes prescritos pelo próprio Estado. Ou seja, a legitimidade das normas decorre de sua legalidade, a qual se fundamenta na positivação pelo Estado, concebido nesse

⁹² WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 526.

⁹³ BENDIX, Reinhard. *Max Weber, um perfil intelectual*, p. 234.

⁹⁴ BENDIX, Reinhard. *Idem*, p. 234-235.

⁹⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 526.

⁹⁶ BENDIX, Reinhard. *Op. cit.*, p. 235.

⁹⁷ BENDIX, Reinhard. *Idem*, p. 526.

contexto como “(...) o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo”⁹⁸.

A forma típica de organização no sistema de dominação legal racional é a burocracia. Nas palavras de Weber, o “(...) tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um *quadro administrativo burocrático*”⁹⁹. Essa constatação conduz à necessidade de análise da burocracia, a fim de que se possa perceber os contornos do Estado moderno e de seu direito, o que se fará no item subsequente.

Antes, porém, uma advertência. Não se pretenda com base em sua descrição sobre a dominação legal racional caracterizar Max Weber como um apologeta do positivismo legalista. Os conceitos weberianos de legitimidade da dominação são descritivos, não prescritivos. Weber é um intérprete objetivo da realidade, não um defensor das características do Estado Moderno.

Ademais, como já afirmado, Max Weber sustentava que a ciência não pode criar valores, os quais são sempre subjetivamente escolhidos e servem apenas para delimitar o objeto das pesquisas. Ora, se a ciência não pode criar valores, ao descrever a dominação legal racional Weber não poderia endossá-la sem comprometer seriamente suas concepções metodológicas.

Além disso, Max Weber foi um dos mais tenazes críticos da burocracia de sua época. Não se pode conceber que um apologeta da dominação legal racional fosse, concomitantemente, um dos maiores críticos da forma de organização típica desse sistema de dominação. Desse modo, considerar Weber como o apóstolo da racionalidade instrumental revela unicamente ignorância sobre sua obra científica, centrada na descrição da modernidade.

1.6. Burocracia: Forma Típica da Dominação Legal Racional

A burocracia corresponde à forma típica da dominação legal racional, fundamentando-se na calculabilidade dos resultados mediante adoção, pelos funcionários, da racionalidade instrumental de cálculo entre os meios e os fins. Para melhor compreender a burocracia, é adequado examinar quais seriam as características típicas do funcionalismo burocrático de acordo com a sociologia weberiana.

⁹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*, p. 40-41.

⁹⁹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. I, p.144.

Como primeiro elemento caracterizador, assinala-se que no moderno funcionalismo incide o princípio das competências fixas, ou seja, há uma distribuição delimitada das tarefas a serem desempenhadas, bem como dos poderes e meios coativos necessários para sua execução, contratando-se funcionários com qualificação específica e regulamentada para o cumprimento dos deveres¹⁰⁰.

O funcionalismo moderno é hierarquicamente organizado, configurando um sistema de mando e subordinação fixamente regulamentado, presente tanto nas estruturas estatais quanto nas estruturas privadas¹⁰¹. O exercício das atividades em cumprimento à hierarquia e às competências delimitadas ocorre no escritório, não na moradia privada dos funcionários. É no escritório que se encontram os objetos e documentos necessários para o exercício dos deveres, baseados na lavratura de documentos cujos originais são arquivados¹⁰².

As atividades do funcionário pressupõem especialização, razão pela qual ele é definido como um profissional com ampla instrução sobre as atividades que desempenha. Suas atribuições demandam pleno emprego de sua capacidade laborativa, ainda que o horário de trabalho seja previamente delimitado.

Na gerência do escritório, estrutura típica de exercício da dominação legal racional, composta pelo aparato de objetos e documentos que suportam a atividade burocrática, são utilizadas pelos funcionários regras gerais de natureza jurídica, contábil ou administrativa, que podem ser ensinadas e são possuídas pelos profissionais¹⁰³.

Em síntese, pode-se sustentar que a administração burocrática “(...) apresenta como notas dominantes a especialização, o fato de constituir-se em profissão e não em honraria; a separação do administrador dos meios de administração, a fidelidade impessoal ao *cargo*, a remuneração em dinheiro”¹⁰⁴. Após analisar as características gerais do funcionalismo moderno, Max Weber passa em revista suas conseqüências internas e externas para os funcionários.

A primeira delas diz respeito à natureza profissional do cargo, que tem como premissa uma formação especializada, auferida por meio de exames específicos, que constituem pressuposto para a nomeação. Nesse contexto a ocupação do cargo não

¹⁰⁰ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 198.

¹⁰¹ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 199.

¹⁰² Cf. WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰³ Cf. WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁴ TRAGTENBERG, Maurício. *Burocracia e Ideologia*, p. 139.

corresponde à posse de uma fonte de renda em troca de alguns serviços, mas sim, a um dever de lealdade ao cargo, não traduzido como fidelidade a uma determinada pessoa¹⁰⁵.

Na teoria weberiana o conteúdo da honra estamental se expressa no fato “(...) de que acima de tudo um estilo de vida específico pode ser esperado de todos os que desejam pertencer ao círculo”¹⁰⁶. O funcionário moderno almeja dos dominados a estima de natureza estamental, sendo sua posição social garantida mediante qualificações concernentes à ordem hierárquica¹⁰⁷.

O elemento estamental aumenta de importância na posição social dos funcionários à medida que as qualificações estejam vinculadas à posse de certificados de formação¹⁰⁸. Disso decorre o fato de que a honra estamental será tanto maior, quanto mais exclusivos sejam os certificados de qualificação possuídos pelo funcionário.

Em seu tipo ideal o funcionário burocrático é nomeado por uma instância superior. Segundo Weber, funcionários eleitos pelos dominados perdem sua tipicidade ideal burocrática. À medida que sua nomeação não se origina naqueles que lhes são superiores hierarquicamente, os funcionários eleitos tendem a desenvolver autonomia em relação às instâncias superiores, a qual inexistente ou é muito reduzida nos funcionários não eleitos. Outro aspecto decisivo na diferença entre funcionários eleitos e funcionários nomeados consiste no melhor desempenho destes em tese, uma vez que sua ascensão profissional dependerá principalmente de suas qualidades técnicas¹⁰⁹.

Na posição social do funcionário é percebido o papel cada vez maior da vitaliciedade, estabelecida não como um direito perpétuo ao cargo, tal como se dava em outras formas de dominação, mas sim como garantia do exercício objetivo e impessoal dos deveres funcionais¹¹⁰. Recorde-se que o ideal burocrático consiste no desempenho das atividades sem ódio nem amor, de maneira rigorosamente impessoal, já que a “(...) burocracia em seu desenvolvimento pleno encontra-se, também, num sentido específico, sob o princípio *sine ira ac studio*”¹¹¹.

A remuneração dos funcionários, na forma salarial, é recebida em dinheiro, sendo-lhes assegurado direito a uma pensão após sua aposentadoria. O valor do salário é calculado em conformidade com o nível funcional, correspondente à posição estamental

¹⁰⁵ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 200.

¹⁰⁶ WEBER, Max. *Idem*, p. 131.

¹⁰⁷ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 202.

¹⁰⁸ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 201.

¹⁰⁹ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 202.

¹¹⁰ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 203.

¹¹¹ WEBER, Max. *Idem*, p. 213.

do funcionário, que percorrerá uma carreira, passando dos cargos mais baixos e menos remunerados aos mais altos e mais remunerados. É pretensão do funcionalismo o estabelecimento de critérios mecânicos para a ascensão profissional ou, quando menos, para o incremento salarial¹¹².

A organização burocrática, cujos quadros funcionais apresentam as características acima descritas, manifesta-se nas empresas capitalistas e no Estado, não se restringindo a categoria “funcionário”, na sociologia weberiana, aos servidores estatais. A presença do moderno funcionalismo tanto nas empresas, quanto na administração pública, deve-se às exigências de maior eficiência na realização das tarefas, assegurada pela organização burocrática.

De fato, para Weber o motivo de adoção da burocracia consistia na sua superioridade técnica em relação às formas de organização típicas das dominações carismática e tradicional: “A relação entre um mecanismo burocrático plenamente desenvolvido e as outras formas é análoga à relação entre uma máquina e os métodos não-mecânicos de produção de bens”¹¹³.

A necessidade de eficiência e rapidez nas tarefas oficiais apresenta em sua base causal o capitalismo moderno, cujas grandes empresas constituem modelos insuperáveis de organização burocrática, pautadas na precisão, continuidade e celeridade das atividades. A maior rapidez dos meios de comunicação, com a possibilidade de célere divulgação de fatos econômicos ou políticos, pressiona os Estados a reagirem com a maior velocidade possível a cada fato divulgado. Essa celeridade pressupõe uma organização burocrática, com o que se demonstra como a economia de mercado influencia na maior burocratização do aparelho estatal¹¹⁴.

Apresentadas as características gerais do moderno funcionalismo, indicadas inclusive em suas perspectivas interna e externa, torna-se possível sustentar que a burocracia, como forma típica da dominação legal-racional, favorece a divulgação do racionalismo: “De modo geral, podemos apenas dizer que o desenvolvimento em direção à “objetividade” racional, ao homem “profissional” e “especializado”, com seus múltiplos efeitos, é fortemente fomentado pela burocratização de toda dominação”¹¹⁵.

A burocratização das formas de dominação, uma vez implementada, dificilmente é removida, já que os dominados não podem prescindir da burocracia, nem

¹¹² Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol II, p. 204.

¹¹³ WEBER, Max. *Idem*, p. 212.

¹¹⁴ Cf. WEBER, Max. *Idem*, *ibidem*.

¹¹⁵ WEBER, Max. *Idem*, p. 230.

substituí-la, sem trazer o caos para as relações sociais, considerada a eficiência do funcionalismo no desempenho de atividades essenciais às sociedades modernas, como consequência de sua especialização técnica, ampla instrução específica e divisão de trabalho, o qual é continuamente desempenhado¹¹⁶.

A dificuldade na remoção da burocracia encontra paralelo na dificuldade de contenção de seu enorme poder. Max Weber salientava que o “senhor” a quem serve a burocracia sempre se relacionará com ela na condição de um diletante diante de um especialista. Ademais, a organização burocrática tendencialmente exclui o público¹¹⁷. Note-se que Weber empregara entre aspas a palavra senhor, indicando que na modernidade é a burocracia quem exerce o poder.

Ao se mencionar a precisão, calculabilidade e efetividade da atividade burocrática, pode-se estabelecer a vinculação entre a burocracia, forma típica da dominação legal-racional, e as ações racionais referentes a fins, cujo conteúdo é definido pela utilização dos meios adequados para o alcance das finalidades do agente.

Considerando que o processo de racionalização corresponde à difusão no meio social das ações racionais, pode-se afirmar que a dominação burocrática, caracterizada pela racionalidade instrumental, é o resultado mais acabado, no plano organizacional, do processo de ordenação da realidade iniciado com o profetismo judaico.

Vale dizer: o longuíssimo fenômeno histórico originado com o desencantamento do mundo promovido pelos profetas judeus, radicalmente retomado pelo ascetismo das seitas protestantes e impulsionado pela perda de sentido trazida pelo desenvolvimento científico, tem o seu cume, no que se refere às formas de organização da dominação, na burocracia.

Mencionar que o Estado moderno apresenta conformação burocrática significa reconhecer que no âmbito estatal prevalecem condições para a tomada de decisões racionais referentes a fins. Dito de outro modo, a racionalidade instrumental, típica da calculabilidade intrínseca à burocracia, prevalece sobre a material.

Nesse contexto é fácil perceber que o processo civil, emancipado do direito material apenas na modernidade, sofreu os influxos da burocratização das formas de dominação. Há uma relação de causalidade adequada entre a forma de tutela meramente declaratória preconizada pelo processo civil dos Estados com direito codificado

¹¹⁶ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol II, p. 222.

¹¹⁷ F. WEBER, Max. *Idem*, p. 225.

derivado da *civil law* e o Estado burocrático das economias de mercado modernas, conforme se verá adiante.

Muito embora constituam parte essencial da sociologia weberiana da dominação, não serão analisadas as implicações do domínio burocrático no campo da política. Basta mencionar que Weber encarava com desalento a detenção de poder político pelos burocratas, indicando o parlamento como um contrapeso ao poder exercido pela burocracia¹¹⁸.

O objeto dessa dissertação se refere precisamente ao exercício do poder burocrático enquanto tal, razão pela qual as abordagens de Weber sobre as implicações políticas da burocracia serão deixadas de lado. Não se olvida que a jurisdição se liga com a política, compreendida em sua acepção mais lata como exercício de poder.

Ocorre, entretanto, que o estudo das implicações políticas da dominação burocrática terminaria por desviar a análise para aspectos não essenciais da temática aqui abordada. Não essenciais, saliente-se, quando relacionados com o objeto dessa dissertação, mas ainda assim centrais na sociologia política de Max Weber.

1.7. Estado Moderno

Para Max Weber a coação física legítima é o meio específico de manifestação do Estado moderno, muito embora não seja o único. Daí sua conhecida definição, segundo a qual o Estado moderno “(...) é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o *monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um determinado território”¹¹⁹. Dito de outro modo:

“Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o “território”, faz parte da qualidade característica – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do “direito” de exercer coação”¹²⁰.

O Estado na modernidade é a única fonte do direito, de modo que as demais associações somente poderão exercer a coação física quando por ele estiverem autorizadas a tanto. Eis aí a nota distintiva da estatalidade moderna, pois os Estados

¹¹⁸ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 226.

¹¹⁹ WEBER, Max. A política como vocação, in *Ensaios de Sociologia*, p. 56.

¹²⁰ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p.525-526.

antigos não avocavam para si o monopólio da violência legítima, sendo que diversas associações políticas, como, por exemplo, os clãs, praticavam a coação física¹²¹.

Este Estado moderno, detentor do monopólio da violência legítima, vocaliza relações de dominação. Apóia-se na coação considerada legítima pelos que são dominados, os quais se submetem à autoridade invocada pelos que dominam em um determinado momento¹²².

Na modernidade a crença na legitimidade tem como fundamento o direito, cuja única fonte é o Estado. Demonstra-se, desse modo, a profunda imbricação, segundo a sociologia weberiana, entre o Estado moderno e o Direito positivo, consistente na ordem cuja observância compete a todos, sob pena de coação.

Reitere-se que para Weber o elemento decisivo no conceito de direito é a existência de um quadro coativo, o qual na modernidade apresenta natureza burocrática, pautando-se por ações racionais referentes a fins. Isso significa que as ações do Estado moderno, dotadas de previsibilidade e calculabilidade, fundamentam-se em um direito formal racional igualmente previsível, cujas sanções decorrem da subsunção dos fatos aos enunciados normativos.

Assim, pode-se sustentar que a legitimidade da dominação exercida pelo Estado moderno repousa na crença da legitimidade de seu direito, a qual decorre da legalidade, correspondente à positivação do direito pelo Estado de acordo com procedimentos legiferantes previamente definidos. O Estado moderno não somente exerce com exclusividade a coação física legítima. É ele igualmente quem determina os parâmetros legais para o exercício dessa coação.

A distinção entre o Estado moderno e as formas que o antecederam não ocorre somente por força da monopolização da coação física legítima. Também se deve ao fato de que os funcionários modernos, burocraticamente organizados, não são os proprietários dos meios materiais pelos quais exercem sua dominação¹²³.

Nos escritórios das repartições públicas nada pertence ao funcionário, situação muito distinta daquela verificada em relação aos prebendados da Idade Média, a quem pertenciam os meios de organização pelos quais era exercida a dominação em nome do Estado.

¹²¹ Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. II, p. 525.

¹²² Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 526.

¹²³ Cf. WEBER, Max. *Idem*, p. 529.

É nesse Estado burocratizado, racionalizado, que se insere o processo civil, aqui concebido como o conjunto de institutos jurídicos e de técnicas positivadas em lei, voltado ao exercício da jurisdição.

1.8. Capitalismo Moderno

A compreensão do capitalismo moderno desafiou a inteligência dos maiores teóricos sociais. A literatura sobre o tema é gigantesca, tanto quanto a divergência dos autores em relação a diversos aspectos da economia de mercado. Os elogios da escola liberal a esse modo de produção correspondem à crítica empreendida pelos teóricos socialistas. Assim sendo, o enfrentamento do tema se cingirá à indicação de alguns elementos teóricos recolhidos da sociologia weberiana, marco teórico deste capítulo.

Enfatize-se que Max Weber é um dos mais autorizados intérpretes do capitalismo moderno, tendo apresentado a influência do ascetismo intramundano nesse modo de produção, por meio do desenvolvimento de uma mentalidade capitalista cristalizada no conceito de vocação profissional. Se o aspecto cultural desvelado por Weber não se sobrepõe ao aspecto material, é certo que com ele compõe a base de causalidade desse fenômeno de tão grandes repercussões na modernidade ocidental.

Para Weber haverá capitalismo onde as necessidades de um certo grupamento social sejam satisfeitas mediante empreendimento industrial ou comercial, sem atenção às próprias necessidades. Textualmente: “Capitalismo existe lá onde a cobertura das necessidades de um grupo humano, mediante atividades industriais e comerciais, realize-se pelo caminho do empreendimento, não importando a necessidade”¹²⁴.

O conceito pretende contrapor o capitalismo ao modo de produção tradicional, centrado unicamente nas necessidades do agrupamento social. Recorde-se que o trabalhador no regime tradicional laborava unicamente para satisfazer suas necessidades, não sendo impulsionado, em regra, por desejos aquisitivos. Assim, eventual aumento de seu salário implicaria simplesmente a redução de sua jornada, porquanto passaria a trabalhar menos para ganhar exatamente aquilo que antes já recebia. O capitalismo rompe essa mentalidade tradicional.

Além da condição geral referente à contabilidade racional dos capitais nas grandes empresas comerciais e industriais, Weber aponta outras precondições para o

¹²⁴ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*, p. 13.

surgimento da economia de mercado: a apropriação dos meios materiais de produção pelas empresas; a liberdade de mercado compreendida como a livre circulação de mercadorias; o desenvolvimento de técnicas racionais de produção e transporte; o trabalho livre, compreendido como a liberdade de contratar; a comercialização da economia, pelo emprego de títulos de valor; o direito racional, calculável pelos jurisdicionados.

Dessas precondições se destaca a previsibilidade do direito, salientando Weber que a “(...) economia capitalista, para operar de modo racional, precisa poder confiar num judiciário e numa administração calculáveis”¹²⁵. Nesse ponto da análise confluem o Estado moderno, a burocracia, o direito e a jurisdição.

A economia de mercado se assenta em uma previsibilidade de operações a exigir um direito igualmente previsível, assentado na legitimidade legal racional, correspondente à legalidade. A produção do direito é monopólio do Estado, de modo que a legitimidade do direito é aferida pela simples verificação de sua produção em conformidade com as regras legiferantes postas pelo próprio Estado.

Já se mencionou alhures que a economia de mercado não implica uma racionalização específica do direito, como bem o demonstra o casuísmo da *common law*, essencialmente distinto da racionalidade do direito codificado. Esse fato, entretanto, não elide a circunstância de que um direito racionalizado compõe a base de causalidade do capitalismo moderno.

Igualmente racionalizada deve ser a administração estatal, a fim de reagir adequadamente às pressões da economia de mercado. Para que a reação administrativa seja célere, tanto na contenção quanto no estímulo da economia capitalista, deverá o Estado organizar eficientemente a estrutura de dominação, burocratizando-a e assim permitindo a difusão em sua estrutura de ações calculáveis.

De todo o exposto, depreende-se que a modernidade surge como possibilidade objetiva do direito, do capitalismo e do Estado modernos. Configurada por esses elementos, apresentou no ocidente uma forma típica de tutela jurisdicional, indicada a seguir, ainda prevalecente nos países integrantes do sistema romano-canônico. Outrossim, depreende-se a afinidade eletiva entre a teoria processual e a teoria geral do Estado, encontrando, os conceitos da primeira, fundamento teórico na segunda.

¹²⁵ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*, p. 16.

Essa vinculação entre a teoria geral do processo e a teoria geral do Estado proíbe a processualística de ocultar seus laços com o modelo estatal prevalecente na modernidade ocidental, sendo cientificamente incorreto isolar as categorias processuais, universalizando-as, como se não tivessem se originado de uma base causal específica, moldada pelo capitalismo e pela forma de dominação burocrática, de que o Estado racional é a forma típica.

Nada obstante, a doutrina processual majoritária confortavelmente se assenta em postulados exclusivamente processuais, edificando sua ciência sobre conceitos apenas aparentemente universais, mas na verdade contingentes. Construir a ciência do processo com fundamento em institutos supostamente universais e perenes, mas na realidade condicionados por diversos elementos externos, como as configurações estatais e econômicas, é sinal flagrante de cegueira epistemológica.

Nesse contexto, justifica-se a abordagem de alguns dos elementos constitutivos da base causal que engendrou a modernidade, como o Estado racional, o capitalismo e a burocracia, pois esses elementos, conformando a modernidade, também conformaram a moderna tutela jurisdicional, concebida como declaração do direito no caso concreto.

A indicação da tutela declaratória como forma típica de prestação jurisdicional no Estado moderno, burocraticamente organizado, pautado por um direito formal racional e inserido no moderno capitalismo, é objeto da análise empreendida a seguir.

1.9. Burocracia, Jurisdição e Tutela Declaratória

Conforme assinala Weber a organização burocrática, baseada na hierarquia, continuidade, impessoalidade e competência delimitada, cria as bases para a aplicação de um direito formal e racionalizado, sistematizado conceitualmente: “Sobretudo é só ela que costuma criar para a *jurisdição* o fundamento para a realização de um *direito* conceitualmente sistematizado e racional, na base de “leis”, tal como o criou, pela primeira vez, com alta perfeição técnica, a época imperial romana tardia”¹²⁶.

Mas o direito moderno de origem romano-canônica, também designado como *civil law*, não herdou apenas a sistematização e a racionalidade do direito romano tardio. Além disso, conservou institutos privados desse período, incorporando integralmente o

¹²⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol II, p. 215.

procedimento da *actio*, suprimindo os interditos e reproduzindo no campo processual a separação entre processo de cognição e de execução, fenômeno típico da *jurisdictio justiniana*¹²⁷.

Segundo Ovídio Baptista, no período aludido foi estabelecida a “(...) equivalência entre *jurisdictio* e declaração oficial do direito, com função de ‘composição da lide’, em oposição a *imperium* (...)”¹²⁸. Ou seja, o direito moderno de origem romano-canônica incorporou a estrutura do procedimento privado romano, na qual um árbitro declarava o direito. Ao contrário do que ocorria no procedimento interdital, conduzido pelo *praetor*, na *actio* não eram emitidas ordens.

Essa estrutura procedimental, decorrente da ordinarização do sistema processual, pressupõe um processo “(...) cercado de garantias, para o exercício exclusivo da tutela de certificação dos direitos subjetivos em conflito, o que pressupõe a cognição plena e exauriente, isto é, com o *máximo de segurança jurídica* formal que o ordenamento pode idealizar”¹²⁹.

Nota-se, assim, que a estrutura procedimental ordinária, adotada pelo processo civil moderno, estava vocacionada, desde sua origem remota, a declarar o direito formalizado em um corpo sistemático de leis. A formalização desse direito ocorreu por meio da hipertrofia das obrigações, afirmando Chiovenda que qualquer direito se apresentará no processo como obrigação¹³⁰.

Flagra-se a redução do direito material às relações obrigacionais na explicação do jurista sobre a lesão aos direitos absolutos, inteiramente descrita com fundamento no direito das obrigações: “Da lesão de um direito absoluto (isto é, da violação da obrigação negativa de não lesar o meu direito) extrai-se um direito novo contra uma determinada pessoa, que é obrigada a satisfazê-lo (por exemplo, restituindo-me o que me pertence) e, caso não possa, a ressarcir o dano”¹³¹.

A formalização do direito, reduzido ao campo das obrigações, favorece o capitalismo moderno ao permitir a previsibilidade de resultados, traduzida como segurança jurídica, restringindo-se a atividade jurisdicional à declaração da vontade da lei no caso concreto, conforme assentava Giuseppe Chiovenda: “Lo Stato moderno dunque considera come própria essenziale funzione l’amministrazione della giustizia;

¹²⁷ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 32.

¹²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Idem*, p. 29.

¹²⁹ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 83.

¹³⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, p. 25.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*, p. 17. O mesmo passo é citado por Ovídio Baptista em *Jurisdição e Execução...p. 48*.

esso solo ha il potere di attuare la volontà della legge nel caso concreto, potere che dicesi “giurisdizione”¹³².

Aduza-se que a restrição da função jurisdicional à declaração da vontade da lei ao caso concreto impede o juiz de determinar por si mesmo ou de criar a vontade legal: “Dicendo che la funzione giurisdizionale consiste nell’attuazione della volontà della legge si esclude ch’essa possa farsi consistere nella *determinazione* o *creazione* di questa volontà, come è stato sostenuto da molti scrittori”¹³³.

O juiz tem como objetivo examinar os fatos e a norma, extraindo desta a vontade concreta que lhe foi infundida pelo legislador mediante raciocínio subsuntivo: “Compito degli organi giurisdizionali è di affermare e attuare quella volontà di legge che essi *ritengono* esistente come volontà concreta, dati i fatti ch’essi *considerano* come esistenti. L’attività dei giudici si dirige quindi necessariamente a due distinti oggetti: esame della *norma* come volontà *astratta* di legge (questione di diritto), esame dei *fatti* che fano diventare *concreta* la volontà della legge (questione di *fatto*)”¹³⁴.

A descrição da atividade jurisdicional nessas passagens de Chiovenda corresponde à posição defendida muito antes por Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, sobre os tribunais, cujos julgamentos devem ser fixos “(...) a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei”, pois se representassem “(...) uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”¹³⁵.

Percebe-se como a jurisdição moderna, segundo suas matrizes, deve se limitar à declaração do direito, ponto culminante da atividade intelectual estritamente lógica desenvolvida pelos juízes, cuja premissa é um direito formal, de natureza predominantemente obrigacional, constituído por normas abstratas. Há mais. O juiz deve ser um profissional especializado em Direito, não envolvido pessoalmente com a causa, impondo-se sua neutralidade.

Torna-se bastante nítida, nesse ponto, a necessidade de uma estrutura burocrática na qual possa se inserir a atividade jurisdicional, pois é a burocracia, na definição de Weber, que assegura a eficiência e impessoalidade que devem revestir as atividades do Estado moderno.

¹³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. I, p. 34.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*, p. 35.

¹³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*, p. 34-35.

¹³⁵ SECONDAT, Charles-Louis. *O Espírito das Leis*, v. I, p. 203.

Ocorre que essa atividade jurisdicional previsível e impessoal, consistente na aplicação de leis formais ao caso concreto mediante raciocínio subsuntivo, a caracterizar a objetividade com que deve se portar o juiz no desempenho de suas funções, restringe imensamente a possibilidade de análise de postulados de justiça material, desde logo afastados pelo caráter formal das leis.

Essa forma de jurisdição também restringe, à beira da exclusão, as hipóteses nas quais o juiz pode emitir ordens às partes, pois decisões mandamentais transcendem a mera declaração a que está confinada a jurisdição.

A modernidade encerra forte tensão entre a justiça material e os resultados formais decorrentes da aplicação da vontade da lei ao caso concreto. Em seu limite a concepção moderna do Estado e da jurisdição termina por caracterizar o juiz como um autômato, “(...) limitado à interpretação de parágrafos e contratos, no qual se introduzem, em cima, os fatos mais os custos para que solte, embaixo, a sentença e suas explicações”, concepção que “(...) é vista como subalterna pelos práticos jurídicos modernos, e precisamente a universalização do direito formal codificado a torna cada vez mais desagradável para eles”¹³⁶.

Essa concepção mecânica da atividade jurisdicional é tributária do capitalismo moderno, da organização estatal burocrática e do direito formal, resultados a que conduziu o amplíssimo processo de racionalização vivenciado pelo ocidente. Tendo a jurisdição moderna esses elementos em sua base histórica de causalidade parece correto indicar a declaração dos direitos, *de que a condenação é a espécie mais importante*, como sua técnica de tutela típica. Dir-se-ia mesmo que há causalidade adequada entre os componentes causais mencionados e a condenação.

Na processualística clássica, que tem em Giuseppe Chiovenda um de seus maiores nomes, a natureza tipicamente declaratória da jurisdição decorre da definição da atividade jurisdicional como atuação da vontade da lei ao caso concreto, a qual pressupõe a declaração do direito. Sendo assim, mesmo as sentenças constitutivas e condenatórias seriam essencialmente declaratórias: “Nell’uno e nell’altro caso la sentenza deve accertare la esistenza del diritto, come preparazione al conseguimento del bene; pertanto la sentenza di condanna e la sentenza costitutiva sono anche e anzitutto sentenze di accertamento”¹³⁷.

¹³⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume II, p. 146.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 168.

Nesse contexto sublinhe-se que a condenação é a forma de tutela mais comum: “Il caso più frequente de sentenza d’accoglimento, cioè favorevole all’attore, è la sentenza di condanna”¹³⁸. Concorde com a afirmação de Chiovenda, Enrico Tullio Liebman a reitera: “Os casos muito mais freqüentes são os do autor que não pede uma simples declaração, mas a condenação da outra parte”¹³⁹.

Pelo fato de se tratar da técnica típica de tutela do Estado moderno, incumbe investigar as características da condenação segundo a processualística, o que se fará no próximo capítulo. Tal abordagem constitui etapa preliminar ao estudo das modificações implementadas pelo artigo 475 J do Código de Processo Civil brasileiro, inserido no sistema processual com a lei n.º 11.232/05.

Para que se possa averiguar a permanência no sistema processual brasileiro das decisões jurisdicionais condenatórias após a promulgação da lei n.º 11.232/05, torna-se imprescindível indicar, primeiramente, o que a dogmática processual compreende por sentenças condenatórias, técnica típica de tutela jurisdicional na modernidade.

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 168.

¹³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, p. 236.

CAPÍTULO 2 – TEORIAS SOBRE A SENTENÇA CONDENATÓRIA

Sendo a sentença condenatória a técnica mais comum de tutela no Estado moderno, elemento a comprovar sua importância para o sistema processual, dedicou-se a processualística a explicitar seus fundamentos dogmáticos. Assim, alguns dos mais destacados juristas analisaram a condenação, elaborando doutrinas que ainda hoje disputam a adesão dos estudiosos do processo civil.

Mesmo após décadas de intenso debate não há consenso sobre o tema, fato a exigir a análise breve das construções dogmáticas mais influentes sobre a sentença condenatória. O objetivo dessa abordagem é assentar premissas que permitam verificar a permanência da sentença de condenação no sistema processual brasileiro após a promulgação da Lei n.º 11.232/05, diploma legislativo responsável pela inserção do artigo 475 – J no Código de Processo Civil.

2.1. Condenação como Comando Dirigido aos Órgãos Executivos

Ao analisar as sentenças condenatórias Giuseppe Chiovenda assentou sua identidade substancial com os provimentos declaratórios. Mas a condenação não se restringiria à declaração do direito, consistindo, ademais, em ordem voltada ao réu para a realização de uma prestação. Nesse contexto a sentença condenatória teria função dupla, incumbindo-lhe tanto a criação da certeza jurídica quanto a preparação da futura execução forçada:

“Questa formulazione si trova (lo abbiamo visto) *anche* nelle sentenze che ordinano al convenuto di eseguire una prestazione a favore dell’attore (sentenze di condanna). Queste per conseguenza sono *anche* ed *anzitutto* sentenze d’accertamento, nelle quali la dichiarazione giudiziale del diritto ha una doppia funzione, quella di creare la certezza giuridica e quella di preparare l’esecuzione forzata”¹⁴⁰.

Na lição de Chiovenda a condenação se correlacionava ao conceito de prestação, de modo que a sentença condenatória teria como pressupostos a existência de uma vontade legal garantidora de um bem ao autor mediante prestação do réu e a convicção do juiz de que com base na sentença seria possível, imediatamente ou após algum tempo, realizar pelos órgãos estatais os atos ulteriores necessários para a

¹⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. I, p. 191-192.

obtenção do bem garantido pela lei. A realização desses atos ulteriores à sentença corresponderia à execução¹⁴¹.

Acima se mencionou que para Chiovenda a condenação seria uma ordem endereçada ao réu para o cumprimento de uma prestação. Mas essa afirmação deve ser contextualizada. Na doutrina chiovendiana essa ordem não representa ato autônomo de vontade do juiz, mas formulação de um comando já contido na lei, o qual adquiriria maior força cogente com a sentença¹⁴². Mesmo nas sentenças condenatórias o juiz apenas declararia a vontade concreta da lei.

Se ao condenar o juiz somente declara a vontade da lei ao caso concreto, justifica-se a afirmação de Chiovenda sobre a identidade substancial entre as sentenças declaratórias e as condenatórias. Nada obstante, haveria elemento distintivo entre ambos os provimentos. Trata-se do comando gerado pelo juiz aos órgãos estatais executivos: “Ma in un altro senso la sentenza di condanna veramente dà vita ad un *nuovo* comando, *rispetto cioè agli organi incaricati della esecuzione*: e ciò la differenza dalla sentenza d’accertamento”¹⁴³.

Uma vez que a jurisdição apenas declara a vontade concreta da lei, a singularidade representada pela sentença condenatória consistiria no comando dirigido aos órgãos estatais para que atuassem o direito declarado mediante atos executivos. A sentença de condenação surgiria como preparação à execução forçada, sendo a declaração do direito um incidente no curso de sua posterior atuação mediante atos executivos¹⁴⁴.

Referindo-se, por um lado, a um comando dirigido aos órgãos executivos e, por outro, a uma prestação devida pelo réu ao autor, a condenação apresentará conteúdos distintos, sempre correlacionados à prestação:

“Si può essere condannati a tutto ciò che si può esser tenuti a prestare (sia un dare, un fare, una astensione, la distruzione di quantu fu fatto in contravvenzione all’obbligo di non fare). Si può essere condannati a una prestazione infungibile: perchè il modo di supplire all’impossibilità dell’esecuzione diretta, non è necessario sia trovato già nella sentenza, sebbene di solito così avvenga”¹⁴⁵.

Em resumo, pode-se sustentar que a teoria chiovendiana assenta a equivalência das sentenças declaratórias e condenatórias no tocante à indicação da vontade da lei no

¹⁴¹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 169.

¹⁴² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Idem, ibidem.

¹⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. Idem, ibidem.

¹⁴⁴ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Idem, ibidem.

¹⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, p. 165.

caso concreto. Essas sentenças se distinguiriam pelo fato de apenas a condenação ensejar a elaboração de um comando aos órgãos estatais executivos para que procedessem à execução forçada em caso de descumprimento da prestação. A ordem aos órgãos executivos seria sua nota distintiva em relação às sentenças declaratórias. Quanto ao réu, a sentença condenatória nada mais seria que a reelaboração mais enérgica da obrigação de prestar já contida na lei.

Analisada a doutrina de Chiovenda, pode-se indicá-lo como o principal expoente da teoria da condenação como ordem dirigida aos órgãos executivos, constituindo-se precisamente essa ordem como elemento basilar da correlação entre a sentença condenatória e a posterior ação executória.

Sendo assim, exige adequada contextualização a afirmação de Andrea Proto Pisani segundo a qual a condenação, em Chiovenda, admitiria atuação mediante execução forçada e medidas coercitivas: “Nel pensiero di Chiovenda, pertanto, era ben chiaro: a) che l’attuazione della sentenza di condanna poteva avvenire sia attraverso la tecnica della esecuzione forzata (corrispondente a ciò che egli chiamava mezzi di surrogazione), sia attraverso la tecnica delle misure coercitive (corrispondente a ciò che egli chiamava mezzi di coazione)”¹⁴⁶.

É correto afirmar, como Pisani, que Chiovenda concebia em abstrato o uso de meios de coação para a tutela de direitos insuscetíveis de realização por meio dos procedimentos de execução forçada. Ocorre que essa concepção se subordinava à existência, no ordenamento jurídico, de normas específicas a autorizarem o emprego dos meios coercitivos: “Os meios executivos dirigidos contra a liberdade individual, garantida pela Constituição (art. 26), e contra a propriedade, declarada, por igual, inviolável (art. 29), somente se podem admitir em virtude de uma norma expressa de lei que derogue aquelas normas fundamentais”¹⁴⁷.

Logo, muito embora Chiovenda reconhecesse em abstrato os mecanismos de coação como meios executivos, atento ao direito positivo italiano assentava a inexistência de norma autorizadora do uso geral de meios de coação: “Carecemos de uma praxe ou de uma norma geral que, a exemplo da de outros direitos (sistema das

¹⁴⁶ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla Tutela di Condanna. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1125-1126.

¹⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, p. 288.

astreintes francês; *contempt of court* inglês), autorize o juiz civil a aplicar multas ou outras penalidades como meio de sanção ou de coação (...)”¹⁴⁸.

Portanto, apesar de Chiovenda reconhecer em abstrato a existência de meios de coação, atrelando a sentença condenatória à execução o jurista se posicionava à luz do direito italiano então vigente, não sendo correto sustentar que sob essa perspectiva ele defendesse a possibilidade de atuação das sentenças condenatórias mediante meios coercitivos. Com isso se depreende que a afirmação de Pisani é válida para a perspectiva chiovendiana de *iure condendo*.

2.2. Condenação como Declaração do Ato Ilícito

É Francesco Carnelutti o principal expoente da teoria da condenação como declaração do ato ilícito. Na obra carneluttiana a teoria da condenação apresenta duas versões. Na primeira a sentença condenatória é conceituada como declaração do ato ilícito: “(...) il fondo della sentenza di condanna è un vero e proprio accertamento, e nient’altro: accertamento del rapporto giuridico, dell’obbligo e del diritto, e, insieme, della sua violazione, cioè del fatto illecito, senza di che non potrebbe aver luogo la esecuzione, a cui la condanna mira ricollegando il processo di cognizione al processo esecutivo”¹⁴⁹.

Tal qual sustentara Chiovenda, Carnelutti reconhecia que a sentença condenatória não se limitava a declarar determinada relação jurídica, contendo, outrossim, um comando dirigido aos órgãos executivos para que procedessem à execução, o qual seria constituído pela lei, não pela sentença¹⁵⁰.

Precisamente na existência de dois comandos, um dirigido aos órgãos executivos e o outro às partes, repousaria a diferença da sentença condenatória em relação à declaratória pura: “Cosi, a differenza dalla sentenza di accertamento puro, la sentenza di condanna contiene due comandi: uno che se rivolge alle parte e uno, che se impogne agli organi del processo esecutivo; sono, normalmente, due comandi *complementari* al comando già contenuto nella legge (...)”¹⁵¹.

Posteriormente, em razão de sua polêmica com Liebman sobre a natureza do título executivo, Carnelutti retificou parcialmente sua teoria da condenação,

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 288-289.

¹⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale*, v. IV, p. 313.

¹⁵⁰ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, 313-314.

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, p. 314.

classificando essa retificação como um “esclarecimento”. A condenação consistiria na declaração da responsabilidade que deriva do ato ilícito: “(...) l’oggetto dell’accertamento, che distingue la sentenza di condanna, è definito come l’atto illecito, *idest la violazione di un obbligo ed eventualmente la lesione di un diritto*. È giusto chiarire: *accertamento dell’atto illecito e delle conseguenze*; con termini più precisi, *della responsabilità che ne deriva*”¹⁵².

É correto sustentar que para Carnelutti a diferença entre condenação e execução teria como fundamento a relação de direito material subjacente. Quando se tratasse de relação obrigacional decorrente de ato ilícito, a ensejar a caracterização de responsabilidade civil, a sentença seria condenatória.

Destaque-se, em síntese, que também em Carnelutti se encontrava a correlação entre a sentença condenatória e a execução forçada, pois o conteúdo da condenação era constituído por um comando imposto aos órgãos executivos, o qual se fazia acompanhar por outro comando dirigido ao réu. Muito embora tenha mantido a referibilidade entre a sentença condenatória e a execução forçada, ao conectar a condenação à responsabilidade civil a concepção carneluttiana foi alvo de duras críticas por parte de Enrico Tullio Liebman.

2.3. Condenação como Declaração da Sanção

A teoria da condenação como declaração da sanção foi formulada por Enrico Tullio Liebman, em cuja obra a procura pelos exatos contornos conceituais da sentença condenatória é um ponto de destaque. O capítulo IV de seu clássico “Embargos do Executado” dedica toda uma seção à análise de diversas teorias da condenação, estabelecendo, ao final, a superioridade da teoria da sentença condenatória como declaração da sanção.

Antes de apresentar a doutrina desenvolvida por Liebman, convém lembrar que também ele estabelecia a correlação entre a execução e a sentença condenatória, pois este provimento encerraria o processo de formulação da vontade concreta da lei, mediante aplicação da norma aos fatos, momento a partir do qual se tornava possível realizar as atividades materiais tendentes à aplicação daquela vontade¹⁵³.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco. Titolo Esecutivo. *Rivista di Diritto processuale Civile*, v. VIII, p. 316.

¹⁵³ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*, p. 111-112.

Muito embora reconhecesse que a sentença condenatória contém a declaração da vontade concreta da lei, Liebman sustentava que seu conteúdo era também integrado pela “(...) afirmação de que deve ser atuada pelos órgãos de Estado independentemente da vontade da parte vencida, ou seja, na declaração de sua exequibilidade”¹⁵⁴. A sentença condenatória teria, assim, uma qualidade que a distinguiria da declaratória, inservível para a posterior realização de atos materiais de atuação pelo Estado.

Liebman inicia sua crítica refutando a teoria que concebia a condenação como uma ordem, para a satisfação da obrigação, proferida pelo juiz ao obrigado, aos órgãos executivos ou a ambos. O cerne da refutação liebmaniana repousaria no fato de que a “(...) ordem endereçada ao devedor para satisfazer a prestação se encontra, já, na lei e que a sentença condenatória nada mais faz, a respeito, do que declarar a efetivação de seus pressupostos. O mesmo há que dizer-se quanto à ordem ao órgão executivo para prover à execução, porquanto os poderes e deveres deles já se acham estabelecidos na lei, e na sentença não se contém nenhuma ordem especial ao órgão executivo”¹⁵⁵.

O reconhecimento de que as ordens para o cumprimento das obrigações já se encontram na lei, não sendo formuladas pelo juiz na sentença condenatória, bem como a constatação de que também as sentenças declaratórias e constitutivas representariam a formulação em caráter autoritário da vontade da lei, teria conduzido alguns teóricos a negarem a diferença entre as sentenças condenatórias e as declaratórias, posição na qual se encontraria Carnelutti, a estremá-las unicamente em razão da diversidade das relações jurídicas objeto dos processos¹⁵⁶.

De fato, como visto, Francesco Carnelutti defendera, primeiramente, a idéia de que a condenação declararia o ato ilícito, modificando essa formulação, após a crítica de Liebman, para sustentar que a sentença condenatória declararia a responsabilidade civil. Sendo substancialmente provimentos declaratórios, as sentenças condenatória e declaratória se diferenciariam por força da relação jurídica a caracterizar os objetos das demandas.

A fragilidade da teoria condenatória carneluttiana consistiria precisamente na distinção das sentenças em conformidade com seu objeto, pois seria possível obter tanto a condenação antes da prática de ato ilícito, quanto a mera declaração após a ocorrência

¹⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*, p. 116.

¹⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 117.

¹⁵⁶ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 118.

da ilicitude¹⁵⁷. Esta posição, aliás, foi expressamente sufragada pelo artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro¹⁵⁸. Ademais, a condenação em despesas processuais independe da prática de qualquer ilícito, fato a contrariar a teoria de Carnelutti¹⁵⁹.

Ao descartar as teorias da condenação como formulação de ordem aos obrigados ou aos órgãos de execução, bem como a teoria carneluttiana a caracterizar a condenação como declaração da responsabilidade civil, ou seja, do ato ilícito e de sua consequência, Liebman indicou as bases em que se assentaria a condenação, concebida como algo além da declaração de uma obrigação insatisfeita, de um direito a prestação ou de um ato ilícito¹⁶⁰. O elemento individualizador da condenação corresponderia à “(...) aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte”¹⁶¹.

Para chegar a essa conclusão, partia Liebman de concepção orgânica e unificada do ordenamento jurídico, cujo “(...) elemento unificador é proporcionado exatamente pela vontade de quem estabeleceu o ordenamento, de que tal ordenamento se haja de impor incondicionalmente”¹⁶². A coatividade do ordenamento jurídico seria o elemento que permitiria caracterizar a sentença condenatória como formulação da sanção, concepção que faz eco à visão weberiana do direito como uma ordem coativa.

A sanção não existiria antes do processo, não integraria o próprio direito subjetivo, mas no processo seria formulada¹⁶³. Desse modo, uma vez que a sanção não se encontra no direito subjetivo, mas decorre do exercício da função jurisdicional estatal, as sentenças condenatórias e declaratórias seriam idênticas sob o ponto de vista do direito material, pois ambas declarariam a certeza da existência desse direito¹⁶⁴.

A diferença entre elas residiria no aspecto processual, já que somente a sentença condenatória indicaria as consequências concretas da violação ao direito declarado, dito de outro modo, apenas a condenação aplicaria a sanção:

“Sob o aspecto processual, todavia, tem eficácia constitutiva, porque a sanção só preexiste à condenação como vontade abstrata e é o juiz quem a faz tornar-se concreta, transferindo-lhe o conteúdo do direito substancial declarado: aquela, pois, se precisa na vontade de que se leve a

¹⁵⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 119.

