



AS NOVAS SENTENÇAS E OS NOVOS PODERES DO JUIZ PARA A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR.

Advogado em Curitiba

SUMÁRIO: 1. O esgotamento do conceito de sentença condenatória: 1.1 Compreensão e função das classificações; 1.2 O surgimento da sentença mandamental; 1.3 A eliminação da necessidade de instauração do processo de execução para a realização forçada do direito; 1.4 Melhor delimitação das sentenças mandamental e executiva em face da sentença condenatória; 1.5. Sentenças e meios executivos diante dos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC; 1.6 A resistência em admitir a ligação da multa com a sentença mandamental; 1.7 Medidas de coerção indireta, de coerção direta e de sub-rogação – 2. A mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença – 3. A fase executiva: a possibilidade de o juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa, bem como determinar modalidade executiva não prevista na sentença

1. O ESGOTAMENTO DO CONCEITO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

1.1 Compreensão e função das classificações

Como a discussão envolvendo a sentença condenatória, diante das novas sentenças de tutela dos direitos inseridas no CPC, tem se tornado estéril e até mesmo infrutífera, uma vez que a doutrina, ao invés de atentar para conceitos e classificações, tem se debruçado sobre terminologias, é importante deixar claro, antes de tudo, os significados de conceito e “nomen iuris” e a verdadeira função das classificações.

Embora se possa fazer uma distinção entre conceito e definição, considerando a primeira como uma realidade jurídica e a segunda como sua descrição, o certo é que essa diferenciação não é usual, e aqui não tem importância. O problema é confundir conceito (ou definição) com “nomen iuris”.



O conceito pode ser definido pela lei, pela doutrina ou ainda pela jurisprudência. No caso da sentença condenatória, o conceito é eminentemente doutrinário, pois nunca houve qualquer esforço legal ou jurisprudencial para conceituá-la.

Quando se procura saber o significado de um conceito doutrinário há que se investigar, evidentemente, a doutrina que o formou. Tratando-se do conceito de sentença condenatória, a doutrina italiana. Nada há para estranhar em considerar a doutrina italiana para precisar o conceito de condenação. É que os conceitos doutrinários podem ter validade universal. É certo que o conceito de condenação, se houvesse tomado em conta a lei italiana, não teria muita serventia no presente caso. Acontece que o conceito de condenação não se formou a partir da lei, mas sim sob a influência dos valores da sociedade e do Estado da época em que foi moldado.

Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica no surgimento de outro conceito. Porém, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não acontece, a discussão pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome. Acontece que, como é óbvio, para o entendimento entre os intérpretes ser possível, não há como dar o mesmo nome a duas realidades.

Não obstante, é exatamente isso que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das necessidades sociais e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades.

As classificações não devem ser pensadas como verdadeiras ou falsas, como supõem alguns. É que as classificações não se destinam a conceituar ou descrever realidades, mas somente a agrupá-las. O valor da classificação depende de sua utilidade ao agrupar os fenômenos que têm certas particularidades. Ela tanto será melhor quanto maior for sua capacidade de tornar os fenômenos compreensíveis, sem que cada um deles perca sua identidade e sua própria consequência prática.



Ao se pensar em classificação há que se tomar em conta os conceitos classificados. Porém, os conceitos que podem explicar uma classificação são aqueles que levaram à sua formação, e não outros. Portanto, do mesmo modo que a sociedade e o Estado se alteram, e isso implica no surgimento de novos conceitos, as classificações também devem se modificar.

Quando parte da doutrina propõe outro conceito para sentença condenatória, preservando somente o nome de condenação, passa a existir um novo conceito. Mas, quando se modifica um dos conceitos da classificação, essa também é alterada. A mudança do conceito de condenação, assim, implica na alteração da classificação das sentenças.

Ora, o que vale em uma classificação é o conteúdo, e não o nome dos conceitos agrupados. A partir do momento em que se altera o conteúdo de um dos objetos, modifica-se, por consequência, a classificação, aceitando-se que a classificação modificada não mais serve para explicar os fenômenos.

Se tudo isso é óbvio, é de se perguntar a razão para a insistência na pseudo-manutenção do conceito de condenação e da classificação clássica das sentenças, elaborados a partir do impacto de outros valores. Isso somente pode ser explicado a partir de um entendimento totalmente equivocado a respeito da função das classificações.

Os doutrinadores do direito – e não apenas os processualistas - imaginam que a classificação elaborada por doutrina de prestígio é verdadeira, e por essa razão deve ser mantida intocada para sempre. Acontece que, como já dito, não existe classificação verdadeira ou falsa, mas sim classificação capaz de agrupar vários fenômenos com particularidades comuns, de modo que nenhum deles perca identidade e significação.

Não é porque uma classificação, há várias décadas atrás, constituía uma forma adequada para explicar as várias sentenças, que, hoje, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas sentenças e os valores nela impregnados. Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – e apenas nessa perspectiva deve ser analisada -, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e esses, por consequência absolutamente lógica, devem dar origem a uma nova classificação.



A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm que se adaptar às classificações, como se essas fossem dotadas de força perene. Ora, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo do que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações; ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações.

1