¹⁵⁸ É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

¹⁵⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 122.

¹⁶⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Idem, ibidem.

¹⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 238.

¹⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*, p. 125.

¹⁶³ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Idem, p. 131.

¹⁶⁴ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Idem, p. 132.

efeito determinada execução em prejuízo de determinada pessoa e a favor de outra, com o escopo de atingir, pelos meios do processo, o resultado a que tendia o imperativo jurídico inobservado”¹⁶⁵.

A aplicação da sanção prevista pelo ordenamento jurídico é, segundo Liebman, a nota distintiva da sentença condenatória. Antes da condenação, muito embora já esteja prevista no ordenamento, a sanção ainda é abstrata, dependendo sua individualização da atividade jurisdicional cognitiva: “A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente. Em outras palavras, a condenação é o ato que aplica, impõe, determina *in concreto* a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato cometido”¹⁶⁶.

É importante destacar que a aplicação da sanção, para Liebman, não corresponde à imediata efetivação dos atos executivos. Conforme afirma Cândido Rangel Dinamarco, “(...) *aplicar* não é impor efetivamente as medidas executivas, o que acontece apenas no processo de execução. *Aplicar* é trazer para o caso concreto aquilo que está no plano abstrato da lei”¹⁶⁷. Dito de outro modo, a partir da condenação: “O preceito sai do plano abstrato e genérico da lei processual e desce ao caso concreto, dizendo que, naquele caso, as medidas executivas (sanção) constituem o meio processual adequado à satisfação daquele que se afirma credor”¹⁶⁸.

Destarte, a novidade trazida pela condenação não corresponde à ordem dirigida aos órgãos executivos, mas à formulação concreta da vontade da lei de que se atue a sanção: “Desde esse momento, adquire o credor o de que antes não dispunha, a saber, o poder de provocar com seu pedido a atuação prática da sanção (ação executiva), a que corresponde a *parte debitoris* a sujeição a ela (responsabilidade executória)”¹⁶⁹.

O corolário do processo cognitivo condenatório seria, conforme Liebman, a possibilidade de o autor vitorioso acionar executivamente o réu perdedor, mediante execução civil, definida por ele como a “(...) atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção (...)”, sendo sua finalidade “(...) conseguir por meio do processo e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*, p. 132.

¹⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 39.

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 227.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 252.

¹⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*, p. 133.

¹⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, p. 15-16.

A tônica da condenação civil, para Liebman, corresponderia à aplicação da sanção, sendo o processo executivo a sua atuação prática, realizado mediante atos materiais do Estado, sem o concurso da vontade do condenado. Assim, sob o aspecto substancial, a sentença condenatória não diferiria da declaratória, dela se distinguindo unicamente pela constituição de título executivo e conseqüente ensejo à deflagração do processo executivo.

Assentado nessas premissas Cândido Rangel Dinamarco sustenta que a sentença condenatória é constituída por dois momentos lógicos: “(...) aquele em que a existência do direito é reconhecida ou declarada e aquele em que manda cumprir, sob pena de execução”¹⁷¹.

Percebe-se, assim, que na teoria liebmaniana é essencial a vinculação entre a condenação e a execução civil, dependendo a satisfação do direito do autor, em caso de recalcitrância do réu, do ajuizamento de nova demanda, a fim de que se proceda à execução forçada com fundamento no título executivo, no caso, a sentença condenatória.

2.4. Condenação como Sujeição

Deve-se a Piero Calamandrei a concepção da sujeição como o elemento distintivo da condenação. Antes, porém, de indicar sua concepção sobre a sentença condenatória, no célebre ensaio que dedicara ao assunto o processualista apresenta uma crítica às teorias da condenação como ordem à prestação e à execução, bem como às teorias formuladas por Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman.

Contra a teoria da sentença condenatória como um comando ou ordem ao obrigado para que realize determinada prestação, Calamandrei apresenta como óbice o fato de a imposição ao cumprimento já se encontrar na própria lei que a sentença declara, sendo, ademais, incorreto sustentar como efeito da condenação uma característica que não seria inerente à sua função processual, mas à especial natureza da relação material declarada, já que uma relação obrigacional pode originar tanto uma ação declaratória, quanto uma ação condenatória¹⁷².

Quanto à teoria da sentença condenatória como um comando a um órgão jurisdicional, Calamandrei sustenta sua imprecisão apoiando-se em Carnelutti,

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, p. 228.

¹⁷² CALAMANDREI, Piero. *La Condanna*. Opere Giuridiche, v. V, p. 484.

lembrando que também os poderes e deveres dos órgãos executivos derivam da lei, sendo que a sentença condenatória não dá lugar à execução forçada como resultado da ordem de um funcionário a outro, mas como declaração objetiva das condições legais de que depende a execução forçada. Por outro lado, mesmo de sentenças constitutivas ou declaratórias poderiam surgir deveres para certos órgãos públicos, tal como ocorreria na inscrição de hipoteca e na execução de medidas de segurança¹⁷³.

Ao criticar a teoria carneluttiana, Calamandrei tinha como objeto as primeiras formulações de Carnelutti sobre o tema, anteriores à reelaboração motivada pelas críticas de Liebman. A condenação ainda era concebida por Carnelutti como a declaração do ato ilícito, posicionamento criticado por Calamandrei da maneira que se segue: “La definizione della sentenza di condanna come accertamento della esistenza di un atto illecito, mi pare da respingersi sotto due diversi aspetti: come troppo ristretta, perchè *non tutte le sentenze di condanna presuppongono l'atto illecito*; come troppo ampia, perchè *non tutte le sentenze che accertano un atto illecito sono sentenze di condanna*”¹⁷⁴.

Todavia, a adesão às críticas de Liebman à teoria de Carnelutti, não conduziu Calamandrei a endossar a teoria da condenação como aplicação da sanção, formulada pelo primeiro. Após censurar o conceito de sanção adotado por Liebman, o qual seria muito restrito, fazendo as sanções coincidirem com a coação, Calamandrei sustenta que a concepção liebmaniana, em linhas gerais, compreenderia a sentença condenatória como aquela que contém a declaração da relação relativa à sanção, de modo que “(...) la sentenza di condanna tornerebbe a confondersi sotto l'aspetto processuale colle sentenze di mero accertamento, dalle quale si distinguirebbe, secondo il rimprovero già mosso dal Liebman ad altre teorie, non più per la funzione ma solo per l'oggetto”¹⁷⁵.

Além disso, tomando o conceito de sanção em sentido genérico, o direito positivo traria diversos desmentidos à teoria de Liebman, como as sentenças que aplicam sanções sem serem condenatórias, de que seriam exemplo aquelas de mera declaração da obrigação de ressarcir os danos ou as sentenças constitutivas que produzissem determinado efeito jurídico como sanção do ilícito. Existiriam, ademais, sentenças condenatórias que não aplicariam normas substanciais sancionatórias, de que

¹⁷³ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 485.

¹⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. Idem, p. 486.

¹⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. Idem, p. 489.

seriam exemplo as condenações do obrigado à execução da obrigação originária, não da norma sancionatória¹⁷⁶.

Na mesma linha, ao criticar a necessária correlação entre condenação e sanção presente na teoria de Liebman, José Carlos Barbosa Moreira apresenta a condenação do vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios como exemplo de decisão condenatória na qual inexistiria sanção¹⁷⁷. Além desses provimentos, o processualista brasileiro também indica as condenações para o futuro, nas quais “(...) não se afigura próprio entender (...) que o órgão judicial *aplique uma sanção* anteriormente à ocorrência de comportamento ilícito que nem sequer se tem a certeza de que virá a configurar-se”¹⁷⁸.

Os diversos exemplos extraídos do direito positivo com os quais se demonstraria a existência de condenações despidas de natureza sancionatória constituiriam óbice intransponível à teoria elaborada por Liebman. Ademais, segundo Calamandrei, Liebman teria definido a sentença de condenação não tanto por aquilo que ela é, mas por aquilo que ela prepara, ou seja, a execução forçada¹⁷⁹.

Constatando o que considerou como o fracasso de outra tentativa de definição da condenação em atenção à sua especial função processual e empregando como modelo a necessária relação entre a sentença de condenação e a execução forçada, Calamandrei indica a sujeição do obrigado como a nota característica dos provimentos condenatórios: “In questa trasformazione dell’obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell’obligatto, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più, mi pare che consista la caratteristica essenziale della condanna, comune alla condanna civile ed a quella penale”¹⁸⁰.

A função específica da condenação seria a transformação da obrigação em sujeição. Dito de outro modo, a sentença condenatória teria como função a constituição de um estado de sujeição em razão do qual o obrigado ficaria à mercê dos órgãos executivos, “(...) costretto a subire passivamente la esecuzione forzata come un male inevitabile”¹⁸¹. Essa sujeição do condenado pode ser definida como “(...) a

¹⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 490.

¹⁷⁷ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil*. Temas de Direito Processual. Primeira Série, p. 74.

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Idem, p. 75.

¹⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 491.

¹⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. Idem, ibidem.

¹⁸¹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 492.

impossibilidade de evitar os atos de exercício do poder, de modo que, nos limites do que for legítimo e necessário à satisfação do credor, o executado simplesmente suporta as medidas executivas até que cumpridos os objetivos da execução forçada”¹⁸².

A condenação sujeitaria o condenado, mas não permitiria a imediata invasão de sua esfera jurídica legítima, resultado obtido apenas com os atos de execução forçada, conforme assenta Ovídio Baptista ao apreciar a teoria de Calamandrei: “Há sempre, pois, na chamada execução forçada, essa ingerência, essa *invasão* da esfera jurídica do demandado, essa violação daquilo que o sentimento jurídico, a doutrina e Calamandrei mesmo, consideram inviolável, que é a *esfera jurídica legítima* do demandado”¹⁸³.

Como desdobramento lógico de suas premissas, a teoria de Calamandrei assenta a inexistência de condenação no tocante às obrigações infungíveis, pois em relação a elas não ocorreria aquele estado de sujeição do obrigado que caracterizaria a sentença condenatória: “La sentenza ordina all’obbligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l’ordinamento giuridico non appresti mezzi adeguati di esecuzione forzata, *non* é una sentenza di condanna”¹⁸⁴.

Considerando que para Calamandrei a condenação se restringiria às hipóteses em que pudessem ser realizados atos de execução forçada, pode-se concluir que também sua teoria sustenta a necessária correlação entre sentença condenatória e ação executória, consistindo a sujeição precisamente no estado em que se encontra o condenado quando suporta os atos da execução.

2.5. Sentença Condenatória como Etapa da Tutela Jurisdicional

As teorias anteriormente indicadas tentaram distinguir a sentença condenatória isolando-a das demais classes de sentença. Assim, ora a especificidade da condenação foi indicada na relação por ela tutelada, ora em um efeito típico que lhe seria inerente. Apesar dessas diferenças, todas as teorias anteriormente expostas divisaram na sentença condenatória uma espécie autônoma de tutela.

Salvatore Satta, ao analisar o processo de execução forçada, elaborou uma teoria original sobre a condenação, a vislumbrar na sentença condenatória apenas uma

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 248.

¹⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença Mandamental. In: *Sentença e Coisa Julgada*, p. 47.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. Op. cit, p. 493.

etapa da tutela jurisdicional. Percebe-se essa originalidade já no momento em que Satta critica os pontos comuns das demais teorias: “Senza ripetere le critiche che già sono state mosse alle singole teorie, crediamo di essere ormai in grado di individuare l’errore comune sul quale tutte se fondano: l’errore cioè di isolare la c.d. condanna dal complesso fenomeno della tutela giurídica, e di porla come causa, per così dire, dell’esecuzione e del relativo processo”¹⁸⁵.

Assim, as demais teorias errariam ao isolar a condenação do complexo fenômeno da tutela jurídica, assentando-a como causa do processo de execução e forma de tutela autônoma. Segundo Satta, a condenação está inteiramente absorvida na ação executiva, sendo incorreto falar de ação condenatória no mesmo sentido em que se mencionam as ações constitutivas e declaratórias¹⁸⁶.

A razão sobre a qual repousa a referida incorreção consiste no fato de que a sentença condenatória não realiza autonomamente uma determinada tutela, como ocorre no bojo das ações executivas, constitutivas e declaratórias: “La c.d. azione esecutiva non differisce in nulla da quelle di accertamento e costitutiva perchè l’una e le altre tendono alla realizzazione di una determinata tutela: i termini relativi valgono tutt’al più a indicare una differenza di contenuto nei varii mezzi, del tutto ininfluyente sulla sostanza”¹⁸⁷.

Portanto, em Salvatore Satta, a condenação seria uma etapa, um grau para o atingimento da tutela jurídica. A sentença condenatória não realizaria autonomamente uma tutela, mas seria um requisito para a futura realização, a qual ocorreria somente com o ajuizamento da ação executiva. Idêntico é o posicionamento de Fábio Cardoso Machado sobre a condenação na teoria sattiaiana: “A chamada ação condenatória e a respectiva sentença não passariam de ônus necessários à obtenção da tutela, ou melhor, de atos teleologicamente coordenados aos demais, cujo conjunto representa algo compreensivo de todos: a ação executiva”¹⁸⁸.

Para evitar confusões conceituais é importante destacar que o sistema classificatório de sentenças elaborado por Salvatore Satta tem como fundamento dois tipos ideais: as situações jurídicas finais e as situações jurídicas instrumentais. As

¹⁸⁵ SATTA, Salvatore. *Premessi Generali Alla Dottrina della Esecuzione Forzata. Rivista de Diritto Processuale Civile*, v. IX, Parte I, 1932.

¹⁸⁶ Cf. SATTA, Salvatore. *Op. cit.*, p. 358.

¹⁸⁷ SATTA, Salvatore. *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*, p. 166.

primeiras se identificam com a satisfação imediata dos interesses, ao passo que as segundas são aquelas tendentes a satisfazê-los mediatamente¹⁸⁹.

A propriedade seria uma situação jurídica final. Os denominados direitos potestativos e as obrigações, situações jurídicas instrumentais: “Nell’obbligazione infatti la soddisfazione dell’interesse dipende dalla prestazione di un soggetto a favore di um altro, e il termine stesso espresse il vincolo giuridico di quel soggetto (che sarebbe altrimenti libero) a compiere la prestazione. Il corrispondente diritto (riflesso di tale vincolo) non ha per contenuto che l’aspettativa di un bene da parte dell’obligato”¹⁹⁰.

Conforme afirma Salvatore Satta, inexistiria no campo dos direitos obrigacionais a coincidência entre a titularidade do direito e a satisfação do interesse jurídico¹⁹¹. De fato, o titular de um direito de crédito nada pode fazer além de exigir o cumprimento da prestação, o qual dependerá da conduta do obrigado. Situação muito diversa ocorre com o direito de propriedade, pois o simples fato de ser proprietário de um bem permite ao titular do direito a satisfação de seu interesse.

Com base nessas premissas Satta conclui que a satisfação dos direitos absolutos ocorre com a simples declaração de sua existência, ao passo que a satisfação dos direitos obrigacionais exige a condenação e, posteriormente, o ajuizamento e desenvolvimento da ação executiva: “Di tutto cio abbiamo già fatto cenno quando abbiamo osservato che la tutela dei diritti assoluti si esaurisce nell’accertamento della loro esistenza, mentre la tutela dei diritti di credito richiede l’accertamento dell’obbligo (condanna) che non è fine a se stesso, ma è il presupposto dell’ulteriore svolgimento della tutela, e cioè appunto dell’esecuzione forzata”¹⁹².

Na processualística brasileira contemporânea a concepção da sentença condenatória como meio inidôneo para a tutela dos direitos é prestigiada pela doutrina, conforme se depreende da seguinte lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem: “A condenação é simples técnica processual, dando contornos a uma espécie de ação que nela finaliza, mas não serve à prestação da tutela jurisdicional do direito”¹⁹³.

Cândido Rangel Dinamarco, sob a perspectiva da teoria liebmaniana da condenação como aplicação da sanção, também assentou a insuficiência da sentença

¹⁸⁹ SATTA, Salvatore. *L’Esecuzione Forzata nella Tutela Giurisdizionale dei Diritti*, p. 03.

¹⁹⁰ SATTA, Salvatore. *Idem*, p. 03.

¹⁹¹ Cf. SATTA, Salvatore. *Idem*, *ibidem*.

¹⁹² SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, p. 426.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. III, p. 32.

condenatória para a satisfação do direito de crédito: “A *crise de adimplemento*, que é o fator legitimante da tutela jurisdicional condenatória, não fica debelada por essa sentença. A tutela jurisdicional oferecida por essa sentença é apenas parcial e a satisfação coercitiva do crédito só ocorrerá mediante a conjugação entre essa sentença e a execução forçada. Não há tutela jurisdicional plena enquanto o direito não for satisfeito”¹⁹⁴.

No propósito de sintetizar a teoria de Satta, pode-se sustentar que para ele a condenação é apenas uma etapa na tutela do crédito, a qual poderá ocorrer somente na ação executiva, cujo propósito é expropriar bens do devedor ou o bem devido, em conformidade com a natureza da obrigação. A fim de tutelar os direitos de crédito a ação executiva “(...) si esaurisce tutta nell’aggressione e nell’espropriazione dei bene del debitore”¹⁹⁵.

A despeito de sua originalidade em relação às demais teorias da condenação, as quais a vislumbram como uma tutela autônoma, a teoria de Salvatore Satta mantém a correlação entre a sentença condenatória e a ação executiva, pois para o autor esta ação se diferenciaria das ações de conhecimento em razão de sua subordinação a um requisito formal, qual seja, o título executivo: “Ma la caratteristica più notevole dell’azione esecutiva è che essa, a differenza dell’azione, che si svolge nel processo di cognizione, è subordinata all’esistenza di un requisito formale: il *titolo esecutivo*”¹⁹⁶.

Ora, se ação executiva, instrumento capaz de tutelar os direitos de crédito, tem como pressuposto o título executivo, de que é exemplo maior precisamente a sentença condenatória, então é lícito concluir que a concepção de Satta não erradica, antes radicaliza a correlação entre a condenação e a ação executiva, concebida esta como uma ação autônoma, cume para o qual confluiriam todos os atos processuais anteriormente praticados.

2.6. Condenação à Reintegração ao Posto de Trabalho e a Rediscussão da Sentença Condenatória na Itália

O debate sobre a sentença condenatória protagonizado por alguns dos mais notáveis processualistas italianos, cujas teorias foram sumariamente reproduzidas

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 228.

¹⁹⁵ SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, p. 428.

¹⁹⁶ SATTA, Salvatore. *Idem*, p. 429.

acima, conduziu a doutrina daquele país à cristalização do conceito de condenação, estritamente relacionado com a execução forçada, conforme assinala Crisanto Mandrioli:

“Innanzi tutto: è chiaro che se, con la dottrina di gran lunga prevalente chiamiamo condanna quel provvedimento giudiziario che, con l'accertare un diritto, ne accerta l'ulteriore esigenza di tutela mediante esecuzione forzata, accertando altresì i presupposti della concreta eseguibilità di quel diritto, la suddetta correlazione necessaria è già implicita in questa definizione; più precisamente, è implicita la correlazione tra condanna e titolo esecutivo, nel senso che non può essere definito condanna quel provvedimento al quale la legge non attribuisca quell'efficacia esecutiva che dall'art. 474 c.p.c. è chiaramente individuata nella attitudine a fondare uno dei procedimenti esecutivi disciplinati nel libro terzo del codice”¹⁹⁷.

Apesar da consolidação doutrinária em torno das características gerais da condenação indicadas por Mandrioli, a sentença condenatória voltou a ser debatida na Itália a partir da promulgação da Lei n. 300 de 1970, o Estatuto dos Trabalhadores, cujo artigo 18, parágrafo terceiro¹⁹⁸, autorizava aos magistrados a expedição de ordem de reintegração ao posto de trabalho quando os obreiros tivessem sido indevidamente dispensados.

O ressurgimento do debate partiu da constatação de que o cumprimento do mencionado provimento de reintegração à ocupação laborativa não se afinava com a estrutura do processo executivo, sendo questionada, portanto, a estrita correlação entre a sentença condenatória e a execução forçada. Dito de outro modo, a ordem de reintegração ao posto de trabalho não se conformava às formas típicas de execução estabelecidas no livro terceiro do Código de Processo Civil italiano.

Ciente da desconformidade entre os processos típicos de execução forçada previstos em lei e diversos provimentos jurisdicionais de natureza condenatória, Andrea Proto Pisani se contrapôs contundentemente à teoria clássica, negando a necessária correlação entre sentença de condenação e execução forçada: “La correlazione normale o necessaria tra condanna ed esecuzione forzata non si rivela pertanto a perfetta tenuta, in quanto non sempre la sentenza la quale “porti la condanna all'adempimento di una obbligazione” è suscettibile di dare luogo ad esecuzione forzata”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MANDRIOLI, Crisanto. Sulla Correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1344.

¹⁹⁸ Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui questi aderisce o conferisca mandato, il giudice, in ogni stato e grado del giudizio di merito, può disporre con ordinanza, quando ritenga irrelevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

¹⁹⁹ PISANI, Andrea Proto. L'effettività dei Mezzi di Tutela Giurisdizionale con Particolare Riferimento All'Attuazione della Sentenza di Condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 621.

Dentre as relações jurídicas materiais insuscetíveis de execução nas formas prescritas pelo livro terceiro do Código de Processo Civil italiano Proto Pisani indicava as obrigações de fazer material ou juridicamente infungíveis, as situações de vantagem originárias de obrigações de fazer ou não fazer de caráter continuado e as obrigações de fazer que, muito embora fossem jurídica e materialmente fungíveis, apresentassem especiais dificuldades quantitativas ou qualitativas na sua execução por terceiros. Nesta categoria o jurista inseria as decisões reintegratórias dos trabalhadores aos postos de trabalho com fundamento na Lei n. 300 de 1970²⁰⁰.

Ao se posicionar contrariamente à correlação necessária entre sentença condenatória e execução forçada Proto Pisani alargou a categoria condenação, nela incluindo as sentenças que condenavam ao cumprimento de obrigações insuscetíveis de execução forçada: “Sono cioè da considerare sentenze di condanna non solo le sentenze che portano condanna all’adempimento di obblighi suscettibili di essere eseguiti nelle forme del terzo libro del codice di procedura civile, ma anche le sentenze che portano condanna all’adempimento di obblighi insuscettibili di esecuzione forzata”²⁰¹.

Proto Pisani concebia as sentenças condenatórias como provimentos não apenas tendentes ao ressarcimento, mas também à inibição da violação dos direitos, de que era exemplo a decisão prevista no artigo 28 da Lei n. 300 de 1970, provimento que não se acoplava à técnica da execução forçada “(...) che può garantire solo una tutela repressiva e comunque è sempre inidonea ad assicurare l’esecuzione di obblighi infungibili”²⁰².

Em virtude da incapacidade da técnica de execução forçada para a satisfação de direitos insuscetíveis, por sua natureza, de transformação em equivalente monetário, Proto Pisani sustentava a necessidade de adoção de formas diferentes de atuação dos provimentos condenatórios tendentes a prevenir a violação do direito ou a tutelar obrigações infungíveis, sob pena de o processo civil se tornar em diversas situações impotente para aplicar a lei²⁰³.

Nesse contexto, o processualista defendia a aplicação de medidas coercitivas, a fim de conferir efetividade à sentença condenatória nas hipóteses em que a execução forçada não fosse mecanismo idôneo para a satisfação do direito. As medidas

²⁰⁰ Cf. PISANI, Andrea Proto. Op. cit., p. 623-624.

²⁰¹ PISANI, Andrea Proto. Idem, p. 632.

²⁰² PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1132.

²⁰³ Cf. PISANI, Andrea Proto. Idem, p. 1123.

coercitivas eram enquadradas por Proto Pisani em três grandes categorias: *astreintes* do processo civil francês, *astreintes* do processo civil tedesco-austriaco e sistema anglo-saxão do *contempt of court*²⁰⁴.

Segundo Proto Pisani os provimentos exarados com fundamento nos artigos 18 e 28 da lei n. 300 de 1970 se aproximavam do sistema anglo-saxão. Ademais, de acordo com o jurista, o ordenamento italiano admitiria a generalizada cominação de medidas coercitivas assemelhadas ao *contempt of court*, dada a aplicabilidade geral dos artigos 388 e 650 do Código Penal italiano em caso de desatendimento das decisões judiciais²⁰⁵.

Portanto, segundo Proto Pisani, também eram condenatórios os provimentos impositivos de medidas coercitivas civis ou penais, configurando-se o alargamento da condenação alhures referido, pois essa sentença, além de permitir a deflagração da ação executiva, passaria a tutelar direitos insuscetíveis de realização mediante execução forçada.

Clayton Maranhão aponta acertadamente que Proto Pisani extraiu, da inexistência de correlação necessária entre conhecimento e execução, a existência, no direito italiano, de uma tutela inibitória geral atípica e de uma técnica coercitiva geral, correspondente à penalização por crime de desobediência no caso de descumprimento de sentenças e liminares impositivas de deveres de fazer e não fazer na tutela de direitos não patrimoniais²⁰⁶.

Muito embora não admitisse, à luz do ordenamento jurídico italiano, a generalizada aplicação das sanções de natureza penal defendidas por Pisani, Vittorio Denti sustentava que as investigações por este realizadas comprovavam a inexistência da correlação entre sentença condenatória e execução forçada: “Ritengo anzitutto che la non necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata sai stata persuasivamente dimostrata, ed ovviamente intendo per “condanna” l’accertamento dell’effetto giuridico che consiste nell’obbligo di prestazione da parte del debitore”²⁰⁷.

Vittorio Denti apoiava a introdução generalizada, no direito italiano, de medidas coercitivas como as *astreintes* francesas. Sustentava, outrossim, que essas

²⁰⁴ Cf. PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di condanna*, p. 1167-1169.

²⁰⁵ Cf. PISANI, Andrea Proto. *Idem*, p. 1169-1170.

²⁰⁶ Cf. MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*, p. 56.

²⁰⁷ DENTI, Vittorio. “Flashes” su Accertamento e Condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 263.

medidas deveriam assegurar a execução da decisão como tal, independentemente da natureza dos provimentos²⁰⁸.

Nota-se, desse modo, que também Denti alargava os limites da condenação, afirmando não ser a execução forçada o efeito principal das sentenças condenatórias: “Se così è, ne risulta confermato che l’efficacia esecutiva non è l’effetto (e neppure “un” effetto) principale della sentenza di condanna, ma un effetto “secondario”, ricollegato dalla legge non all’accertamento dell’obbligo di prestazione, ma alla esigibilità *lato sensu* della prestazione stessa, che è strana alla normatività dell’atto, ossia alla statuizione degli effetti propri della sentenza”²⁰⁹.

Diversos processualistas se voltaram contra o alargamento da categoria sentença condenatória decorrente das concepções defendidas por Vittorio Denti e Proto Pisani. Destaca-se a crítica de Crisanto Mandrioli, autor que insistiu na manutenção, no ordenamento jurídico italiano, da correlação necessária entre a condenação e a execução forçada, com a conseqüente restrição da primeira aos limites classicamente estabelecidos.

Ao perquirir a permanência da mencionada correlação mesmo após a inserção no processo civil italiano do provimento de reintegração do obreiro ao posto de trabalho, nos termos do Estatuto dos Trabalhadores, Mandrioli tinha a seguinte concepção sobre a reintegração: ““Reintegrare” significa, insomma, per il datore, aprire le porte della fabbrica o dell’ufficio e, prima ancora di adempiere all’obbligazione di prestare la retribuzione, fare tutto quanto è necessario perchè il lavoratore possa adempiere alle sue proprie obbligazioni”²¹⁰.

Um provimento tendente a esse resultado não se correlacionaria com as técnicas de execução forçada previstas no livro III do Código de Processo Civil italiano. Por esse motivo Mandrioli investiga se o provimento proferido com fundamento no artigo 18 do Estatuto dos Trabalhadores, a cominar multa em caso de inadimplemento da ordem de reintegração, seria verdadeira sentença condenatória.

Segundo o autor o diferencial da condenação corresponderia à declaração dos pressupostos para a execução: “Ho già accennato poc’anzi che la suddetta correlazione sta in cio che il *proprium* della condanna suole essere ravvisato precisamente nel fatto che essa contiene l’accertamento della sussistenza dei presupposti dell’esecuzione

²⁰⁸ Cf. DENTI, Vittorio. Op. cit., p. 264.

²⁰⁹ DENTI, Vittorio. Idem, p. 264.

²¹⁰ MANDRIOLI, Crisanto. L’Esecuzione Specifica Dell’Ordine di Reintegrazione nel Posto di Lavoro. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 12.

forzata, ossia l'accertamento dell'eseguibilità coattiva del diritto nonché della concreta esigenza della sua esecuzione attraverso l'esercizio dell'azione esecutiva"²¹¹.

Como se vê Mandrioli esposa o conceito tradicional de condenação, de modo que, para ele, conforme afirma Clayton Maranhão, "(...) só é condenatória a sentença a que a lei atribua eficácia de título executivo o qual serve de fundamento para as formas de execução forçada"²¹². Sendo assim, como o provimento emanado com fundamento no artigo 18 da Lei n. 300 de 1970 não certificaria os pressupostos para a execução forçada, Crisanto Mandrioli assinala a impossibilidade de sua caracterização como sentença condenatória, conclusão que lhe permitiu sustentar, a despeito da singularidade de tal provimento, a continuidade no ordenamento italiano da sobredita correlação.

De fato, segundo Mandrioli a prolatação de uma sentença autenticamente condenatória, mas insuscetível de execução específica, seria uma impossibilidade lógica antes que jurídica²¹³. Ademais, sob o ponto de vista sistemático, sustentava o jurista que seria contraproducente a classificação como condenatórios dos provimentos suscetíveis somente de execução indireta, de que seria exemplo a sentença emanada com fundamento no artigo 18 do Estatuto do Trabalho italiano, já que a vantagem advinda desse procedimento classificatório seria menor que a desvantagem:

“Ed infatti, mentre il vantaggio andrebbe poco al di là della terminologia, poiché si ridurrebbe ad esprimere in termini di condanna tutti quegli accertamenti giudiziari nei quali si manifesta la volontà dell'ordinamento di conseguire comunque il risultato dell'esecuzione forzata ricorrendo ad altri strumenti, la contropartita di questo allargamento consisterebbe nell'inevitabile distacco tra la nozione di condanna e quella di eseguibilità forzata, ossia di titolo esecutivo giudiziario. Ed è chiaro che questo distacco lascerebbe un spazio vuoto, tra l'accertamento mero e la condanna-titolo-esecutivo, che renderebbe inevitabile la configurazione di un *tertium genus*, vale a dire la condanna-non-titolo-esecutivo"²¹⁴.

Por suas características a decisão de reintegração ao posto de trabalho seria única no ordenamento jurídico italiano, constituindo um título executivo por expressa determinação legal, muito embora não conduzisse à execução forçada, mas sim à atuação mediante medida coercitiva.

Desse modo a decisão proferida com fundamento no artigo 18 da Lei n. 300 de 1970 corresponderia a singular disciplina normativa das prestações incoercíveis, cuja essência foi assim indicada por Mandrioli: “Esplicita attribuzione delle qualità di titolo esecutivo ad un provvedimento giudiziario (que perciò è consapevolmente configurato

²¹¹ MANDRIOLI, Crisanto. Op. cit., p. 20.

²¹² MARANHÃO, Clayton. Op. cit., p. 60.

²¹³ MANDRIOLI, Crisanto. Op. cit., p. 24-25.

²¹⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Sulla Correlazione Necessaria tra Condanna ed Eseguitività Forzata*, p. 1352.

come condanna) che ha come contenuto típico (e non sostituibile in via alternativa) uma prestação la cui incoercibilità è scontata attraverso la configurazione di una misura indiretta compulsoria”²¹⁵.

A correlação necessária entre a sentença condenatória e a execução forçada, apesar da profunda inovação ensejada no sistema processual italiano pelo Estatuto dos Trabalhadores, foi sufragada por Girolamo Monteleone, autor de ensaio crítico sobre a teoria da condenação elaborada por Proto Pisani. As críticas se dirigiam notadamente à abrangência que Pisani conferira à aplicação das medidas coercitivas de natureza penal.

No tocante ao prosseguimento da íntima relação entre condenação e execução forçada Monteleone afirmava que a correlação se evidenciava porque, inexistindo a sentença condenatória, jamais haveria execução forçada: “Discende com evidenza dalle superiori osservazioni la correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, poiché se manca la prima non potrà giammai aver luogo la seconda”²¹⁶.

Monteleone também discordava de Proto Pisani no tocante à inclusão de medidas coercitivas dentre os procedimentos de execução forçada, compreendendo como tais apenas aqueles expressamente indicados em lei: “Veniamo ora alla correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, intesa quest’ultima nell’único modo possibile e legittimo, e cioè dei procedimenti esecutivi istituiti e disciplinati dalla legge”²¹⁷.

Muito embora no texto presentemente analisado as censuras de Monteleone se voltassem mais que tudo para a teoria elaborada por Proto Pisani, é correto afirmar que sua incisiva defesa em favor da correlação entre condenação e execução culminava na desmoralização dos mecanismos de tutela atípicos, conforme demonstra a seguinte passagem: “L’effettiva portata pratica di tale sanzione dipenderà, poi, dal caso particolare. Invero, la condanna al pagamento di una somma, pure elevatissima, a titolo di penale è anch’essa soggetta all’adempimento del debitore. Se questi non paga, e non ha un patrimoni agredibile co l’espropriazione forzata, la pena pecuniaria resterà lettera morta e costituirà una misura assolutamente inutile”²¹⁸.

A despeito da ausência de consenso na doutrina italiana parece correto admitir que a sentença de reintegração dos trabalhadores encerre uma forma específica de

²¹⁵ MANDRIOLI, Crisanto. *L’Esecuzione Specifica Dell’Ordine di Reintegrazione nel Posto di Lavoro*, p. 29.

²¹⁶ MONTELEONE, Girolamo. *Recenti Sviluppi nella Dottrina Dell’Esecuzione Forzata*. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 295.

²¹⁷ MONTELEONE, Girolamo. *Idem*, p. 294.

²¹⁸ MONTELEONE, Girolamo. *Idem*, p. 314.

execução, impondo-se o reconhecimento da quebra da atipicidade entre a sentença condenatória e a ação executória. A ordem de reintegração ensejaria, conforme assinala Michele Taruffo, uma forma de tutela executiva específica, cujos traços gerais são por ele assim indicados:

“(…) a) si tratta di forme di esecuzione *sui generis*, che tendenzialmente sfuggono alla disciplina tipica del codice (costruito oltretutto sulla misura di situazioni sostanziali diverse da quella del rapporto di lavoro). Può darsi che da tale disciplina possano in qualche caso trarsi indicazioni in via analogica, ma essa non può essere richiamata in maniera vincolante; b) tale forme debbono essere individuate di volta in volta, in funzione dei caratteri specifici della fattispecie singola e della di fatto ad essa sottostante, in base al criterio delle forme rispetto al risultato che l’esecuzione mira a conseguire”²¹⁹.

À guisa de conclusão, pode-se apontar que a doutrina italiana refutou a teoria de Proto Pisani, tendente a generalizar, na tutela dos direitos civis, medidas coercitivas de natureza penal. Refutou-se, do mesmo modo, o caráter absoluto da tipicidade dos meios executivos, compreendendo-se com maior precisão, a partir das elaborações doutrinárias posteriores ao Estatuto dos Trabalhadores, a importância de medidas coercitivas para a efetividade da jurisdição.

Saliente-se, entretanto, que a intensa polêmica sobre os provimentos emanados com fundamento nos artigos 18 e 28 do Estatuto dos Trabalhadores da Itália não se restringia à análise da subsunção desses atos decisórios às modalidades típicas de execução previstas no código de processo civil italiano. Tratava-se, isso sim, de perquirir acerca dos limites de aplicabilidade das medidas coercitivas em um ordenamento jurídico cujo desenvolvimento não prestigiou essas formas de tutela²²⁰.

O resultado da polêmica também implicava modificações nas concepções doutrinárias sobre o conteúdo da sentença condenatória, permitindo-se, com a superação da posição clássica, o enquadramento das medidas coercitivas dentre as sentenças de condenação, concebidas tradicionalmente como aquelas capazes de permitir o posterior ajuizamento de processo executivo.

As repercussões, como se vê, irradiavam-se tanto no campo da dogmática quanto no da prática jurídica, dada a posição central do conceito de condenação no processo civil dos países ocidentais de direito codificado.

²¹⁹ TARUFFO, Michele. Problemi in Tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 803.

²²⁰ Vide, sobre o tema, a investigação de Sergio Chiarloni, intitulada “Misure Coercitive e Tutela dei Diritti”, resenhada por Vittorio Colesanti na *Rivista di Diritto Processuale* (1980, páginas 601 a 626). Também sobre o trabalho de Chiarloni, vide Luiz Guilherme Marinoni em “Tutela Inibitória” (*Editora Revista dos Tribunais*, 2ª edição, 2000, páginas 329 a 333).

2.7. Condenação na Teoria de Pontes de Miranda

Na vastíssima obra de Pontes de Miranda se encontra contribuição fundamental para a processualística, consistente na indicação da eficácia das sentenças de procedência como critério para a classificação das ações. É importante destacar que a classificação do jurista partia da concepção de dois tipos ideais, o plano material e o plano processual.

O plano material apresentaria as categorias direito subjetivo, pretensão material e ação de direito material. O plano processual seria constituído por categorias análogas às do material, quais sejam, o direito subjetivo processual, a pretensão processual e a ação processual. Faz-se necessária, antes de se indicar o conceito de condenação em Pontes de Miranda, uma brevíssima abordagem sobre o significado dessas categorias.

O direito subjetivo, para Pontes de Miranda, “(...) é todo direito de que a regra jurídica objetiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, atuação voluntária ou não”²²¹. Dito de outro modo:

“O direito subjetivo é “individualização” da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo atribui ou reconhece tal posição, pode *invocá-lo*, não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclamamos aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou contra o automóvel que embaraça a entrada), e sim como sujeito ativo em que o direito se precisou, fazendo-se “linha”, em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se “invocável” e “realizável” na espécie individual”²²².

Pode-se afirmar que para Pontes de Miranda a pretensão material é o direito subjetivo revestido de exigibilidade. Nas suas palavras: “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”²²³. Ao exercer a pretensão material o *sujeito ativo em que o direito se precisou* ainda depende, para a satisfação de seu direito subjetivo, de uma conduta do sujeito passivo, conforme afirma Ovídio Baptista: “A exigibilidade, que define a pretensão, é uma categoria jurídica que, necessariamente, depende de um ato volitivo de cumprimento a ser praticado pelo sujeito passivo”²²⁴.

A ação de direito material, por sua vez, corresponde ao *agir para a satisfação* realizado pelo sujeito ativo: “A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo,

²²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, p. 38.

²²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 42.

²²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 68.

²²⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, p. 208.

(a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões), ou (b) quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura”²²⁵. Trata-se, como se vê, de momento logicamente posterior ao da pretensão material, muito embora Pontes de Miranda admitisse casos nos quais haveria ações materiais sem que houvesse pretensões materiais²²⁶.

No plano processual o direito subjetivo equivale ao direito de acesso aos tribunais, albergado, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República²²⁷. Na definição de Araken de Assis: “O direito à jurisdição caracteriza um estado, um ter direito subjetivo público – natureza, aliás, ínsita aos direitos subjetivos – e, não, ainda, iniciativa ou agir do indivíduo”²²⁸.

A pretensão processual corresponde à pretensão que se origina do exercício da pretensão à tutela jurídica. Trata-se de duas categorias inconfundíveis: “A pretensão à tutela jurídica é a que se tem a que o Estado tutele o direito; exercida ela, tem o Estado de fazer a prestação jurisdicional. É pré-processual. Processual é a pretensão que nasce daquele exercício. O Estado está obrigado a prestar a decisão”²²⁹.

A ação processual seria o exercício do direito público subjetivo de ação, por meio do qual o autor, cuja autotutela é vedada pelo Estado, procuraria junto a este a satisfação do direito que lhe é estatalmente outorgado. Ou seja, o Estado outorga direitos cuja satisfação pode exigir sua própria intervenção, mediante exercício do direito subjetivo público de tutela jurisdicional.

Na teoria de Pontes de Miranda a ação processual é denominada remédio jurídico processual, conceituado como “(...) direito oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação ou somente com ação”²³⁰.

Não se confundem, portanto, a ação (de direito material) com a “ação” (remédio jurídico processual): “A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Esta diz

²²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 128.

²²⁶ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 129.

²²⁷ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²²⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*, p. 81.

²²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, p. 49.

²³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 65.

respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos objetos da *res in iudicium deducta*”²³¹.

A importância da distinção entre os planos material e processual para a teoria da condenação civil, com a rigorosa conceituação de suas diversas categorias, reside no fato de que a eficácia das sentenças decorre do plano material, de modo que a essência da condenação terá de ser buscada neste plano. Na lição de Pontes: “O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material”²³².

As ações (processuais) serão classificadas em conformidade com as sentenças de procedência, pois estas traduzem no plano processual o desdobramento fenomenológico ocorrente no plano material. Portanto, uma “ação” (remédio jurídico processual) terá como eficácia preponderante aquela correspondente à ação (material) cuja realização é requerida ao Estado pelo autor.

Saliente-se que a classificação em conformidade com a eficácia preponderante implica reconhecer que todas as sentenças têm como conteúdo um feixe eficaz abrangendo as eficácias declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental, as quais variariam em grau de acordo com a pretensão material cuja satisfação é requerida em juízo.

A existência de um feixe eficaz nas ações e sentenças é reconhecida pela doutrina como um dos grandes méritos da obra processual de Pontes de Miranda. Na opinião de Araken de Assis: “Talvez o maior mérito de Pontes de Miranda, enquanto processualista, tenha sido seu denodo na afirmativa radical de que nenhuma ação nasce pura. Teve a intuição de considerar a ação um conjunto de eficácias, e de classificá-las através da carga principal, matizando os demais efeitos encontrados no respectivo feixe eficaz”²³³.

Esse ponto fundamental de sua teoria é destacado na seguinte passagem: “As sentenças, como as ações, podem ser *declarativas*, *constitutivas*, *condenatórias*, *mandamentais* e *executivas*. A força, que têm, é que as classifica. Além dessa força, que

²³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo 1, p. 64.

²³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 140.

²³³ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, p. 70.

as define entre as outras, podem ter efeitos outros”²³⁴. Portanto, a análise, para fins de classificação, deve ser realizada em atenção ao conteúdo da sentença, a fim de se perquirir “(...) o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas em espectração de efeitos”²³⁵.

Apresentadas algumas categorias fundamentais, traz-se o conceito pontiano de sentença condenatória, declinado sob a perspectiva funcional da condenação: “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 (*cum, damno*)”²³⁶.

Enfatiza-se, com o conceito, a função reparatória da condenação, resultado a que se chegaria com a sujeição do causador ou responsável pelo dano, conforme se depreende da expressão “seja posto em situação de repará-lo”. Todavia, essa sujeição resultante da sentença não corresponde à execução, nem, tampouco, à ordem para cumprimento da prestação, pois 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”²³⁷.

Tal como ocorre com as outras sentenças, também a condenatória encerraria em si um feixe eficaz, do qual resultam variados efeitos, noção que se infere do seguinte excerto: “A *sentença de condenação* tem cognição e, pois, elemento declarativo e constituição que serve mesmo, em combinação com a declaração, ao fato novo, ao *novum* processual da condenação; e não se lhe pode apagar o que possui de mandamento e o que possui de execução, que também se revela no efeito executivo de quase todas as sentenças de condenação”²³⁸.

Equivocar-se-ia a concepção clássica ao isolar a essência da condenação exclusivamente no acesso à execução forçada. O erro doutrinário residiria no menosprezo das eficácias imediata e mediata, as quais, na condenação, serão sempre declaratórias ou executivas: “Ao conceito de ação condenatória o que mais importa é que a sua eficácia mediata ou imediata seja a de declaratividade, ou imediata ou mediata

²³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 173.

²³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 131.

²³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo V, p. 25.

²³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Idem*, p. 27.

²³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, v. II, p. 440.

a de executividade. A preponderância há de estar na condenação. Por isso, é erro dizer-se que apenas se permite, ou se cria, com a ação condenatória, a execução forçada”²³⁹.

De fato, segundo a concepção pontiana, a sentença condenatória permitirá não somente a sujeição do condenado e a criação do título executivo, elementos necessários para a posterior execução forçada, mas ensejará, igualmente, a declaração, com definitividade, do ato ilícito. Sendo assim, conclui-se, com fundamento em Pontes de Miranda, que as demais teorias da condenação destacam apenas aspectos parciais da sentença condenatória, freqüentemente referentes aos efeitos, deixando de indicar sua totalidade por olvidarem que a sentença encerra um feixe eficaz.

2.8. Condenação como Exercício de Pretensão

Partindo da tipologia e das categorias pontianas, Ovídio Baptista criou a teoria da ação condenatória como exercício de pretensão. O ponto de partida é a diferenciação entre pretensão e ação de direito material, realizado pelo autor na seguinte passagem: “Quem exerce pretensão, (...) exige, ainda não age. Exercer ação é mais do que simplesmente exigir o cumprimento (necessariamente voluntário) da prestação. Quando exerço ação, ajo, prescindindo do cumprimento voluntário do titular do dever jurídico. Ao exercer pretensão, apenas exijo, confiando em que o devedor espontaneamente satisfaça, realizando a prestação”²⁴⁰.

Conceituando a ação de direito material como o agir para a satisfação independentemente de qualquer conduta do titular do dever jurídico e o exercício da pretensão como mero exercício de exigibilidade, Ovídio Baptista conclui que a “(...) sentença de condenação não *realiza* a pretensão, cuja *satisfação* ainda dependerá de um *ato voluntário de cumprimento*, que era o elemento que Pontes indicava para caracterizar a consequência do *exercício* de pretensão, nunca do exercício de ação”²⁴¹.

Conseqüentemente, proferida uma sentença condenatória, o autor se encontraria, no tocante à satisfação do direito de que é titular, em situação idêntica àquela anterior ao ajuizamento da ação. Teria tão-somente exercido pretensão, não verdadeira ação de direito material: “Para uma ação de cobrança – atividade realizadora dessa pretensão, sem que se aguarde o cumprimento voluntário do devedor - a sentença

²³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo V, p. 27.

²⁴⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A Ação Condenatória como Categoria Processual*, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p. 241.

²⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Idem*, p. 248.

condenatória nada mais é do que exercício de pretensão. O credor estará, depois dela, como estaria se tivesse apenas exigido o pagamento”²⁴².

A condenação, fenômeno existente no plano processual, não encontraria correlato no plano material. Inexistiria, segundo Ovídio Baptista, uma ação de direito material condenatória. Não haveria, no plano material, uma ação cujo exercício ensejasse tão-somente o exercício de uma nova ação, que é o que ocorre com a condenatória no plano processual, porquanto a sentença de condenação não satisfaz o direito, limitando-se a permitir o exercício posterior de atos executivos. O pensamento do autor sobre o assunto é resumido na seguinte passagem:

“(…) no plano do direito material, o titular do direito (verdadeiro titular, porque no direito material não existem falsos titulares de direito) pode *exigir* (exercer pretensão) do destinatário do dever jurídico que ele declare, crie ou desfaça uma certa relação jurídica, execute ou cumpra ordens, derivadas de exercício regular do direito, porém não haverá lugar para que ele exija do *devedor* um certo comportamento que se possa identificar como o exercício ou o resultado de uma condenação”²⁴³.

A teoria granjeou o apoio de Daniel Mitidiero, que assentou expressamente a correspondência entre condenação e pretensão material, pois como “(…) com a condenação inexistente satisfação (independentemente da vontade do demandado), cingindo-se o seu exercício, a produzir uma exortação (ou seja, pouco mais que um convite) ao cumprimento da prestação, não é outra coisa a condenação que uma pretensão, não chegando a se inflamar em ação”²⁴⁴.

É importante destacar que para Ovídio Baptista a inexistência de uma ação condenatória não implica a inexistência de uma sentença condenatória, cuja supressão, dada a centralidade da categoria no direito brasileiro, seria inconcebível²⁴⁵. Para o autor a sentença condenatória seria, então, uma “(…) “sentença parcial de mérito” inserida no *iter* procedimental de uma “ação de direito material executiva””²⁴⁶.

A indicação da sentença condenatória como “sentença parcial” surgiu no ensaio “A ação condenatória como categoria processual”, no qual o autor primeiramente expôs a teoria da condenação como exercício de pretensão. Neste texto, no entanto,

²⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A Ação Condenatória como Categoria Processual*, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p.242.

²⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Idem*, p. 233.

²⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. A pretensão de condenação, in: *Revista de Processo*, n. 129, p. 64.

²⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 247.

²⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Material e Processo*, in *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 191.

inexistia a referência ao *iter procedimental de uma ação de direito material executiva*. Fazia-se alusão a uma “sentença parcial, de uma ação unitária de execução (...)”²⁴⁷.

O mais recente dos posicionamentos merece ser criticado por indicar a existência de *iter procedimental* para o campo das ações de direito material, as quais, sendo o agir para a satisfação independentemente de qualquer conduta do titular do dever, não apresentam procedimento, categoria exclusiva das ações processuais.

Frise-se que a teoria em foco diverge daquela originalmente traçada por Pontes de Miranda, cuja classificação das ações em conformidade com a eficácia preponderante das sentenças, ao reconhecer a existência da sentença condenatória, exigia que houvesse uma ação de direito material condenatória que lhe pudesse corresponder. Afinal, na teoria pontiana à sentença deve corresponder uma ação de mesmo tipo da qual ela decorre. Essa discussão, com seus desdobramentos, será retomada no item 4.2.4.1.

2.9. Sentença Condenatória: Tentativa de Definição

Ao se examinar as principais teorias da condenação não se pretendia esgotar o tema; nem isso seria possível nos limites deste trabalho. Almejava-se, isso sim, recolher elementos que pudessem autorizar a conceituação da condenação e da sentença condenatória, bem como evitar as idéias que já tenham sido superadas pela doutrina. Crê-se que o passeio pelas teorias da condenação tenha sido fecundo no fornecimento de materiais analíticos que permitam apresentar em traços largos os contornos da categoria investigada.

Assim, aponta-se, como primeiro elemento da condenação, sua vinculação com o direito obrigacional, voltando-se a condenação para a resolução da crise de inadimplemento verificada no plano material²⁴⁸. O conteúdo da condenação corresponderá, portanto, não somente à declaração da relação jurídica obrigacional, mas também do inadimplemento do devedor, traduzido, no plano material, como descumprimento da prestação, conteúdo da relação obrigacional.

A prestação, vínculo a ligar o credor ao devedor, significa que este “(...) como sujeito de direito, tem de praticar um ato ou uma abstenção”²⁴⁹. Não se realizando o ato ou a abstenção no modo, forma ou tempo oportuno, configura-se o inadimplemento,

²⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A Ação Condenatória como Categoria Processual*, p. 234.

²⁴⁸ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 527.

²⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua*, p. 09.

gênero composto por duas modalidades, a mora e o inadimplemento absoluto. Essas categorias são diferenciadas com base na possibilidade de recebimento da prestação pelo credor, de modo que, conforme afirma Agostinho Alvim, “(...) há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade”²⁵⁰.

Nesse contexto, afirmar que a condenação se liga, no plano material, ao direito das obrigações, implica admitir que a tutela condenatória tem como objeto a prestação inadimplida, elemento delimitador do conteúdo da sentença. A assertiva é melhor compreendida com o exame do fenômeno no plano material.

Credor e devedor se vinculam mutuamente na relação obrigacional. Caracterizada a crise de inadimplemento, cuja solução compete ao Estado por força do monopólio da jurisdição, terá de ser estabelecida a situação que resultaria do cumprimento da obrigação. É nesse propósito que o credor ajuíza demanda pleiteando a condenação do réu. Note-se: a condenação. Conforme assinala Ovídio Baptista:

“Se quisermos surpreender a essência da sentença condenatória, teremos de ir à petição inicial da respectiva ação e investigar quais os *verbos* de que o autor se utilizara para formular o pedido de tutela processual (é recomendável falar em “verbos”, porquanto estamos a falar em ação, substantivo do verbo “agir”). Veremos que aí não se encontra um *verbo* através do qual o autor peça a entrega da coisa pretendida na ação; nem mesmo, sendo monetária a pretensão, o pedido de pagamento. Na petição inicial de uma demanda desta classe, o autor limita-se a pedir a condenação do devedor. Só isto. A sentença, portanto, não lhe dará mais do que a condenação”²⁵¹.

Evidentemente o autor pretende, em última análise, a obtenção do resultado a que faz jus segundo o direito material, ou seja, o bem da vida ou o benefício que lhe integraria a esfera jurídico-patrimonial não fosse o inadimplemento. Ocorre, entretanto, que o mesmo direito material que lhe protege, assegurando a defesa de seu patrimônio, também protege o patrimônio do devedor, razão pela qual não será lícito agredir a esfera jurídico-patrimonial deste antes que ela esteja submetida a essa agressão.

A sentença condenatória permitirá o ataque ao patrimônio do réu devedor, sujeitando-o à execução. Esse fato foi reconhecido por Ovídio Baptista ao afirmar que a essência da condenatoriedade consiste “(...) no arcaico respeito à propriedade do condenado!”²⁵². Ao ajuizar a demanda condenatória o autor pretende a satisfação do seu direito. Mas essa satisfação encontra um obstáculo no direito de propriedade do réu.

²⁵⁰ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, p. 47.

²⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Execução Obrigacional e Mandamentalidade*, p. 35.

²⁵² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ações e Sentenças Executivas*, in *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 260.

Há, portanto, uma premissa de direito material que impede a imediata transferência de bens do patrimônio do devedor para o do credor, pois eles lá estão em conformidade com o direito. É precisamente por isso que a sentença condenatória não poderá, de plano, satisfazer o direito do autor. Afinal, ao seu direito de crédito, contrapõe-se o direito de propriedade do devedor. Trata-se, como se vê, de condicionante calcada no direito material.

Afirmou-se, até o momento, que a condenação se vincula à relação obrigacional estabelecida entre credor e devedor no plano material. Aduziu-se que a condenação declararia a relação de direito material e o inadimplemento, mas a isso não se limitaria, pois tem a aptidão de sujeitar o patrimônio do réu devedor à agressão do autor.

A sujeição se fundamenta precisamente na reprovação do inadimplemento pelo Estado, *plus* da sentença condenatória em relação à declaratória. Conforme pontifica Pontes de Miranda: “*Condenar* não é declarar a *injúria*; é mais: é “reprovar”, ordenar que sofra. Entra, além do *enunciado* de fato, o de *valor*. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória”²⁵³.

Como aponta Antônio Janyr Dall’Agnol Jr., ao condenar o Estado reconhece “(...) a existência da relação jurídica e do fato do inadimplemento, em juízo de existência, para, de imediato, pôr o demandado em situação de reparação, com a emissão de juízo de valor (condenando-o)”²⁵⁴. A primeira das operações lógicas realizadas pelo magistrado coincide com a declaração. Não a segunda, pois inexistente juízo de valor na sentença declaratória. É este juízo de valor que acarreta a sujeição do patrimônio do devedor.

A reprovação estatal impositiva da sujeição existe tanto nas sentenças proferidas em ações indenizatórias quanto naquelas prolatadas em ações de cobrança. Também existirá mesmo nas sentenças de improcedência, como estigma do desprovimento do pedido do autor.

Por fim, saliente-se que em razão da vinculação entre sentença condenatória e direito obrigacional, instruído pela incoercibilidade da vontade, a condenação terá como característica “(...) a exigência de que a sentença dê oportunidade ao condenado para

²⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 222.

²⁵⁴ DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Ação Condenatória: Estrutura e Função*, p. 31.

ele, dentro de um determinado tempo (*tempus iudicati*), *espontaneamente* cumprir a obrigação”²⁵⁵.

Ante o exposto, pode-se, em linhas gerais, conceituar a sentença condenatória como a técnica de tutela jurisdicional por meio da qual o Estado encaminha a solução da crise de inadimplemento configurada no plano material, sujeitando o patrimônio do réu à execução tendente à satisfação do direito creditório do autor se não houver espontâneo cumprimento da decisão. A sujeição patrimonial é constituída pela declaração da relação jurídica material e do inadimplemento, à qual se agrega juízo valorativo de reprovação de conduta traduzido no verbo “condenar”, inserto no conteúdo da decisão.

Indicou-se, no capítulo anterior deste estudo, que a base causal histórica da sentença condenatória, concebida como técnica típica de tutela jurisdicional do Estado moderno, tem como elementos constitutivos o direito formal, o capitalismo moderno e a organização estatal burocrática. No âmbito interno do direito formal pode-se afirmar que a condenação está em causação adequada com o direito de propriedade. Vale dizer: a condenação é delimitada pela tutela da propriedade como direito absoluto. Fosse outra a tutela da propriedade, outra seria a condenação.

2.10 Correlação Necessária entre Condenação e Execução no Código de Processo Civil de 1973

As teorias apresentadas sobre a condenação, a par de autorizarem a tentativa de conceituação realizada no subitem anterior, também permitem a compreensão da forma como a doutrina processual clássica italiana abordou a sentença condenatória, com reflexos na doutrina e na legislação brasileiras. A partir dos elementos obtidos com essa análise é possível indicar a correlação necessária com a execução forçada em processo executivo autônomo como a principal característica da sentença condenatória segundo a doutrina tradicional.

Essa correlação não integrou o conceito acima apresentado de sentença condenatória pelo fato de existirem condenações sem que haja posterior execução forçada, tal como ocorre nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Ademais, as alterações sistemáticas promovidas pela Lei n. 11.232/05 extinguiram a correlação da sentença com processo executivo autônomo. Nada obstante, muito embora

²⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Execução Obrigacional e Mandamentalidade*, p. 34.

a correlação necessária entre sentença e processo executivo autônomo não integre o conceito de condenação esposado neste trabalho, é certo que faz parte de concepções muito influentes na processualística nacional.

De fato, foi somente com a discussão sobre a ordem de reintegração dos trabalhadores ao posto de trabalho, provimento dificilmente amoldável à concepção doutrinária de condenação, advinda com a promulgação da Lei n. 300 de 1970, que parte da doutrina italiana passou a defender a superação da mencionada correlação entre sentença condenatória e ação executória, mediante emprego, pelo juiz, de medidas coercitivas. Ocorre, entretanto, que os frutos doutrinários da discussão italiana sobre a reintegração ao posto de trabalho, muito embora tenham influenciado a doutrina pátria, não lograram positivamente no direito brasileiro.

Diferente destino teve a teoria liebmaniana da correlação entre sentença condenatória e ação executória autônoma, compreendendo-se a execução como atuação da sanção pelo inadimplemento, tese incorporada pelo Código de Processo Civil no seu artigo 583, ora revogado, enunciado normativo a assentar que “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”. Este dispositivo serviu como fundamento da autonomia do processo executivo e da unificação dos meios de execução.

A correlação necessária entre a sentença condenatória e a execução forçada, uma das notas da doutrina processual clássica, plenamente assumida e desenvolvida por Liebman, integra a base dogmática que permitiu a unificação dos meios executivos, celebrada por Alfredo Buzaid já na exposição de motivos ao projeto do código de processo civil: “O projeto segue essa orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas”²⁵⁶.

Para comprovar que a mencionada teoria se encontra na base de causalidade da unificação dos meios executivos procedida em âmbito legislativo é importante indicar que a doutrina concedeu à sentença condenatória o *status* de título executivo judicial por excelência²⁵⁷, compreendendo-se por título executivo “(...) a representação documental

²⁵⁶ BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, in *Código de Processo Civil*, p. 09.

²⁵⁷ Artigo 584. São títulos executivos judiciais: I – a sentença condenatória proferida no processo civil.

de norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva”²⁵⁸. Nessa definição o conceito de norma jurídica individualizada corresponde a ato ou fato jurídico revestido de eficácia executiva.

Rememore-se a lição de Liebman, a apontar a sentença condenatória como a única decisão capaz de ensejar posterior execução forçada, já que as sentenças constitutivas e declaratórias dispensariam a realização de atos executivos para a satisfação do direito em litígio:

“A sentença condenatória confere ao vencedor o poder de pedir a execução em seu favor: este é um dos seus efeitos, ou antes o seu efeito característico, porque a distingue dos outros tipos de sentenças, as declaratórias e as constitutivas. As sentenças destas últimas categorias preenchem sua função e esgotam a tutela jurídica, pedida pelo autor, com o simples fato de estarem revestidas da autoridade da coisa julgada; elas não são suscetíveis nem carecem de execução”²⁵⁹.

Esse clássico entendimento sobre a sentença condenatória fundamentava a autonomia da execução, que teria função e estrutura diferente daquelas do processo de cognição. Liebman indicava dois motivos como razões para a concepção doutrinária a separar os processos cognitivo e executivo. De um lado, a ampla difusão das ações declaratórias, a destacar a função decisória do processo cognitivo, com objetivo de certificação do direito no caso concreto. De outro, a crescente positivação de títulos executivos extrajudiciais, a indicar a autonomia do processo executivo²⁶⁰.

Tornou-se possível isolar dogmaticamente as atividades de cognição e de execução em relações processuais distintas, sendo a primeira necessariamente anterior à segunda. Esse isolamento era absoluto. Restringia-se a cognição a ensejar a declaração do direito ao caso concreto e a execução a efetivar o preceito sancionatório concretizado na prévia cognição. Conforme Liebman:

“Na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve conhecer, isto é, estudar o caso submetido ao seu exame, estudar os fatos, escolher e aplicar as normas legais adequadas, fazendo, em suma, um trabalho intelectual que não difere, sob certos pontos de vista, do que um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é sempre de caráter ideal, porque consiste na afirmação da vontade do Estado orientada no sentido de regular as relações entre as partes. Na execução, ao contrário, a atividade do juiz é toda prática e material, visando produzir no mundo dos fatos modificações

²⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e Liquidação*, p. 64.

²⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Execução e Ação Executiva*, in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 36.

²⁶⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 42-43.

que tornem a realidade conforme àquela vontade (tanto assim que esta atividade é confiada em grande parte aos órgãos inferiores do aparelhamento judiciário)²⁶¹.

Isoladas dessa maneira as atividades de cognição e de execução, bastou a equiparação dos títulos executivos extrajudiciais à sentença condenatória para que os meios executivos fossem unificados. Se não se concebesse a sentença condenatória como correlacionada à execução forçada em processo autônomo, admitir-se-ia, ao menos em tese, a atuação da sentença por meio de mecanismo diverso da execução por sub-rogação. Por isso se afirma que mencionada correlação integra a base dogmática permissiva da unificação dos meios executivos.

Se a atuação do direito creditório reconhecido pela sentença condenatória ocorresse por outro meio que não a execução forçada, na qual são realizados somente atos sub-rogatórios pelos quais o Estado substitui o devedor recalcitrante, restaria inviabilizada a unificação dos meios executivos, pois os títulos extrajudiciais seriam executados de maneira diferente.

2.11 Princípio da *Nulla Executio Sine Titulo*

A absoluta separação entre as atividades de cognição e de execução, a permitir a unificação dos meios executivos, representa, no campo da dogmática, a consagração do princípio *nulla executio sine titulo*, compreendendo-se por execução a realização de atos executivos tendentes à satisfação do direito do exequente consubstanciado em título judicial ou extrajudicial.

O princípio *nulla executio sine titulo* representava inicialmente a proibição, pelo sistema processual, da prática de atos executivos antes da obtenção de certeza quanto à existência do direito. Proscrescia-se, desse modo, os julgamentos fundados na verossimilhança, estabelecendo-se a cognição como antecedente necessário em relação à execução: “Como está claro, a necessária precedência da cognição em relação à execução, base do processo civil liberal, resulta da suposição de que o conhecimento da existência do direito afirmado pelo autor deve anteceder a invasão da esfera jurídica do demandado”²⁶².

²⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 43.

²⁶² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 26.

Doutrina prestigiosa associa mecanicamente o princípio com os valores do Estado liberal clássico²⁶³. Nada obstante, essa assertiva só é válida para os Estados liberais clássicos filiados ao sistema do direito codificado. Estados Unidos e Inglaterra, integrantes do *common law*, muito embora tenham sido Estados paradigmas do liberalismo clássico, jamais conviveram com a radical separação entre conhecimento e execução verificada no âmbito da *civil law*. Bem o prova a executividade inerente às *injunctions* e aos provimentos expedidos como reação jurisdicional ao *contempt of court*.

Sobre as *injunctions*, provimentos típicos do sistema de *equity*, desenvolvido como solução ao engessamento dos *writs* da *common law* mediante pedidos dirigidos diretamente à Chancelaria Real, Eduardo Talamini apresenta o seguinte conceito: “Trata-se de ordem do órgão judiciário a alguém para que pratique um ato específico (*mandatory injunction*) ou deixe de adotar determinada conduta (*prohibitory injunction*). Nos dois casos, a *injunction* tanto pode ter caráter repressivo, no sentido de coibir transgressão já em curso, quanto preventivo, de modo a afastar violação que ameaça seriamente ocorrer (*quia timet injunction*)”²⁶⁴.

É desnecessário, para os fins aqui colimados, aprofundar a abordagem sobre o sistema anglo-saxão. Pretendeu-se unicamente apontar que esse sistema previa desde há muito a possibilidade de emissão de ordens às partes para a realização de atos específicos, fato a demonstrar que o enunciado principiológico da *nulla executio sine titulo* não fora adotado pela Inglaterra e Estados Unidos, países paradigmas do liberalismo clássico. Demonstra-se, desse modo, que a ligação entre liberalismo clássico e princípio da *nulla executio sine titulo* não pode ser estabelecida diretamente, ao contrário do que enfatiza a doutrina.

É mais correto indicar que o princípio *nulla executio sine titulo* está em relação de causalidade adequada com os Estados burocráticos racionais da *civil law*. Na passagem de Liebman, há pouco transcrita, observa-se inclusive a ênfase na racionalização da atividade jurisdicional, especializando-se determinados órgãos na dicção do direito, competindo a outros, “em grande parte órgãos inferiores do aparelhamento judiciário”, a execução dos julgados.

Fora dito, alhures, que o princípio em análise representava a consolidação dogmática da radical separação entre atividade cognitiva e executiva, acolhida no

²⁶³ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 26.

²⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de Fazer e Não Fazer*, p. 87.

procedimento comum em seus ritos ordinário e sumário do código de processo civil de 1973, haja vista a impossibilidade de concessão de provimentos liminares antecipatórios.

Atualmente, com a conformação legal resultante da série de reformas iniciadas em 1994, controverte-se na doutrina brasileira sobre a subsistência do princípio *nulla executio sine titulo*, uma vez que a antecipação dos efeitos da tutela permite execução em cognição sumária, fato a implicar a admissão, pelo sistema, da realização de atividade executiva na mesma relação processual em que ocorre a cognição.

Nesse sentido, tendo como objeto o sistema processual posterior à inserção da antecipação de tutela genérica, Luiz Guilherme Marinoni assentou o caráter mítico do princípio em análise: “As novas exigências de tutela jurisdicional, responsáveis, inclusive, pela transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização, transformaram o princípio *nulla executio sine titulo* em mito. Recorde-se que a tutela antecipatória, em diversos casos, antecipa execução forçada”²⁶⁵. Para o processualista o princípio não subsistiria após as reformas processuais.

Essa posição é contrastada por José Miguel Garcia Medina, autor que sustenta não serem títulos executivos as decisões antecipatórias de tutela, porquanto a efetivação de tais provimentos não seguiria o procedimento de execução forçada, meio de efetivação por excelência dos títulos executivos. Ademais, as liminares antecipatórias não seriam abstratas, característica dos títulos executivos compreendida como a desnecessidade de averiguação do direito material. Por fim, os títulos executivos são indicados expressamente em lei, não constando desse rol as decisões antecipatórias, cuja efetivação não se prenderia à tipicidade das formas de execução, mas decorreria da atuação do juiz²⁶⁶.

Desse modo, segundo José Medina, apesar de autorizarem execução imediata, as liminares antecipatórias não seriam títulos executivos, razão pela qual sua existência no sistema brasileiro não implicaria a derrogação da orientação principiológica em análise. As execuções realizadas com fundamento nessas liminares atenderiam ao princípio da execução sem título permitida. Nas suas palavras: “Conclui-se que a *decisão que antecipa efeitos da tutela, embora autorize execução imediata, não é título*

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença*, p. 24.

²⁶⁶ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*, p. 130-132.

executivo. Não se aplica à execução baseada em tal pronunciamento judicial o princípio da *nulla executio sine titulo*, mas o princípio da execução sem título permitida”²⁶⁷.

Essas razões não são aceitas por Evaristo Aragão Santos, para quem as liminares antecipatórias são títulos executivos judiciais precisamente por anteciparem um, alguns ou a totalidade dos efeitos da futura sentença de procedência: “Os *efeitos* da sentença condenatória, que seriam obtidos apenas ao final do processo e normalmente após seu trânsito em julgado, passaram a poder ser *antecipados*, desde que presentes certos requisitos. Aqui reside o principal aspecto que caracteriza essas decisões como títulos executivos judiciais (...)”²⁶⁸.

É correto afirmar que não se pode sustentar a insubsistência, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio *nulla executio sine titulo*, com fundamento na ausência de certeza ínsita às liminares antecipatórias, pois os títulos executivos extrajudiciais, formados por acordos de vontade entre as partes, timbram pela incerteza quanto à existência do direito material subjacente. Desse modo, o argumento que conduz à inaplicabilidade do princípio em razão da incerteza intrínseca às liminares antecipatórias também conduziria à inaplicabilidade por força da incerteza ínsita aos títulos extrajudiciais.

Ademais, não é despiciendo recordar que nunca haverá certeza quanto à existência do direito, pois o adimplemento pode ter ocorrido antes do ajuizamento da ação executória. Por isso não é coerente sustentar a derrogação do princípio estudado com fundamento na incerteza do direito intrínseca às liminares antecipatórias. Extremamente importante, nesse contexto, a advertência de Cândido Rangel Dinamarco: “Não se tem jamais a certeza da existência do direito, senão, em alguns casos, *um grau elevado de probabilidade* e o direito não exige mais que isso para permitir o processo de execução”²⁶⁹.

Sustentar a insubsistência da orientação principiológica com fundamento na incerteza do direito no momento da prolação das liminares antecipatórias, implica sustentar, levando o raciocínio às últimas conseqüências, que o princípio jamais deveria ser aplicado, pois deflagrada a execução forçada, não há certeza quanto à existência do direito creditório.

²⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 133.

²⁶⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. *A sentença como título executivo*, in *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*, p. 143.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 482.

É necessário, antes de sustentar a inaplicabilidade do princípio, delimitar precisamente seu conteúdo. Nesse contexto, se pelo princípio se pretende indicar a separação radical entre atividade cognitiva e executiva, será necessário admitir, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que a orientação principiológica em exame não é mais respaldada pelo sistema processual. Por outro lado, se se compreender pelo princípio a necessidade de título para a deflagração de execução forçada, entendida esta como a série de atos executivos tendentes à expropriação de bens do devedor, então será possível sustentar a permanência do princípio no sistema, considerando que as liminares antecipatórias não são atuadas mediante execução forçada.

É correto concluir que a lei exige a existência de determinados atos jurídicos para a deflagração de atos executivos²⁷⁰, os quais poderão ser realizados na mesma relação processual na qual o título é constituído, como bem o demonstram as liminares antecipatórias e o procedimento de cumprimento de sentença. No entanto, haverá diferença quanto à efetivação dessas diferentes categorias de provimentos jurisdicionais. As liminares antecipatórias não serão efetivadas mediante execução forçada. As sentenças condenatórias ao pagamento de soma, sim. A essa conclusão conduzem os artigos 461, 461 – A, parágrafo terceiro, e 475 –J, todos do Código de Processo Civil.

É desinfluyente, para a discussão aqui desenvolvida, a revogação do artigo 583 do Código de Processo Civil²⁷¹ pela Lei n. 11.382/06. A uma, porque o artigo 580 continua estabelecendo que a execução pode ser instaurada quando o devedor não satisfizer obrigação líquida, certa e exigível consubstanciada em título executivo. A duas, porquanto os artigos 475 – N e 585 indicam, respectivamente, os róis de títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Desse modo, cometeria enorme equívoco quem sustentasse a insubsistência do princípio em razão da revogação do artigo 583 do estatuto processual.

No âmbito deste trabalho a análise do princípio *nulla executio sine titulo* tem por objetivo demonstrar como a processualística clássica restringira a jurisdição à atividade declaratória do direito, à qual poderia, havendo provimento condenatório, agregar-se a aplicação da sanção (execução forçada). Tanto na mera declaração (acertamento ou certificação) quanto na condenação, prevalecia a noção de que o

²⁷⁰ Esposa-se, portanto, a teoria a definir o título executivo, sob o aspecto substancial, como o ato ou fato jurídico do qual resulta a vontade concreta da lei, correspondendo, no aspecto formal, ao documento no qual o ato ou fato jurídico está consubstanciado. Esse entendimento é indicado por Teori Albino Zavascki em *Título Executivo e Liquidação*, p. 57

²⁷¹ Artigo 583. Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.

magistrado deveria unicamente dizer o direito, reservando para outro momento e outro processo a atuação da sanção.

A definição do processo restringindo-o à função declaratória do direito positivado pelo Estado, típica dos países de direito codificado do sistema romano-canônico, apresenta afinidade eletiva com o Estado Moderno, complexo de relações sociais marcado pela dominação burocrática.

Ao mencionar a dominação burocrática, faz-se referência à especialização dos funcionários encarregados de realizar a atividade jurisdicional, sendo certo que a especialização é uma das notas da burocracia, conforme apontara Max Weber. Essa especialização conduziu, nos países de tradição romano-canônica a uma limitação de poderes dos funcionários encarregados da prestação jurisdicional. Limitação que se lhes impunha sob dois aspectos segundo a concepção clássica de jurisdição.

Primeiramente, era-lhes permitido tão-somente indicar a vontade concreta da lei²⁷². Em segundo lugar, era-lhes vedada a possibilidade de expedição de ordens às partes: “Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação entre elas existente segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória”²⁷³.

Nesse contexto a construção dogmática do princípio *nulla executio sine titulo*, concebido restritivamente como a separação da atividade jurisdicional em cognição e execução, legitimava a natureza substancialmente declaratória dos provimentos exarados na relação processual de conhecimento.

Por esse motivo parte da doutrina afirma a natureza mítica do princípio, pretendendo, com essa assertiva, negar validade à orientação principiológica e, desse modo, garantir maior efetividade à jurisdição, mediante admissão de processos sincréticos, nos quais ocorrem, a um só tempo, as atividades de cognição e de execução.

Contemporaneamente, entretanto, não existem razões para restringir o alcance da orientação principiológica, sendo possível conceber a permanência do princípio no atual sistema processual brasileiro, pois os atos executivos terão por base um título, indicativo dos limites da atividade executiva, no qual se consubstancia um ato ou fato jurídico. Sustentar a permanência do princípio no ordenamento brasileiro não significa restringir a tutela jurisdicional à declaração do direito.

²⁷² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, p. 34.

²⁷³ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 35.

2.12. Princípio da Incoercibilidade

A sentença condenatória, concebida classicamente como declaração do direito e aplicação da sanção ao caso concreto, título executivo capaz de oportunizar o acesso à execução forçada, tem em sua base de causalidade o princípio da incoercibilidade da vontade humana, representado pela máxima *nemo praecise cogi potest ad factum*.

Pretende-se afirmar, com essa assertiva, que a idéia de incoercibilidade da vontade humana engendrou a condenação, mecanismo de tutela despidido de coercibilidade. Segundo Sérgio Arenhart: “Evidentemente, esta característica da condenação (sua ausência de coercibilidade direta) constitui reflexo direto da aplicação do princípio, de índole tipicamente liberal-burguesa, segundo o qual *nemo ad factum praecise cogi potest*”²⁷⁴.

Segundo Eduardo Talamini este princípio retrataria primeiramente uma limitação natural, porquanto a tecnologia disponível não permite o uso do corpo humano independentemente da sua vontade. Também estaria representada no princípio uma limitação ético-jurídica, consistente na vedação a que a mente ou corpo do homem sejam transformados em objeto para a realização de deveres jurídicos. O cuidado dispensado à dignidade da vontade humana imporia a permanente caracterização do homem como sujeito da relação jurídica, não como mero objeto²⁷⁵. No mesmo sentido se pronuncia João Calvão da Silva:

“Podemos assim concluir que a *ratio* do brocardo *nemo praecise* é evitar constrangimentos físicos e imorais sobre a pessoa do devedor, atentados odiosos e intoleráveis aos direitos de personalidade, a fim de proteger a liberdade e a dignidade do homem. Proíbe a violência e opressão sobre a pessoa do devedor, em ordem a obrigá-lo a cumprir uma obrigação que implique a sua estrita participação pessoal, para salvaguarda da intangibilidade da pessoa humana. Pelo que, sempre que seja possível o cumprimento e a execução específica de qualquer espécie de obrigação sem violentar e oprimir a pessoa do devedor, a máxima *nemo potest cogi ad factum* não lhes constitui obstáculo”²⁷⁶.

No propósito de evitar violações à dignidade da pessoa humana os ordenamentos jurídicos filiados ao sistema da *civil law* consagraram o princípio da intangibilidade da vontade, dispondo que o inadimplemento das obrigações conduziria ao ressarcimento por perdas e danos. Nessa senda o artigo 389 do Código Civil²⁷⁷ estabelece que nas hipóteses de inadimplemento “responde o devedor por perdas e

²⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, p. 76.

²⁷⁵ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32.

²⁷⁶ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 225-226.

²⁷⁷ Artigo 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

danos”. O descumprimento da prestação implicaria a transformação das obrigações específicas de entregar coisa, de fazer e não fazer, em obrigações pecuniárias²⁷⁸. Dito de outro modo, sendo vedados os mecanismos de coerção, impede-se o Estado de prestar adequadamente a tutela específica.

Com a *pecuniarização* de todas as prestações se viabilizava a tutela jurisdicional das obrigações por meio da sentença condenatória seguida por execução forçada: “A partir da tutela jurisdicional expressa em pecúnia, perfeitamente adequada à lógica do Estado liberal, construiu-se uma técnica processual que se consubstanciava na condenação, que, em caso de inadimplemento, deveria ser seguida pelos mecanismos executivos de expropriação, destinados a permitir a realização forçada do direito de crédito, mediante a penhora, a venda do bem e o pagamento do credor”²⁷⁹.

A pecuniarização das prestações, decorrente da aplicação do princípio da incoercibilidade da vontade humana, foi limitada, no ordenamento jurídico brasileiro, pela previsão de tutela específica no artigo 461 do Código de Processo Civil²⁸⁰, disposição normativa também prevista no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Frente ao estímulo legislativo à tutela jurisdicional das obrigações específicas, retraindo-se a *pecuniarização*, tornam-se viáveis técnicas de satisfação do direito diferentes do binômio condenação/execução forçada. A busca de efetividade do sistema autoriza, nos limites do respeito à dignidade da pessoa humana, o emprego de mecanismos coercitivos, de que é exemplo a multa prevista no artigo 475 – J do Código de Processo Civil²⁸¹.

²⁷⁸ Esse dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com os artigos 461 e 461 – A do Código de Processo Civil. É válido mencionar que as regras indicativas de responsabilidade têm natureza processual, razão pela qual o enunciado contido no Código Civil há de ser sopesado com seus congêneres do estatuto processual. Entendimento contrário faria soçobrar todo o sistema destinado à tutela das obrigações específicas. De fato, se o artigo 389 fosse uma regra material, a ele deveriam se submeter as regras processuais previstas nos artigos 461 e 461 – A, vale dizer: havendo inadimplemento de obrigações específicas, nada restaria ao credor senão postular a tutela pelo equivalente pecuniário, em estrita conformidade ao que dispõe o artigo 389. Ocorre, entretanto, que este artigo encerra norma de conteúdo processual, como o são todas as normas referentes à responsabilidade. Desse modo, como já dito, deverá o dispositivo em comento ser interpretado sistematicamente.

²⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 34.

²⁸⁰ Artigo 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

²⁸¹ Artigo 475 – J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

2.13. Princípio da Tipicidade

O princípio da intangibilidade da vontade humana, de que a *pecuniarização* do direito é corolário, liga-se ao princípio da tipicidade dos títulos executivos, a estabelecer a taxatividade do rol legal de títulos executivos. Traduz-se o princípio no brocardo *nullus titulus sine lege*.

De acordo com esse enunciado principiológico serão títulos executivos apenas os atos ou fatos jurídicos consubstanciados em documentos que recebam da lei essa eficácia: “O elenco dos títulos executivos em dada ordem jurídica e os contornos da configuração de cada um deles vêm traçados na lei e só se considera título o ato ou fato que se enquadrar no modelo traçado abstratamente, sem resíduos ou ampliações”²⁸².

Para a comprovação da relação entre os princípios da intangibilidade da vontade humana e da tipicidade, acima afirmada, é preciso compreender que o princípio da tipicidade dos títulos implica a tipicidade dos meios executivos, de modo que serão admitidos tão-somente aqueles previstos em lei.

A relação de continência entre tipicidade dos títulos executivos e tipicidade dos meios de execução tem origem na construção dogmática a conceber o título como adequação: “Título executivo é o ato ou fato jurídico legalmente dotado da eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequadas as medidas de execução forçada para a atuação da vontade da lei”²⁸³. Ora, se a lei é que reveste o título de eficácia executiva e se este é que torna adequadas as medidas de execução forçada, conclui-se que só serão lícitos os meios de execução previstos em lei.

Como exemplo da relação entre os princípios da intangibilidade e da tipicidade, aponta-se a estrutura original do Código de Processo Civil, na qual para cada espécie de obrigação era previsto somente um procedimento executivo, restrito às técnicas de execução por sub-rogação, também denominadas meios de sujeitação, “(...) providências aptas a, independentemente da participação do sancionado, atingir o resultado determinado pelo comando sancionatório”²⁸⁴.

Em um sistema no qual inexistem meios de coerção, restringindo-se os atos executivos à penhora de bens para posterior expropriação, com a entrega do produto da

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 478.

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 474.

²⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 168.

alienação em hasta pública ao credor, a intangibilidade da vontade humana se manifesta em grau máximo, incompatível com a própria efetividade da jurisdição, então tolhida no tocante à tutela das obrigações específicas. Nada obstante, desde as reformas processuais de 1994, esta deixou de ser a linha geral do sistema processual brasileiro, que passou a prestigiar a tutela específica.

2.14. Contingência da Separação entre Conhecimento e Execução

Como já visto a construção dogmática a estabelecer a separação entre processo de conhecimento e de execução, firmemente estabelecida na correlação necessária entre sentença condenatória e execução forçada, foi adotada no código processual de 1973. Com a identificação dos títulos executivos extrajudiciais às sentenças condenatórias se tornou possível unificar os meios executivos. Perdeu relevância a distinção conceitual entre ação executiva, fundada em títulos extrajudiciais, e ação executória, fundada na sentença de condenação civil ou em outro título judicial.

A cisão da tutela jurisdicional em dois momentos, um exclusivamente cognitivo, exclusivamente executivo o outro, encontrava sustentação na doutrina de Enrico Tullio Liebman, a estabelecer a distinção entre atividade cognitiva e atividade executiva, tanto pela sua natureza, quanto pela sua função. A positivação dessa concepção no código e sua repetição doutrinária incessante emprestaram-lhe as características de um dogma.

A elegância da construção e seus resultados científicos consistentes conduziram a processualística a vê-la como a posição definitiva da ciência processual sobre o tema. Essa cristalização dogmática, se favoreceu a divulgação da doutrina, com a positivação da segurança jurídica, valor por ela representado, também afastou a tutela jurisdicional das necessidades da contemporaneidade.

De fato, o fenômeno da litigância em massa, conseqüência do esforço conjunto da sociedade em benefício do acesso à justiça, somado à crônica crise de aparelhamento do Poder Judiciário, deixou às claras a insuficiência, para a tutela efetiva e adequada dos direitos, da cisão doutrinariamente perpetrada e legislativamente acatada entre conhecimento e execução.

A dicotomia da tutela jurisdicional, a despeito de todo seu prestígio doutrinário, mostrou-se pouco propícia para o atendimento da demanda crescente por prestação jurisdicional nas sociedades contemporâneas. Por esse motivo vezes

autorizadas da processualística nacional recomendaram a superação da dicotomia da jurisdição, teoria que se converteu em escolha para a efetividade do processo.

Assim, há mais de vinte anos Humberto Theodoro Jr. preconizara o abandono da dicotomia da atividade jurisdicional, sustentando que a cisão era causa injustificável de embaraço à efetividade da jurisdição: “A necessidade de propor uma nova ação para dar cumprimento à condenação provoca uma longa paralisia na atividade jurisdicional, entre a sentença e a sua execução, além de ensejar oportunidade a vários expedientes de embaraço à atividade judicial aos devedores maliciosos e recalcitrantes”²⁸⁵.

Mais recentemente Athos Gusmão Carneiro se pronunciou enfaticamente, sustentando que a teoria da separação entre cognição e execução não poderia constituir obstáculo para a consecução das próprias finalidades do processo: “Com efeito, as teorias são importantes, mas não podem transformar-se em um embaraço a que se atenda às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo, isso só por apego a tecnicismo formal”²⁸⁶.

Além das razões de ordem prática, indicativas da necessidade de aprimoramento da técnica processual no âmbito das obrigações para maior efetividade da prestação jurisdicional, Humberto Theodoro Jr. sistematizara razões dogmáticas conducentes à superação do dogma da dicotomia da atividade jurisdicional.

Primeiramente, uma só seria a pretensão do autor, consistente na satisfação do direito, compelindo o devedor ao adimplemento, donde a desnecessidade de dois processos para a satisfação de uma só pretensão. Em segundo lugar, se a sentença condenatória em regra não satisfaz o direito, necessitando para tanto da realização de atos executivos deflagrados posteriormente, inexistente razão para o encerramento da relação processual com a prolação de sentença de procedência. Desse modo apenas os títulos executivos extrajudiciais exigiriam a deflagração de ação executiva autônoma²⁸⁷.

As vantagens da unificação também foram sintetizadas pelo jurista. Corresponderiam, em primeiro lugar, à eliminação da propositura da execução forçada e de nova citação do devedor. Conseqüentemente, desapareceriam os embargos do devedor, porquanto havendo uma só relação processual, toda a matéria de defesa seria produzida necessariamente antes da prolação da sentença. As provas de pagamento e as alegações de nulidade poderiam ser feitas mediante simples petição nos autos.

²⁸⁵ THEODORO JR., Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido processo Legal*, p. 250.

²⁸⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo* n. 123, p. 117.

²⁸⁷ Cf. THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 253-254.

Admitir-se-ia embargos à arrematação, sem efeito suspensivo e a apelação, nas hipóteses de dívida em dinheiro, não interromperia a eficácia da sentença condenatória²⁸⁸.

Os argumentos de Humberto Theodoro Jr. autorizam concluir a inexistência de razão científica ou ontológica que imponha a separação da atividade jurisdicional. Dito de outro modo, não se encontra justificção científica ou na natureza das coisas para legitimar a bipartição da jurisdição em compartimentos estanques, um voltado somente para a cognição e certificação do direito, outro destinado exclusivamente para a efetivação do preceito sancionatório obtido²⁸⁹.

Se a separação não resulta de razões dogmáticas, nem, tampouco, de razões ontológicas, máxime porque o direito não é entidade natural, mas criação humana, parece correto concluir que a correlação necessária entre cognição e execução forçada constitui questão de política legislativa²⁹⁰. Nesse caso é certo, portanto, que o legislador possa dispor de modo diverso, unificando em uma só relação processual as atividades jurisdicionais cognitiva e executiva.

Foi o que efetivamente ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro. A crise no plano fático ensejou a alteração legislativa trazida pela Lei n. 11.232/05, a transformar o processo de execução de sentenças, de demanda autônoma, em fase do processo de conhecimento. Essa alteração legislativa trouxe importantes reflexos no plano doutrinário, os quais serão objeto de investigação nos próximos capítulos deste trabalho.

²⁸⁸ Cf. THEODORO JR., Humberto. *Idem*, p. 255.

²⁸⁹ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*, p. 25.

²⁹⁰ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. *A Sentença como Título executivo*, p. 131.

CAPÍTULO 3 – ASPECTOS GERAIS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

3.1 Monopólio Estatal e Tutela Jurisdicional dos Direitos

Ao se dedicar ao estudo das obrigações Pontes de Miranda indica, uma vez mais, a existência de dois planos fenomenológicos distintos, o material e o processual. Demonstra, outrossim, como ocorre a imbricação entre os planos, fato de fundamental importância para a processualística. Para tanto, utiliza-se das categorias pretensão, ação material e ação processual: “A pretensão consiste em poder exigir a prestação. Se o devedor ainda não prestou, tem o credor a pretensão, pretensão que, de regra, pode ser exercida com a tutela jurídica estatal. A ação é mais do que a pretensão, porque, com ela, não só se exige, *age-se*. Com a tutela estatal, a ação exerce-se segundo as espécies adequadas (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva)”²⁹¹.

A ação processual nasce como consequência do monopólio estatal da justiça, a impedir, na generalidade dos casos, que o titular do direito faça valer suas próprias razões. Rememore-se o que dissera Max Weber, para quem o Estado moderno é a associação política permanente que exerce com êxito o monopólio da violência legítima. Este monopólio da violência legítima é constituído pelo monopólio jurisdicional, sendo correto afirmar, nessa ordem de idéias, que o monopólio jurisdicional é essencial para a própria definição do Estado moderno.

Nesse contexto, ao impedir a autotutela, o Estado outorgou aos cidadãos o poder de exigir a prestação jurisdicional estatalmente monopolizada, o que ocorrerá com o exercício da ação, remédio jurídico processual no qual o titular do direito apresenta sua pretensão e sua ação materiais, pleiteando do Estado a proteção do direito: “A ação nasce do inadimplemento. O exercício da ação era entregue ao próprio credor, mas, tendo o Estado proibido, em princípio, a justiça de mão própria, monopolizou a justiça. O credor expõe o seu direito, aponta a pretensão e ação, que tem, e pede que o Estado cumpra a sua promessa de fazer ser respeitado o direito”²⁹².

Destarte, esquematicamente, tem-se que, tornada exigível a pretensão, se do seu exercício não resultar o cumprimento da prestação, com a satisfação do direito,

²⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte especial, tomo XXII, p. 17.

²⁹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Idem, p. 19.

cabará ao Estado aplicar a lei, mediante atendimento da ação material do titular da pretensão. Uma das ações de que goza o titular da pretensão é a ação executiva, com a qual o Estado transfere ao patrimônio do credor tudo aquilo que for indispensável para a satisfação do seu direito²⁹³.

3.2. Meios Executivos e Correlação com o Direito Substancial

A pretensão por justiça, cujo objeto é a prestação jurisdicional, distingue-se da pretensão material, caracterizada pela exigibilidade do direito positivado pelo Estado. Transcrevendo a lição de Ovídio Baptista: “Define-se, portanto, a pretensão como a exigibilidade de que todos os direitos, mais cedo ou mais tarde, necessariamente se haverão de revestir”²⁹⁴.

A distinção entre pretensão material e pretensão processual e a descrição do modo como se relacionam os planos material e processual permitem compreender adequadamente a maneira pela qual o Estado organizou a tutela das obrigações, indicando técnicas processuais típicas para a execução de cada uma das modalidades obrigacionais previstas pelo direito material.

Cuidou o legislador de correlacionar o direito substantivo aos meios executivos, compreendidos como “(...) a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente”²⁹⁵. Nada obstante, à luz do sistema processual, é insuficiente sustentar a correlação entre direito substantivo e meios executivos, pois estes “(...) variam segundo a natureza do direito substancial que está à base da demanda deduzida em cada processo de execução, ou do seu objeto, ou da condição do devedor (civil, comerciante; solvente, insolvente)”²⁹⁶.

Como reflexo dessa concepção, o Código de Processo Civil disciplinava, em sua feição original, a execução para entrega de coisa certa ou incerta (artigo 621 e seguintes), a execução das obrigações de fazer e de não fazer (artigo 632 e seguintes) e as execuções por quantia certa contra devedor solvente (artigo 646 e seguintes) e contra devedor insolvente (artigo 748 e seguintes).

A execução concursal contra comerciantes insolventes, denominada como processo falimentar, era disciplinada pelo Decreto-lei n. 7.661/45. Hodiernamente o

²⁹³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Op. cit., p. 22.

²⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. II, p. 198.

²⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, p. 109.

²⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 327.

processo falimentar é regulado pela Lei n. 11.101/05, a qual, como decorrência do ostracismo científico da teoria dos atos do comércio, afastou a idéia de falência do comerciante, trazendo, em seu lugar, a de falência da sociedade empresária.

Atente-se que a classificação dos processos de execução não ocorria segundo critérios exclusivamente processuais, os quais, para Enrico Tullio Liebman, corresponderiam à execução por expropriação, por transformação e por desapossamento. A primeira ocorreria sempre que o credor tivesse direito à obtenção de determinada soma em dinheiro. A segunda, quando descumprida uma obrigação de fazer ou de não fazer, realizando-se à custa do obrigado a prestação que lhe incumbia. A terceira, quando não tivesse sido entregue coisa determinada²⁹⁷.

O Código de Processo Civil de 1973 unificou os meios executivos, destinando-os tanto para as execuções fundadas em título judicial, quanto para as execuções fundadas em título extrajudicial. Dito de outro modo, a eficácia dos títulos foi uniformizada, conduzindo ambas as modalidades de título à execução forçada disciplinada pelo livro segundo do estatuto processual. Erradicou-se, dessa maneira, a antiga ação executiva, fundada em títulos extrajudiciais.

Essa unificação, entretanto, foi abandonada com a promulgação da Lei n. 11.232/05, diploma legislativo que converteu a ação executiva fundada em título judicial em mera fase de uma ação sincrética, a conciliar atividade cognitiva e executiva. Ressalte-se que a opção do legislador pelo sincretismo processual já ocorria no direito brasileiro desde a positivação do instituto da antecipação de tutela genérica no artigo 273, o qual permitiu, identicamente ao que ocorria em diversos procedimentos especiais, a realização de atividades cognitivas e executivas na mesma relação processual.

Ao se mencionar a correlação entre os meios executivos e o direito substancial é necessário assentar que a execução, compreendida como categoria processual, não se restringe ao direito das obrigações. Os órgãos jurisdicionais realizam atividade executiva sempre que atingem determinado patrimônio, subtraindo-lhe bens e transferindo-os para outra esfera patrimonial, quer o fenômeno ocorra no âmbito de processo executivo instaurado por força do inadimplemento de prestação obrigacional, quer o fenômeno ocorra em ação executiva *lato sensu*. Segundo Ovídio Baptista:

²⁹⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 274-275.

“Definido o *ato executivo* como sendo o resultado da atividade desenvolvida pelo órgão jurisdicional para operar a transferência de patrimônio a patrimônio de um valor jurídico, a fim de colocá-lo no lugar onde tal valor deveria estar, tanto será atividade executória a desenvolvida no “processo de execução” obrigacional para entrega da quantia certa, como enfim toda espécie de atividade realizada pelo órgão jurisdicional com a mesma finalidade e a mesma estrutura”²⁹⁸.

As ações de conteúdo não obrigacional nas quais são realizados atos executivos são denominadas por Ovídio Baptista como ações reais: “Diz-se que a ação é real quando, por meio dela, o autor busca obter a coisa (*res*), e não o cumprimento de uma obrigação, a que esteja sujeito o demandado; ao contrário, será ela uma ação pessoal quando fundada no direito das obrigações”²⁹⁹.

A razão da modificação da nomenclatura, de ação executiva *lato sensu* para execução real, repousa em um fato histórico. Segundo Ovídio Baptista, as ações reais surgiram antes das execuções obrigacionais, sendo correto sustentar que as execuções verdadeiras, portanto, *stricto sensu*, seriam as execuções reais. Desse modo a expressão “execução em sentido lato” deveria designar as execuções obrigacionais, precisamente o contrário do que ocorre na terminologia de Pontes de Miranda, já consagrada na doutrina³⁰⁰.

A questão terminológica é de somenos importância. Impõe-se reconhecer, com Ovídio Baptista, a existência de ações, distintas das demandas de execução forçada fundadas no inadimplemento de prestação obrigacional, nas quais há verdadeira atividade executiva. Citem-se, como exemplos, as ações de reintegração de posse, de despejo, de depósito e reivindicatória.

Admitidas as ações executivas *lato sensu* como exemplo de demandas nas quais há atividade executiva, muito embora a relação jurídica subjacente não seja, em regra, obrigacional, passa-se a analisar, doravante, a temática atinente à correlação entre procedimentos executivos e modalidades obrigacionais.

O objetivo de relacionar, ainda que de maneira sumária, as modalidades obrigacionais aos respectivos mecanismos de tutela engendrados pelo processo civil, consiste em indicar conceitos preliminares para a compreensão das profundas repercussões ocasionadas ao sistema processual com a Lei n. 11.232/05. Ao transformar a execução por quantia certa contra devedor solvente em fase da mesma relação

²⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de Imissão de Posse*, p. 64.

²⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. II., p. 200.

³⁰⁰ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 207.

processual na qual se realiza a atividade cognitiva, este diploma legislativo sepultou a unificação dos meios executivos.

3.3 Modalidades Obrigacionais e Correspondentes Tutelas Executivas

Como etapa preliminar ao estudo da execução de título judicial para satisfação de obrigação de pagamento de soma, ora denominada no direito positivo brasileiro como cumprimento de sentença, far-se-á a indicação das modalidades de obrigações previstas no direito civil posto pelo Estado.

Principia-se essa análise com o conceito de obrigação esposado por Pontes de Miranda: “Em sentido estrito, “obrigação” é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação”³⁰¹.

Nota-se, na definição pontiana, a presença dos elementos típicos de todas as relações obrigacionais, ou seja, de seus sujeitos (credor e devedor), de seu objeto (a prestação) e do vínculo jurídico, liame abstrato pelo qual se ligam na relação obrigacional o credor e o devedor, representado, na conceituação, pela expressão “poder ser exigida”.

3.3.1. Obrigações de Fazer e de Não Fazer

Pode-se conceituar as obrigações de fazer como aquelas cujo “(...) objeto da prestação é *um ato do devedor* (...) sejam trabalhos manuais ou intelectuais, sejam atos que interessam ao credor, sem que possam classificar-se como trabalho, porque o que neles importa é o desenvolvimento da atividade do devedor”³⁰². Por sua vez as obrigações de não fazer, também denominadas negativas, são aquelas cujo objeto da prestação corresponde a uma abstenção³⁰³.

Para a tutela das obrigações de fazer e não fazer consubstanciadas em título executivo extrajudicial o legislador dedicou as técnicas processuais constantes do processo executivo, disciplinado pelos artigos 632 a 645 do Código de Processo Civil, os quais correspondem às Seções I, II e III, do Capítulo III, do Título II, do Livro II, do

³⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 12.

³⁰² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clovis Beviláqua*, p. 20.

³⁰³ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Idem*, p. 23.

código processual. Por expressa dicção dos artigos 644³⁰⁴ e 475 - I³⁰⁵, as obrigações de fazer e não fazer consubstanciadas em título judicial serão cumpridas de acordo com o artigo 461 do código.

3.3.2. Obrigações de Dar

De acordo com Clóvis Beviláqua, obrigação de dar “(...) é aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, para a constituição de um direito real (venda, doação, etc.), a concessão do uso (empréstimo, locação, ou a restituição ao dono)”³⁰⁶. As prestações das obrigações de dar podem ter como objeto tanto coisas certas, quanto coisas incertas.

Para a tutela executiva das obrigações de entregar coisas certas ou incertas consubstanciadas em títulos extrajudiciais o legislador destinou as técnicas constantes das Seções I e II, do Capítulo II, do Livro II, do Código de Processo Civil. As obrigações de entregar coisa certa ou incerta constantes de título executivo judicial serão cumpridas em conformidade com o artigo 461-A do código processual, conforme assenta o artigo 475 – I do mesmo diploma legal.

3.3.3. Obrigações Pecuniárias

As obrigações pecuniárias têm como objeto de prestação determinada soma de dinheiro, o mais fungível dos bens, porquanto todas as mercadorias são nele conversíveis. Na definição de Araken de Assis: “As obrigações pecuniárias têm por objeto da prestação a moeda, um algarismo cuja função instrumental é a medida de valores: assume certo padrão que permite comparar, no tempo e no espaço, o valor dos bens da vida”³⁰⁷.

A tutela executiva das obrigações pecuniárias leva em consideração a solvência do devedor e a natureza do título no qual as obrigações estão consubstanciadas. Assim, tratando-se de execução por quantia certa contra devedor solvente, consubstanciada em título executivo extrajudicial, a tutela executiva

³⁰⁴ Artigo 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

³⁰⁵ Artigo 475 – I. O cumprimento de sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461 – A desta Lei ou, tratando-se obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

³⁰⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., 09.

³⁰⁷ ASSIS, Araken de. Op. cit., 483.

corresponderá ao processo de execução por expropriação minudentemente disciplinado no Capítulo IV, do Título II, do Livro II, do Código de Processo Civil.

Tratando-se de execução por quantia certa contra devedor insolvente, consubstanciada em título executivo extrajudicial, prevê o código processual a deflagração do processo executivo concursal regulado no Título IV, do Livro II, do Código de Processo Civil. Quando o devedor insolvente for sociedade empresarial o processo executivo será regido pela Lei n. 11.101/05, desde que atendidos os requisitos para a decretação da quebra previstos pelo artigo 94 da codificação falimentar.

Por fim, chegando à grande novidade trazida pela Lei n. 11.232/05, de tantos e tão profundos reflexos para a processualística, quando a obrigação pecuniária estiver consubstanciada em título executivo judicial, a tutela executiva ocorrerá mediante cumprimento de sentença, atendido o disposto no artigo 475-J, em seus diversos parágrafos, do Código de Processo Civil.

3.4. Cumprimento de Sentença

Considerada a enorme repercussão prática decorrente da inserção do cumprimento de sentença no sistema processual brasileiro, convertendo-se a execução autônoma em fase do mesmo processo no qual foram realizadas as atividades cognitivas, analisar-se-á, com olhos no direito positivo, alguns dos principais aspectos da nova técnica legislativa consagrada à efetivação das sentenças que condenam ao pagamento de soma.

Essa análise constitui etapa preliminar à abordagem que se fará no capítulo subsequente deste estudo, onde serão revisitados, à luz do cumprimento de sentença, alguns dos temas centrais da dogmática processual. Essa metodologia investigativa tem como premissa a necessidade de delimitação do alcance das normas a fim de que se possa melhor compreender seus reflexos na dogmática. Não se pretende, com isso, negar a mútua implicação entre direito positivo e teoria jurídica, como se os enunciados normativos conformassem a dogmática, mas esta não os influenciasse.

Quando, no primeiro capítulo desse estudo, apresentou-se alguns elementos constitutivos da base de causalidade do direito, da economia e do Estado contemporâneos, pretendia-se demonstrar que o fenômeno jurídico se insere numa dimensão muito mais ampla que o ordenamento no qual estão contidos e sistematizados os enunciados normativos. Vale dizer: o direito condiciona e é condicionado por uma

miríade de aspectos da realidade. Dentre estes, a teoria jurídica, a qual, por sua vez, é condicionada pelo plexo de valores existente em determinada sociedade num dado momento.

Dito isso, retoma-se a questão referente à mútua implicação entre teoria jurídica e direito positivo. A unificação das atividades jurisdicionais cognitivas e executivas numa mesma relação processual foi teoricamente concebida e desenvolvida pelos juristas antes de se converter em direito positivo. Bem o demonstram as abordagens realizadas por Salvatore Satta, na Itália, e, no Brasil, por Humberto Theodoro Jr.³⁰⁸. O primeiro preconizava que a sentença condenatória constituía mera etapa da tutela jurisdicional. O segundo, partindo dessa premissa, sustentava como imperiosa a necessidade de reunião das atividades de cognição e execução em um mesmo processo.

Por outro lado, uma vez positivado o cumprimento de sentença, dedicam-se os processualistas à delimitação do exato alcance dos enunciados normativos, o que demonstra a implicação do direito positivo na teoria jurídica. Considerando que a interpretação do sentido dos dispositivos legais varia de acordo com a ideologia do intérprete, amoldada pelos valores vigentes na sociedade em determinado momento, a tarefa nunca é finda. Sempre haverá, à semelhança do que ocorre com as obras literárias ou musicais, a possibilidade de uma nova interpretação.

3.4.1 Cumprimento e Execução: Determinação de Significados

Não seria somente pressurosa, mas categoricamente incorreta, a assertiva que sustentasse a extinção da execução como efeito da promulgação da Lei n. 11.232/05. Compreendendo a execução como “os atos ordenados à efetivação do julgado”³⁰⁹, cedo se chega à conclusão de que o mencionado diploma legal apenas aboliu como figura autônoma o processo de execução pelo qual se atuavam as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa.

Doravante, havendo condenação ao pagamento de soma, converte-se o processo destinado à execução da sentença condenatória em “(...) uma fase sucessiva ao

³⁰⁸ Para não se mencionar os teóricos envolvidos em tais discussões desde a Idade Média. Ou, ainda mais antigamente, desde o direito romano. Ocorre que, considerado o referencial desse estudo e seu marco teórico, a indicação de tais autores neste momento nada seria além de estéril exercício de falsa erudição.

³⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 42, p. 57.

processo de conhecimento, não se reconhecendo nesta a autonomia que precedentemente existia em relação ao processo de execução de título judicial”.³¹⁰ Deixa de existir, portanto, o processo de execução fundado em título judicial, não a execução concebida como atividade jurisdicional.

Aliás, poderá o legislador disciplinar de diversas maneiras as atividades de cognição e execução. Jamais lhe será consentido, entretanto, apagar a diferença ontológica entre atividade cognitiva e atos tendentes à efetivação, conforme assinala José Carlos Barbosa Moreira:

“Cognição e execução constituem segmentos diferentes da função jurisdicional. A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar procedência a este sobre aquele, juntá-los, separá-los ou entremeá-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais”³¹¹.

Explicitada a permanência da categoria execução no sistema processual brasileiro, impõe-se, para a delimitação terminológica das categorias “cumprimento de sentença” e “execução”, interpretar o artigo 475 – N³¹², enunciado normativo a estabelecer que o cumprimento de sentença se faz em conformidade com os artigos 461 e 461 – A da codificação processual civil ou, nas obrigações de quantia certa, faz-se por execução, nos termos do Capítulo X (“Do Cumprimento de Sentença”), do Título VIII (“Do Procedimento Ordinário”), do Livro I (“Do Processo de Conhecimento”), do mesmo diploma legal.

Infere-se, à luz do direito positivo, que a categoria cumprimento de sentença açambarcaria duas subcategorias: a) o cumprimento de sentença em sentido estrito, atinente às obrigações de entregar coisa, de fazer e não fazer, reconhecidas em sentença, cujo regime é disciplinado pelos artigos 461 e 461 – A do CPC e b) a execução voltada à efetivação das sentenças condenatórias ao pagamento de soma, cujo regime é disciplinado pelo artigo 475 – J e seguintes do mesmo diploma legal.

O entendimento aqui esposado se radica em posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira: “Em suma: sob a designação genérica de “cumprimento”, distinguem-se (no conceito e no regime): o cumprimento “por execução”, supostamente limitado à

³¹⁰ ALVIM, Arruda. Cumprimento da Sentença Condenatória por Quantia Certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma Primeira Impressão, in *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, 290-291.

³¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Nova Definição de Sentença (Lei n. 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual* n. 39, p. 79.

³¹² Dispositivo já citado em nota neste capítulo.

hipótese de “obrigação por quantia certa”, e um cumprimento sem denominação própria (dividido em duas subespécies), para os casos dos arts. 461 e 461 – A”³¹³. Identicamente se pronunciou Ada Pellegrini Grinover: “Assim, o *cumprimento da sentença lato sensu*) é o gênero, que tem como espécies o *cumprimento da sentença “stricto sensu”* (obrigações específicas) e a *execução* (obrigações de pagar)”³¹⁴.

A distinção técnica entre as expressões cumprimento e execução não encontra acolhida doutrinária pacífica. Evaristo Aragão Santos diverge, defendendo a sinonímia entre as expressões cumprimento e execução, os quais designariam o mesmo fenômeno, de modo que inexistiria razão prática ou teórica a autorizar a distinção técnica entre execução e cumprimento³¹⁵. Esse posicionamento, contudo, deve ser contextualizado.

É certo que as categorias cumprimento e execução significam atuação do comando jurisdicional, sendo correto sustentar que tanto em um caso, quanto em outro, serão praticados pelos órgãos judiciários diversos atos tendentes à concretização do comando decisório. Contudo, essa identidade funcional não esmaece a distinção entre as categorias, a qual decorre do direito positivo, a indicar que a sentença condenatória ao pagamento de soma será *executada*, sendo *cumpridas* as sentenças impositivas de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Não se trata, como se poderia supor, de mero academicismo, pois a atividade expropriatória realizada no âmbito da execução da sentença condenatória ao pagamento de soma é técnica distinta daquelas realizadas sob o pálio da “tutela específica” e das “providências assecuratórias do resultado prático equivalente”, previstas no artigo 461, originárias, respectivamente, de provimentos mandamentais e executivos em sentido lato. Há, portanto, motivação técnica a embasar a distinção entre as categorias cumprimento em sentido estrito e execução, ambas espécies da categoria cumprimento em sentido lato.

As disposições contidas no Capítulo X, do Título VIII, do Livro I, do Código de Processo Civil, têm sua aplicação restrita às hipóteses de execução de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, como indicam os regimes de cumprimento

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais, p. 58.

³¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da Sentença, in: *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*, p. 04.

³¹⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Breves Notas Sobre o “Novo” Regime de Cumprimento de Sentença, in *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p.321-322.

distintos disciplinados em lei. Essa conclusão é adotada, dentre outros, por Cássio Scarpinella Bueno³¹⁶ e Arruda Alvim³¹⁷.

3.4.2 Artigo 475 – J: Sincretismo Processual na Tutela Jurisdicional das Obrigações Pecuniárias

Pode-se sustentar que a mudança mais significativa trazida pela Lei n.º 11.232/05 consiste na supressão da autonomia da ação executória, passando os atos executivos, antes concentrados em uma demanda diferida, a integrar a mesma relação processual na qual se realizou a atividade cognitiva, configurando o fenômeno denominado pela doutrina como sincretismo.

Saudado pela doutrina como técnica ensejadora de maior celeridade da prestação jurisdicional o sincretismo não é novidade no sistema processual brasileiro. Há sincretismo no próprio código de 1973, bastião legislativo da dogmática tradicional, a assentar a separação entre conhecimento e execução. Bem o demonstram diversos procedimentos especiais disciplinados no livro quarto do código processual, nos quais a atividade executiva sucede a cognitiva na mesma relação processual, tal como ocorre com as ações possessórias.

Se o sincretismo, por si mesmo, não representa novidade, a erradicação da ação executória, destinada a atuar a sentença de condenação ao pagamento de soma, é modificação digna de encômios. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro “(...) busca-se a *efetivação* da sentença condenatória, efetivação que resultará na outorga ao demandante (no plano dos fatos) do bem da vida a que fora declarado com direito”³¹⁸.

Em suma, com a promulgação da Lei n.º 11.232/05, inserindo no código o artigo 475 – J³¹⁹, os atos executivos, antes isolados em ação específica, transformaram-se em fase de uma única relação processual, relegando ao ostracismo a ação (demanda) executória da sentença de condenação ao pagamento de soma.

Para evitar confusões conceituais se esclarece que o termo demanda é empregado em sua acepção técnica, correspondendo ao “(...) ato inicial de

³¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 163.

³¹⁷ ALVIM, Arruda. *Cumprimento da Sentença Condenatória por Quantia Certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma Primeira Impressão*, p. 289.

³¹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*, p. 46.

³¹⁹ Artigo 475 – J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

comparecimento a juízo com uma pretensão (...)”³²⁰. Trata-se do exercício do direito subjetivo público e condicionado de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Pode-se empregar outra nomenclatura sem se comprometer a clareza conceitual. Nesse caso é possível restringir o vocábulo ação para o exercício do direito previsto no dispositivo constitucional, de modo que nesse contexto o termo seria equivalente a demanda.

Considerando que a demanda – concebida como exercício do direito de ação – ou a ação – concebida como exercício do direito subjetivo público condicionado previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição – instaura o processo, ligando o autor ao Estado, a qual é posteriormente triangularizada por meio da citação, ato processual que liga ao Estado o réu, é correto sustentar que não haverá uma demanda executória autônoma, donde se mencionar que o pedido de cumprimento de sentença deflagra meramente outra fase do processo.

Não se perca de vista a noção, assente na doutrina, de que o processo compreende tanto a relação jurídica processual quanto o procedimento, entendido este como a série de atos pelos quais se materializa o processo. Desse modo a demanda não instaura somente a relação jurídica processual, mas o próprio processo, vez que a demanda, a par de estabelecer a relação entre as partes e o Estado, desencadeia os atos processuais que compõem o iter procedimental.

Feitos esses esclarecimentos conceituais, mencione-se que a comprovação de que se trata de nova fase de um único processo, não de um processo autônomo, é extraída do direito positivo, pois o legislador empregou no artigo 475 – J a expressão “a requerimento do credor”, complementada por “expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”. O vocábulo “requerimento”, nesse contexto, desempenha o papel de contraponto a “petição”, ato processual formal pelo qual se materializa a demanda.

A adoção do vocábulo “requerimento” foi criticada por Araken de Assis, pois seu emprego “(...) destoa da terminologia usual na legislação codificada brasileira”³²¹. O autor arremata sua censura terminológica assentando que o legislador teria se limitado a alterar o rótulo com o qual se designa a iniciativa do exequente. Inexistiriam, entretanto, mudanças substanciais quanto à forma e ao conteúdo do ato processual³²².

³²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, p. 332.

³²¹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, p. 243.

³²² Cf. ASSIS, Araken de. *Idem*, p. 243.

Respondendo à crítica, na qualidade de um dos idealizadores da reforma legislativa que culminou no artigo 475 –J, Athos Gusmão Carneiro sustenta que o emprego da palavra “requerimento” “(...) deve-se, única e exclusivamente, ao propósito de sublinhar que não se trata de um novo processo que deva ser ajuizado mediante uma “petição inicial”, mas sim apenas se inicia uma *etapa* no processo já em trâmite”³²³.

De fato o vocábulo “requerimento” conduz à compreensão de que se não trata de petição inicial, ato processual formal pelo qual se apresenta a demanda. Conseqüentemente, inexistindo nova petição inicial, há um só e mesmo processo, no qual serão realizadas atividades executivas e cognitivas. O vocábulo “requerimento” esclarece os operadores jurídicos a respeito da existência de um só processo. Sua função esclarecedora já justificaria sua adoção pelo legislador.

O posicionamento de Araken de Assis contrário ao emprego da palavra requerimento merece ainda outra crítica. Tratando-se, sob a nova sistemática, de pedido livre do formalismo inerente à petição inicial, a modificação legislativa, ao contrário do que ele sustenta, não se limita à mera alteração designativa, atingindo também o conteúdo do ato, dada a não incidência à hipótese do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Não se olvide que o exequente, no regime anterior, estava vinculado à forma rígida atribuída pelo código à petição inicial, muito embora a prática tenha conduzido a certo relaxamento no tocante ao atendimento dos requisitos exigidos em lei para a petição inicial da demanda executória. O próprio Araken de Assis reconhecia o formalismo preconizado pelo código para as petições iniciais das demandas executivas e executórias, sendo de sua lavra a seguinte lição:

“Inicia o processo executivo através de petição inicial, cercada dos requisitos genéricos (art. 282 do CPC) e guarnecida de requisitos específicos (arts. 614 e 615), independentemente da natureza do título. É comum, infelizmente, os credores desatenderem ao preceituado nesses dispositivos. Essa petição, que representa a vontade do exequente e a reclamação da tutela jurídica do Estado, padece com extraordinária frequência do desmazelo e de mal disfarçado desprezo aos caracteres técnicos, embora se se tratasse vulgar das ações declaratória ou constitutiva, jamais seriam olvidadas as prescrições do art. 282. E isto que a petição inicial é peça única, ato básico da relação processual, que não pode faltar”³²⁴.

Ora, se o “requerimento” do autor, reconhecido como credor pela sentença, apenas inaugura nova fase em um mesmo processo, é lícito concluir pela inaplicabilidade, à espécie, dos requisitos genéricos da petição inicial. Bastará ao credor

³²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 57.

³²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, p. 276-277.

alegar o inadimplemento e requerer a instauração da fase processual de cumprimento de sentença, acostando aos autos o demonstrativo de débito atualizado, nos termos do artigo 614, inciso II, do código processual.

Houve, portanto, modificação no que tange ao conteúdo do ato processual. Se por um lado ele consiste em pedido de tutela executiva e nisso não há qualquer novidade em relação ao regime anterior, por outro lado foram mitigadas as exigências formais, já que se não trata de petição inicial. Por essa razão a crítica de Araken de Assis não é apoiada neste trabalho.

A nova sistemática também acarreta algumas mudanças na averiguação da concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação, os quais não carecerão de novo exame pelo juiz, pois foram verificados no momento de propositura da demanda. Bastará ao credor – parte reconhecida como tal na sentença – alegar o inadimplemento e requerer a aplicação do artigo 475 – J, trazendo aos autos o valor atualizado do débito.

3.4.2.1 Fase Executiva e Fixação de Honorários Advocatícios

Considerando que a Lei n. 11.232/05 aboliu a ação executória, trazendo os atos executivos tendentes ao cumprimento da sentença condenatória para o bojo do único processo, o qual será sincrético em razão da existência de atividade jurisdicional cognitiva e executiva, separadas no regime anterior, questiona-se se será possível o arbitramento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

É preciso recordar, nesse contexto, que a jurisprudência, com fundamento no artigo 20, §4^o³²⁵, do CPC, havia se consolidado em torno da tese de cabimento de honorários advocatícios nas execuções, tivessem ou não sido embargadas, não importando que seu fundamento fosse título executivo judicial ou extrajudicial.

Desse modo, considerando que a Lei n. 11.232/05 prevê atividades executivas, as quais apenas não são realizadas em processo autônomo em relação ao de conhecimento, poder-se-ia sustentar a possibilidade de arbitramento dos honorários advocatícios, porquanto na fase executiva será realizada atividade tendente à expropriação, substancialmente idêntica à que ocorria no bojo da ação autônoma.

³²⁵ Artigo 20, § 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

É como se pronuncia Athos Gusmão Carneiro: “Assim, ao receber o requerimento do credor (art. 475 – J, *caput*), acompanhado da planilha de cálculo, cumpre ao magistrado fixar, a *título provisório*, os honorários a serem pagos pelo devedor, correspondentes a esta fase do processo (que pode, em certos casos, revelar-se mui trabalhosa para o procurador judicial)”³²⁶. No mesmo sentido se manifesta Araken de Assis:

“É omissa a disciplina do “cumprimento de sentença” acerca do cabimento dos honorários advocatícios. No entanto, harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias – razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art. 475 – J, *caput*) -, a fixação de honorários em favor do exequente, se não no ato que deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou do produto da alienação dos bens”³²⁷.

O posicionamento não é unânime, pois a Lei n. 11.232/05 alterou radicalmente a disciplina atinente ao cumprimento das sentenças condenatórias ao pagamento de soma, razão pela qual é possível sustentar que o artigo 20, §4º, cuja redação original foi integralmente mantida, restrinja-se a regular os honorários advocatícios nas ações executivas fundadas em título extrajudicial.

A concentração de atos cognitivos e executivos em uma só demanda impediria a cumulação da verba honorária, sendo defesa sua fixação em cada uma das fases do processo. Havendo uma só relação processual, cuja fase cognitiva já rendeu ensejo ao arbitramento de honorários advocatícios, sua fixação quando inaugurada a fase executiva representaria duplicidade indevida. É o que sustenta Humberto Theodoro Jr.: “No sistema, porém, do título judicial, o cumprimento (execução) da condenação não mais se faz por ação, mas por simples incidente no próprio processo em que a sentença foi prolatada. Não há duas ações para justificar duas imposições da verba advocatícia”³²⁸.

A solução preconizada por Theodoro Jr. foi endossada por Flávia Pereira Ribeiro, para quem “(...) o *cumprimento da sentença*, como última fase do processo de conhecimento, efetivará a sentença condenatória, outorgando ao demandante a quantia

³²⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*, p. 108.

³²⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, p. 264.

³²⁸ THEODORO JR., Humberto. As Vias de Execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado, in *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais, Lei 11.232/2005*, p. 323.

pecuniária declarada como direito, desde logo, sem que isso importe em nova fixação de honorários advocatícios”³²⁹.

Sob o ponto de vista dogmático, parece, realmente, que a abolição da demanda executiva autônoma traz, como conseqüência, a inviabilidade de arbitramento de honorários advocatícios na deflagração da fase executiva. Os honorários já foram fixados na sentença, de modo que, tratando-se de ação sincrética, será descabido novo arbitramento. Não se ignora que o autor vitorioso possa encontrar resistência na fase de cumprimento da sentença, mas essa circunstância não se sobrepõe ao fato de que há somente um processo, não sendo reconhecida, pelo sistema, a possibilidade de fixação autônoma de honorários para cada uma das fases.

A solução aqui defendida traz interessante reflexo no tocante à multa prevista no artigo 475 – J do CPC. Não sendo fixados honorários advocatícios, poder-se-ia conceber que o devedor condenado, prosseguindo na inadimplência, não sofreria verdadeiro acréscimo no seu débito, pois a aplicação da multa seria compensada pela não incidência da verba honorária, conforme afirma Mario Helton Jorge: “À primeira vista, para o devedor não mudaria em nada o valor total do débito, mesmo acrescido de eventual multa de 10%, porquanto não estaria mais sujeito ao pagamento de honorários advocatícios, na fase satisfativa, como ocorria anteriormente no processo de execução, quando o magistrado fixava o valor dos honorários, desde logo, no despacho inicial de citação, para pronto pagamento”³³⁰.

Admite-se que a não fixação de honorários na fase executiva diminui o potencial coercitivo da multa prevista no artigo 475 – J, conduzindo o devedor a conceber que sua situação, caso descumpra a sentença sob a nova sistemática, será idêntica à situação que se configuraria com o descumprimento da sentença condenatória no regime anterior. Dito de outro modo, se se concebesse como possível a fixação de honorários advocatícios em razão da mera deflagração da fase executiva, seria potencializado o caráter coercitivo da multa.

Todavia, a menor eficácia da multa como instrumento de estímulo ao cumprimento espontâneo do provimento condenatório não elide o fato de que o sistema admite tão-somente uma fixação de honorários advocatícios em cada relação processual.

³²⁹ RIBEIRO, Flávia Pereira. Honorários Advocatícios no Cumprimento de Sentença, in *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*, p. 123.

³³⁰ JORGE, Mario Helton. Cumprimento da Sentença – Execução por Quantia Certa: Em Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional, in *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*, p. 237.

O arbitramento de honorários advocatícios será indevido pelo mesmo motivo que inviabiliza a cobrança de custas iniciais, qual seja, a existência de uma única demanda.

Essa solução se limita ao arbitramento de honorários tão-somente pela deflagração da fase executiva da ação. A outra conclusão se chegará caso seja ajuizada impugnação pelo “réu-condenado”, conforme se verá em item subsequente deste trabalho. Aponte-se, por fim, que a jurisprudência sobre o tema não é uniforme, havendo precedentes concessivos³³¹ e denegatórios³³² da verba honorária.

3.4.3. Artigo 475 – J: Previsão de Multa por Inadimplemento

O artigo 475 – J é um enunciado normativo verdadeiramente peculiar na sistemática processual. Nele se cristaliza o ostracismo da demanda executória, com o abandono de concepção dogmática firmemente estabelecida no processo civil brasileiro, qual seja, a autonomia da demanda executória, com a conseqüente unificação dos meios executivos.

Mas há outro aspecto que o torna um dispositivo singularíssimo. Trata-se da previsão de multa em caso de inadimplemento. Ou seja, incorrendo em quinze dias o “cumprimento espontâneo” da sentença, incidirá sobre o montante da dívida acréscimo correspondente a dez por cento, nos termos da parte inicial do dispositivo: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) (...)”.

São inúmeros os reflexos práticos e doutrinários advindos da previsão de multa contida nesse dispositivo, fato a ensejar vivo debate doutrinário em torno da natureza jurídica do instituto e do termo inicial da contagem de prazo para sua aplicação.

³³¹ “(...) O devedor só estará isento da obrigação de pagar honorários ao exeqüente se cumprir espontaneamente a sentença no prazo de 15 dias, que fluirá independente de intimação. Não o fazendo, o juiz fixará honorários ao despachar petição pedindo o cumprimento, independente da multa determinada no artigo 475-J do C.P.C. (...)” (TJPR, Agravo de Instrumento n. 0455977-9, Relator Desembargador Marcos de Luca Fanchin, julgado em 29.05.2008).

³³² “(...) Sendo a fase de cumprimento de sentença continuidade do processo de conhecimento, incabível a fixação de honorários advocatícios no caso de a mesma não ser impugnada, ante a nova sistemática do processo de execução instaurado pela Lei n. 11.232/05” (TJMG, Agravo de Instrumento n. 1.0596.02.004087-6/0021, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Domingos Coelho, publicado no Diário de Justiça de Minas Gerais em 15/12/2007).

3.4.3.1 Natureza Jurídica da Multa

Ao se investigar a natureza jurídica da multa prevista no artigo 475 – J o que se pretende é defini-la como sanção ao devedor inadimplente ou mecanismo coercitivo. Na primeira hipótese se compreenderá a multa como punição. Na segunda, como mecanismo indutor da conduta do devedor, ou seja, meio de execução indireta. Nota-se que a natureza do instituto é atribuída em conformidade com sua função. Divide-se a doutrina entre ambas as posições.

Antes da promulgação da Lei n. 11.232/05, Luiz Guilherme Marinoni sustentou o caráter coercitivo da multa prevista pelo artigo 475 – J, afirmando que o “(...) objetivo da multa é estimular o adimplemento das sentenças que impõem o pagamento de soma em dinheiro”³³³.

Na mesma obra, ao refutar o argumento contrário à aplicação das multas às obrigações pecuniárias em razão do inadimplemento do devedor conduzir necessariamente à execução forçada, técnica que se pretendia evitar, o autor reiterou seu posicionamento quanto à natureza coercitiva da multa: “*É que a multa deve ser vista como coerção e como sanção*. O fato de que ela pode se transformar em sanção pecuniária, após não ter atingido o seu verdadeiro fim (coercitivo), jamais afastou – nem poderia – a idéia de que constitui uma imprescindível técnica executiva para a tutela dos direitos”³³⁴.

Fredie Didier Jr. apresentou idêntico entendimento: “Trata-se de medida de coerção indireta prevista em lei, que dispensa manifestação judicial: é hipótese de sanção legal pelo inadimplemento de obrigação. A multa tem, assim dupla finalidade: servir como *contramotivo* para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção)”³³⁵.

Sustentar que a multa apresenta natureza sancionatória apenas quando descumprida implica reconhecer sua natureza coercitiva, considerando-a como técnica tendente a estimular o cumprimento da sentença. Por isso, muito embora os autores acima referidos indiquem uma dupla função, predomina o aspecto coercitivo da multa, já que o aspecto sancionatório só terá lugar em caso de inadimplemento.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 624.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 627.

³³⁵ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a Fase Inicial do Procedimento de Cumprimento de Sentença (Execução de sentença que Imponha o Pagamento de Quantia), in *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*, p. 144.

Após a promulgação da lei n. 11.232/05, ao abordar novamente o tema, Luiz Guilherme Marinoni modificou seu posicionamento. Na obra *Execução Civil*, escrita com Sérgio Cruz Arenhart, defende-se a natureza punitiva da multa, que se assemelharia à cláusula penal estabelecida no âmbito contratual. A coercitividade seria somente aquela comum às penas em geral:

“Esta multa não tem caráter coercitivo, pois não constitui instrumento vocacionado a constranger o réu a cumprir a decisão, distanciando-se, desta forma, da multa prevista no art. 461, parágrafo 4º, do CPC. O conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa do art. 475 – J é comum a toda e qualquer pena, já que o devedor, ao saber que será punido pelo descumprimento, é estimulado a observar a sentença”³³⁶.

Dentre outros autores, Fernão Borba Branco³³⁷, Mirna Cianci³³⁸, Ronaldo Cramer³³⁹, Ronaldo Frigini³⁴⁰ e Evaristo Aragão Santos³⁴¹ sustentam que a multa prevista pelo artigo 475 – J apresenta natureza de pena. O fundamento dessa posição consiste na inviabilidade de assimilação da multa do art. 475 – J às *astreintes*, mecanismo de execução indireta disciplinado pelo artigo 461, parágrafo 4º, do código processual.

Ocorre, entretanto, que se a multa não pode ser assimilada às *astreintes*, tampouco pode ser equiparada à cláusula penal estabelecida nos contratos, conforme sugere, além de Marinoni e Arenhart, Ronaldo Frigini. As cláusulas penais são estabelecidas livremente entre as partes, ao passo que a multa na fase de cumprimento de sentença decorre da simples previsão legal, sendo inclusive desnecessário o requerimento expresso do credor para que ela incida. Bastará a incorrência do cumprimento espontâneo.

Quanto à alegada diferença entre as *astreintes* e a multa em análise, crê-se que se restrinja à impossibilidade de modulação desta técnica em relação àquela. As *astreintes* apresentam “plasticidade”³⁴², sendo possível sua redução ou majoração conforme entendimento discricionário do juiz. Todavia essa circunstância não conduz à

³³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução Civil*, p. 238.

³³⁷ BRANCO, Fernão Borba. A Multa na Execução Definitiva e Provisória, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*, p. 226.

³³⁸ CIANCI, Mirna. Reflexões sobre a Fase de Cumprimento da Sentença de Obrigação Pecuniária (Lei n. 11.232/2005 – CPC, Art. 475 – J), in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*, p. 579.

³³⁹ CRAMER, Ronaldo. O Prazo e a Multa do Cumprimento de Sentença, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*, p. 764.

³⁴⁰ FRIGINI, Ronaldo. Considerações sobre o Art. 475 – J do CPC, in *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*, v. 2., p. 512.

³⁴¹ SANTOS, Evaristo Aragão. *Breves Notas sobre o “Novo” Regime de Cumprimento de Sentença*, p. 324.

³⁴² Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, p. 360.

conclusão de que a multa do artigo 475 – J, cujo percentual é rígido, só por esse motivo não seria coercitiva.

Para se defender que a impossibilidade de modulação retiraria a coercibilidade da multa seria preciso admitir que os credores não se intimidariam com o percentual estabelecido em lei. Essa assertiva, contudo, conduziria seus intérpretes a negarem a natureza coercitiva das *astreintes*, cominadas para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer em percentual igual ou inferior. Mais que isso, o raciocínio conduziria à natureza não coercitiva das multas que não ensejassem o efetivo cumprimento da obrigação.

Na prática as *astreintes* podem ou não ensejar o efetivo cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. Nem por isso perdem a natureza coercitiva que lhes é intrínseca. O mesmo se dá com a multa do artigo 475 – J, técnica que por vezes será incapaz de suscitar o cumprimento espontâneo da sentença por parte do devedor. Não deixará de ser intrinsecamente coercitiva, pois o temor do acréscimo do débito sempre estimulará o devedor a cumprir a sentença.

Não fosse isso, o caráter punitivo transparecerá somente quando não houver cumprimento espontâneo. Até o inadimplemento a multa não puniu o devedor. Como mecanismo de punição, sequer chegou a incidir. Antes de punir o inadimplente, a multa tinha como função influenciar sua vontade, donde se afirmar sua natureza coercitiva, mesmo que a influência não tenha sido suficiente para ensejar o pagamento.

Concluindo pela natureza coercitiva da multa não se amesquinha o império estatal, subtraindo-lhe a intensidade de sua dominação. Tão-somente se indica a natureza precípua do instituto, que antes de punir, agirá sobre a psique do condenado, ainda que o faça inutilmente.

Mesmo que se defenda a natureza punitiva da multa, não se crê que ela tenha sido estatuída para desestimular a interposição de recursos, posição defendida por Jorge Eustácio da Silva Frias³⁴³. Para a análise desse entendimento, figure-se um exemplo prático. Condenado a pagar determinada quantia, o devedor interpõe apelação. Nega-se provimento ao recurso e o acórdão é publicado na imprensa oficial. Pois bem. Ainda que se defenda a desnecessidade de intimação do devedor ou de seu advogado para a

³⁴³ FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. A Multa pelo Descumprimento de Condenação em Quantia Certa e o Novo Conceito de Sentença, in *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*, p. 156.

incidência da multa, está só seria aplicada após o transcurso de quinze dias da publicação do acórdão.

Sendo assim, conclui-se que a interposição de apelo em nada influencia a aplicação da multa, que não será aplicada em caso de cumprimento espontâneo da prestação, cujo prazo se inicia apenas depois do julgamento do apelo, recurso que possui, em regra, efeito suspensivo.

No máximo se poderia indicar, concebendo-se que a fluência do prazo para cumprimento espontâneo ocorre com a exequibilidade da decisão, que o devedor condenado seria forçado a refletir sobre a interposição de recursos despidos de efeito suspensivo, pois nas hipóteses em que de tais recursos não resultasse a reforma da decisão, já estaria o devedor condenado a pagar o débito acrescido da multa.

Essa consequência, no entanto, tem como pressuposto a concepção de fluência do prazo a partir da exequibilidade da decisão e se aplica tão-somente aos recursos sem efeito suspensivo, de modo que a proposição de Jorge Eustácio da Silva Frias seria no máximo parcialmente correta, compreendendo-se que o legislador teria procurado coibir a interposição de recursos não dotados de efeito suspensivo.

O debate em torno da natureza da multa não é despido de interesse prático. Defendendo-se sua natureza punitiva, priva-se o devedor de quaisquer alegações justificatórias do inadimplemento. Inocorrendo o espontâneo cumprimento, aplicar-se-á a penalidade. Diferentemente, concebendo-se a multa como técnica coercitiva, será vedada sua aplicação nas hipóteses em que o devedor não dispuser de patrimônio suficiente para saldar o débito. Conforme defendia Luiz Marinoni: “Convém deixar claro, desde logo, que a multa não poderá ser usada – nem poderia – contra a pessoa que não possui patrimônio. O seu objetivo não é castigar o inadimplente. É dissuadir – aquele que possui patrimônio – a não pagar (sic)”³⁴⁴.

Consistindo a medida em técnica tendente a dissuadir o inadimplemento sua aplicação contra o devedor destituído de patrimônio implicaria pura e simples violação ao princípio da menor onerosidade, estampado no artigo 620 do Código de Processo Civil³⁴⁵. Por outro lado, se se tratasse de medida punitiva, a pobreza do devedor, ou mesmo sua ruína, seriam circunstâncias inservíveis para o afastamento da sanção. Crê-se, assim, que Evaristo Aragão Santos tenha incorrido em contradição ao defender a

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, p. 623.

³⁴⁵ Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

natureza punitiva do instituto considerando-o, entretanto, inaplicável, por justo impedimento, quando o devedor não dispuser de patrimônio disponível para pagar a dívida³⁴⁶.

Por fim, ainda em defesa da coercibilidade da multa prevista no artigo 475 - J, indica-se que a concepção de sua natureza como medida punitiva implica a manutenção do princípio da incoercibilidade da vontade humana em seus contornos rígidos, cuja consequência mais evidente consiste na vedação ao emprego de mecanismos de atuação sobre a vontade do devedor. Nesse contexto, diante do inadimplemento, restará ao sistema, a pedido do credor, desencadear a execução forçada, consistente em mecanismos de sub-rogação, deixando a jurisdição de atuar sobre a vontade do devedor.

Nota-se, desse modo, que a concepção punitiva da multa prevista no artigo 475 -J se baseia na noção superada de que o inadimplemento do devedor enseja, por força da incoercibilidade de sua vontade, tão-somente o emprego de medidas de substituição da sua conduta.

3.4.3.2 Marco inicial para contagem

O marco inicial para a incidência da multa é tema dos mais controversos, tendo a redação equívoca do dispositivo ensejado a formação de quatro entendimentos distintos. As correntes doutrinárias, ignoradas eventuais variantes, podem ser sintetizadas nas seguintes formulações: a) o prazo se inicia a partir da eficácia da sentença; b) o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença; c) o prazo se inicia a partir da intimação da sentença ao advogado do devedor; d) o prazo se inicia a partir da intimação pessoal da sentença ao devedor.

Saliente-se que todos esses posicionamentos têm como premissa o inadimplemento do devedor condenado. Todas as correntes concordam com a necessidade de transcurso em aberto do prazo de quinze dias para que haja aplicação da multa. A diferença reside precisamente no tocante ao marco inicial para o cumprimento espontâneo, o qual evidentemente determinará momentos diversos para a aplicação da multa.

Assinale-se que a primeira solução doutrinária é apoiada por Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart, para quem o “(...) efeito condenatório da sentença não se opera apenas

³⁴⁶ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. *Breves Notas sobre o “Novo” Regime de Cumprimento de Sentença*, p. 324.

com o trânsito em julgado ou com alguma subsequente comunicação ao réu de que deve cumpri-la”³⁴⁷. Desse modo, “(...) a multa, por consequência lógica, será devida a partir do momento em que a sentença não for cumprida, não importando a circunstância de não ter transitado em julgado”³⁴⁸.

É necessário que a parte esteja ciente da prolação de sentença para que a contagem do prazo para pagamento da multa possa se iniciar. Sobre esse tema os autores sustentam que “(...) qualquer ato que torne certa a ciência da existência de condenação é bastante para dar início ao fluxo do prazo, sequer se exigindo que se trate de comunicação judicial ou de ato formal de comunicação”³⁴⁹.

Athos Gusmão Carneiro endossa essa corrente. Já à época de discussão sobre o projeto que redundou na lei n. 11.232/05 o jurista manifestava seu entendimento de que seria desnecessário intimar o devedor ao cumprimento, bastando que a decisão fosse exequível para que o prazo para cumprimento espontâneo começasse a fluir: “Tal prazo passa automaticamente a fluir da data em que a sentença (ou o acórdão, CPC art. 512) se torne exequível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto o recurso sem efeito suspensivo”³⁵⁰.

Em manifestações mais recentes essa posição foi mantida pelo autor, acrescentando que “(...) o prazo transcorre a partir do momento em que a decisão jurisdicional reúne eficácia suficiente para autorizar a execução do julgado, mesmo quando a hipótese comportar ainda apenas a execução “provisória””³⁵¹. É necessário destacar que ao defender a fluência do prazo a partir da exequibilidade da decisão o jurista pressupõe que “(...) a condenação pode ter sido imposta na sentença, pode ter sido imposta pelo tribunal”³⁵².

Em síntese, pode-se afirmar que os defensores desse posicionamento têm como premissa a fluência do prazo para cumprimento espontâneo a partir da exequibilidade da decisão, ou, segundo Marinoni e Arenhart, a partir da irradiação da

³⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 236.

³⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 237.

³⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 238.

³⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo* n. 123, p. 118.

³⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença*, p. 53.

³⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas Leis de Reforma da Execução – Algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 52, p. 52.

eficácia condenatória, o que parece ser tecnicamente mais preciso. Essa posição encontra respaldo jurisprudencial³⁵³.

Se for interposto recurso com efeito suspensivo, a interrupção da eficácia condenatória impedirá a fluência do prazo. Interposto recurso sem efeito suspensivo, opera-se a irradiação da eficácia condenatória, razão pela qual, tornando-se exequível a decisão, inicia-se o prazo de quinze dias para seu espontâneo cumprimento, findo o qual a multa de dez por cento será acrescida ao montante da condenação.

A segunda corrente assenta que o início da contagem de prazo para cumprimento espontâneo exige tão-somente o trânsito em julgado da decisão. Filiando-se a esse posicionamento doutrinário Guilherme Rizzo Amaral vislumbra duas fases processuais após o trânsito em julgado da sentença: a do cumprimento e a da execução. Esta só seria deflagrada se da fase de cumprimento não resultasse a satisfação do direito.

O trânsito em julgado surgiria como pressuposto para deflagração de ambas: “Na primeira, o devedor, tão logo transite em julgado a sentença, e independentemente de requerimento do credor, terá contra si iniciado o prazo de 15 dias para cumprir a sentença, sob pena de incidir, *ex vi legis*, multa de 10% sobre o valor da condenação. Na segunda, uma vez descumprida a sentença, o credor deve requerer o prosseguimento do feito, com a tomada de atos expropriatórios em procedimento executivo”³⁵⁴.

Para Rizzo Amaral, se não tiver ocorrido o trânsito em julgado, a multa não incidirá automaticamente, incumbindo ao credor provocar o devedor com vistas à instauração do cumprimento provisório: “Enquanto não transitar em julgado a sentença ou o acórdão, o cumprimento voluntário só será exigido caso haja provocação do credor e intimação específica do devedor, caso em que constituirá cumprimento provisório da sentença”³⁵⁵.

Ronaldo Frigini sufraga esse entendimento, sustentando que o devedor deve ser intimado do provimento condenatório, mas este ato processual “(...) deve ser considerado realizado no momento em que se publica a sentença condenatória”³⁵⁶.

³⁵³ “(...) O prazo de quinze dias concedido para que o devedor cumpra voluntariamente sua obrigação flui a partir da data em que a sentença se torna exequível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo, independentemente de qualquer intimação”. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0672.02.100718-8/0031, 15ª Câmara Cível, Relator Desembargador Mota Pinto, publicada no Diário de Justiça de Minas Gerais em 30/11/2007).

³⁵⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e Execução da Sentença*, p. 211.

³⁵⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Idem*, p. 184.

³⁵⁶ FRIGINI, Ronaldo. Considerações sobre o Art. 475 – J do CPC, in *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*, v. 2., p. 517.

Desse modo, interposto recurso com efeito suspensivo contra a sentença condenatória “(...) só tem lugar o *dies a quo* quando do trânsito em julgado da sentença, já agora de forma automática, sem qualquer nova comunicação”³⁵⁷.

No plano jurisprudencial, além de julgados de tribunais estaduais³⁵⁸, essa corrente conta com o prestigioso sufrágio do Superior Tribunal de Justiça, em precedente da 3ª Turma externado no Recurso Especial n. 954.859/RS, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no Diário de Justiça da União em 27 de agosto de 2007, página 252³⁵⁹.

A autonomia conceitual desta corrente em relação à primeira se traduz na necessidade, por ela afirmada, de que o provimento condenatório tenha transitado em julgado para que a multa do artigo 475 – J possa ser automaticamente aplicada após o transcurso do quinquídio, ao passo que o posicionamento doutrinário anterior se conforma com a mera exequibilidade do provimento ou, dito de outro modo, a produção de seus efeitos condenatórios.

Na prática forense essas duas correntes produzirão resultados diferentes sempre que for interposto recurso sem efeito suspensivo contra os provimentos condenatórios. Se, para o primeiro posicionamento, nesses casos será possível a aplicação da multa, visto já ser exequível o provimento, por certo não será aplicável para o segundo, a exigir o trânsito em julgado.

A terceira corrente exige a intimação específica ao cumprimento, na pessoa do advogado do condenado, para que possa fluir o prazo para cumprimento espontâneo. Cassio Scarpinella Bueno adota esse posicionamento, considerando-o como o mais conforme ao “modelo constitucional do processo”.

Scarpinella Bueno reconhece que o lapso para cumprimento espontâneo se inicia quando a decisão for suficientemente eficaz, mas essa “suficiente eficácia” terá de

³⁵⁷ FRIGINI, Ronaldo. Op. cit, p. 517.

³⁵⁸ “(...) Transitada em julgado a sentença ou acórdão, e independentemente de intimação, passa-se a contar o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento voluntário da condenação, após o que, incidirá a multa prevista no artigo 475-J, do Código de Processo Civil. 2. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%”. (TJPR, Agravo de Instrumento n. 0480912-7, 4ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Regina Afonso Portes, julgado em 17.06.2008).

³⁵⁹ “LEI N. 11.232/05. ART. 475 – J, CPC. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%”.

ser especificamente comunicada ao devedor, empregando-se, para essa finalidade, a intimação de seu advogado. Nas suas palavras: “O prazo correrá, destarte, da intimação judicial que comunique que o julgado reúne suficientemente condições de eficácia plena, qualquer que seja a “forma” adotada por esta intimação”³⁶⁰. Desse modo, “(...) intimadas as partes, por intermédio de seus advogados, de que o título executivo judicial tem condições de ser cumprido, está formalmente aberto o prazo de quinze dias de que trata o *caput* do art. 475 – J”³⁶¹.

Segundo Scarpinella Bueno essa intimação não atenderia a uma forma específica, podendo ser empregada fórmula bastante comum à praxe forense: “Parece-me, portanto, e afirmo isso com os olhos voltados para o dia-a-dia forense, que este prazo correrá do “cumpra-se o v. acórdão”, despacho bastante usual que, em geral, é proferido quando os autos do processo voltam ao juízo de primeiro grau de jurisdição, vindos do Tribunal, findo o segmento recursal”³⁶².

Marcelo Abelha também sustenta a necessidade de intimação do advogado do devedor para que seja aberto o período de cumprimento espontâneo da sentença: “O prazo de 15 dias a que alude o dispositivo deve ser contado, regra geral, da intimação do advogado do devedor do trânsito em julgado do provimento condenatório (sentença ou decisão na liquidação), excluindo-se o dia do início e contando-se o do final, segundo as regras normais de contagem de prazo do art. 184 do CPC”³⁶³.

Nota-se que esse entendimento pressupõe o trânsito em julgado do provimento condenatório. Mas exige algo mais: a intimação do advogado do devedor mediante ato judicial especificamente voltado à sinalização de início do prazo para o cumprimento espontâneo da sentença, sob pena de acréscimo de dez por cento ao montante do débito. Corrente jurisprudencial significativa abona esse posicionamento³⁶⁴.

A quarta corrente encontra respaldo nas vozes de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, autores para quem o quinquídio previsto no artigo 475 – J terá como marco inicial a intimação pessoal do

³⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 168.

³⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 169.

³⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 88.

³⁶³ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*, p. 317.

³⁶⁴ “(...) Segundo posicionamento pacificado deste Colegiado, é necessária a prévia intimação do devedor, por meio de seu procurador, para o cumprimento voluntário da obrigação a que foi condenado, para que incida a multa prevista no art. 475 - J, do CPC. Dispensável, portanto, a intimação pessoal da parte. Negado seguimento ao recurso por decisão monocrática”. (TJRS, Agravo de Instrumento 70022617971, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira, publicado no Diário Oficial em 28.12.2007, página 22).

condenado, porquanto o cumprimento da obrigação seria ato exclusivo da parte, não de seu procurador: “O cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, *mas é ato da parte*. Ou seja, o ato de cumprimento ou descumprimento do dever jurídico é algo que somente será exigido da parte, e não de seu advogado, salvo se já houver exceção expressa a respeito, o que inexistente, no art. 475 – J, *caput*, do CPC”³⁶⁵.

Considerando que a fluência automática do prazo para o cumprimento espontâneo da sentença macularia a justiça do processo, invocando a incidência do artigo 240 do CPC³⁶⁶ e aduzindo que a intimação deve recair sobre a parte quando a ela caiba realizar pessoalmente determinado ato, Alexandre Freitas Câmara apóia peremptoriamente a necessidade de intimação pessoal do devedor: “Penso que o termo *a quo* desse prazo quinzenal é a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. Não pode ser mesmo de outro modo”³⁶⁷. A tese encontrou apoio jurisprudencial³⁶⁸.

As duas últimas correntes são amplamente majoritárias no campo doutrinário. No jurisprudencial, a despeito da divergência de posicionamentos, a vacilação inicial tem se afastado, cristalizando-se o entendimento quanto à necessidade de intimação do devedor em nome de seu advogado para que se inicie o prazo para o espontâneo cumprimento da sentença. A despeito da enorme controvérsia, neste trabalho manifesta-se apoio à primeira corrente doutrinária, o que se faz com fundamento nos argumentos abaixo delineados.

3.4.3.2.1. Análise dos Principais Argumentos Contrários à Primeira Corrente

3.4.3.2.1.1 Violação às Garantias Constitucionais

³⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Apontamentos sobre as Alterações Oriundas da Lei n. 11.232/2005, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*, p. 362.

³⁶⁶ Artigo 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.

³⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*, p. 117.

³⁶⁸ “(...) 1 - A intimação do devedor para cumprimento da sentença, deve ser pessoal, não bastando a publicação, para ciência de seu advogado. 2 - Quem realmente cumpre o julgado é o devedor e não o seu patrono, sendo imprescindível a ciência pessoal da obrigação imposta, para que se possa aplicar a multa prevista no artigo 475 - J, do código de processo civil. 3 - Recurso conhecido e não provido”. (TJDF; Apelação Cível n. 2002.06.1.006335-6, 5ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Haydevalda Sampaio, publicada no Diário de Justiça da união em 13/12/2007, página 103).

Sob essa rubrica se abrigam diversos argumentos indicativos de que a contagem do prazo para cumprimento espontâneo não pode se iniciar automaticamente após o trânsito em julgado, sob pena de se ofender os princípios constitucionais, comprometendo-se o Estado de Direito.

Assim, Cassio Scarpinella Bueno concebe as teorias preconizadoras da desnecessidade de intimação como não afeitas ao “modelo constitucional do processo”³⁶⁹. José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier destacam a ruptura com os “princípios constitucionais do processo” caso o devedor não seja pessoalmente intimado sobre o início do prazo para cumprimento³⁷⁰. Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, baseia a necessidade de intimação pessoal do condenado no “direito constitucional ao processo justo”³⁷¹.

São inúmeros os autores e as variações em torno do tema. O cerne da crítica, no entanto, reside na violação às garantias constitucionais, máxime à ampla defesa e ao devido processo legal, insculpidas no artigo 5º, incisos LV e LIV, da Constituição da República, caso o devedor não logre intimação, seja pessoalmente, seja mediante seu advogado, de que o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação se iniciou.

No rebate a esses entendimentos é bom que se diga que a condenação tem como pressuposto um processo válido, nos quais tenham sido respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O condenado, portanto, teve acesso adequado à justiça. Constituiu patrono nos autos e fez valer seu direito à ampla defesa, desafiando as alegações que lhe eram pertinentes. Não se crê como possa ocorrer violação à Constituição em hipóteses que tais, afinal todas as garantias processuais foram exercitadas.

Ademais, sustentar a necessidade de intimação específica implica condicionar a eficácia da sentença ou do acórdão a provimento despido de conteúdo decisório, limitado, anodidamente, a determinar a manifestação das partes sobre a decisão condenatória. Esse raciocínio causa perplexidade, pois se espera que um acórdão ou uma sentença condenatórios prevaleçam sobre despachos de mero expediente, apostos em regra pelo Escrivão. Exigir que despachos sejam “carimbados” aos autos para que as sentenças ou acórdãos se tornem eficazes representa nada mais, nada menos, que o triunfo do praxismo sobre o método científico.

³⁶⁹ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 170.

³⁷⁰ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, p. 363.

³⁷¹ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 117.

Mas essa concepção encerra ainda um equívoco doutrinário. Supõe-se que o ato de publicação do provimento condenatório pela imprensa, trate-se de acórdão, trate-se de sentença, não seja uma modalidade de intimação, de modo que sua eficácia como ato processual exigiria um despacho de mero expediente, o qual também teria de ser publicado, para que somente então o comando decisório se revestisse de eficácia.

Basta que se examine a categoria intimação para se “constatar” o desacerto desse entendimento. O Código de Processo Civil, no artigo 234, define a intimação como “(...) o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”. O vocábulo “alguém”, empregado na lei, compreende tanto as partes quanto os advogados.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, são cinco as modalidades de intimação: pela imprensa, por correio, por oficial de justiça, pela vista dos autos e por edital³⁷². A maneira comum de se intimar os advogados é a publicação dos atos judiciais na imprensa, regra que “(...) prevalece quanto à intimação de atos *de todos os juízos e tribunais que disponham de órgão encarregado de fazer intimações* – quer nas capitais ou em outras localidades (arts. 236 e 237)”³⁷³.

A publicação, por sua vez, consiste no ato de integração da sentença ao processo, antes do qual sentença inexistente, havendo tão-somente um escrito particular do juiz, precisamente em razão de sua não integração processual³⁷⁴. Depois de integrada ao processo a sentença é tornada íntima às partes, o que pode ocorrer, no sistema processual brasileiro, por uma das cinco formas indicadas por Cândido Dinamarco, para quem: “Não se confundem, pois, a publicação da sentença, como ato de sua integração ao processo, e sua *publicação pela imprensa*. Esta é apenas um dos modos pelos quais se dá ciência da sentença aos defensores das partes”³⁷⁵.

Se a publicação da sentença ou do acórdão na imprensa corresponde a uma das formas de intimação do julgado aos defensores das partes, torna-se despiciente exigir sua intimação por meio da publicação na imprensa de ato ordinatório posterior aos atos decisórios.

É certo que as partes devem ser intimadas dos atos judiciais, mas é igualmente certo que a publicação da sentença ou do acórdão na imprensa é uma modalidade de intimação, incumbindo aos advogados informar seus constituintes quanto à prolação de

³⁷² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 432.

³⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 433.

³⁷⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Idem*, p. 675.

³⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 676.

decisão condenatória em seu desfavor. Desse modo, resulta inadequada a invocação do artigo 240 do código processual civil como suporte para o entendimento de que, proferida sentença ou acórdão, seria necessária a publicação pela imprensa de ato ordinatório para que o ato decisório anterior, seja sentença, seja acórdão, revista-se de eficácia. O dispositivo também não conduz à necessidade de intimação pessoal.

Tantos quantos militem no foro sabem que os advogados, em regra, conhecem o conteúdo da sentença antes mesmo de sua publicação na imprensa. De fato, o acompanhamento processual realizado pelos advogados no exercício de sua nobilíssima atividade se traduz, quando executado diligentemente, em “espelho dos autos”, em tudo fidedigno ao original.

Assim, considerando que em razão da litigância de massa as decisões muitas vezes demoram certo tempo até serem publicadas na imprensa, é fato corriqueiro a obtenção de cópia do ato decisório, pelo advogado, após seu registro e antes da publicação na imprensa. Não bastasse isso, as facilidades originárias da internet permitem aos advogados o acesso ao conteúdo dos atos decisórios, mormente dos acórdãos, pouco depois de sua prolação. É o que ocorre, por exemplo, nos tribunais dos estados do Paraná e de Santa Catarina, cujos sítios virtuais disponibilizam os extratos das decisões das cortes um dia após o julgamento.

Nesse contexto é realmente inusitada a argumentação tendente a preconizar a violação de garantias fundamentais do condenado caso não haja intimação específica a ele ou a seu advogado sobre a baixa dos autos. Os provimentos condenatórios, sejam sentenças, sejam acórdãos, graças às facilidades advindas da informática, são conhecidos pelos advogados e informados aos seus clientes com dias de antecedência em relação à sua publicação na imprensa.

Mas ainda que isso não seja possível, sendo sabido que em inúmeras localidades as repartições judiciais não estão conectadas à internet, é certo que é dever do advogado comunicar seu cliente sobre os resultados das demandas em que atua. Essa imposição encontra assento no artigo 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB³⁷⁶. Não escapa a quem exerce a advocacia a necessidade de acompanhamento diligente dos processos, mantendo-se comunicação constante com o cliente, advertindo-o sobre as conseqüências jurídicas das decisões jurisdicionais.

³⁷⁶ Artigo 8º. O advogado deve informar o cliente de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda.

Por isso não se concebe que a fluência do prazo para pagamento espontâneo a partir da exequibilidade da decisão possa prejudicar o obrigado, pois seu procurador, especialmente constituído para defender seus interesses, tem o dever de lhe informar sobre o andamento processual, máxime quando proferidas decisões condenatórias, sejam sentenças, sejam acórdãos, passíveis de sujeitar a parte à cominação da multa prevista no artigo 475 – J.

Presente esse cenário é correto concluir que exigir menos diligência do advogado corresponderia a amesquinhar-lhe as próprias prerrogativas, retirando o múnus público de sua atividade reconhecido pelo artigo 2º do Estatuto da Advocacia³⁷⁷, tornando-o desmerecedor do preceito constitucional que estabelece o exercício de sua profissão como essencial à própria justiça³⁷⁸.

Desse modo, considerando que a intimação dos provimentos condenatórios mediante publicação na imprensa é medida suficiente para lhes atribuir eficácia, conclui-se pela desnecessidade de intimação pessoal da parte ou de intimação mediante publicação de despacho de mero expediente abrindo vistas às partes para manifestação. É evidente que o pagamento incumbe ao condenado, não ao seu patrono. Nada obstante, o sistema de intimações preconizado pelo código estabelece a publicação na imprensa como o meio idôneo para intimação das decisões judiciais, nas quais se incluem as sentenças e os acórdãos condenatórios.

Caso seja comprovado que a parte deixou de cumprir o comando decisório por não ter sido informada por seu advogado, responderá este por sua omissão nos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia³⁷⁹, solução preconizada no Recurso Especial n. 854.859/RS³⁸⁰, decisão acerbamente criticada por parte da doutrina. Assim, José Rogério Cruz e Tucci assinalou que a decisão da Corte de Cassação cometeu aos advogados “(...) uma nova responsabilidade, que é a de formalizar a comunicação ao cliente devedor, sob pena de amanhã ver-se na situação de arcar com o ressarcimento da

³⁷⁷ Artigo 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça. Parágrafo 1º. No seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social. Parágrafo 2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador e seus atos constituem múnus público.

³⁷⁸ Constituição da República, artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

³⁷⁹ Artigo 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

³⁸⁰ Colhe-se do corpo do acórdão o seguinte excerto: “Se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, deve ele responder por tal prejuízo”.

multa”³⁸¹. Sem razão, contudo, pois o Superior Tribunal de Justiça se limitou a explicitar a responsabilidade dos advogados, contrapartida das prerrogativas que lhe são conferidas no exercício de sua atividade profissional.

Se o advogado demonstrar que procurou a parte a fim de informá-la sobre a decisão condenatória sua responsabilidade será elidida. Mesmo em caso de evasão do constituinte, bastará ao advogado demonstrar que enviou correspondência, sem resposta, ao endereço do cliente indicado na inicial ou na contestação, nos termos do artigo 238, parágrafo único do CPC³⁸².

No dia-a-dia, porém, não se crê que a notificação formal ao cliente, informando-o da decisão condenatória desfavorável, seja necessária, pois em regra o advogado cientificará seu cliente sobre o provimento condenatório que lhe foi desfavorável mediante correspondência eletrônica, contato telefônico ou encontro presencial, cujo registro, por qualquer forma imaginável, será suficiente para evitar a condenação do advogado ao ressarcimento da multa. O advogado desidioso, porém, poderá sofrer condenação à restituição do valor da multa ao seu cliente, em razão do descumprimento do dever profissional de mantê-lo informado.

Desse modo, seja pelo fato de os artigos concernentes à intimação não exigirem modalidade específica para a cientificação das partes sobre o início do curso do prazo para cumprimento espontâneo, seja pelo fato da publicação da decisão condenatória na imprensa constituir modalidade de intimação, suficiente para conferir eficácia às decisões, não se crê que a fluência do prazo a partir da exequibilidade fira qualquer garantia constitucional.

Por fim, não se olvide que a razoável duração do processo também é um direito fundamental, insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição, cuja violação ocorrerá sempre que forem realizadas providências processuais desnecessárias, dentre as quais se incluem a intimação pessoal do devedor ou de seu advogado sobre despacho de mero expediente que jamais terá o condão de emprestar eficácia aos provimentos decisórios – sentença ou acórdão – que o antecedem.

³⁸¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Artigo 475-J do Código de Processo Civil e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 20, p. 38.

³⁸² Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva.

3.4.3.2.1.2 Intimação do Advogado do Condenado como Regra na Lei n. 11.232/05

Parte da doutrina sustenta a necessidade de intimação do advogado para início da fluência do prazo em razão da sistemática introduzida pela Lei n. 11.232/05 em relação à liquidação de sentença, etapa na qual a parte é intimada em nome de seu advogado.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery sufragam esse entendimento, afirmando que a: “(...) intimação do devedor deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela Reforma da L 11.232/05 para comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento da sentença”³⁸³. No mesmo sentido se manifesta Ronaldo Cramer: “Note-se, pelas regras do parágrafo 1º do art. 475 – A do CPC e do parágrafo 1º do art. 475- J do CPC, que a Lei n. 11.232/2005 escolheu a intimação pela imprensa oficial como a forma de se comunicar processualmente com o réu”³⁸⁴.

Não há dúvida quanto à necessidade de intimação do advogado do condenado quando requerida a liquidação de sentença. Bem o diz o artigo 475 – A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil³⁸⁵. Tampouco se olvida que a intimação do executado, sobre o auto de penhora e de avaliação, recai na pessoa de seu advogado. Essa é a determinação inequívoca do artigo 475 – J, parágrafo 1º, do CPC³⁸⁶.

Também se sabe que por força do artigo 475 – B³⁸⁷, quando a determinação do valor da atualização depender de simples cálculos aritméticos, o credor requererá o cumprimento de sentença na forma do artigo 475 – J do CPC.

Contudo, nenhum desses dispositivos autoriza concluir pela necessidade de intimação do advogado do condenado para início da fluência do prazo para

³⁸³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 641.

³⁸⁴ CRAMER, Ronaldo. O Prazo e a Multa do Cumprimento de Sentença, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, p. 759.

³⁸⁵ Artigo 475 – A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. Parágrafo 1º. Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

³⁸⁶ 475 – J. Parágrafo primeiro. Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

³⁸⁷ Artigo 475 – B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475 – J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do débito.

cumprimento espontâneo da obrigação, findo o qual será aplicada a multa de dez por cento prevista no artigo 475 – J do CPC.

Não se pode perder de vista que a fase de cumprimento de sentença condenatória cujo objeto seja prestação pecuniária se faz por execução, conforme assinala o *caput* do artigo 475 – J, mas apenas se não tiver ocorrido o espontâneo cumprimento da obrigação. A leitura do artigo 475 – J aponta para a existência de dois momentos distintos: a) o de cumprimento espontâneo e b) o de cumprimento da sentença condenatória mediante execução forçada. O segundo existirá somente se após o primeiro persistir o inadimplemento. Não haverá cumprimento de sentença – mediante execução forçada – se o devedor cumprir a obrigação espontaneamente.

Se o devedor, esgotado o prazo para cumprimento espontâneo, não tiver adimplido, o desencadeamento dos atos de execução forçada – que é como se dá o cumprimento das sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro – exigirá requerimento do credor e deflagração dos atos constritivos tendentes à expropriação, o primeiro deles a penhora. Desse ato haverá intimação do advogado do devedor.

Identicamente, caso seja requerida a liquidação de sentença, etapa prévia ao momento de cumprimento espontâneo da condenação, o condenado será intimado na pessoa de seu advogado. Não se confundem, entretanto, a liquidação de sentença com o cumprimento espontâneo da quantia já fixada em liquidação.

O artigo 475 – J ao permitir a percepção de dois momentos distintos – cumprimento espontâneo da condenação e cumprimento da sentença mediante execução forçada – conduz à adequada interpretação do artigo 475 – B. O credor não requererá a intimação do condenado para o pagamento do débito sob pena de aplicação da multa. Haverá, isso sim, requerimento para a deflagração da execução, forma pela qual ocorre o cumprimento das sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro.

Desse modo, tratando-se de atos processuais em tudo distintos, não se verifica a necessidade de o legislador tratá-los igualmente. Requerida a liquidação de sentença ou penhorados e avaliados bens do condenado, ocorrerá intimação por meio de seu advogado. O mesmo não pode ser dito no que se refere ao momento de cumprimento espontâneo da sentença, cujo prazo será iniciado tão-logo seja exequível o provimento.

Nesse contexto seria possível invocar conhecida regra hermenêutica para fundamentar solução diametralmente oposta à preconizada por Nelson Nery Jr. e outros. Considerando que na Lei n. 11.232/05 o legislador sempre indicou a intimação na pessoa do advogado quando pretendeu que ela assim ocorresse, é lícito sustentar o

descabimento dessa intimação quando inexistir menção expressa no texto legal. Afinal, se pretendesse o legislador que o condenado fosse intimado ao cumprimento espontâneo na pessoa de seu advogado, teria feito o que fez nas hipóteses de liquidação de sentença e de penhora e avaliação: teria determinado expressamente a necessidade de intimação.

3.4.3.2.1.3 Dificuldades Práticas Opostas à Primeira Corrente

Quando não se fundamentam em considerações de ordem dogmática – violação aos princípios constitucionais, aplicação do artigo 240 do CPC e necessidade de intimação do condenado, “vontade” da Lei n. 11.232/05 e necessidade de intimação do advogado – as teorias contrárias à correspondência entre exequibilidade e início do prazo para espontâneo cumprimento indicam dificuldades de ordem prática para a admissão da primeira corrente.

Há quem invoque o artigo 475 – P, inciso II, para justificar a inviabilidade de fluência do prazo antes do retorno dos autos à 1ª instância, porquanto o juízo de processamento da causa em primeiro grau de jurisdição é competente para processar o cumprimento. Assim se manifesta Paulo Afonso de Souza Sant’Anna: “É recomendável, portanto, que se aguarde a devolução dos autos ao juízo de primeira instância, até mesmo porque, nos termos do art. 475 – P, II, CPC, o cumprimento da sentença se processa no juízo da origem”³⁸⁸. No mesmo sentido argumenta Milton Martins Mello: “Se os autos ainda não retornaram do juízo *ad quem*, não há como o devedor cumprir a obrigação até mesmo por impedimento de ordem material, já que o juízo *a quo* não tem como realizar qualquer ato processual sem o processo (sic)”³⁸⁹.

Esse entendimento, contudo, radica-se em confusão terminológica. O cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de dinheiro, conforme reiteradamente afirmado neste trabalho, faz-se mediante execução forçada, cujo procedimento correrá no juízo que processou a causa no 1º grau de jurisdição. O cumprimento espontâneo da condenação, ato distinto, não se faz necessariamente em juízo, sendo possível o pagamento do débito junto ao credor.

Dito de outro modo, tornando-se exequível o provimento condenatório proferido em 2ª instância, obviamente o devedor não precisará aguardar o retorno dos

³⁸⁸ SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Primeiras Observações sobre o Novo Art. 475 – J do CPC. *Revista de Processo* n. 139. Setembro de 2.006, p. 167.

³⁸⁹ MELLO, Milton Martins. Cumprimento de Sentença: Necessidade de Intimação do Réu. *Revista de Processo* n. 155, p. 232.

autos para satisfazer a obrigação, sendo plenamente possível o pagamento do débito, corretamente atualizado, diretamente ao credor, mediante recibo para posterior juntada aos autos quando de seu regresso ao juízo de origem. Como adverte Humberto Theodoro Jr.: “Tudo se passará da forma mais singela possível: o devedor oferecerá o pagamento diretamente ao credor, dele obtendo a quitação, que será juntada ao processo; ou oferecerá em juízo o depósito da soma devida para obter do juiz o reconhecimento da extinção da dívida e conseqüente encerramento do processo”³⁹⁰.

Certamente não será necessário que os autos estejam no juízo para que o devedor cumpra a prestação a que foi condenado. Se o devedor, nessa hipótese, pagar parcialmente o débito, tornar-se-á aplicável o quarto parágrafo do artigo 475 – J³⁹¹, incidindo a multa sobre o valor não adimplido.

Crê-se que invocar o artigo 475 – P, inciso II, como óbice à correspondência entre exeqüibilidade da decisão e início do prazo para espontâneo cumprimento constitua equívoco cujo pressuposto é a inexata assimilação entre cumprimento de sentença condenatória em dinheiro – que ocorre mediante execução forçada – e cumprimento espontâneo da obrigação.

Perfilando entendimento oposto, Rogério Licastro Torres de Mello questiona o que deve fazer o devedor quando o trânsito em julgado – com a conseqüente exeqüibilidade do provimento condenatório – ocorrer no momento em que os autos estiverem em 2º grau de jurisdição ou nas Cortes de Superposição³⁹². Ao que se responde: deverá cumprir espontaneamente a obrigação pagando seu débito diretamente ao credor ou a quem o represente.

3.4.3.2.1.4 Aplicação Subsidiária dos Dispositivos do Livro II

A aplicação subsidiária dos dispositivos do Livro II do Código de Processo Civil, disciplinada pelo artigo 475 – R³⁹³, também é empregada para demonstrar a

³⁹⁰ THEODORO Jr., Humberto. Títulos Executivos Judiciais: o Cumprimento da Sentença segundo a Reforma do CPC Operada pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2.005. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 43, p. 61.

³⁹¹ Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

³⁹² MELLO, Rogério Licastro Torres de. O início do prazo para cumprimento de sentença. *Revista de Processo* n. 155, p. 45.

³⁹³ Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

necessidade de intimação pessoal do devedor para que se inicie o prazo para espontâneo cumprimento do provimento condenatório.

Milton Martins Mello, após invocar a aplicação subsidiária ao cumprimento de sentença do artigo 652 do Código de Processo Civil³⁹⁴, dispositivo que concede ao executado três dias para pagamento da dívida, conclui peremptoriamente pela necessidade de intimação pessoal do devedor também no cumprimento de sentença: “Quem será citado? O executado (o devedor) e pessoalmente, não por meio de seu advogado ou de quem quer que seja. Como o *caput* do art. 475 – J do CPC não diz de forma diversa, ou seja, não estipula em nome de quem deve ser intimado o devedor, é porque prevalece, então, nesse particular, a regra geral, ou seja, a intimação pessoal do devedor para cumprimento espontâneo da obrigação”³⁹⁵.

O raciocínio soçobra ao não atentar para o fato de que o Livro II disciplina uma demanda executiva autônoma, sendo obrigatória a citação do executado, o qual desconhece, até o momento da citação, a demanda que contra ele fora ajuizada. É precisamente por isso que nesse caso se impõe sua citação pessoal, sob pena de anulação do processo executivo por ausência de pressuposto processual de validade.

Apesar de também ser constituído, identicamente ao que ocorre na execução fundada em títulos extrajudiciais, por atos de execução forçada, algo muito diferente ocorre no cumprimento de sentença, mera fase de uma única demanda na qual se realizam atos jurisdicionais de cognição e de execução. Como é sabido, chegada a fase do cumprimento de sentença, o condenado já tem ciência do processo e da condenação, pois participou de sua fase cognitiva, razão pela qual não será necessário intimá-lo, nem, tampouco, ao seu advogado, para que cumpra o provimento condenatório.

Sendo assim, a aplicação subsidiária do artigo 652 do Código de Processo Civil não pode ocorrer, pois incabível na hipótese, dada a diferença, quanto à ciência dos atos processuais, entre o condenado no cumprimento de sentença e o executado no processo de execução fundado em título extrajudicial.

3.4.3.2.1.5 Dificuldade na Contagem de Prazo

É possível conceber, adotando-se a primeira corrente doutrinária, dificuldade na contagem do prazo para cumprimento espontâneo da obrigação. Em tese, poderia ser

³⁹⁴ O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

³⁹⁵ MELLO, Milton Martins. Op. cit., p. 227.

questionável o momento no qual o provimento condenatório se revestiria de exeqüibilidade suficiente para ensejar o cumprimento espontâneo, conforme exemplo formulado por Ronaldo Cramer:

“Como o prazo de 15 dias começa a fluir a partir do momento em que a sentença se torna exigível, o termo inicial desse prazo, dependendo do caso concreto, pode ser duvidoso. Imagine-se, por exemplo, que, passados 15 dias da publicação da sentença, não haja notícia da interposição de apelação. O autor, para sua própria segurança, requer que o cartório certifique o trânsito em julgado. Corridos 18 dias da publicação da sentença, o cartório certifica o trânsito em julgado. Considerando a primeira corrente, a partir de quando começa a correr o prazo do cumprimento de sentença? A partir do 16º dia da publicação, antes da certidão de trânsito em julgado, ou a partir do 19º dia da publicação, depois da certidão de trânsito em julgado? O problema aumenta se o cartório demorar mais tempo para dar a certidão de trânsito em julgado. E piora se, depois da certidão de trânsito em julgado, o cartório verifica que o réu interpôs apelação”³⁹⁶.

O engenhoso exemplo, cuja ocorrência, considerado o excesso de demandas e o aparato defasado do Poder Judiciário, é bastante provável na prática forense, não traduz qualquer óbice mais sério à primeira corrente doutrinária. A partir do 16º dia a multa será aplicada, pois escoado o prazo fixado em lei sem que tenha havido adimplemento da obrigação. Pouco importa, para a aplicação da multa, que a certidão do cartório tenha sido emitida dezanove dias após a publicação da sentença, pois não é a certidão que ocasiona o trânsito em julgado, mas sim, a omissão do réu no tocante à interposição de recurso.

Por outro lado, se o cartório constatar, mesmo após certificação de trânsito em julgado, que houvera interposição de recurso, é certo que a multa não será aplicada, pois interrompida, com a interposição de apelação, a eficácia condenatória e, corolariamente, a exeqüibilidade. Em verdade, o exemplo não suscita maiores indagações, pois a certidão não constitui o trânsito em julgado, mas tão-somente certifica sua ocorrência.

José Rogério Cruz e Tucci indica a situação de perplexidade a que pode conduzir a primeira corrente nas hipóteses de sucumbência recíproca, consideradas as dificuldades no tocante à determinação do momento de ocorrência do trânsito em julgado:

“Todavia, quem advoga sabe que em todas as hipóteses de sucumbência recíproca, *ainda que mínima*, somente por meio de exercício de adivinhação é que se torna possível certificar-se o trânsito em julgado. Explico-me: se, por exemplo, contra uma sentença, que acolheu parcialmente o pedido condenatório deduzido pelo autor, não for interposto recurso de apelação por nenhum dos dois litigantes, o réu-devedor, quando se der conta de que não houve impugnação pelo demandante, já deixou decorrer o prazo de 15 dias “a contar do trânsito em julgado”. Igualmente, se um Tribunal estadual reduzir de R\$ 50.000,00 para R\$ 20.000,00 a condenação, a título de dano moral, antes imposta pela sentença, o condenado não poderá

³⁹⁶ CRAMER, Ronaldo. *O Prazo e a Multa do Cumprimento de Sentença*, p. 755.

presumir (ou adivinhar), de antemão, que o autor se resignou com o julgamento colegiado. Quando ele, devedor, descobrir que não houve, por exemplo, interposição do recurso especial, o lapso de 15 dias já transcorreu! Nem se afirme que o condenado que não recorreu deve cumprir espontaneamente o julgado, até porque, a teor do disposto no art. 500 do CPC, ostenta ele interesse em interpor recurso adesivo...”³⁹⁷.

Na primeira hipótese, caberá ao “réu-devedor”, se não quiser se submeter à aplicação da multa, pagar o débito a que foi condenado ou interpor apelação. Sua inércia ensejará a aplicação da multa e não se vê nenhum motivo para perplexidade ou escândalo nessa conclusão.

Na segunda hipótese, não querendo o devedor se submeter à aplicação da multa, deverá pagar os R\$ 20.000,00 a que foi condenado caso sua intenção não seja recorrer. Nesse caso será de somenos importância seu interesse contingente na interposição de recurso adesivo, dada a não interposição do “recurso principal” pelo credor. Ademais, se pretendesse impugnar a decisão, por que o “réu-condenado” não interporia seu próprio recurso?

Assim, se o “réu-condenado” interpor, exemplificativamente, recurso especial, terá de requerer a concessão de efeito suspensivo com fundamento no artigo 558 do CPC. Como em regra o quinquídio para aplicação da multa terá transcorrido antes do processamento do recurso especial, o “réu-condenado” terá de propor ação cautelar, a qual, para permitir tempestivamente a suspensão almejada, terá de ser preparatória ou incidental ao recurso, ajuizada no tribunal de origem ou na Corte de Cassação, dependendo do caso. Concedido o efeito suspensivo antes do decurso do quinquídio não será aplicada a multa prevista em lei.

Nada obstante, se não for concedido o efeito suspensivo, o “réu-condenado”, ora recorrente, terá de depositar o valor da condenação em conta vinculada ao juízo, nos termos do artigo 475 – O, inciso III, do Código de Processo Civil³⁹⁸, sob pena de aplicação da multa. Não será preciso, para realizar este depósito, que os autos estejam em primeira instância.

Além de não derruir a primeira corrente a exemplificação de Cruz e Tucci encerra um equívoco, pois pressupõe o marco inicial para cumprimento espontâneo

³⁹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O Artigo 475 – J do Código de Processo Civil e o Superior Tribunal de Justiça*, p. 39.

³⁹⁸ Artigo 475 – O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (...) III – o levantamento do depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação da propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

como a data de trânsito em julgado – segunda corrente – não como a exequibilidade do provimento condenatório – primeira corrente.

Sendo assim, tomando-se o trânsito em julgado como o marco inicial para a deflagração do prazo para espontâneo cumprimento, será necessário admitir que em nenhuma das hipóteses elaboradas por Cruz e Tucci a multa terá incidido. De fato, pois como o trânsito em julgado ocorre quinze dias após a prolatação do provimento condenatório, o 16º dia após o trânsito em julgado corresponderá, nos termos da segunda corrente, tão-somente ao primeiro dia do prazo para cumprimento espontâneo.

Problema interessante poderia advir como variação à segunda hipótese. Se o “réu-condenado” pagasse R\$ 20.000,00 ao autor, este, a despeito disso, ainda teria interesse recursal para pleitear o restabelecimento, nos tribunais de superposição, do montante consignado em 1ª instância. Não se operaria preclusão lógica com a aceitação do pagamento de R\$ 20.000,00 e concomitante interposição de recurso para a superposição, já que o objeto do autor recorrente é a majoração do *quantum* condenatório.

Mesmo se os tribunais de superposição majorarem a condenação, reimplantando o valor da 1ª instância, não poderá haver aplicação automática da multa, pois o “réu-devedor” não recorreu e satisfaz a decisão exequível à época. Nada obstará, evidentemente, que se aplique a multa posteriormente, se o “réu-devedor” não cumprir espontaneamente a majoração.

Ainda quanto à contagem de prazo, abordam-se duas questões formuladas por Denis Donoso. A primeira diz respeito à possibilidade de contagem em dobro do prazo para cumprimento espontâneo caso haja dois ou mais réus, mercê da aplicação do artigo 191 do CPC³⁹⁹. A segunda versa sobre o prazo para espontâneo cumprimento e a interposição de embargos de declaração.

Formulando exemplo no qual dois réus interpõem apelação no 30º dia, o que é admitido pela jurisprudência, Denis Donoso questiona se a contagem do prazo para cumprimento espontâneo também poderia ser contada em dobro, concluindo pela resposta positiva: “Ora, se o prazo de cumprimento espontâneo não for contado em dobro também, acontecerá uma situação inusitada, na medida em que terá sido interposto recurso, que em regra tem efeito suspensivo, mas a multa de 10% já terá sido

³⁹⁹ Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

aplicada, embora a eficácia da decisão esteja suspensa em razão da interposição de apelação”⁴⁰⁰.

Concorda-se que a situação gera perplexidade. Nada obstante, o cumprimento espontâneo da obrigação não guarda qualquer correspondência com a interposição de recursos ou com a resposta à ação. Tampouco corresponde a um ato de manifestação que permita a aplicação do prazo em dobro. Como o prazo para espontâneo cumprimento corre a partir da exequibilidade da sentença, os réus deverão interpor seus recursos antes do quinquídio para não sofrerem acréscimo de dez por cento ao montante de seus débitos.

Sobre os embargos declaratórios Denis Donoso sustenta que sua interposição “(...) interrompe não apenas o prazo para outros recursos, mas também o prazo para cumprimento da sentença”⁴⁰¹. Adota-se a conclusão do autor, pois os embargos de declaração possuem “(...) efeito suspensivo da executoriedade da decisão recorrida, não permitindo que se proceda à execução provisória”⁴⁰².

Conclui-se, portanto, que a interposição dos declaratórios enseja reabertura integral do quinquídio para cumprimento de sentença, o qual passaria a fluir após a publicação da decisão do recurso. Se, posteriormente, for interposto outro recurso com efeito suspensivo, será novamente interrompida a eficácia da decisão, interrompendo-se, por força do bloqueio de eficácia, a fluência do prazo para espontâneo cumprimento. Tal ocorrerá quando, interpostos embargos de declaração contra a sentença, em momento subsequente for interposta apelação, hipótese na qual, até a publicação do acórdão de apelo, não terá sido aberto o quinquídio para adimplemento.

3.4.3.2.1.6 Dificuldade no Estabelecimento do *Quantum*

Considerando que as hipóteses de trânsito em julgado de sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro, sem que tenha havido interposição de recurso à 2ª instância ou aos tribunais de superposição são raríssimas, só muito raramente os autos estarão disponíveis em 1º grau no momento em que o provimento condenatório transitar em julgado.

⁴⁰⁰ DONOSO, Denis. Aspectos polêmicos sobre o caput do novo art. 475 – J do CPC. Termo inicial do prazo para cumprimento de sentença, sua natureza jurídica e forma de contagem. (Des)necessidade de intimação pessoal do devedor. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 45, p. 29.

⁴⁰¹ DONOSO, Denis. *Idem*, p. 26.

⁴⁰² PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, p. 180.

Por esse motivo parte da doutrina aponta a possibilidade de dificultosa elaboração do *quantum debeatur* como um dos obstáculos à aceitação da tese de que o prazo para cumprimento espontâneo passa a correr a partir da exequibilidade dos provimentos condenatórios. Nessa senda Milton Martins Mello formula exemplo no qual o trânsito em julgado ocorre no STJ, sendo mantida sentença com o seguinte capítulo dispositivo:

“(…) Isto posto, condeno o requerido a pagar ao requerente, a título de danos morais, a importância de R\$ 1.000,00, corrigida a partir da data do evento e acrescida de juros de 1% ao mês a partir da citação. A título de danos materiais, condeno o requerido a ressarcir o requerente as importâncias apresentadas pelos documentos de fls. 51 a 100, corrigidas monetariamente a partir da data de cada um dos desembolsos e acrescida de juros de 1% a contar da citação. Custas pelo requerido e honorários de 10% sobre o valor atualizado da condenação. P.R.I.”⁴⁰³.

Com base nesse exemplo, no qual a apuração do *quantum debeatur* dependerá do exame dos autos, Martins Mello sustenta que impor ao devedor condenado o deslocamento até Brasília, no prazo de quinze dias, para que ele examine os autos e apure o *quantum*, feriria o princípio da menor onerosidade⁴⁰⁴.

O exemplo, apesar de sua verossimilhança, não convence. Mesmo os advogados com menos recursos mantêm, em seus escritórios, espelhos dos autos, formados pelas cópias dos originais extraídas ao longo da tramitação. As sentenças, ademais, em regra são disponibilizadas na íntegra nos sítios virtuais dos tribunais. Quando menos, as sentenças são registradas, tendo as partes acesso no mínimo ao seu capítulo dispositivo. Assim, bastaria ao devedor compulsar o espelho dos autos para calcular o valor da condenação.

É irreal supor que nenhuma das partes – sim, fala-se de “partes”, pois o devedor pode procurar o autor para pagar o débito, ocasião na qual certamente lhe seria franqueado o acesso ao espelho dos autos mantido pelo credor – tenha cópias dos autos que permitam o cálculo para apuração da dívida conforme o comando sentencial. Repita-se, nesse contexto, que o cumprimento espontâneo da sentença não precisa ocorrer em juízo, podendo o devedor pagar diretamente o credor.

Desse modo, quitado o débito, multa não incidirá. Havendo quitação parcial, incidirá a multa sobre a dívida remanescente, conforme assenta o artigo 475 – J, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

⁴⁰³ MELLO, Milton Martins. *Cumprimento da sentença: necessidade de intimação pessoal do réu*, p. 233.

⁴⁰⁴ Cf. MELLO, Milton Martins. *Idem*, *ibidem*.

3.4.3.3 Reformulação do Sistema pela Lei n. 11.232/05: Contagem de Prazo para Cumprimento Espontâneo a partir da Eficácia dos Provimentos Condenatórios

A solução preconizada neste trabalho, consistente na indicação da exequibilidade dos provimentos condenatórios como o termo inicial para o cumprimento espontâneo pelo “réu-condenado” não timbra pela ortodoxia. De fato, seria mais fácil e ortodoxo defender a necessidade de intimação pessoal do devedor, posição acomodatória em relação ao regime anterior, no qual, proferida a sentença, incumbia ao credor ajuizar ação executiva para só então lograr a satisfação de seu direito.

Não se crê, contudo, que a *ratio essendi* da Lei n. 11.232/05 seja outra que não a radical transformação do cumprimento das sentenças condenatórias ao pagamento de soma. Essa radical transformação passa pelo reconhecimento de consequência dogmática que se evidencia à luz do sistema: as sentenças produzem seus efeitos tão logo sejam publicadas.

Nesse contexto, condicionar a eficácia das sentenças à publicação de despachos ordinatórios pelos quais se determina o cumprimento do que já fora decidido é medida que se não conforma ao direito fundamental à razoável duração do processo. A ação executória da sentença de condenação acabou, festejem uns, lamentem outros. Sustentar a necessidade de intimação pessoal do devedor, medida não exigida pelo sistema processual, corresponde, de fato, à acomodação com a estrutura procedimental abolida pelo novel diploma legislativo.

Considerando que a reforma da execução de sentenças condenatórias ao pagamento de soma teve como propósito tornar mais célere a tutela jurisdicional, sustentar a necessidade de intimação pessoal, ainda que mediante correspondência com aviso de recebimento, implica comprometer desnecessariamente – pois a intimação pessoal não é exigida nem à luz da Constituição, nem à luz do código processual - a efetividade do novo sistema. Conforme adverte Rogério Licastro Torres de Mello, “(...) sendo certo que o espírito da Lei 11.232/2005 é o de, extinguindo-se a autonomia processual da execução de sentença, abolir a necessidade de convocação pessoal do

devedor mediante sentença (ato processual naturalmente pessoal), seria paradoxal, *vênia concessa*, sustentar a necessidade de intimação pessoal do executado (...)⁴⁰⁵.

Incumbe interpretar o novo sistema sem compromisso com a estrutura por ele revogada, valorizando sua razão de ser, a qual constitui, inequivocamente, a maior celeridade na tutela do direito creditório. Como afirma Athos Gusmão Carneiro, “(...) as novas leis exigem do processualista e intérprete uma mudança de mentalidade, ou seja, *um novo modo de pensar*, distinto daquele apegado a premissas dogmáticas antigas, que influenciavam o sistema jurídico de outrora”⁴⁰⁶.

Dito isso, reafirma-se a correção da primeira posição doutrinária, a assentar a exequibilidade dos provimentos condenatórios como o marco inicial para a fluência do prazo para espontâneo cumprimento da decisão pelo devedor condenado, findo o qual será automaticamente aplicada a multa de dez por cento prevista em lei. Basta, portanto, que o provimento condenatório seja eficaz, pois o “(...) efeito condenatório da sentença não se opera apenas com o trânsito em julgado ou com alguma subsequente comunicação ao réu de que deve cumpri-la”⁴⁰⁷.

Desse modo, sustentar que a multa só possa incidir após o trânsito em julgado significa “(...) ignorar o fato de que ela também objetiva dar efetividade à sentença condenatória e que essa pode produzir efeitos antes da formação da coisa julgada material”⁴⁰⁸. É o que ocorrerá quando for interposto recurso despido de efeito suspensivo, facultando-se ao credor o exercício da execução fundamentada em decisão provisória. Nesses casos deverá o “réu condenado recorrente” depositar a quantia em conta bancária vinculada ao juízo, ato suficiente para impedir a aplicação da multa.

Crê-se que a expressão “depósito em dinheiro”, presente no artigo 475 – O, inciso III, compreenda o depósito que o “réu condenado recorrente” fará para elidir a aplicação da multa caso interponha recurso sem efeito suspensivo. A retirada do valor depositado exigirá que o devedor preste caução. Não há descompasso entre essa solução e a idéia, defendida neste trabalho, de que o devedor condenado terá de pagar o débito caso não queira malograr a aplicação da multa em seu detrimento.

⁴⁰⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O início do prazo para cumprimento de sentença*, p. 45. O autor defende, nesse texto, a necessidade de intimação do devedor, na pessoa do advogado, para que tenha início o prazo para cumprimento espontâneo da sentença.

⁴⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Alguns Temas Relevantes à Execução: Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n. 20, p. 91.

⁴⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 236.

⁴⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 236.

A multa incidirá sempre que o devedor não cumprir espontaneamente o provimento condenatório, seja sentença, seja acórdão. Se o “réu-condenado” interpuser recurso com efeito suspensivo, a interrupção da eficácia do provimento condenatório impedirá a deflagração do prazo para cumprimento espontâneo. Se interpuser recurso sem efeito suspensivo, evitará a aplicação da multa depositando o valor da condenação em conta vinculada ao juízo.

Explica-se a diversidade de soluções. Se o “réu-condenado”, em vez de depositar em juízo o valor da condenação, pagar o credor, falecerá seu interesse em recorrer, por preclusão lógica. Por esse motivo lhe será oportunizada a faculdade de depositar o valor, medida que conservará seu interesse na interposição de recursos às Cortes de superposição, os quais em regra não possuem efeito suspensivo.

A diferença entre a primeira e a segunda correntes doutrinárias acerca do momento de aplicação da multa prevista no artigo 475 – J reside no fato de que a eficácia do provimento condenatório é anterior ao seu trânsito em julgado, o que implicará diferença na data de aplicação da multa.

De fato, se se considerar o trânsito em julgado como o marco inicial para a contagem do prazo para cumprimento espontâneo, a multa só incidirá depois de trinta dias do início de sua eficácia, já que o trânsito em julgado ocorre no 15º dia após a prolação de provimento condenatória sem que contra ele tenha sido interposto recurso. Para os que advogam a segunda corrente, somente a partir desse momento se iniciaria o prazo para espontâneo cumprimento.

Dito isso, é importante reiterar a desnecessidade de intimação para o cumprimento espontâneo, seja mediante intimação pessoal, seja mediante intimação na pessoa do advogado do “réu-condenado”. As ações condenatórias, em regra, trazem pretensões materiais indenizatórias ou de cobrança. O devedor é citado e se defende. Trata-se sempre de ações plenárias, nas quais se admite toda sorte de alegação. Faculta-se às partes a ampla participação no processo. Não raro haverá produção de provas orais, colhendo-se o depoimento pessoal do “réu-devedor”. Só depois de uma longa tramitação será proferido o provimento condenatório, passível de suspensão, bastando, para tanto, que o “réu-devedor” apele.

Sustentar, nesse contexto, que o “réu-devedor” sofrerá violação de suas garantias constitucionais caso ele não seja intimado a cumprir o acórdão mediante intimação - pessoal ou na pessoa do advogado - de despacho de mero expediente que se limita a determinar o cumprimento do que já foi decidido, equivale a menosprezar a

função da reforma, consistente na ruptura com o sistema anterior, calcado na citação do réu para pagamento do valor apontado no provimento condenatório.

Esse entendimento, respeitados seus ilustres defensores, traduz um desequilíbrio na concepção do processo, tornando-o instrumento de especial proteção ao réu, que ao inadimplemento original, ensejador do ajuizamento da ação, adiciona o descumprimento do próprio provimento condenatório, freqüentemente reiterado em 2ª instância.

Ao prever o direito fundamental à razoável duração do processo a Constituição exige que não sejam tomadas medidas que retardem desnecessariamente o cumprimento das decisões⁴⁰⁹. Na síntese de Marcelo Lima Guerra “(...) é razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais”⁴¹⁰.

Sendo assim, não será razoável a intimação específica para cientificação do condenado sobre o início do prazo para espontâneo cumprimento, seja pessoal, seja na pessoa do advogado, pois a publicação do provimento condenatório na imprensa já é uma modalidade de intimação, suficiente para garantir os direitos processuais do devedor. Como já visto o fato de as publicações na imprensa se dirigirem aos advogados não representa óbice ao entendimento aqui esposado, pois cabe aos procuradores judiciais informar detidamente seus constituintes.

O preceito constitucional deve ser levado em conta pelos processualistas na interpretação do artigo 475 – J, sob pena de, à custa de excessiva proteção ao réu – excessiva precisamente por ser desnecessária, dado o exercício do contraditório e da ampla defesa na primeira fase da demanda, incumbindo ao advogado comunicar o andamento processual ao seu cliente – execrar-se injustamente o autor, *condenando-o* à eternização da demanda, com evidente vantagem ao “réu-condenado-recorrente”.

É merecedora de encômios a posição de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, para quem não se obterá avanço na tutela executiva “(...) enquanto dogmas impedirem o legislador e os aplicadores do Direito de ver que somente se pode ser misericordioso para com o devedor na medida em que não se comprometa a satisfação

⁴⁰⁹ Artigo 5º, inciso LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, p. 107.

do credor, porque a credibilidade da jurisdição assim o exige, entendimento que encontra fundamento na interpretação sistemática dos artigos 612 e 620 do CPC”⁴¹¹.

3.4.3.4 Execução Provisória e Artigo 475 – J: Possibilidade de Aplicação da Multa

Antes de se investigar a possibilidade de aplicação da multa prevista no artigo 475 – J na denominada execução provisória é necessário fazer dois esclarecimentos terminológicos.

Principia-se pela correção da própria expressão que designa o objeto de estudo, pois a execução não é provisória. Provisória é a decisão na qual ela se fundamenta. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni a “(...) execução dita provisória não é diferente da execução de uma sentença definitiva”⁴¹². De modo que “(...) os atos executivos praticados em virtude de uma sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios”⁴¹³.

Desse modo, muito embora a expressão seja empregada neste trabalho, reconhece-se que ela não expressa com correção o fenômeno investigado, pois os atos executivos, isoladamente considerados, serão sempre definitivos, podendo ter seus efeitos desconstituídos, o que não implica comprometimento à sua definitividade.

É adequado, portanto, compreender que a expressão “execução provisória” significa “execução de decisão provisória”⁴¹⁴. Destaque-se que mesmo a expressão “execução de sentença provisória” seria pouco exata, pois à luz do sistema é possível a execução de provimentos condenatórios ao pagamento de soma que não sejam sentenças, mas decisões interlocutórias ou acórdãos.

Feito o primeiro esclarecimento terminológico, passa-se ao segundo. Como já dito, com a expressão “execução provisória” se designa a execução do provimento condenatório ao pagamento de dinheiro, sendo certo, nos termos do artigo 475 – J, que o cumprimento de decisão condenatória ao pagamento de soma é deflagrado mediante execução, sendo esta uma das espécies de cumprimento de sentença – a outra espécie é

⁴¹¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O Novo “Cumprimento de Sentença” e a Busca da Efetividade do Processo – Considerações a Propósito da Lei n. 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 47, p. 60.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença.*, p. 191.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, *ibidem*.

⁴¹⁴ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 368.

o cumprimento em sentido estrito, incidente nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Impõe-se verificar, nesse contexto, se seria possível um cumprimento de sentença espontâneo e provisório. Guilherme Rizzo Amaral se manifesta pela possibilidade, pautando sua resposta na existência de dois distintos momentos na fase executiva das demandas condenatórias. O primeiro corresponde ao cumprimento espontâneo do provimento pelo devedor. O segundo, aos atos de execução, pois prevalecente o inadimplemento.

Sendo assim, para Rizzo Amaral o “réu condenado recorrente” poderia ser instado a cumprir provisoriamente o preceito condenatório sempre que seu recurso não tivesse efeito suspensivo: “Assim, poderá o credor requerer, na forma do art. 475 – O, parágrafo 3º, a *intimação* do devedor para que cumpra a sentença ou o acórdão – ainda que em sede provisória – no prazo de 15 dias”⁴¹⁵.

Como Rizzo Amaral entende que o quinquídio para aplicação da multa do artigo 475 – J se inicia com o trânsito em julgado, para ele será necessário “(...) informar o devedor da intenção do credor em obter o cumprimento em sede provisória, a qual se dá por iniciativa, conta e risco deste último”⁴¹⁶. Nada obstante, considerando que o termo inicial para cumprimento espontâneo não carece do trânsito em julgado do provimento condenatório, mas tão-somente de sua eficácia, será desnecessário intimar o “réu-condenado-recorrente”.

Exequível a decisão, ainda que provisoriamente, inicia-se o prazo para cumprimento espontâneo, cujo encerramento ensejará automática aplicação da multa. Com fundamento na premissa de que o quinquídio para espontâneo cumprimento é deflagrado com a eficácia do provimento condenatório, não se conceberá o “cumprimento provisório” vislumbrado por Rizzo Amaral, muito embora sua conclusão seja rigorosamente coerente com sua premissa – fluência do quinquídio a partir do trânsito em julgado – da qual se diverge neste trabalho.

Desse modo com a expressão execução provisória se faz referência unicamente ao pedido de deflagração dos atos executivos após o transcurso do momento

⁴¹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e Execução da Sentença*, p. 212.

⁴¹⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Idem*, *ibidem*.

para espontâneo cumprimento, o qual transcorrerá sob responsabilidade objetiva do credor, nos termos do artigo 475 – O, inciso I⁴¹⁷.

Feitos os esclarecimentos terminológicos, reitera-se que a possibilidade de execução provisória, fato comprobatório da irradiação da eficácia condenatória, impõe ao “réu-condenado” a iniciativa de pagar o débito, sob pena de vê-lo acrescido no valor correspondente a um décimo no momento em que o credor pleitear a deflagração da execução. A multa já terá sido aplicada.

Como os recursos aos tribunais de superposição em regra não suspendem a eficácia das decisões proferidas no âmbito das duas instâncias, o “réu-condenado” será estimulado a cumprir o provimento condenatório, máxime quando confirmado em 2ª instância. Nesse momento se nota a função coercitiva da multa em todo seu vigor. Entretanto, se o “réu-condenado” recorrer, a não obtenção de efeito suspensivo lhe imporá o ônus de depositar em juízo o valor da condenação, evitando, com esse expediente, a aplicação da multa.

Reitere-se que o depósito terá de ser feito em conta vinculada ao juízo, já que a transferência do dinheiro diretamente ao credor implicaria aceitação da decisão, constituindo, conseqüentemente, fato extintivo do direito de recorrer. Essa circunstância, por seu turno, representaria a ausência de pressuposto recursal intrínseco – inexistência de fato extintivo do direito de recorrer – fundamento conducente à negativa de seguimento do recurso.

Diversamente, caso o “réu-condenado” recorra às cortes superiores, depositando em juízo o valor do débito, não poderá ser inadmitido seu recurso, pois o mero depósito em conta vinculada ao juízo não corresponde à aceitação da decisão, por não se tratar, nos termos do artigo 503, de “um ato incompatível com a vontade de recorrer”.

Depositado o valor do débito em juízo também não poderá ser aplicada em desfavor do condenado a multa prevista no artigo 475 - J. Nesse contexto, muito embora a exequibilidade provisória autorize a aplicação da multa, é justo que o devedor dela se exima depositando o *quantum* em conta vinculada ao juízo, dada a possibilidade de reforma da decisão, sendo outorgada ao credor a faculdade de levantar os valores depositados mediante caução, nos termos do artigo 475 – O, inciso III.

⁴¹⁷ 475 – O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido.

Marcelo Abelha sustentou o descabimento da multa na execução provisória, amparando seu entendimento no fato de que o devedor, nessas hipóteses, não poderia, concomitantemente, recorrer e pagar o débito, com esta medida evitando a aplicação da multa, já que o pagamento implicaria desistência tácita do recurso interposto⁴¹⁸. No mesmo sentido se manifesta Sidney Palharini Jr., afirmando que o pagamento “(...) é ato incompatível com a impugnação apresentada, retirando do recurso interposto o seu objeto”⁴¹⁹.

De fato o pagamento é ato incompatível com o direito de recorrer, mas o depósito de dinheiro em juízo não o é. Essa solução, posto que excepcional, pois a Lei n. 11.232/05 exige o efetivo pagamento para evitar a aplicação da multa, coaduna-se com a especificidade da execução provisória, na qual o credor só poderá levantar o dinheiro que tenha sido depositado pelo devedor se oferecer caução, conforme assenta o artigo 475 – O, inciso III. Note-se que o dispositivo menciona “o levantamento de depósito em dinheiro”, em clara alusão ao depósito realizado pelo “condenado-recorrente” quando da interposição de recurso sem efeito suspensivo.

A elisão da multa mediante depósito do débito em juízo não é uma solução artificial, mas consequência da especificidade da execução provisória, que impede o credor, salvo mediante caução, excepcionada em situações especiais, de levantar o dinheiro depositado. De fato, para assegurar os direitos do “condenado-recorrente”, “(...) ou deve o credor prestar caução ou o valor permanecerá depositado nos autos até o trânsito em julgado, ressalvadas as hipóteses, mais ou menos amplas conforme a interpretação dada, de dispensa dessa caução”⁴²⁰.

Muito embora a aplicação da multa conduza o condenado a refletir sobre a viabilidade do recurso endereçado às cortes superiores, destituídos, em regra, de efeito suspensivo, é certo que a opção pelo recurso não poderia por si só ensejar a aplicação da multa, razão pela qual o sistema outorgou nessa hipótese, e somente nessa hipótese, a possibilidade de elisão da multa mediante simples depósito, o qual não se confunde com o pagamento.

A diferença entre os institutos é nítida. No pagamento existe ato definitivo de entrega ao credor da soma em dinheiro objeto da execução. Muito embora possa ser

⁴¹⁸ Cf. ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*, p. 321.

⁴¹⁹ PALHARINI JR., Sidney. Algumas Reflexões sobre a Multa do Artigo 475 – J do CPC, in *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*, p. 275.

⁴²⁰ FRANCO, Fernão Borba. A Multa na Execução Definitiva e Provisória, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, p. 241.

realizado em juízo, o pagamento em regra é feito ao próprio credor. No depósito realizado pelo “réu-devedor” para evitar a aplicação da multa não há definitividade e a quantia não será depositada em conta do credor, mas sim, em conta vinculada ao juízo de 1ª instância que proferiu o provimento condenatório.

Interposto recurso pelo condenado sem efeito suspensivo, deixando o recorrente de depositar em juízo o valor do débito, “(...) o autor poderá requerer a execução da condenação provisória acrescida do valor da multa, solicitando, nos termos da parte final do art. 475 – J do CPC, penhora e avaliação de bens do devedor”⁴²¹. Essa possibilidade decorre da irradiação da eficácia do provimento condenatório. O caráter provisório do título não impede a aplicação da multa.

Ainda que o tema ultrapasse os limites desse trabalho, destinado a perquirir a permanência da sentença condenatória e seus contornos no sistema processual civil brasileiro após a promulgação da Lei n. 11.232/05, é importante destacar que a despeito da necessidade de caução, excepcionada apenas nas hipóteses do parágrafo 2º, incisos I e II do artigo 475 – O, houve progresso rumo à transformação da execução provisória em uma execução completa, porquanto o código reformado permite levantamento de dinheiro e realização de atos expropriatórios.

Note-se que o pedido de execução provisória será instruído obrigatoriamente com os documentos indicados nos incisos I a IV do parágrafo terceiro do artigo 475 – O, sendo-lhe facultado, nos termos do inciso V, carrear aos autos outras peças. Formam-se, como se percebe, autos próprios para a execução provisória.

Hipóteses há, contudo, em que estes autos não precisam ser formados. É o que ocorre quando for negado seguimento à apelação em 1ª instância ou aos recursos especial e extraordinário no tribunal de origem, decisões que desafiam a interposição de agravo de instrumento, ficando os autos originais “(...) desembaraçados, no juízo competente, para o cumprimento, e provisoriamente, tal como aconteceria se os recursos fossem recebidos no efeito devolutivo”⁴²².

O pedido do credor, necessário para a deflagração da execução provisória, nos termos do artigo 475 – O, inciso I, acarreta sua responsabilidade objetiva em caso de reforma da decisão, obrigando-o a indenizar o condenado por quaisquer prejuízos que venha a sofrer. O dever de indenizar terá como fundamento, excepcionalmente, ato

⁴²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 353.

⁴²² ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*, p. 164.

jurídico lícito, qual seja, decisão provisória, com fundamento na qual foram praticados atos executivos, posteriormente reformada.

3.4.4. Impugnação ao Cumprimento de Sentença

A Lei n. 11.232/05 trouxe nova disciplina à oposição, do “réu condenado”, aos atos executivos, a qual ocorrerá, nos termos da lei, mediante ajuizamento da impugnação, prevista nos artigos 475 – L e 475 – M do CPC. Muito embora represente tema lateral neste trabalho, cujo objeto consiste na investigação da sentença condenatória e de seus efeitos em conformidade com as alterações trazidas pela reforma de 2005, serão indicados alguns dos traços fundamentais do instituto.

3.4.4.1 Natureza Jurídica, Objeto e Conseqüências da Natureza Jurídica

Há viva divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da impugnação, a qual deverá ser ajuizada no prazo de 15 dias a contar da intimação do advogado do devedor do auto de penhora e de avaliação, nos termos do artigo 475 – J, parágrafo 1º⁴²³. A impugnação oportunizará cognição parcial, tendo como objeto apenas as matérias indicadas no artigo 475 – L⁴²⁴ além de questões de ordem pública.

À impugnação será atribuído efeito suspensivo apenas quando forem relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução puder causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação⁴²⁵.

Antes da reforma a doutrina se pacificara em torno da tese de que os embargos à execução seriam uma ação incidental, capaz de introduzir atividades cognitivas no âmbito do processo executivo. Após, grassou o dissídio. Ainda há quem mantenha o

⁴²³ Artigo 475 – J, parágrafo 1º. Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

⁴²⁴ Artigo 475 – L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

⁴²⁵ Artigo 475 – M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

posicionamento outrora consolidado, mas muitos preferiram aderir à idéia de que a impugnação nada seria além de uma manifestação de defesa do executado.

Assim, para Cassio Scarpinella Bueno a impugnação seria defesa, não ação, pois resultaria, da Lei n. 11.232/05, a incidentalização da atividade executória. Não bastasse isso, a impugnação seria defesa, não ação, “(...) porque não tem sentido, sem agredir o “modelo constitucional do direito processual civil”, exigir (impor, verdadeiramente) que alguém, para *reagir* a um pedido de tutela jurisdicional formulado por outrem tenha de tomar a iniciativa de romper a inércia da jurisdição para pedir uma tutela jurisdicional em sentido oposto (...)”⁴²⁶.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery adotam teoria eclética, sustentando que a impugnação “(...) tem natureza jurídica híbrida – misto de *ação* e de *defesa* – e deve ser ajuizada por meio de petição inicial, observados, no que couber, o disposto no CPC 282 e 283”⁴²⁷.

Já para Araken de Assis a impugnação, muito embora reflita a posição de defesa do executado, será uma ação de oposição à execução, pois a “(...) finalidade defensiva e reativa da impugnação não lhe retira o que é essencial: o pedido de tutela jurídica do Estado, corrigindo os rumos da atividade executiva ou extinguindo a pretensão a executar”⁴²⁸. Desse modo, assimilar a impugnação à contestação “(...) obscurece o fato de que por seu intermédio o executado põe barra, susta no todo ou em parte a execução”⁴²⁹.

Aos argumentos de Araken de Assis, acrescenta João Batista Lopes ainda outro: a identidade substancial entre as matérias ora cognoscíveis em impugnação e aquelas outrora cognoscíveis em embargos do executado. Nas suas palavras: “Simple cotejo entre os arts. 741 (redação antiga) e 475 – L (texto atual) é suficiente para revelar não ter havido alteração essencial entre as matérias passíveis de dedução a título de defesa do executado”⁴³⁰.

Apresentadas as diversas correntes segundo vozes autorizadas da doutrina, passa-se à análise dos argumentos expendidos. Não parece adequado conferir natureza híbrida à impugnação. Esse expediente metodológico além de não definir a natureza do instituto, torna-a ainda mais imprecisa. Ademais, muito embora Nelson Nery Jr. e Rosa

⁴²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 472.

⁴²⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 642.

⁴²⁸ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, p. 314.

⁴²⁹ ASSIS, Araken de. *Idem*, *ibidem*.

⁴³⁰ LOPES, João Batista. Impugnação do Executado: Simple Incidente ou Ação incidental?, in *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, p. 343.

Maria de Andrade Nery optem pelo hibridismo, o fato de indicarem a necessidade de enquadramento da impugnação no molde rígido estabelecido pelo artigo 282 do CPC termina por acentuar a nota de ação inerente ao instituto.

Quanto à concepção da impugnação como simples defesa carreada aos autos na fase executiva é importante sublinhar que no plano dogmático nada impede que a reação do executado seja alocada em uma ação incidental à execução. Dito de outro modo, o fato de o executado se defender não implica que sua manifestação processual seja necessariamente instrumentalizada como resposta à pretensão do credor.

O sistema processual convive com hipóteses nas quais a defesa da parte é carreada em ação autônoma, tal como ocorre com as demandas rescisórias e anulatórias, com as quais, à semelhança do que ocorre na impugnação, procura a parte “corrigir os rumos” da atividade jurisdicional. Além disso, crê-se que nas impugnações sempre esteja contida pretensão material tendente à extinção ou modificação - reduzindo o débito, por exemplo - do processo executivo, sendo dado doutrinário incontroverso que as contestações não abrigam pretensões materiais.

Nota-se, desse modo, a existência de dois fortes argumentos conducentes à classificação da impugnação como verdadeira ação incidental: a) a identidade substancial com os antigos embargos à execução, concebidos universalmente como ações incidentais; b) a existência, no bojo da impugnação, de pretensão tendente a modificar o processo executivo.

Poder-se-ia argumentar, em favor da tese de que a impugnação é mero incidente processual, que seria contraditório estabelecer uma ação sincrética e exigir, simultaneamente, que o “réu-condenado” se defenda mediante ação autônoma. Note-se, entretanto, que a impugnação é uma nova ação no bojo de um mesmo processo. Há uma nova relação jurídica, capaz de estabelecer o contraditório entre as partes, com vistas à resultante do acolhimento de alguma pretensão material do executado.

Ainda outro argumento sufraga a concepção da impugnação como ação incidental: o artigo 475 – M, em seu parágrafo terceiro⁴³¹, estabelece que a recorribilidade das decisões que resolverem a impugnação ocorrerá mediante agravo de instrumento, salvo quando da impugnação resultar a “extinção da execução”, ocasião na qual caberá apelação. Ora na hipótese não poderia ser proferida sentença não ser no bojo de uma ação incidental. Recorde-se que a sentença já foi proferida na fase

⁴³¹ Artigo 475 – M, parágrafo terceiro. A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

cognitiva do processo, sendo pouco ortodoxo supor que outra sentença pudesse ser proferida na fase processual subsequente.

Será ainda mais saliente a natureza de ação incidental quando à impugnação não for atribuído efeito suspensivo e sobrevier sentença que extinga as atividades executórias, pois não se crê que um mero incidente, tramitando em apartado⁴³², pudesse encerrar as atividades executivas deflagradas nos autos principais.

A concepção da impugnação como ação incidental traz inúmeras conseqüências práticas. Primeiramente, será necessário enquadrar a petição em conformidade com o artigo 282 do Código de Processo Civil. Em segundo lugar, ocorrerá o arbitramento de honorários advocatícios, tanto nos casos em que houver extinção do processo em virtude do ajuizamento da impugnação, quanto nos casos em que a impugnação for rejeitada⁴³³, muito embora haja posicionamentos contrários, considerando a impugnação como mero incidente⁴³⁴. Em terceiro, não será permitida a contagem dúplice do prazo, nos termos do artigo 191 do Código de Processo Civil.

⁴³² Artigo 475 - M, §2º. Deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados.

⁴³³ “(...) Na impugnação ao cumprimento de sentença há participação efetiva dos advogados, que devem empregar toda sua técnica jurídica na defesa de interesses de seus clientes, que serão diretamente afetados pela decisão proferida no incidente. Por isso, imprescindível que sejam arbitrados honorários advocatícios”. (TJMG; Agravo de Instrumento 1.0672.99.008900-1/0051, 11ª Câmara Cível; Relatora Desembargadora Selma Marques, publicado no Diário de Justiça em 24/11/2007).

⁴³⁴ “(...) Em sendo a impugnação considerada mero incidente processual, revela-se inaplicável à hipótese o art. 20 do CPC, o qual pressupõe a prolação de sentença”. (TJPR, Agravo de Instrumento n. 0427804-0, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador José Joaquim Guimarães da Costa, publicado no Diário de Justiça do Paraná em 07/12/2007, página 63).

CAPÍTULO 4 – REFLEXOS DA LEI N.º 11.232/05

No capítulo precedente, quando da análise da fase de cumprimento de sentença, enfocou-se precipuamente a profunda alteração que a Lei n. 11.232/05 ocasionou no direito positivo.

Neste capítulo, mesmo quando apontadas algumas conseqüências no sistema processual positivado, pretende-se focar os reflexos da reforma no campo da dogmática, mediante análise de categorias basilares da ciência processual. Sabe-se que a diferença existe apenas na perspectiva, porquanto o sistema positivo e a dogmática estão profundamente imbricados.

Essa constatação permite que se afaste, de plano, conhecida falácia de matiz positivista, segundo a qual o Direito sequer constituiria verdadeira ciência, pois bastaria uma “penada” do legislador para que diversos institutos da dogmática fossem sepultados. O reducionismo da proposição é de todo evidente...

De fato, o legislador poderá suprimir institutos. Foi o que fez ao abolir a ação executória. Poderá, outrossim, criar novos institutos. Foi o que fez ao instituir a moratória do artigo 745 – A do CPC. Ocorre, entretanto, que subjacente ao ânimo reformista do legislador reside o labor doutrinário, fonte das supressões e criações do legislador, dada a profunda historicidade da doutrina, espelhada em sua fundamental relação com os valores de sua época.

Para comprovar a correção da assertiva basta apontar a sólida construção doutrinária que antecedeu a abolição da ação executória, fornecendo ao legislador os instrumentos críticos conducentes a uma das mais radicais transformações por que passou o processo civil brasileiro.

Ao revisitar algumas categorias fundantes da dogmática processual o objetivo é verificar até que ponto foram alteradas pela novel legislação, considerando que incumbe à doutrina descrever as novas feições dos institutos, ordenando-os sistematicamente e os integrando ao arcabouço dogmático.

Não se trata, como pressurosamente se poderia supor, de metodologia servil, atrelada aos alvitre e arbítrios do legislador, pois no esforço de descrição e sistematização sempre serão colhidos novos elementos críticos, sementes das futuras reformas, já que a doutrina, ao refletir os valores subjacentes à estrutura social, jamais se estagna.

4.1. Conceito de Sentença

Antes da Lei n.11.232/05 a sentença era conceituada pelo código de processo civil exclusivamente em conformidade com o critério topológico, ou seja, considerava-se sentença o provimento que punha fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito. Desse modo, na definição de Arruda Alvim, sentença seria “(...) o ato final do juiz que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição, com ou sem julgamento de mérito (art. 162, §1º)”⁴³⁵.

De fato, o próprio código, no artigo 162, §1º, conceituava sentença como “(...) o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Daí se falar em exclusividade do critério topológico, pois o legislador definia como sentença o provimento jurisdicional lançado ao final do processo em 1ª instância, após o qual o juiz encerrava seu ofício jurisdicional.

Atento a esse panorama, assinalava Alcides Alberto Munhoz da Cunha que a “(...) classificação dos atos judiciais (art. 162 do CPC) não leva em conta o conteúdo dos atos, mas o efeito que os atos decisórios provocam no processo, enquanto unidade procedimental, animada por uma ou mais relações processuais (como ocorre nas situações de cumulação subjetiva ou objetiva de ações)”⁴³⁶.

Ocorre, entretanto, que com a Lei n. 11.232/05 houve modificação do critério do legislador para a conceituação da sentença. Da exclusividade da topologia – localização do provimento no procedimento – passou-se a analisar também o conteúdo, de modo que na nova dicção legal sentença “(...) é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”⁴³⁷. A má técnica legislativa mereceu da doutrina severa exprobração, afirmando Barbosa Moreira que a “(...) nova definição de sentença nem é tecnicamente correta, nem clara, nem – menos que tudo – elegante”⁴³⁸.

Como crítica à redação, aponta-se a incorreta utilização do verbo implicar, bem como o impreciso emprego da categoria jurídica “situação”, sendo certo que os

⁴³⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 629.

⁴³⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Recursos Retidos – As Inovações da Lei 9756/98*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná n.º 30, p. 112.

⁴³⁷ Artigo 162, §1º, na redação conferida pela Lei n. 11.232/05.

⁴³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Nova Definição de Sentença (Lei n. 11.232/05)*. Revista Dialética de Direito Processual n.º 39, p. 84.

artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil prevêm atos jurisdicionais, não situações jurídicas⁴³⁹.

Apesar da redação tecnicamente imprecisa a modificação empreendida pelo legislador teve como objetivo amoldar a categoria “sentença” ao sincretismo processual trazido pela reforma. De fato, considerando que por força do artigo 475 – J o processo prosseguirá após a sentença, deflagrando-se, a pedido do credor, a fase executiva, não seria admissível sustentar que a sentença ainda fosse definida como o ato jurisdicional “pelo qual o juiz põe termo ao processo”.

A manutenção do verbo extinguir no *caput* do artigo 267 revela outro equívoco do legislador, pois a despeito das sentenças terminativas não julgarem o mérito da demanda, são também atos jurisdicionais nos quais há condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, cujo cumprimento atenderá ao iter procedimental descrito no artigo 475 – J. Desse modo mesmo quando se trate de sentenças cujo conteúdo não constitua julgamento de mérito será incorreto falar em extinção do processo, pois ele prosseguirá a fim de que seja cumprida a sentença no tocante aos honorários advocatícios.

Em resumo, afirma-se que o conceito de sentença foi modificado pela Lei n. 11.232/05, de modo que um provimento só será considerado como tal se o seu conteúdo espelhar algum dos atos elencados nos artigos 267 e 269 do código processual civil. Esse conceito, contudo, não estabeleceu o conteúdo como critério exclusivo para a classificação dos provimentos jurisdicionais, conforme se verá no item subsequente.

4.1.1 Novo Conceito de Sentença e Princípio da Unidade

Vinculada à modificação do conceito de sentença a reforma traz a questão concernente à manutenção, no sistema processual civil, do princípio da unidade da sentença, a estabelecer que “(...) todas as questões relacionadas com o mérito devem ser julgadas em um ato só, como emerge do comando contido no art. 459 do Código de Processo Civil”⁴⁴⁰. Assenta o dispositivo citado em sua primeira parte: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor”.

⁴³⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 83-84.

⁴⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 670.

O princípio da unidade, tal qual enunciado, é uma das premissas sobre a qual se sustenta a ordinarização do processo de conhecimento, traduzindo a noção de que o Juiz deve decidir somente “(...) depois de formar um juízo de certeza sobre o direito (...)”, razão pela qual serão “(...) simples decisões sobre o processo – não sobre a lide ou, o que seria o mesmo, sobre o Direito Material controvertido na demanda – todos os provimentos de natureza provisória, através dos quais o Juiz regula e dispõe sobre o objeto litigioso no curso da causa”⁴⁴¹.

Dito de outro modo, pelo princípio da unidade “(...) toda a sentença deverá possuir a virtude de ser definitiva, enquanto provimento satisfativo (declaratório) do direito (...)”, de modo que “(...) os provimentos que não sejam finais, sentenças não serão”⁴⁴². Origina-se desse contexto a equiparação indevida entre satisfatividade e definitividade, de modo que para a doutrina as liminares proferidas ao longo do processo serão cautelares, pouco importando os efeitos que possam acarretar, porquanto não detêm a aptidão de julgar definitivamente o objeto litigioso. Dessa construção intelectual, intrinsecamente vinculada à ordinarização do procedimento, decorria a conceituação da sentença com base no critério topológico, a qual foi modificada com a reforma⁴⁴³.

Apresentadas as premissas do critério topológico de classificação dos provimentos jurisdicionais investiga-se a permanência do princípio da unidade, considerando que em sua nova redação o artigo 162, §1º indica que sentenças serão todos os atos jurisdicionais previstos nos artigos 267 e 269 do CPC. A modificação legislativa, conforme alguns autores, tornaria possível o julgamento parcial do mérito da lide no curso da instrução processual, o que comprovaria a desconstrução do princípio no sistema brasileiro.

Assim, segundo Jean Carlos Dias, havendo pedidos múltiplos “(...) por cumulação ou mesmo por cisão de um pedido singular, a resolução de um deles não determinaria a extinção do processo, sendo possível o seu prosseguimento até o julgamento de todos os demais”⁴⁴⁴. A reforma teria conduzido o sistema, na generalidade dos casos, ao abandono do princípio da unidade, ressalvadas as hipóteses

⁴⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Reformas dos Processos de Execução e Cautelar*, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p. 170.

⁴⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p. 23.

⁴⁴³ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p. 218.

⁴⁴⁴ DIAS, Jean Carlos. A Reforma do CPC e o Fim da Teoria da Unidade da Sentença – Lei n. 11.232/05, in *Revista Dialética de Direito Processual* n. 40, p. 81-82.

nas quais não houver pedidos autônomos, os quais deverão estar maduros para julgamento⁴⁴⁵.

Para Fábio Milman a extinção do processo em relação a um dos litisconsortes ou o reconhecimento da prescrição de um dos pedidos seriam exemplos de sentenças parciais, à luz do disposto no artigo 162, §1º. Como consequência de sua natureza jurídica esses provimentos desafiariam recurso de apelação cível. Considerando que este recurso exige a remessa dos autos ao tribunal, seria oportuna a extração de cópias e formação de instrumento capaz de viabilizar o conhecimento da impugnação no tribunal⁴⁴⁶.

A apelação por instrumento, resultado da quebra do princípio da unidade, conta com o aplauso de Bruno Silveira de Oliveira⁴⁴⁷, Eduardo Kochenborger Scarparo⁴⁴⁸, Jorge de Oliveira Vargas⁴⁴⁹, para quem a formação de instrumento encontra fundamento na aplicação extensiva do artigo 583, parágrafo único, do CPP⁴⁵⁰, a prever o traslado de autos no recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia⁴⁵¹ e Alcides Alberto Munhoz da Cunha. Este autor considera o entendimento contrário como “(...) censurável à luz do princípio da instrumentalidade das formas, porque imporá ao recorrente um prazo de recurso inferior ao que efetivamente tem direito e criará uma oportunidade esdrúxula de juízo de retratação e até mesmo de retenção de recurso especial ou de recurso extraordinário”⁴⁵².

Apontada a solução que ganha corpo na doutrina, cumpre pô-la à prova. Poder-se-ia invocar o princípio da taxatividade como óbice, de modo que, inexistindo previsão expressa quanto ao recurso de apelação por instrumento, não mencionado no rol taxativo do artigo 496, cujo inciso I aponta somente a apelação. O princípio da taxatividade não obstará, contudo, à conclusão de viabilidade da apelação por

⁴⁴⁵ Cf. DIAS, Jean Carlos. Op. cit., p. 83.

⁴⁴⁶ Cf. MILMAN, Fábio. O Novo Conceito Legal de Sentença e suas Repercussões Recursais: Primeiras Experiências com a Apelação por Instrumento, in *Revista de Processo* n. 150, p. 160-174.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Bruno Silveira. Um Novo Conceito de Sentença? *Revista de Processo* n. 149, p. 120-138.

⁴⁴⁸ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças Parciais? Considerações a Partir da Reforma do Art. 162, §1º, do CPC, in *Revista de Processo* n. 148, p. 153-168.

⁴⁴⁹ VARGAS, Jorge de Oliveira. O Novo Conceito de Sentença e o Recurso Daquela que Não Extingue o Processo: Apelação ou Agravo de Instrumento?, in *Revista de Processo* n. 148, p. 111-118.

⁴⁵⁰ Artigo 583, parágrafo único. O recurso de pronúncia subirá em traslado, quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia.

⁴⁵¹ VARGAS, Jorge de Oliveira. Op. cit. p. 117.

⁴⁵² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Sentença de Mérito: O Ato Decisório que Encerra o Ciclo da Cognição Principal no Processo*. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* n.º 35, p. 33.

instrumento, pois se poderia redargüir que o recurso está previsto em lei, apenas não dispondo o código sobre a modalidade instrumental.

Poder-se-ia invocar como óbice o princípio da unirecorribilidade recursal, sustentando que seria aberrante ao sistema a existência de decisões que desafiassem ora apelação, ora apelação por instrumento. Também esse argumento seria frágil, pois o sistema já convive com provimentos jurisdicionais que ora desafiarão agravo de instrumento, ora apelação, tal como acontece com as decisões proferidas em resposta às defesas endoprocessuais, incorretamente denominadas como exceções de pré-executividade, contra as quais caberá apelação em caso de extinção do processo executivo. Ademais, os embargos de declaração sempre desafiam a unirecorribilidade recursal.

Poder-se-ia sustentar pura e simplesmente o cabimento de agravo de instrumento. Mas essa solução exigiria de quem a preconizasse que os provimentos dos artigos 267 e 269 fossem tidos como decisões interlocutórias. Do contrário, no afã de contornar uma desarmonia sistemática, terminar-se-ia por afirmar outra, qual seja, o cabimento de agravo de instrumento contra sentenças.

Afastados os argumentos comumente sacados contra a apelação por instrumento, afirma-se que o seu descabimento se radica precisamente no fato de que as decisões proferidas no curso do processo não constituem sentenças, salvo quando encerrarem a fase cognitiva da relação processual, conforme conceito de sentença empregado por Alcides Alberto Munhoz da Cunha, a caracterizá-la como “(...) o ato decisório que encerra finalisticamente o ciclo da cognição principal”⁴⁵³. Saliente-se que a defesa, feita por este autor, do cabimento do recurso de apelação por instrumento, não é contraditória com seu conceito de sentença, pois o que ele pretende é dar o maior alcance possível ao princípio da fungibilidade recursal.

Nesse trabalho, em parcial divergência com o entendimento esposado por Alcides Alberto Munhoz da Cunha, defende-se a permanência no sistema processual do princípio da unidade, a despeito da reforma. Trata-se de divergência restrita ao descabimento da apelação por instrumento, dada a adoção do conceito de sentença esposado pelo jurista.

Crê-se que o princípio aludido tenha sido suavizado quando o sistema passou a admitir decisões sobre o mérito, satisfativas do direito, tão-somente com base na

⁴⁵³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Sentença de Mérito: O Ato Decisório que Encerra o Ciclo da Cognição Principal no Processo*, p. 45.

verossimilhança das alegações do autor. Essa possibilidade, contudo, não é nova, tendo sido trazida pela reforma de 1994. Julgamento com base em verossimilhança é algo fundamentalmente distinto das sentenças parciais, nas quais à satisfação do direito do autor se agrega a definitividade resultante de cognição exauriente.

Poder-se-ia objetar a conclusão aqui esposada invocando-se a pretensa nitidez com que o código conceituou as sentenças. Essa objeção, todavia, merece três ponderações. Primeiramente, a redação do artigo 162, §1º, padece de má técnica legislativa, a qual dificulta sua intelecção, conduzindo o intérprete a sentidos diversos. Em segundo lugar, a conceituação legal dos institutos pode ser equivocada, como também a previsão legal no tocante ao recurso cabível.

Por fim, e essa é a terceira ponderação, a interpretação isolada do artigo 162, §1º não é procedimento exegético recomendável. Note-se que o §2º do mesmo dispositivo não foi modificado pela reforma, continuando a estabelecer como decisão interlocutória “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. Assim, sob pena de se esvaziar inteiramente o §2º, há que se interpretar o §1º de maneira não literal, compreendendo-se que o legislador, alterando sua redação, procurou apenas evitar que este dispositivo colidisse com o artigo 475 – J.

Destarte o princípio da unidade da sentença, muito embora mitigado, permanece abrigado no sistema, pois a classificação dos provimentos jurisdicionais não deve levar em conta exclusivamente o conteúdo, mas também considerar a finalidade das decisões. Portanto, hão de se classificar como sentenças os atos jurisdicionais elencados nos artigos 267 e 269 desde que sua prolação encerre a fase cognitiva do processo.

Desse modo, como enfatiza Cassio Scarpinella Bueno, “(...) a combinação das duas vertentes “conteúdo” da decisão e “função” da decisão ainda sobrevive para todos os fins, inclusive para (...) os recursais”⁴⁵⁴. No mesmo sentido se manifestam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“O ato judicial que implica alguma das situações do art. 269 somente pode ser definido como sentença quando extingue o processo ou quando encerra a fase de conhecimento. Embora isso não esteja expresso nos novos arts. 162, §1º, e 269, lê-se no §2º do art. 162 que ‘decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente’. Ora, sempre houve acordo no sentido de que o ato judicial que concede tutela antecipatória, por exemplo, julga o mérito, sem deixar de ser uma decisão interlocutória. O ato judicial que pronuncia a decadência ou a prescrição de um dos pedidos cumulados, embora também trate do mérito, igualmente sempre foi compreendido como decisão interlocutória”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 23.

⁴⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 403-404.

Sob o ponto de vista dogmático, não se crê que a reforma tenha retirado inteiramente do sistema o princípio da unidade da decisão, o qual sobrevive em razão da classificação dos atos jurisdicionais em conformidade com seu conteúdo e sua finalidade.

Para além do ponto de vista dogmático, saliente-se que um dos consectários mais prejudiciais da ordinarização, qual seja, a idéia de que não podem existir decisões baseadas em verossimilhança, já foi afastado do sistema com a inserção da antecipação de tutela genérica.

Não será preciso, para garantir a efetividade da decisão, sustentar que o sistema tenha generalizado as sentenças parciais, cuja impugnação se daria mediante apelações por instrumento. Esse procedimento, ao que se crê, tão-somente acarretaria ainda maior confusão na tramitação do processo.

Desde 1994 o legislador procurou suavizar a ordinarização do procedimento. As diversas novidades trazidas desde então foram estabelecidas sob os escombros do sistema anterior, cujas linhas gerais em grande parte foram modificadas. Os pretendidos ganhos em efetividade certamente constituem perda de sistematização.

Nesse contexto, a perda da compreensão sistemática, geradora de exacerbada insegurança jurídica, pode trazer, como conseqüência, a completa ruína do modelo de tutela jurisdicional consagrado no código. Esse fato terminaria por tornar ainda mais inefetivo o sistema.

4.1.2 Artigo 475 N, Títulos Executivos Judiciais e Sentenças Declaratórias

A Lei n. 11.232/05, como se verifica no artigo 475 N, inciso I⁴⁵⁶, modificou a disciplina dos títulos executivos judiciais. A definição ora esposada pela lei parece ser realmente mais ampla que aquela constante no artigo 584, inciso I do CPC⁴⁵⁷ em sua redação original, enunciado normativo a indicar como título executivo judicial a sentença condenatória. Dada a maior amplitude do novo dispositivo incumbe à doutrina verificar se a alteração promovida pela Lei n. 11.232/05 outorgou eficácia executiva para outras sentenças além das condenatórias.

⁴⁵⁶ Artigo 475 N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, entregar coisa ou pagar quantia.

⁴⁵⁷ Artigo 584. São títulos executivos judiciais: I – a sentença condenatória proferida no processo civil.

Essa análise deve levar em conta a aparente inconstitucionalidade formal do artigo 475 N, inciso I, do CPC. Referido vício decorre da alteração do conteúdo do dispositivo no Senado sem que o projeto de lei tenha sido devolvido à Câmara dos Deputados, órgão no qual se originara. Nos termos da Constituição, artigo 65, parágrafo único⁴⁵⁸, o projeto emendado deve retornar à “casa” da qual se originou.

Na hipótese vertente, o projeto, que na Câmara dos Deputados restringia a eficácia executiva às sentenças condenatórias proferidas no processo civil, repetindo a redação originária do CPC, foi emendado no Senado, obtendo o artigo 475 – N a redação que terminou sancionada pela Presidência da República, convertendo-se em lei. Não houve remessa do texto emendado à Casa legislativa de origem, constituindo-se, portanto, inconstitucionalidade formal por ofensa ao devido processo legislativo.

Considerando a aparente inconstitucionalidade do dispositivo a processualística tem chegado a conclusões diferentes. Parte da doutrina, para evitar a inconstitucionalidade, sustenta que a modificação engendrada pelo Senado se restringiu à redação, permanecendo a sentença condenatória civil como título executivo judicial por excelência, ao lado dos demais provimentos indicados pelos outros incisos do artigo 475 – N, de modo que “(...) a expressão “sentença que reconhece obrigação” deveria ser entendida como sinônimo da expressão “sentença condenatória” constante do revogado art. 584 do CPC e do texto do projeto de lei, que veio a se tornar a Lei 11.232/2005, aprovado na Câmara dos Deputados”⁴⁵⁹.

Essa opinião contrasta com a de José Miguel Garcia Medina, para quem também às sentenças declaratórias há que se reconhecer, em determinadas hipóteses, eficácia de título executivo, pois a expressão “reconheça a existência de obrigação”, contida no artigo 475 – N, inciso I, significaria “(...) que a sentença deve conter todos os elementos da relação jurídico obrigacional, identificando, precisamente, partes credora e devedora, natureza e objeto da obrigação, etc.”⁴⁶⁰.

O entendimento de Garcia Medina parece conferir eficácia de título executivo a toda sentença, independentemente de sua classe, que reconheça a existência de todos os elementos da relação obrigacional. Em sentido similar se pronuncia Paulo Henrique

⁴⁵⁸ Artigo 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

⁴⁵⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Conceito, Classificação e Eficácia Executiva da Sentença no Novo Regime de Execução de Títulos Executivos Judiciais*, in BRUSCHI, Gilberto Gomes e SHIMURA, Sérgio (Coord). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*, v. 2, p. 160.

⁴⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. A Sentença Declaratória como Título Executivo, in *Revista de Processo* n. 136, p. 77.

dos Santos Lucon, afirmando que “(...) se a sentença contiver a declaração da existência da obrigação e definir seus elementos identificadores (certeza e liquidez), não há como impedir a liquidação”⁴⁶¹.

A concepção de que independentemente da natureza da sentença ou da prestação o reconhecimento jurisdicional de um dever de prestar conduz à constituição de um título executivo⁴⁶², tem raízes anteriores à reforma legislativa de 2005.

De fato, já em 2001 Teori Zavascki defendia a possibilidade de a sentença meramente declaratória constituir-se como título executivo quando “(...) trazer definição de certeza a respeito, não apenas da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida”, ocasião na qual “não haverá razão alguma, lógica ou jurídica, para negar-lhe imediata executividade”⁴⁶³. Na jurisprudência esse entendimento foi expressamente adotado no Recurso Especial n. 588.202/PR⁴⁶⁴ e nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 502.618/RS⁴⁶⁵.

Parece correto concluir, máxime diante das alterações promovidas pela Lei n. 11.232/05, que o sistema processual civil brasileiro admite que outras sentenças, desde

⁴⁶¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Títulos Executivos e Multa de 10%, in SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* p. 995.

⁴⁶² Cf. DIDIER JR., Freddie. A Sentença Meramente Declaratória como Título Executivo – Aspecto Importante da Reforma Processual Civil Brasileira de 2005, in CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita.(Coord) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, p. 249.

⁴⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*, p. 105.

⁴⁶⁴ “1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. 2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não teria como chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. 3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido”. (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial 588.202/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 10.02.2004, publicado no Diário de Justiça da União em 25.02.2004, p. 123).

⁴⁶⁵ “(...) 2. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido (Resp. n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki)”. (STJ, 1ª Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 502.618/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no Diário de Justiça da União em 01.07.2005, p. 359).

que reconheçam a existência de obrigações, qualquer que seja o conteúdo da prestação, possam constituir título executivo judicial. Essa conclusão é favorecida pelo artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição, a assegurar a tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Seria, de fato, atentatório à efetividade da jurisdição exigir que o autor promovesse outra ação, de natureza condenatória, quando provimento jurisdicional anterior já tivesse reconhecido seu direito a determinada prestação. Esse desprezo à economia processual e à efetividade do processo seguiriam na contramão do movimento reformista.

Desse modo a doutrina é conduzida ao enfrentamento do problema fundamental: sabendo-se que a distinção entre as sentenças declaratórias e as condenatórias reside na aptidão destas em constituírem títulos executivos e não se esquecendo que a condenação, sob o ponto de vista substancial, declara o direito violado, sujeitando-o à execução, questiona-se se a maior amplitude à constituição de títulos executivos não teria suprimido a diferença entre ambas as classes de sentença. Responde-se negativamente à questão.

É preciso enfatizar que nem todas as sentenças declaratórias constituirão título executivo judicial. Pense-se, por exemplo, na sentença que se limite a declarar a existência de união estável. Ou na sentença que se restrinja a reconhecer a autenticidade ou a falsidade de determinado documento. Ou, ainda, naquela que declare a nulidade de determinadas cláusulas contratuais. Não se concebe, em tais situações, a constituição de título executivo, pelo simples fato de que o direito do autor se satisfaz com a prolação da sentença declaratória. A satisfação não necessitará de qualquer ato executivo posterior.

Esse fato permite concluir que as sentenças declaratórias e condenatórias são atos jurisdicionais autônomos mesmo após a reforma de 2005, pois o interesse processual do autor pode se limitar à declaração, hipótese na qual condenação inexistirá, salvo no que diz respeito aos honorários advocatícios. Por outro lado, quando o autor submeter à apreciação jurisdicional pedido condenatório, não há como sustentar, sem violação da *causa petendi*, que a sentença se restrinja à mera declaração. O autor, nesse caso, pede mais. Pleiteia que seja reconhecido o inadimplemento.

A modificação legislativa tão-somente autoriza que o autor possa acessar as vias executivas em determinadas circunstâncias, quando da sentença, que inclusive pode ser de outra classe que não a declaratória, resultar a delimitação da relação obrigacional, com seus sujeitos e objeto, indicando-se o *quantum* quando se tratar de prestação

pecuniária. O cumprimento de sentença, como visto alhures, terá o formato adequado à prestação obrigacional, podendo ocorrer em conformidade com os artigos 461, 461 – A ou 475 – J.

Nesse contexto não parece correto sustentar que a reforma tenha trazido consequências antijurídicas para o sistema processual. Basta atentar para a inexistência, no sistema, de provimentos que sejam puros, ou seja, que apresentem em seu conteúdo somente uma das eficácias reconhecidas pelo processo civil, conforme assentou Pontes de Miranda. Mesmo uma sentença meramente declaratória, como, exemplificativamente, aquela que julgue improcedente o pedido ou reconheça a existência de determinada relação jurídica, conduzirá à execução dos honorários advocatícios. Esse fato jamais foi considerado pela doutrina como uma desnaturação do sistema processual.

Precisamente por isso a disciplina dos títulos executivos judiciais conferida pela Lei n. 11.232/05 não é aberrante, pois permite apenas que o autor se socorra da decisão judicial que reconheceu a relação jurídica obrigacional, delimitando-lhe os sujeitos e o objeto, bem como o inadimplemento. Há, no máximo, modificação das eficácias imediata ou mediata da sentença, a qual, originalmente declaratória, pode apresentar a executividade como peso secundário⁴⁶⁶.

Pode-se questionar se a concepção de que é possível, após a reforma, que a sentença meramente declaratória constitua um título executivo judicial não atentaria contra o sistema processual civil, violando os princípios da demanda e da correlação ao pedido, consubstanciados nos artigos 2º⁴⁶⁷, 128⁴⁶⁸ e 460⁴⁶⁹ do código, já que tal provimento jamais poderia dispor sobre o inadimplemento, “(...) por se tratar de tema estranho ao objeto do processo”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Na conhecida lição de Pontes de Miranda todas as sentenças apresentam cinco eficácias. Ignorado o matematicismo excessivo da concepção, a sustentar que todas as eficácias somadas sempre corresponderiam à constante quinze, é necessário reconhecer que se trata de uma das maiores contribuições do pensamento pontiano para a processualística. De acordo com Pontes de Miranda a eficácia preponderante seria a força da sentença. A segunda, seria a eficácia imediata. A terceira, a eficácia mediata. As duas eficácias restantes seriam os pesos menores.

⁴⁶⁷ Artigo 2º. Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

⁴⁶⁸ Artigo 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁴⁶⁹ Artigo 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁴⁷⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Sentença Declaratória como Título Executivo e o Princípio da Ação (Interpretação do artigo 475 – N, I, do CPC, Introduzido pela Lei n. 11.232/2005), *Revista Dialética de Direito Processual* n. 49, p. 32.

Um exemplo auxiliará na compreensão do problema. Se Caio ajuizar ação meramente declaratória pleiteando o reconhecimento do contrato de compra e venda que celebrou com Tício. A sentença de procedência, ao declarar existente a relação contratual, indicar-lhe-á os sujeitos, bem como a prestação. É o que basta, nos termos do artigo 475 – N, para que se forme um título executivo judicial, sem que tenham sido violados os princípios da demanda e da correlação ao pedido.

É certo que Caio não postulou o reconhecimento do inadimplemento. Se o tivesse feito, solicitando ao juiz a resolução da crise de inadimplemento, a sentença seria condenatória, por força da correlação entre pedido e provimento jurisdicional. Mas não é necessário, repita-se, que o juiz solucione a crise de inadimplemento para que a sentença se apresente como título executivo, já que essa consequência é extensível às declaratórias por força da expressa dicção legal.

4.1.2.1 Artigo 475 – N, I, e a Possibilidade de Títulos Executivos Favorecerem os Réus

Interessante questão surgirá quando a sentença parcialmente procedente constituir título executivo que interesse ao réu. Figure-se exemplo no qual a declaração de nulidade do contrato bancário se limite a determinadas cláusulas, de modo que a sentença, além de nulificá-las, termine por reconhecer determinado crédito ao réu, decorrente das cláusulas contratuais cuja higidez foi certificada pela sentença. Nesse contexto, pergunta-se se seria possível ao banco se valer da sentença e promover os atos executivos, deflagrando-os em conformidade com o artigo 475 – J. A resposta é positiva.

Entretanto, para que o cumprimento de sentença seja deflagrado, deverá o réu credor, reconhecido como tal na sentença, pleitear a intimação do autor devedor para pagamento em quinze dias, sob pena de aplicação da multa prevista no artigo 475 – J. Trata-se de hipótese na qual é excepcionada a conclusão geral quanto à fluência do prazo para cumprimento espontâneo a partir da publicação da decisão na imprensa oficial. A ação foi ajuizada pelo devedor.

Assim, muito embora conte o réu credor com título que lhe beneficia, o autor devedor não saberá se a parte adversa se valerá do título naquela relação processual ou se ajuizará ação executiva em momento posterior. Por isso se justifica a intimação pessoal para espontâneo cumprimento nesse hipótese.

À luz do artigo 475 – N é inegável que ao “reconhecer a existência de obrigação de pagar quantia” a sentença de procedência parcial será um título executivo. Essa conclusão não implica supressão, sequer parcial, dos princípios da demanda e da correlação ao pedido, cristalizados nos artigos 2º, 128 e 460 do CPC. Afinal, no exemplo indicado, o juiz terá apreciado as questões submetidas pelo autor, nulificando, todavia, apenas parte do contrato, fundamentando-se o direito de crédito do réu nas cláusulas contratuais cuja validade foi reconhecida. Muito embora haja doutrina que rejeite a conclusão⁴⁷¹, nada há nisso que seja atentatório ao sistema.

Poder-se-ia ainda questionar a conclusão alegando que o êxito parcial na declaração não impediria a propositura de ação condenatória cuja causa de pedir também se originasse da relação contratual havida entre o banco e seu cliente, ação que poderia conduzir a resultados diferentes daqueles obtidos na primeira demanda. Ocorre, entretanto, que transitada em julgado a sentença, nos termos do artigo 474⁴⁷² do CPC, reputam-se repelidas todas as questões que as partes poderiam opor à procedência ou à improcedência do pedido, cabendo ao autor, portanto, alegar todos os fatos conducentes ao êxito na demanda.

Desse modo o autor parcialmente vitorioso na ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais não poderá reingressar em juízo mediante ajuizamento de ação condenatória, pois a causa petendi a fundamentar o pedido condenatório foi igualmente repelida pela sentença de parcial procedência proferida na ação declaratória de nulidade.

Como o autor parcialmente vitorioso não poderá invocar, em nova demanda, as causas de pedir repelidas com a apreciação da primeira ação, verifica-se a estabilização da sentença, circunstância ensejadora de segurança jurídica e, portanto, favorável ao entendimento de que a sentença de provimento parcial pode constituir um título executivo judicial que favoreça o réu. O mesmo pode ocorrer com as sentenças de improcedência. Essa conclusão, aparentemente heterodoxa, é corriqueira na praxe forense, pois a improcedência total autoriza o procurador do réu a acessar as vias executivas em busca da satisfação dos honorários advocatícios.

4.2. Classificação de Sentenças

⁴⁷¹ Ver AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e Execução da sentença*, p. 121-123.

⁴⁷² Artigo 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A classificação das ações e sentenças é tema de permanente debate na processualística, no qual se opõe à tradicional teoria ternária, tributária do processo de conhecimento, a teoria quinária, elaborada por Pontes de Miranda e divulgada por Ovídio Baptista.

Mencionando-se que a teoria ternária é tributária do processo de conhecimento, faz-se referência ao fato de que as três ações e sentenças reconhecidas pela teoria tradicional – declaratórias, constitutivas e condenatórias – se amoldam à concepção de um processo restrito à função cognitiva, a separar as atividades jurisdicionais de conhecimento e de execução em compartimentos estanques.

Sendo radicalmente separadas as atividades jurisdicionais em cognição e execução, podia-se sustentar o encerramento da atividade jurisdicional com a prolação da sentença, conforme assentava o Código de Processo Civil, artigo 463, *caput*, em sua redação original⁴⁷³. Limitando-se a categoria processo de conhecimento à pura cognição, não poderia abrigar as sentenças mandamentais e executivas, nas quais o ofício jurisdicional não se esgota com a atividade intelectual.

Por outro lado as ações e sentenças da teoria ternária não comprometiam a pureza do processo de conhecimento, antes a reforçavam, pois as sentenças “(...) declaratórias e constitutivas prescindem de execução e as condenatórias “morrem por consumação”⁴⁷⁴.

Daí classificar-se, tradicionalmente, as ações e sentenças em apenas três tipos, cujos efeitos ou integram o próprio ato sentencial – sentenças declaratórias e constitutivas – ou são deslocados para o âmbito do processo de execução – sentenças condenatórias - no qual não haverá atividade intelectual, mas tão-somente realização prática do ato sentencial.

Como as sentenças mandamentais e executivas jamais se afeiçoaram ao reducionismo da dogmática, a pessoalizar as pretensões reais, a fim de enquadrá-las na bipartição entre processo de conhecimento e execução, a teoria tradicional erradicou-as do sistema por longo tempo, considerando-as, quando muito, subcategorias da sentença condenatória.

Ocorre, entretanto, que com a inserção do artigo 475 – J aconteceu a chancela da doutrina quanto à existência da classe executiva de ações e sentenças. Desse modo, cumpre investigar se o fenômeno a que alude a doutrina é de fato uma sentença

⁴⁷³ Artigo 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (...).

⁴⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. II, p. 189.

executiva, ou se, na realidade, trata-se de sentença condenatória. Para tanto, proceder-se-á à classificação das ações e sentenças, adotando como critério discriminador a ação de direito material nelas contida.

Essa metodologia pressupõe que se estabeleçam os contornos da categoria ação de direito material, enfrentando as críticas a que o conceito é submetido na doutrina. Antes, porém, de se proceder à classificação, incumbe demonstrar a importância da tarefa, não reduzida, obviamente, aos seus reflexos acadêmicos.

Na ciência jurídica, ao se classificar, trabalha-se com conceitos, os quais são reunidos segundo seus traços específicos. Poder-se-ia considerá-los como ferramentas de que lança mão o jurista para perscrutar a realidade, no que se assemelhariam aos tipos ideais. Os conceitos são contingentes, pois refletem os valores e o estágio da ciência de determinada sociedade, em determinada época.

Desse modo, não representando os conceitos construções perenes, também não serão perenes, mas contingentes, as classificações com base neles engendradas, pois “(...) *se a sociedade e o Estado se alteram, e isto implica o surgimento de novos conceitos, as classificações, por mera consequência lógica, necessariamente também têm que se modificar*”⁴⁷⁵.

Feita essa advertência, indica-se a classificação das ações e sentenças como marco teórico adequado para o enfrentamento do objeto deste trabalho. Não se nega que o Estado e, corolariamente, o processo civil, sofreram profundas modificações desde o início dos debates em torno das classes sentenciais. Esse fato, entretanto, não obscurece a importância do conceito de sentença para o sistema processual, ainda quando se reconheça tratar-se de mera técnica para a tutela dos direitos.

Ocorre que a conceituação e classificação das sentenças representa matéria essencial da processualística. À guisa de exemplo, mencione-se que os honorários advocatícios serão arbitrados em conformidade com a classe da sentença, conforme estabelece o artigo 20, §4º⁴⁷⁶, do Código de Processo Civil. Identicamente, será cabível a ação rescisória apenas na impugnação de sentenças de mérito⁴⁷⁷. Os recursos, por sua

⁴⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*, p. 96.

⁴⁷⁶ Artigo 20, §4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

⁴⁷⁷ Artigo 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...).

vez, também têm seu cabimento sujeito à classificação dos atos jurisdicionais a serem impugnados, conforme estes sejam sentenças⁴⁷⁸, acórdãos ou decisões interlocutórias⁴⁷⁹.

Esses poucos exemplos são suficientes para atestar importância do conceito de sentença para a sistemática processual, fato a justificar sua classificação neste trabalho. Ademais, com a classificação das decisões com base no critério da eficácia, pretende-se averiguar a permanência, no sistema processual civil brasileiro posterior à reforma de 2.005, da sentença condenatória civil.

4.2.1 Eficácia como Critério Classificatório

Afirmada a importância da classificação de sentenças, indica-se a eficácia como o critério fundante do procedimento classificatório. Pretende-se, desse modo, apontar que a classificação em análise não se pauta por critérios formais, como seriam aqueles fundados na característica do procedimento, pelos quais as ações são classificadas como sumárias, ordinárias ou especiais.

Quando se menciona a classificação segundo a eficácia da sentença afirma-se que o critério classificatório reconhece a referibilidade do provimento com o direito em litígio, de modo que “(...) a classificação das ações não diz respeito à relação processual, e sim à lide, nada tem a ver com a forma do processo, sim com o seu conteúdo”⁴⁸⁰. Desse modo, revela-se com nitidez a conexão entre o plano processual e o plano do direito material, porquanto se pressupõe que haja direito, pretensão e ação na relação jurídica subjacente ao processo: “O direito subjetivo, a pretensão e a ação preexistem ou se supõe que preexistem, ao exercício, ao *uso* dos remédios jurídicos processuais”⁴⁸¹.

A vinculação entre o remédio jurídico processual e o direito que a parte afirma em juízo é que permitirá a classificação da sentença de procedência. Dito de outro modo, não se classificam as ações, aqui compreendidas como remédio jurídico processual, pois as ações processuais são unas e abstratas. Classificam-se, isso sim, as ações de direito material: “Quando se diz que as ações – e as respectivas sentenças de *procedência* podem ser declaratórias, constitutivas ou condenatórias, está-se a indicar

⁴⁷⁸ Artigo 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

⁴⁷⁹ Artigo 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

⁴⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. I, p. 160.

⁴⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado as Ações*, tomo 1, p. 285.

ações de direito material afirmadas existentes, na correspondente petição inicial, e que na perspectiva da relação processual concreta onde elas se apresentam não serão mais do que simples hipóteses de trabalho com que o magistrado se depara”⁴⁸².

Ao exercer a pretensão processual, invocando a tutela jurisdicional monopolizada pelo Estado, o autor indica ao juízo o agir, a conduta, enfim, a ação que satisfará seu direito. A sentença de procedência, concebida como ato jurisdicional satisfativo, trará em seu conteúdo os verbos realizadores da ação de direito material capazes de satisfazer o direito do autor. E é exatamente nos verbos realizadores da ação de direito material que as sentenças serão diferenciadas entre si: “O que distingue uma sentença declaratória de outra que seja constitutiva, ou uma mandamental de outra condenatória, serão naturalmente os *verbos* que cada uma contiver (tiver em seu conteúdo), como expressão *realizadora da ação de direito material*”⁴⁸³.

As ações processuais, simples remédios jurídicos, serão classificadas segundo a sentença de procedência que ensejarem. De fato, isoladamente consideradas, as ações processuais não podem ser classificadas, pois são unas e abstratas, ou, melhor dizendo, constituem-se como o exercício de um direito público (direito de ação), uno e abstrato, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Se as ações processuais são classificadas em conformidade com as sentenças de procedência, estas, por sua vez, serão classificadas segundo a ação de direito material invocada pelo autor na petição inicial, pois a sentença de procedência verbaliza a ação de direito material afirmada pelo autor. Dito de outro modo, a procedência indica o reconhecimento jurisdicional da ação de direito material invocada pelo autor. No plano processual a ação material era apenas afirmada, mas no plano material ela existia concretamente.

Com os elementos até aqui expostos, percebe-se a distinção entre a ação de direito material e a ação processual, cujo exercício pressupõe a existência da ação material invocada pelo autor no plano processual. Colhe-se na obra de Pontes de Miranda passagem fundamental na qual é estabelecida a diferença entre a ação (material) e a “ação” (remédio jurídico processual):

“A ação é determinada, concreta, atribuída a alguém ou a certa categoria; e não indeterminada, abstrata, universal. Universais, até certo ponto, indeterminados, abstratos, são os remédios processuais, para os quais, ainda assim, a lei determina pressupostos de legitimação ativa e

⁴⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. I., p. 160.

⁴⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. II, p. 421.

passiva, que atenuem a possibilidade de serem usados por todos (universalidade), independentemente das ações que tenham (abstração) e do objeto (indeterminação)⁴⁸⁴.

Sustenta-se, à luz desses fundamentos doutrinários, que ao se classificar as sentenças segundo sua eficácia, a classificação é realizada em conformidade com a ação de direito material jurisdicionalmente reconhecida, a qual é refletida, no conteúdo da sentença, pelos verbos que a reconhecem.

Nesse contexto, esposar a teoria quinária corresponde a sustentar que todas as ações materiais, concebidas como ações suficientes para a satisfação do direito do autor, podem ser alocadas em cinco categorias: mandamentais, executivas, condenatórias, declaratórias e constitutivas. Por sua vez, ao se esposar a teoria ternária, sustenta-se que todas as ações materiais necessárias para a satisfação do direito do autor estão compreendidas em apenas três categorias: declaratórias, constitutivas e condenatórias.

A maior exatidão da teoria quinária pode ser comprovada pela indicação de ações e sentenças que se não amoldam às três classes concebidas pela teoria ternária, como o mandado de segurança, a manutenção de posse, o interdito proibitório, o despejo e a reintegração de posse, limitando-se a exemplificação às hipóteses clássicas. Comprova-se que as ações mandamentais e executivas em sentido lato são ontologicamente distintas das condenatórias, declaratórias e constitutivas, indicando-se a diferença entre as ações materiais invocadas na demanda.

Nota-se a essencialidade para a processualística da categoria ação de direito material, consistente em verdadeiro elemento de ligação entre os planos material e processual. Nesse contexto, considerando a essencialidade da categoria, impõe-se o enfrentamento das críticas a que ela tem sido submetida na doutrina.

4.2.2 Crítica à Ação de Direito Material

Como resultado de concepções doutrinárias consolidadas, reduz-se, na dogmática, a pretensão material ao direito subjetivo. Considera-se que a “(...) *pretensão de direito material* é um conceito, além de conflitante com a moderna ciência jurídica, inteiramente dispensável no sistema: onde dizem *ter pretensão ao bem*, diga-se *ter direito subjetivo a ele e ter condições de pleiteá-lo em juízo* (pleitear não é necessariamente obter)⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 286.

⁴⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 103.

Desse modo, negando a categoria pretensão material, a doutrina majoritária termina por ignorar a existência da ação de direito material. O ostracismo a que esta categoria foi relegada torna rara a existência de estudos que se dediquem a analisá-la criticamente. Recentemente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se dedicou ao estudo da categoria, formulando posicionamento crítico que servirá como contraponto à existência da ação de direito material, posição defendida neste trabalho.

A crítica de Alvaro de Oliveira se inicia com a afirmação de que a ação de direito material baralha os planos processual e material, constituindo-se como elemento integrante da abordagem unitária do direito, segundo a qual não haveria direito fora do processo. Literalmente: “Ao inserir a ação no plano do direito material, tal modo de visualizar o problema deixa obviamente de levar em conta a necessária separação entre os planos do direito material e processual”⁴⁸⁶.

A segunda crítica assenta a inviabilidade de se afirmar a ação de direito material antes da sentença, uma vez que sua existência “(...) só poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a própria sentença”⁴⁸⁷. Conexamente, para Alvaro de Oliveira, a ação de direito material não ensejaria explicação adequada sobre o fenômeno da improcedência da demanda, “(...) porque ao mesmo tempo em que se reconhece que o demandante não tinha ação (de direito material) afirma-se que a ação foi exercida pela “ação”⁴⁸⁸.

Desse modo, ao consistir, sempre, no agir para a satisfação, a ação de direito material redundaria em uma concepção concretista, na qual “(...) a sentença haveria de ser sempre favorável, porquanto a demanda pressuporia por hipótese a existência do direito”⁴⁸⁹. Pode-se sustentar que o cerne da segunda crítica consista no matiz alegadamente concretista da teoria da ação de direito material.

O terceiro apontamento crítico de Alvaro de Oliveira fere a generalidade da ação de direito material, categoria ausente em certas demandas “(...) constitutivas, positivas ou negativas, despidas de pretensão material, a exemplo da demanda de divórcio, de anulação de casamento e de interdição”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Problema da Eficácia da Sentença, in *Polêmica sobre a Ação*, p. 47.

⁴⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Idem, p. 47.

⁴⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Idem, ibidem.

⁴⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Tutela Jurisdicional, in *Polêmica sobre a Ação*, p. 101.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Problema da Eficácia da Sentença*, in *Polêmica sobre a Ação*, p. 48.

Nessa ordem de idéias seria identicamente incogitável a existência de ação de direito material no tocante às pretensões declaratórias, “(...) pois o titular do direito não pode agir por si mesmo para sua realização – com ou sem vontade do obrigado: a declaração do próprio interessado de seu próprio direito seria um *‘flatus vocis’*, tornando-se indispensável a certificação que exsurge da autoridade estatal, com o exercício da jurisdição e o acolhimento da demanda”⁴⁹¹.

Em resumo, pode-se afirmar que para Alvaro de Oliveira não seria concebível um agir para a satisfação – logo, uma ação de direito material – em outras pretensões que não fossem as executivas em sentido lato. Elastecendo a categoria, poder-se-ia, quando muito, estendê-la às ações mandamentais. Essa crítica, voltada à abrangência da categoria ação de direito material, foi endossada por Guilherme Rizzo Amaral, para quem, abstraída a vedação à autotutela, pode-se “(...) apenas vislumbrar a execução (de mãos próprias) e o mandamento (não no sentido de estatalidade, mas de ordens revestidas de ameaça física ou psicológica) como possíveis ações privadas”⁴⁹².

Por fim, Alvaro de Oliveira opõe-se à validade da categoria em razão da diferença entre o agir do particular e o agir estatal, “(...) dada a natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma substitutiva de que se reveste, destinada a reconstruir a realidade fora do processo, e não apenas a reproduzi-la”⁴⁹³. Crê-se que o eixo desta crítica consista na singularidade da tutela jurisdicional, a qual, mesmo quando acolhesse o pedido do autor, jamais se equipararia a qualquer ação que ele pudesse praticar no plano fático.

4.2.3. Análise da Crítica: Validade da Categoria Ação de Direito Material

Em relação à primeira crítica, responde-se que a ação de direito material se radica em concepção fundamentalmente dualista do direito, a separar o fenômeno jurídico em dois planos: o material e o processual. É encontrada na obra dos propugnadores da categoria a afirmação de que a ação material se exerce principalmente pela ação processual, assertiva suficiente para afastar o matiz unitarista que se tentou pespegar ao conceito.

⁴⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Idem, ibidem.

⁴⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”*, p. 123.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Problema da Eficácia da Sentença*, in *Polêmica sobre a Ação*, p. 50.

Ao contrário, pode-se afirmar que a negação da categoria, ao culminar na classificação das ações e das sentenças em atenção exclusiva ao direito processual, termina por confundir os planos. Nesse sentido se pronunciou Fábio Cardoso Machado, afirmando que “(...) não é a concepção pontiana a responsável pelo obscurecimento da distinção entre os dois planos, mas justamente a doutrina que a ela se opõe, pois ao negar a coexistência das duas ações fica impedida de identificar o ponto de contato que afasta conceitualmente os dois planos apesar de aproximá-los instrumentalmente”⁴⁹⁴.

Como resposta à segunda crítica de Alvaro de Oliveira, consistente no concretismo a que conduziria a aceitação da ação de direito material, enfatiza-se a separação entre os planos. Desse modo a ação existente no plano material é meramente afirmada no plano processual, resumindo-se a uma hipótese com a qual trabalha o juiz, podendo não ser confirmada ao final do processo, hipóteses nas quais será decretada sua improcedência.

Este é o entendimento reiterado por Ovídio Baptista ao assentar que “(...) antes da sentença, haverá apenas ação “afirmada existente”. Depois da sentença de procedência, estaremos em pleno domínio do direito material, reconhecido pelo Estado. *Esta é a ação de direito material!* É o agir idôneo a realizar a respectiva pretensão, demonstrada existente pela sentença e digna de proteção jurisdicional”⁴⁹⁵.

Com isso se pretende indicar que o direito material, existente no seu próprio plano, perde sua incontrovertibilidade no plano processual em razão do contraditório intrínseco a este. Entretanto a perda de incontrovertibilidade não comprova a inexistência da ação material no plano que lhe é próprio, conforme demonstram as sentenças de procedência, as quais reconhecem, no plano processual, a realidade incontroversa do plano material.

Se as sentenças de procedência confirmam a ação de direito material as de improcedência, por sua vez, não a infirmam. O processo produz versões contrapostas. Desse modo, não são estranhos aos que militam no foro casos de flagrante descompasso entre o plano material e sua tradução no plano processual. O sistema convive com a possibilidade de injustiças, caracterizadas como o não reconhecimento jurisdicional da ação de direito material efetivamente existente ou da concessão de ações de direito material quando inexistente o próprio direito.

⁴⁹⁴ MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material in *Polêmica sobre a Ação*, p. 148.

⁴⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 223.

Na última hipótese o Estado promoverá o agir para a satisfação correspondente ao direito que deveria existir, mas na realidade material inexistente. Este caso confirma o fato de que para cada direito há uma ação que o protege, pois a ação material que o Estado outorga se conforma à ação que o autor alega, apesar de inexistir o direito no plano material. Os termos “concessão” e “outorga” são empregados como reconhecimento ao fato de que nesses casos o Estado dá ao autor uma ação que ele não tem, muito embora esteja convencido de tê-la.

A respeito da inexistência de ações de direito material nas pretensões declaratórias, constitutivas e mandamentais, matéria constituinte da terceira crítica formulada por Alvaro de Oliveira, afirma-se que a necessidade do processo para realização dessas ações demonstra que elas são preexistentes em relação ao remédio processual, pois “(...) quando dizemos que a *declaração* necessita do processo para realizar-se, estaremos, por força de uma contingência lógica, proclamando que essa declaração, enquanto “direito exigível” (pretensão), existia antes do processo”⁴⁹⁶. O mesmo raciocínio vale para as ações constitutivas e as mandamentais.

Ao se reconhecer que a declaração, a constituição ou a ordem preexistam como direito exigível antes e fora do processo, está-se admitindo que exista um agir capaz de satisfazer o direito material de que o autor alega ser titular. Este agir para a satisfação, contudo, variará em conformidade com a pretensão exigível que ele se presta a satisfazer. O agir para a satisfação, caracterizado como uma ação material, atenderá as peculiaridades do direito material de que é emanção.

Não parece correta, portanto, a assertiva que nega a existência de ações materiais declaratórias, constitutivas e mandamentais ao argumento de que essas ações necessitariam do processo para se realizarem, pois como titulares “(...) poderíamos afirmar em face de outrem a existência dos nossos direitos, assim como poderíamos de fato nos desvincular de uma obrigação em face de outrem, se, por exemplo, este não cumprisse a prestação a que também estivesse obrigado”⁴⁹⁷.

Este entendimento se radica na possibilidade de exercício das pretensões à declaração e à constituição, de ocorrência diuturna no plano fático, como demonstra Ovídio Baptista:

⁴⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Ação” e Ações na História do Processo Civil Moderno, in *Processo e Ideologia*, p. 172.

⁴⁹⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. Op. Cit. p. 162.

“No que respeita às declaratórias e constitutivas, é certíssimo que podemos exercer, sem dificuldade, no direito material as respectivas pretensões, “exigindo” que o devedor ou nosso vizinho ou o banco junto ao qual mantemos conta, reconheça um determinado direito (pretensão) de que nos julgamos titulares; ou adira, por exemplo, a nossa pretensão de alterar o contrato, para revisar os valores das obrigações nele ajustadas. A pretensão revisional, assim como as declaratórias, podem ser exercidas privadamente. Enquanto “exigências!”⁴⁹⁸.

Nota-se, nesse contexto, que a vedação à autotutela não elimina a exigibilidade dos direitos e a potencialidade de sua realização, pois a exigibilidade e a potencialidade de realização são características do direito como fenômeno material. Desse modo, a afirmação de que as ações constitutivas, mandamentais e declaratórias não existem no plano material, pois sua realização exige a deflagração do processo, ignora que o processo, concebido como instrumento estatal de efetivação dos direitos só pode realizar aquilo que preexiste no plano material.

As ações de direito material, seja qual for sua natureza jurídica, pressupõem a existência de um Estado que tenha positivado direitos. Desse modo, abstrair o Estado e questionar como seriam realizadas as ações de direito material em tal contexto representa tentativa infrutífera de negação do conceito, pois inexistindo Estado, inexistirão não somente as ações, mas também os direitos dos quais elas emanam.

Guilherme Rizzo Amaral, fazendo coro à crítica de Alvaro de Oliveira, sustenta que se “(...) não houvesse o monopólio da jurisdição pelo Estado, não haveria, nas relações privadas, uma ação do particular equivalente à declaração que hoje se tem pela via jurisdicional estatal”⁴⁹⁹. Nada obstante o artifício consistente na suposição de ausência de vedação à autotutela também não comprova a inexistência de ações de direito material. Nesse cenário conceitual, tão logo fosse exercida a exigibilidade intrínseca dos direitos, ocorreria a satisfação das pretensões à declaração e à constituição.

Desse modo, tratando-se de pretensão declaratória, o titular simplesmente conceberia seu direito como declarado, agindo em conformidade com esse fato. Tratando-se de pretensão à constituição, o titular conceberia como constituída determinada relação jurídica, agindo em conformidade com ela. Por fim, tratando-se de pretensão à desconstituição, o titular simplesmente conceberia a desconstituição de determinada relação jurídica.

⁴⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Op. cit., p. 253.

⁴⁹⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”, in *Polêmica Sobre a Ação*, p. 122.

Para divergir da terceira crítica de Alvaro de Oliveira, sustenta-se que o âmbito da ação de direito material não é restrito, mas amplo, pois a cada direito corresponderá uma ação que o satisfaça, sendo certo que esta ação apresentará precisamente os contornos necessários para a satisfação do direito de que emana, inexistindo uniformidade na ação de direito material.

No tocante ao último aporte crítico de Alvaro de Oliveira, reconhece-se a diferença entre o agir estatal e o agir do particular, argüidos como comprovação da inexistência de ações de direito material. O Estado tem à sua mão mecanismos satisfativos diferentes daqueles com os quais conta o particular. Essa diferença, contudo, não elide o fato de que tanto a ação do indivíduo quanto a do Estado se destinam à satisfação do direito, muito embora apresentem diferentes contornos.

Com isso se nota que os diferentes mecanismos por meio dos quais se expressará o agir para a satisfação do direito não infirmam a existência das ações de direito material, as quais permitem a correta classificação dos provimentos jurisdicionais.

4.2.4 Correção da Classificação de Sentenças com Base na Ação de Direito Material

Com o reconhecimento da validade da categoria ação de direito material a classificação de sentenças terá como critério as ações tendentes à satisfação do direito material invocado pelo autor na petição inicial. É a esse fenômeno que se alude quando se menciona a classificação das sentenças em conformidade com sua eficácia.

Caso julgue procedente a ação material – já que a ação processual jamais poderá ser procedente ou improcedente, pois é una e abstrata - o juiz, ao sentenciar, indicará o acolhimento por meio dos verbos realizadores da ação. E o fará em respeito ao direito material, de que o processo é tão-somente o instrumento de realização quando houver resistência ao exercício da pretensão.

Considerada a referibilidade entre processo e direito material será este que determinará a eficácia dos provimentos jurisdicionais, não importando, para tanto, o procedimento pelo qual se realizará a ação. Reafirma-se, nesse contexto, a importância da classificação quinária das ações e sentenças, elaborada por Pontes de Miranda.

Essa classificação pressupõe que todos os direitos positivados possam ser realizados por ações materiais caracterizáveis como condenatórias, constitutivas,

declaratórias, mandamentais ou executivas. Isso significa que dentre a miríade de ações praticadas para a realização dos direitos não há nenhuma que não possa ser enquadrada em uma das cinco classes.

Dito de outro modo, como as ações materiais são emanações do direito de que a parte é titular, pode-se afirmar que todos os direitos serão satisfeitos por ações materiais enquadráveis em uma das cinco categorias da tipologia pontiana, as quais variarão precisamente de acordo com a natureza do direito cuja satisfação será por elas realizada.

Não há que se conceber o agir para a satisfação como uma conduta una e abstrata, tal qual se concebe a ação processual. Não. O agir para a satisfação é uma conduta concreta, realizada, em regra, pelo Estado. Por esse motivo o agir para a satisfação receberá os contornos do direito material ao qual se vincula.

4.2.4.1 Ação de Direito Material Condenatória?

No item 2.8 foi apresentada teoria elaborada por Ovídio Baptista, segundo a qual a ação condenatória corresponde a mero exercício de pretensão. Segundo ele não haveria uma autêntica ação de direito material, compreendida como o agir para a satisfação, pois a sentença condenatória não é capaz de satisfazer por si mesma o direito de crédito. Nesse contexto o autor vitorioso na demanda se encontraria em situação idêntica àquela anterior ao ajuizamento da ação, pois a condenação se limitaria a exortar o devedor ao cumprimento da prestação.

A inexistência da ação de direito material condenatória não significa, conforme afirma Ovídio Baptista, que não haja sentença condenatória, sendo esta uma das categorias centrais do processo civil. Ao recusar a existência da ação de direito material condenatória o autor rompe com a teoria pontiana, cabendo-lhe demonstrar o que estaria no bojo do remédio processual designado como ação condenatória.

E Ovídio Baptista o faz ao assentar que “(...) a verdadeira ação (de direito material) que se oculta sob a “ação” (processual) condenatória é a ação executiva”⁵⁰⁰. Nada obstante, esta assertiva merece censura. Afinal, se é executiva a verdadeira ação material, que se “oculta” sob a ação processual condenatória, a sentença teria de ser necessariamente executiva, não condenatória. A esta conclusão chegou Fábio Cardoso

⁵⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de Imissão de Posse*, p. 45.

Machado, para quem a “(...) sentença dita condenatória deve em realidade ser considerada executiva porque, dentre as eficácias que contém, a executiva é a que realiza praticamente a ação de direito material”⁵⁰¹.

A solução preconizada por este autor também merece censura, pois equipara as ações condenatórias às ações executivas em sentido lato. Ademais, a classificação pontiana, aparentemente adotada por Fábio Cardoso Machado, preconiza que as sentenças serão classificadas em conformidade com sua eficácia preponderante, sendo inservíveis, para definição da força da sentença, os outros pesos encerrados no feixe eficazial.

Por esse motivo não é correto empregar o critério classificatório pontiano e assentar que a sentença condenatória na realidade é executiva, justificando essa afirmação no fato de que esta seria a eficácia que “realiza praticamente a ação de direito material”.

É importante destacar que apesar da divergência parcial com o posicionamento de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista justifica a supressão da categoria “ação condenatória” como uma tentativa de assegurar maior coerência lógica ao sistema pontiano de classificação de ações e sentenças, fundado na distinção entre o plano material e o plano processual e na diferenciação entre os conceitos de pretensão e de ação de direito material⁵⁰².

A crítica ao posicionamento de Ovídio Baptista tem como fundamento a existência de uma ação de direito material condenatória. É certo que o agir para a satisfação correspondente a esta categoria será diferente daquele existente nas ações executivas. E a razão disso, como afirmado alhures, reside no fato de que as situações de direito material em conflito são diferentes. As ações de direito material serão tantas quantos forem os verbos passíveis de inserção no conteúdo das sentenças.

Como se verá a seguir, as ações executivas, denominadas por Ovídio Baptista como execuções reais, satisfazem o direito alterando a linha discriminativa da esfera jurídico-patrimonial das partes. E isso acontece pois o bem, objeto da ação, está no patrimônio do réu contrariamente ao direito. Figure-se a ação de reintegração de posse. Ou a ação de despejo. Ou, ainda, a ação de reivindicação. Em todas o bem se encontra ilicitamente com o réu.

⁵⁰¹ MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*, p. 187.

⁵⁰² Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A Ação Condenatória como Categoria Processual, in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*, p. 242.

Desse modo, muito embora sejam necessários atos posteriores para a efetivação do comando sentencial, pode-se afirmar que a decisão executiva por si mesma altera a linha discriminativa entre os patrimônios, retirando o bem da esfera na qual estava indevidamente e o transferindo para a esfera apropriada. Na condenatória, como visto, essa operação é inviabilizada pelo direito material do réu. Não se trata de restrição de índole processual ou de insuficiência da tutela fornecida pelo Estado, mas sim, de limitação decorrente do direito de propriedade, já que o réu exerce licitamente a titularidade sobre seu patrimônio.

Defende-se, portanto, a existência de uma ação de direito material condenatória, condicionada pelo direito material, a impedir o titular do crédito de retirar o bem da esfera jurídico-patrimonial do réu. Por força do ordenamento jurídico, o qual, a par de garantir a tutela do direito de crédito, deve também assegurar a tutela do direito da propriedade lícita, o agir do autor se limitará à sujeição do patrimônio do devedor para futura satisfação.

Se inexistissem os remédios jurídicos processuais seria essa a conduta mais incisiva que o autor poderia realizar no plano do direito material sem violar quaisquer das normas do ordenamento jurídico. Compreende-se que este agir é insuficiente para satisfazer o direito de crédito. Mas essa insuficiência decorre das peculiaridades da relação jurídica carente de tutela jurisdicional.

De fato, como já dito alhures (item 2.9) a condenação tem em sua base de causalidade, no âmbito do direito formal da tradição romano-canônica, a proteção consagrada pelo ordenamento jurídico ao direito de propriedade do réu. A satisfação do direito obrigacional, tutelado pela condenação, colide com a tutela da propriedade. A causação adequada entre esta e a condenação se evidencia quando se nota que, tivesse a proteção da propriedade outra técnica de tutela, poderia ser satisfativa a condenação. Certamente seria se a propriedade não fosse tutelada.

Nesse contexto não parece correto o posicionamento a sustentar que a condenação não modifica o plano fático, já que antes dela os bens não estavam sujeitos à agressão estatal. Ademais, conforme afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o jurisdicional “(...) reconhecimento da dívida pode determinar a sua satisfação pelo obrigado, com alteração evidente no mundo sensível”⁵⁰³.

⁵⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Ainda o Problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*, p. 104.

Desse modo, tem-se que o verbo “condenar”, presente no conteúdo da sentença de condenação, é indicativo da peculiar ação de direito material condenatória. Assim como o verbo “declarar” indica a ação de direito material declaratória e o “rescindir” indica a ação de direito material constitutiva negativa. Nenhuma dessas condutas para a realização corresponde ao agir para a satisfação típico das ações e sentenças executivas. Nem por isso deixam de ser ações de direito material, pois satisfazem, dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico para cada uma das hipóteses, o direito invocado.

A ação de direito material condenatória comprova a autonomia dessa classe de ações e sentenças, de modo que a classificação sentencial permaneceria com cinco tipos, tal qual a concebera Pontes de Miranda.

4.2.5 Ações e Sentenças Mandamentais

Deve-se a Pontes de Miranda a incorporação, na processualística brasileira, das ações e sentenças mandamentais, concebidas na Alemanha por Georg Küttner. Em seus contornos doutrinários iniciais a sentença mandamental foi concebida como a ordem judicial voltada para outro órgão do Estado, a fim de que ele praticasse ou deixasse de praticar determinado ato⁵⁰⁴.

Trazendo o conceito para o Brasil, Pontes de Miranda modificou-o, indicando como destinatários da ordem do juiz não outros órgãos do Estado, mas os particulares: “A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”⁵⁰⁵. Pode-se mesmo dizer, à luz do direito positivo brasileiro, que os destinatários da ordem judicial serão as partes, trate-se de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas, sejam estas públicas ou privadas, comprovando-se a referida ampliação conceitual.

Não haverá condenação, mas ordem do juízo às partes, concebendo-se o mandamento judicial como a eficácia preponderante do provimento, conforme sustenta Ovídio Baptista ao afirmar que “(...) a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma

⁵⁰⁴ Cf. MOEIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil, in *Temas de Direito Processual*, 7ª Série, p. 56.

⁵⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo VI, p. 23.

ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa”⁵⁰⁶.

Ovídio Baptista não se limitou a apresentar os contornos dogmáticos das ações e sentenças mandamentais, investigando, além disso, sua origem histórica, a qual remontaria aos interditos do direito romano. É na sua obra que se encontra a indicação dos postulados dogmáticos que conduziram ao amesquinçamento da tutela interdital⁵⁰⁷.

Com fundamento nas lições de Ovídio Baptista e resgatando um dos conceitos basilares apresentados no primeiro capítulo deste trabalho, menciona-se que o amplíssimo processo de racionalização do direito ocidental que culminou com a amplificação do conceito de obrigação e, corolariamente, aumentou os limites das sentenças condenatórias, terminou por suprimir, como classes autônomas, as sentenças mandamentais.

Além das limitações de natureza ideológica, a dificuldade da doutrina em aceitar a classe mandamental de ações e sentenças se radica na concepção da condenação como ordem ao réu para que realize uma prestação em favor do autor, esposada, dentre outros, por Giuseppe Chiovenda⁵⁰⁸.

Ora, se a sentença condenatória contém ordem ao réu para que realize determinada prestação, de fato será impossível estremá-la da mandamental, já que esta se caracterizaria precisamente pela ordem como eficácia preponderante de seu conteúdo⁵⁰⁹. O desacerto dessa conclusão se evidencia de plano, pois a condenação não consiste em ordem para o cumprimento da prestação.

No Brasil a autonomia das sentenças mandamentais sofreu pertinaz resistência da doutrina, para quem, em geral, elas poderiam ser caracterizadas como provimentos condenatórios: “A *mandamental* é outra modalidade condenatória, caracterizada pelo maior potencial executivo de que é carregada”⁵¹⁰.

Ao que se crê, menos por força dos argumentos dogmáticos sobre os quais está fundamentada e mais pela indicação expressa no direito positivo⁵¹¹⁵¹², a categoria

⁵⁰⁶ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de Processo Civil*, v. 2., p. 334.

⁵⁰⁷ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença Mandamental*, in *Sentença e Coisa Julgada*, p. 60-61.

⁵⁰⁸ Vide item 2.1 deste trabalho.

⁵⁰⁹ Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A Sentença Mandamental, in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, v. 2., p. 175.

⁵¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, p. 229.

⁵¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 212, §2º. Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

passou a ser crescentemente aceita na processualística. Essa aceitação, entretanto, não ensejou uniformidade de entendimento.

Assim, parte da doutrina enfatiza o caráter impositivo da ordem, inexistindo discricionariedade no tocante ao cumprimento, não se concedendo, ao “(...) receptor da ordem, a opção, a escolha entre cumpri-la ou sofrer alguma consequência, especialmente patrimonial, como a incidência da multa diária”⁵¹³. Desse modo a sentença mandamental, precisamente em razão de seu conteúdo impositivo, apresentaria como característica a responsabilidade penal para o destinatário da ordem quando ele a desatendesse⁵¹⁴.

Em contrapartida, para Luiz Guilherme Marinoni, a “(...) mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir”⁵¹⁵. No mesmo sentido se manifesta Sérgio Muritiba, para quem a “(...) eficácia processual do provimento mandamental é puramente a habilitação do uso de medidas coercitivas, como a multa ou outra técnica de pressão psicológica”⁵¹⁶.

Nota-se que para essa corrente doutrinária o conceito de ação mandamental não se baseia no direito material ou na ação de direito material que dele emana, mas sim, nos efeitos processuais da sentença mandamental, os quais se limitariam ao emprego de técnicas coercitivas. Essa linha de pensamento fez fortuna na doutrina brasileira, sendo adotada, dentre outros processualistas, por José Miguel Garcia Medina⁵¹⁷ e Guilherme Rizzo Amaral⁵¹⁸.

Entretanto, não parece correto conceituar a mandamentalidade com base em outro elemento que não a ordem, ou seja, a impositividade intrínseca ao provimento jurisdicional mandamental. Em posição diametralmente oposta, sustenta Luiz

⁵¹² Código de Processo Civil, artigo 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁵¹³ MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas, in *Revista de Processo* n. 125, p. 33.

⁵¹⁴ Cf. MALACHINI, Edson Ribas. *Op. cit.*, p. 53.

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, p. 356.

⁵¹⁶ MURITIBA, Sérgio. *Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental*, p. 244.

⁵¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*, p. 342. “As sentenças mandamentais, por sua vez, têm mais que a sentença condenatória. Em comum com esta ação, há o elemento consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se à declaração a ordem judicial, elemento inexistente na sentença condenatória”.

⁵¹⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e Execução da Sentença*, p. 164. “Cumpra indagar se não poderia o juiz, já na sentença, fixar prazo para cumprimento da obrigação *bem como* multa para a hipótese de descumprimento, o que caracterizaria a sentença (ou, ainda, a técnica de tutela nela utilizada) como *mandamental*, e não executiva, ou executiva *lato sensu*”.

Guilherme Marinoni que somente “(...) há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário a ordem é mera declaração”⁵¹⁹.

Nada obstante, o provimento mandamental tem sua impositividade radicada na sua eficácia preponderante, ou seja, a ordem é intrínseca ao provimento mandamental, como consequência da relação entre o direito material – ou, ainda mais rigorosamente, entre a pretensão material – e o ato jurisdicional.

Sendo assim, pouco importa, para a caracterização do provimento mandamental, que a ele se agreguem técnicas coercitivas, como, exemplificativamente, a multa. No que toca à sentença mandamental, conforme adverte Edson Malachini, ainda “(...) que se lhe agregue, como reforço, para dar mais efetividade à decisão, a cominação de pena pecuniária (como, e.g., se prevê no art. 461, §4º), não é tal cominação que lhe atribuirá o caráter mandamental – até porque tal cominação tem, como sempre teve, natureza tipicamente condenatória: importa, como se viu anteriormente, em adiantamento da condenação”⁵²⁰.

Em suma, classificar o provimento jurisdicional com fundamento nos seus efeitos processuais conduz a uma série de equívocos, dentre os quais a generalização de algo que é meramente contingencial, pois a essência dos provimentos mandamentais “(...) não reside tanto em fazer-se acompanhar da medida processual e coerção, mas em veicular uma ordem diretamente voltada à parte”⁵²¹.

As sentenças proferidas no mandado de segurança, na ação de busca e apreensão ou na ação de posse em nome do nascituro não dependem da cominação de multa ou de qualquer outra medida coercitiva para que suas eficácias preponderantes sejam mandamentais. Por outro lado a sentença proferida com fundamento no artigo 287⁵²² comina multa e nem por isso é mandamental.

Disso resulta a incorreção da assertiva que preconiza que a ordem, despida de mecanismos coercitivos, não passa de uma declaração. O simples fato de o juiz ordenar a realização de determinada conduta torna mandamental seu provimento jurisdicional, submetendo o destinatário da ordem, além das sanções cominadas no provimento, àquelas previstas no ordenamento jurídico, sejam administrativas ou penais. Esses efeitos não estão presentes nos provimentos meramente declaratórios.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 356.

⁵²⁰ MALACHINI, Edson Ribas. Op. cit., p. 53.

⁵²¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de Fazer e de Não Fazer*, p. 194.

⁵²² Artigo 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela.

4.2.6 Ações e Sentenças Executivas em Sentido Lato

Segundo Pontes de Miranda a sentença de procedência nas ações executivas “(...) *retira* valor que está no patrimônio do demandado ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante”⁵²³. O valor ou bem encontrável no patrimônio do demandado lá estaria em contrariedade ao direito, de modo que a linha discriminativa a separar os dois patrimônios seria modificada tão-só com a prolação da sentença executiva.

Nesse efeito – alteração incontinenti da linha discriminativa entre os patrimônios – residiria a diferença entre as sentenças executivas e as condenatórias, conforme estabelece Pontes de Miranda ao analisar a sentença proferida na ação de reivindicação:

“Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lhe entregue. Nas ações de condenação e executivas por créditos não se dá o mesmo: os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito; porque o demandado deve, há a condenação dele e a execução, que é a retirada de bem, que está numa esfera jurídica, para outra, a fim de satisfazer o crédito; portanto, modifica-se a linha discriminativa das duas esferas”⁵²⁴.

As sentenças executivas cortariam “(...) a base de legitimidade, antes da sentença existente, entre o réu e o objeto da demanda”⁵²⁵, permitindo, desse modo, a satisfação do direito do autor na mesma relação processual. Nisso difeririam dos provimentos condenatórios, cujo fundamento residiria “(...) na necessidade enfrentada pelo poder jurisdicional de agredir o patrimônio *legítimo* do demandado (...)”⁵²⁶.

Quando se invocam as lições de Ovídio Baptista sobre a diferença entre as ações executivas – por ele denominadas execuções reais - e as condenatórias é importante destacar que para o autor a origem da distinção entre essas classes de ações se encontra no direito romano, mais especificamente na diversidade entre os conceitos de *actio* e *vindicatio*, ou seja, entre ações fundadas em direitos obrigacionais – relativos – e ações fundadas em direitos reais – absolutos⁵²⁷.

⁵²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 225.

⁵²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo VII, p. 134.

⁵²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 2., p. 197.

⁵²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Notas Sobre a Execução das Obrigações de Entregar Coisa Certa, in *Sentença e Coisa Julgada*, p. 157.

⁵²⁷ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Idem*, p. 197.

O critério distintivo entre sentenças condenatórias e executivas formulado por Pontes de Miranda, correspondente, em última instância, na aptidão destas para a satisfação do direito postulado, dada a imediata modificação da linha jurídico-patrimonial entre demandado e demandante, não goza de unanimidade na doutrina. José Carlos Barbosa Moreira critica-o, fundamentando sua argumentação na sentença de reintegração de posse, a qual “(...) de maneira alguma satisfaz o litigante vencedor: torna-se ainda necessário um *plus*, até o cumprimento do mandado”⁵²⁸. Para Barbosa Moreira a diferença estaria na forma pela qual se efetiva praticamente o julgamento⁵²⁹.

Crê-se que Barbosa Moreira empregue critério classificatório processual ao elencar a forma de efetivação como o critério diferenciador das decisões. Ocorre, entretanto, que a classificação meramente processual das ações e das sentenças, a pressupor que o processo lhes dê eficácia, deixa à margem o conteúdo das decisões. Perde-se o elemento de ligação entre o processo e o direito material, circunstância a ensejar dificuldades extremas na classificação de sentenças, conforme se verá adiante. Por essa razão no presente trabalho as sentenças condenatórias e as executivas são diferenciadas com fundamento no seu conteúdo, haurido do direito material.

Assim se a diferença entre as sentenças executivas e as condenatórias consiste na eficácia exclusiva das primeiras em modificar a linha discriminativa entre o patrimônio do autor e o do réu, declarando como ilegítima a permanência com o demandado do bem ou do valor, a diferença entre as mandamentais e as executivas reside na intrínseca estatalidade das primeiras, sendo que, nas segundas, o juiz pratica conduta que à parte incumbia realizar: “Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade”⁵³⁰.

Com a sentença mandamental, portanto, o juiz emite ordem cujo descumprimento ensejará o emprego de medidas sancionatórias. Quase nada se executa, conforme reconhece Pontes de Miranda ao indicar a executividade como o menor dos pesos na carga de eficácia dessas sentenças⁵³¹.

Nas executivas, em contrapartida, o Estado se substitui à vontade do réu, modificando o plano dos fatos sem necessidade de ajuizamento de novo processo, pois a

⁵²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação de Sentenças*, p. 30.

⁵²⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Idem*, *ibidem*.

⁵³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo I, p. 224.

⁵³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, tomo VII, p. 29.

dissolução do vínculo entre o réu e o bem por ele possuído em desacordo com o direito é o efeito característico das sentenças executivas. Pense-se, por exemplo, no despejo. Não se ordena o pagamento porque não interessa expedir ordem ao demandado, sendo muito mais efetivo o imediato desapossamento do bem, mediante atos estatais substitutivos da vontade do particular.

4.3 Sentença Condenatória e Cumprimento de Sentença

Com a vigência da Lei n. 11.232/05 vozes autorizadas da doutrina passaram a sustentar a eliminação das sentenças condenatórias, as quais teriam se transformado em executivas por força da modificação procedimental realizada pelo legislador, a reunir em um só processo as atividades de cognição e de execução.

Nessa senda se manifestou Ada Pellegrini Grinover, para quem “(...) a Lei n. 11.232/05 eliminou do processo civil brasileiro a categoria das chamadas *sentenças condenatórias puras*, ou seja, aquelas que demandavam um processo de execução autônomo”⁵³². Desse modo as sentenças serão “(...) executivas *lato sensu*, quando se referirem a uma obrigação em dinheiro”⁵³³.

Ao se pronunciar sobre a reforma de 2005 pouco depois da promulgação da Lei n. 11.232, José Roberto dos Santos Bedaque sustentou idêntico posicionamento, conforme se depreende do seguinte passo: “Com relação às obrigações de pagar, a atuação prática da condenação será realizada no mesmo processo (sentença executiva)”⁵³⁴. Em outro lance “(...) se aceitarmos a classificação quinária, ela não mais vigora no direito brasileiro, tendo em vista o fim da tutela condenatória tradicional”⁵³⁵.

Ocioso afirmar que esse entendimento se alastrou na doutrina. Ocorre, entretanto, que a modificação no procedimento não tem o condão de alterar a eficácia principal das ações e sentenças, cuja fonte, reitere-se, não é o direito processual, mas o direito material.

Não fosse outro o motivo, o mero arranjo procedimental, com a reunião das atividades de cognição e execução, não transformaria a sentença condenatória em executiva pelo fato de o pedido do autor se restringir à condenação, conforme afirma Ovídio Baptista: “A reunião da “fase” executiva no mesmo processo da demanda de

⁵³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento da Sentença*, p. 05.

⁵³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Idem*, *ibidem*.

⁵³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 520.

⁵³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Idem*, p. 537.

conhecimento, determinada pela Lei. n. 11.232, não faz com que a execução passe a integrar o pedido condenatório”⁵³⁶.

O resultado das demandas condenatórias e executivas é inconfundível. Nas primeiras ocorre tão-somente sujeição do patrimônio do devedor, mediante formulação de um juízo de reprovação de conduta, de modo que a satisfação do direito de crédito do autor, em razão da legitimidade da propriedade do réu, será postergada para a fase de execução forçada.

Nas segundas a sentença afasta imediatamente o vínculo espúrio a unir o bem ao patrimônio do réu, nisso consistindo a célebre alteração da linha discriminativa das esferas jurídico-patrimoniais indicada por Pontes de Miranda. Dito de outro modo, as sentenças executivas “(...) têm origem em pretensões que pressupõem a *inexistência de uma relação obrigacional* que proteja o vínculo jurídico existente entre o demandado e a coisa (o bem) pretendida pelo autor”⁵³⁷.

Para a classificação das decisões é de somenos importância que tanto a condenação, quanto a execução, permitam a satisfação na mesma relação processual. O conteúdo das decisões sempre será diferente, pois os pedidos são diferentes, o que torna diferentes os efeitos. Basta contrapor a ação de cobrança à ação de despejo. A ação indenizatória à ação especial de reintegração de posse.

Poder-se-ia objetar, seguindo os passos de Barbosa Moreira, que mesmo a sentença executiva exige atividades posteriores para sua efetivação, cabendo, por exemplo, ao oficial de justiça, se necessário com apoio do aparato policial, efetivar a reintegração do esbulhado na sua posse.

Ocorre que todas as sentenças sempre exigirão providências posteriores para que o autor seja plenamente satisfeito. A de separação judicial terá de ser levada a registro. O mesmo ocorrerá com a sentença declaratória da união estável. A sentença mandamental que ordena a reintegração de um funcionário ao seu cargo terá de ensejar a expedição de um mandado no qual conste a ordem do juiz. E assim sucessivamente. O que importa notar é que esses diferentes efeitos têm como pressuposto os diferentes conteúdos das sentenças.

É necessário fazer ainda outra distinção. Dada a prevalência na doutrina da concepção de sentença mandamental como aquela na qual se comina multa, poderia ocorrer a alguém sustentar a mandamentalização das sentenças civis condenatórias,

⁵³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 200.

⁵³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Idem*, p. 260.

porquanto o artigo 475 – J prevê a aplicação de multa se não houver espontâneo cumprimento da condenação. Tal entendimento seria incorreto, pois a multa “(...) não tem natureza mandamental”, sendo um “(...) instrumento próprio da jurisdição executiva comum, a ser efetivada, em caso de desobediência, pelos meios executórios obrigacionais”⁵³⁸.

Esses equívocos se originam da classificação de sentenças com fundamento exclusivo em elementos processuais. Como a doutrina majoritária nega as ações de direito material, adota, para a definição das executivas em sentido lato, o critério pouco fecundo da satisfação do direito em apenas um processo.

Se este critério meramente formal fosse idôneo seria necessário reconhecer “(...) que a reforma, ao trazer para o processo de conhecimento a fase de “cumprimento” da sentença, teria deixado não apenas idênticas – sob o ponto de vista formal – as sentenças condenatórias, as executivas e mandamentais, como igualmente idêntica a elas teriam ficado as declaratórias e constitutivas”⁵³⁹.

4.4. Ações e Sentenças Cíveis Condenatórias: Contingência e Permanência

O Direito é contingente. Seus conceitos também são. As categorias com que o jurista labora refletem os valores de uma determinada época em um determinado momento, sendo correto sustentar que a sentença civil condenatória, nos moldes preconizados pela doutrina italiana tradicional, está em causação adequada com o Estado moderno, esse feixe de relações sociais que, por sua vez, teve em sua base causal o direito moderno e o capitalismo moderno.

É de se esperar que a racionalização contínua, porém não homogênea nem linear do direito, opere profundas transformações conceituais nas categorias jurídicas. A crise do Estado moderno, assentado em um monopólio da violência legítima que não mais subsiste, dada a crescente perda de soberania, no âmbito externo para organismos multinacionais, no âmbito interno para entidades paraestatais, permite antever profundas alterações na jurisdição, muito embora seu sentido ainda não possa ser determinado.

Eis a contingência da condenação, antiqüíssima técnica de tutela originária do direito romano, conservada pelo direito moderno, o que lhe valeu o estigma de “(...) ‘dinossauro jurídico’, por ser, verdadeiramente, um paquiderme inoperante aos fins a

⁵³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Execução Obrigacional e Mandamentalidade*, p. 31.

⁵³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, p. 252.

que se destina, à medida que, ao vencedor de uma demanda cognitiva desta natureza em nada interessa receber, ao final de um longo trâmite processual, uma sentença meramente exortativa (declaratória qualificada) (...)”⁵⁴⁰.

Poder-se-á tê-la por paquidérmica ou mesmo acoimá-la de vetusta, mas o fato é que a sentença condenatória permanece no sistema civil pátrio. Já o diz o *caput* do artigo 475 – J, ao se referir ao “devedor condenado”. Se for insuficiente a indicação originária do direito positivo, comprova-se a assertiva com o apoio de elementos doutrinários colhidos no curso deste trabalho.

Sustentou-se, no item 2.9, que a sentença condenatória é a técnica de tutela pela qual o Estado encaminha a solução da crise de inadimplemento constatada no plano material, reconhecendo a relação jurídico material subjacente e o inadimplemento, reprovando a conduta do devedor e sujeitando seus bens à posterior execução forçada caso inocorra o espontâneo cumprimento da sentença.

Todos esses elementos doutrinários estão presentes na ação sincrética disciplinada pelo artigo 475 – I e seguintes. Trata-se de crise de inadimplemento no âmbito do direito obrigacional, ainda mais especificamente, no âmbito das obrigações ao pagamento de quantia certa, conforme afirma a dicção legal. Como já dito, o artigo 475 – J, *caput*, demonstra que os bens do devedor condenado ficarão sujeitos à posterior execução forçada, deflagrada a requerimento do credor. O dispositivo em comento ainda concede o prazo de quinze dias para cumprimento espontâneo da sentença, findo o qual ao montante da dívida será acrescida multa equivalente a dez por cento.

A natureza condenatória da sentença se tornará ainda mais evidente quando se constatar que o juiz terá preenchido seu conteúdo com o verbo “condenar”, indicativo da existência de uma ação de direito material condenatória, limitada, pelo direito material, à sujeição dos bens do réu devedor, conforme assinalado no item 4.2.4.1.

Crê-se que com a Lei n. 11.232/05 o Estado tenha pretendido sanear parte da crise de legitimidade a que a demora excessiva na proteção das obrigações pecuniárias conduzia a jurisdição. Essas alterações, a despeito da erradicação da unificação dos meios executivos e da abolição da ação executória, não eliminaram a sentença condenatória. E nem isso seria possível por meio de uma reforma restrita ao plano processual.

⁵⁴⁰ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*, p. 43.

De *lege ferenda* pode-se recomendar que reformas modifiquem a estrutura do direito brasileiro, livrando-o das ações e sentenças condenatórias. Para tanto essas reformas terão de tocar no plano material do direito, pois modificações procedimentais jamais alteram a força das sentenças. Essas reformas hipotéticas deverão conformar diversamente o direito de propriedade, pois como visto neste estudo (item 2.9) a condenação, como técnica de tutela, é limitada pelo direito de propriedade do devedor. A proteção outorgada à propriedade deste se configura como causa adequada do efeito não satisfativo da sentença de condenação.

Enquanto não ocorrerem tais reformas o direito brasileiro conviverá com a técnica da condenação, intrinsecamente ligada às obrigações, máxime às de pagamento de soma em dinheiro, muito embora a doutrina majoritária, valendo-se de critérios inidôneos, incorra no erro de sustentar a transformação do direito material por força de modificações procedimentais.

CONCLUSÃO

Como categorias fundamentais a ciência processual elegeu a jurisdição, a ação e o processo. Todas são contingentes. Para comprovar essa contingência a processualística em regra se utiliza de uma descrição histórico-evolutiva linear dos institutos. Essa metodologia, no entanto, envolve o risco da incorreta correspondência de fenômenos distintos.

Quando se menciona a jurisdição romana é necessário atentar para o fato de que Roma não era um Estado moderno, seu modo de produção não era o capitalismo, sua organização estatal não correspondia à moderna burocracia e seu direito não era o moderno direito formal. Assim, não se poderá conceber a jurisdição de Roma tendo os olhos voltados para a jurisdição moderna. A assimilação de duas realidades tão distintas levaria a graves erros.

Para evitar esse risco, optou-se por outro percurso metodológico nesse trabalho, cujo objetivo mediato consistia na investigação do conteúdo da sentença condenatória e de sua permanência no sistema processual civil brasileiro após a vigência da Lei n. 11.232/05. Procurou-se investigar as causas adequadas da sentença condenatória, constatando-se que essa técnica de tutela tem em sua base histórica de causalidade o capitalismo moderno, a moderna organização estatal burocrática e o direito formal (legal-racional) da modernidade.

Buscar a causa adequada de alguma categoria corresponde a admitir sua contingência intrínseca, pois se supõe que a modificação dos componentes da base de causalidade implica a modificação da categoria analisada. Basta pensar quão diverso seria o direito das obrigações se o modo de produção prevalecente na modernidade não fosse o capitalismo.

Trazendo o raciocínio para o objeto mediato deste estudo, afirma-se que a condenação seria diferente – supondo a existência de tal figura – se o direito não estivesse formalizado, se o modo de produção não fosse capitalista e se Estado não estivesse burocraticamente organizado. Não se impõe a tarefa de indicar como seria a condenação nessa hipótese. Mas há que se compreender que seria diferente.

Também seria diversa a condenação se fosse modificado o direito de propriedade, pois a sentença condenatória se limita a sujeitar os bens do réu em razão destes integrarem licitamente seu patrimônio. A satisfação do direito obrigacional

inadimplido encontra obstáculo na tutela da propriedade do inadimplente. Essa compreensão resulta da perspectiva metodológica empregada neste trabalho, a perquirir a condenação tendo como referente metodológico a causação adequada.

Sob o ponto de vista teórico, apontou-se, com apoio em Max Weber, os traços gerais do Estado Moderno, considerado como a associação política de caráter permanente, burocraticamente organizada, que mantém com êxito a pretensão ao monopólio da violência legítima. O Estado moderno, cujos traços foram definidos pelo processo de racionalização ocidental, é concebido como produto e meio privilegiado de propagação da racionalidade formal, na qual se insere a ciência do processo.

Delineados os contornos do Estado Moderno procurou-se demonstrar que a condenação é a forma típica de jurisdição dessa conformação estatal, o que ocorreu por força da hipertrofia do campo das obrigações, fenômeno que contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo moderno.

Investigou-se, após a constatação de que a condenação é a forma típica de tutela desse Estado, as teorias com as quais a processualística procurou conceituar a sentença condenatória, resultando daí a concepção da condenação como a sentença que ao declarar a relação jurídica material subjacente ao processo, bem como o fato do inadimplemento, reprova a conduta, sujeitando o patrimônio do réu à execução forçada caso ele não cumpra espontaneamente a sentença.

A limitação da condenação à sujeição do patrimônio do réu tem como premissa a licitude da propriedade entre este e seus bens, não podendo a condenação modificar a linha discriminativa entre as duas esferas jurídicas, tal como ocorre com as sentenças executivas.

O princípio da *nulla executio sine titulo* permanece em vigor no sistema processual civil brasileiro. Não implicará, contudo, o impedimento de decisões fundadas em cognição sumária. Também encontra abrigo no sistema processual pátrio o princípio da incoercibilidade da vontade humana, entendido, contudo, apenas como respeito à dignidade do homem, não como obstáculo para a adoção de mecanismos coercitivos. O princípio da tipicidade dos meios executivos foi abandonado a partir das reformas de 1994, que passou a preconizar a tutela específica.

As modificações procedimentais trazidas pela Lei n. 11.232/05 aboliram a ação executória bem como a unificação dos meios executivos, porquanto a execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título judicial seguirá o trâmite indicado pelo artigo 475 – J e seguintes, ao passo que a execução por quantia certa

contra devedor solvente fundada em título extrajudicial seguirá o trâmite previsto no Livro II do Código. Transformada a ação executiva autônoma em mera fase do processo, não será cabível o arbitramento de honorários advocatícios, salvo se for ajuizada impugnação.

O cumprimento de sentença é gênero que abrange duas espécies, o cumprimento em sentido estrito, destinado à efetivação das sentenças proferidas para satisfação de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa e a execução, maneira pela qual é efetivada a sentença condenatória ao pagamento de soma. A fase executiva do processo sincrético trazido pela Lei n. 11.232/05 apresenta dois momentos sucessivos, o de cumprimento espontâneo e o de execução.

Cabendo ao réu condenado cumprir a sentença condenatória desde o momento em que ela se torna eficaz, o prazo para o cumprimento espontâneo, findo o qual será aplicada a multa de dez por cento prevista sobre o valor do débito, inicia-se com a publicação da decisão condenatória na imprensa, modalidade de intimação pela qual se informa o réu, na pessoa de seu advogado, quanto à necessidade de cumprir a decisão. Como o prazo flui a partir da publicação na imprensa será possível aplicar a multa em hipótese de cumprimento provisório.

Cabe ao advogado manter seu constituinte plenamente informado sobre a tramitação, em atenção ao que estabelecem as normas regentes do exercício da advocacia. A intimação só será pessoal se o réu condenado não tiver constituído advogado.

A impugnação com a qual o réu reage à fase executiva é verdadeira ação incidental, razão pela qual a ela não se aplica o prazo em dobro previsto no artigo 191 do CPC, sendo necessário o pagamento de custas para seu processamento. A impugnação, tratando-se de ação incidental, oportuniza a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

O artigo 475 – N do Código de Processo Civil admite que sentenças declaratórias formem títulos executivos desde que a mera declaração revele todos os elementos da relação obrigacional necessários para a posterior execução, estando viabilizada pelo sistema inclusive a possibilidade de constituição de título executivo que favoreça o réu.

Ao modificar o conceito de sentença o artigo 162, §1º, do CPC não suprimiu o princípio da unidade, compreendido como a vedação da existência de várias sentenças parciais em um mesmo processo. Essa conclusão, fundamentada na interpretação

isolada do dispositivo legal, conduziria às apelações por instrumento, dada a perda de critério para emprego de agravos ou de apelação. Mais que isso, sua potencialidade para o tumulto processual conduziria à perda de celeridade almejada com a reforma. Assim, conjugando os §§ 1º e 2º do artigo 162, percebe-se que a sentença além de corresponder a algum dos atos indicados nos artigos 267 ou 269, deve encerrar a fase cognitiva do processo.

As ações e sentenças são classificadas em conformidade com o conteúdo das sentenças de procedência, o qual é indicado pelos verbos referentes às ações de direito material afirmadas pelo autor no processo. Demonstrada a validade teórica da categoria ação de direito material, sendo irrecusável o fato de que todo direito pode ser exigido e de que a cada direito corresponde uma ação material que o satisfaz, as sentenças de procedência receberão classificação correspondente à ação de direito material, o que conduz à existência de uma ação de direito material condenatória. Trata-se de conduta que será satisfeita com a sujeição do patrimônio do devedor.

Desse modo, não se confundem as ações e sentenças condenatórias com as ações e sentenças executivas. Tampouco se concebe a mandamentalização das sentenças civis condenatórias em razão da previsão da multa coercitiva prevista no artigo 475 – J, sendo a multa uma técnica condenatória. Permanece no direito brasileiro a sentença condenatória, máxime quando a prestação obrigacional consistir no pagamento de soma.

Entretanto, a constatação da permanência da sentença condenatória no sistema processual brasileiro não impede que se estabeleça sua contingência, nem, tampouco, que a processualística, refletindo os valores de seu tempo, procure técnicas de tutela mais efetivos.

Conclui-se que a Lei n. 11.232/05 trouxe reflexos positivos para o direito brasileiro no que toca à celeridade, contribuindo, desse modo, para que a tutela jurisdicional se torne mais efetiva no campo das obrigações ao pagamento de dinheiro.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ALVIM, Arruda. Cumprimento da Sentença Condenatória por Quantia Certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma Primeira Impressão. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”, In *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Cumprimento e Execução da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Manual do Processo de Execução*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AVRITZER, Leonardo. *A Moralidade da Democracia*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clovis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- BRANCO, Fernão Borba. A Multa na Execução Definitiva e Provisória. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (Coord) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. In *Código de Processo Civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *La Condanna*. Opere Giuridiche, v. V. Nápoles: Editora Morano, 1972.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas Leis de Reforma da execução – Algumas questões polêmicas. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 52. São Paulo: Dialética, jul. 2007.

_____. Alguns Temas Relevantes à Execução: Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n. 20. Porto Alegre: Magister, set./out. 2007.

_____. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo* n. 123. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale*, v. IV. Padova: CEDAM, 1925.

_____. Titolo Esecutivo. *Rivista di Diritto processuale Civile*, v. VIII, parte I. Padova: 1931, CEDAM.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. 2.ed., v.I. Nápoles: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1935.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3.ed. Nápoles: N. Jovene e C., 1923.

CIANCI, Mirna. Reflexões sobre a Fase de Cumprimento da Sentença de Obrigação Pecuniária (Lei n. 11.232/2005 – CPC, Art. 475 – J). In _____.; QUARTIERI, Rita. (Coord) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação. Max Weber e a teoria social*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. O sentido da ciência. In A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais. São Paulo: Ática, 2006.

CRAMER, Ronaldo. O Prazo e a Multa do Cumprimento de Sentença. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (Coord) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Artigo 475-J do Código de Processo Civil e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 20. Porto Alegre: Magister, set./out. 2007.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 11. Coord. SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Sentença de Mérito: O Ato Decisório que Encerra o Ciclo da Cognição Principal no Processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* n.º 35. jul. 2.007.

_____. Recursos Retidos – As Inovações da Lei 9756/98. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* n.º 30. dez. 2.000.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Ação Condenatória: Estrutura e Função. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. n.º 63 Porto Alegre, mar. 1995

DENTI, Vittorio. “Flashes” su Accertamento e Condanna. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.

DIAS, Jean Carlos. A Reforma do CPC e o Fim da Teoria da Unidade da Sentença – Lei n. 11.232/05, *Revista Dialética de Direito Processual* n. 40. São Paulo: Dialética, jul. 2.006.

DIAZ, Elias. *De la Maldad Estatal y La Soberania Popular*. Madrid: Debate, 1984.

DIDIER JR., Freddie. A Sentença Meramente Declaratória como Título Executivo – Aspecto Importante da Reforma Processual Civil Brasileira de 2005. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (Coord). *Temas Atuais da Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Notas sobre a Fase Inicial do procedimento de Cumprimento de Sentença (Execução de sentença que Imponha o Pagamento de Quantia). In SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim. *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DONOSO, Denis. Aspectos polêmicos sobre o caput do novo art. 475 – J do CPC. Termo inicial do prazo para cumprimento de sentença, sua natureza jurídica e forma de contagem. (Des)necessidade de intimação pessoal do devedor. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 45. São Paulo: Dialética, dez. 2006.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANCO, Fernão Borba. A Multa na Execução Definitiva e Provisória. In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coord). *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. A Multa pelo Descumprimento de Condenação em Quantia Certa e o Novo Conceito de Sentença. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRIGINI, Ronaldo. Considerações sobre o Art. 475 – J do CPC. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (Coord). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. v. 2. São Paulo: Método, 2.007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da Sentença. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coord). *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. 2. ed. Trad. de Fernando de los Rios Urruti. México: Compañia Editorial Continental, 1958.

JORGE, Mario Helton. Cumprimento da Sentença – Execução por Quantia Certa: Em Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. 3. ed. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOPES, João Batista. Impugnação do Executado: Simples Incidente ou Ação incidental? In CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (Coord.) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Títulos Executivos e Multa de 10%. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson e WAMBIER,

Teresa Arruda Alvim (Coord). *Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. *Revista de Processo* n. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. L'Esecuzione Specifica Dell'Ordine di Reintegrazione nel Posto di Lavoro. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

_____. Sulla Correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1976.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde (Arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e execução Imediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela Inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. A Sentença Declaratória como Título Executivo. *Revista de Processo* n. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2006.

_____. *Execução Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Apontamentos sobre as Alterações Oriundas da Lei n. 11.232/2005. In CIANCI, Mirna;QUARTIERI, Rita.(Coord) *Temas Atuais da Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Milton Martins. Cumprimento de Sentença: Necessidade de Intimação do Réu. *Revista de Processo* n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. O início do prazo para cumprimento de sentença. *Revista de Processo* n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A Sentença Mandamental. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILMAN, Fábio. O Novo Conceito Legal de Sentença e suas Repercussões Recursais: Primeiras Experiências com a Apelação por Instrumento. *Revista de Processo* n. 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2.007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

_____. *Tratado das Ações*, tomo I.. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado das Ações*, tomo V. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado das Ações*, tomo VII. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MITIDIERO, Daniel. A pretensão de condenação. *Revista de Processo*. n. 129. São Paulo; Revista dos Tribunais, nov. 2005.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Conceito, Classificação e Eficácia Executiva da Sentença no Novo Regime de Execução de Títulos Executivos Judiciais. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (Coord). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. v. 2. São Paulo: Método, 2007.

MONTELEONE, Girolamo. *Recenti Sviluppi nella Dottrina Dell'Esecuzione Forzata. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, abr./jun. 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Nova Definição de Sentença (Lei n. 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual* n. 39. São Paulo: Dialética, jun. 2006.

_____. A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil. In *Temas de Direito Processual*. 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2.001.

_____. “Cumprimento” e “Execução” de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 42. São Paulo: Dialética, set. 2006.

_____. Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças. *Revista Dialética* n.º 7. São Paulo: Dialética, out. 2003.

_____. *Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil*. Temas de Direito Processual. Primeira Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MURITIBA, Sérgio. *Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Um Novo Conceito de Sentença? *Revista de Processo* n. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2.007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ainda o Problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, mai./jun. 2004.

_____. Efetividade e Tutela Jurisdicional. In: *Polêmica sobre a Ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O Problema da Eficácia da Sentença. In: *Polêmica sobre a Ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PALHARINI JR., Sidney. Algumas Reflexões sobre a Multa do Artigo 475 – J do CPC. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo. Todos os passos do conceito em Max Weber.* São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis.* 3. ed. São Paulo; Malheiros, 2003.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla Tutela di Condanna. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

_____. L'effettività dei Mezzi di Tutela Giurisdizionale con Particolare Riferimento All'Attuazione della Sentenza di Condanna. *Rivista di Diritto Processuale.* Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

RIBEIRO, Flávia Pereira. Honorários Advocatícios no Cumprimento de Sentença. In SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.(Coord) *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Primeiras Observações sobre o Novo Art. 475 – J do CPC. *Revista de Processo* n. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2006.

SANTOS, Evaristo Aragão. *A sentença como título executivo.* In LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos).* São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Breves Notas Sobre o “Novo” Regime de Cumprimento de Sentença. In FUX, Luiz Fux; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile.* 5. ed. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1957.

_____. *L'Esecuzione Forzata nella Tutela Giurisdizionale dei Diritti*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949.

_____. Premessi Generali Alla Dottrina della Esecuzione Forzata. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, v. IX, parte I, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1932.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças Parciais? Considerações a Partir da Reforma do Art. 162, §1º, do CPC. *Revista de Processo* n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007.

SECONDAT, Charles-Louis. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de Imissão de Posse*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Jessé. O mundo desencantado, introdução a *A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a Idéia de Sociologia Econômica*. Trad. Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos deveres de Fazer e Não Fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. Problemi in Tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore. 1976.

THEODORO JR., Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. As Vias de Execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais, Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Títulos Executivos Judiciais: o Cumprimento da Sentença segundo a Reforma do CPC Operada pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2.005. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 43. Outubro de 2.006. São Paulo: Dialética, 2006.

TRAGTENBERG, Mauricio. *Burocracia e ideologia*. São Paulo: Ática, 1974.

TRUBEK, David M. Max Weber Sobre Direito e Ascensão do Capitalismo. Trad. de José Rafael Zullo. *Revista Direito GV*. v. 3, n. 1. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, jan./jun. 2007

VARGAS, Jorge de Oliveira. O Novo Conceito de Sentença e o Recurso Daquela que Não Extingue o Processo: Apelação ou Agravo de Instrumento? *Revista de Processo* n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. *A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 2006.

_____. *Economia e Sociedade*, 2 v. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

_____. *Ensaio de Sociologia*. Trad. Waltesir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC

_____. *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 1992-199

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Sentença Declaratória como Título Executivo e o Princípio da Ação (Interpretação do artigo 475 – N, I, do CPC, Introduzido pela Lei n. 11.232/2005). *Revista Dialética de Direito Processual* n. 49. São Paulo: Dialética, abr. 2007.

_____. O Novo “Cumprimento de Sentença” e a Busca da Efetividade do Processo – Considerações a Propósito da Lei n. 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 47. São Paulo: Dialética, fev. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e Liquidação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.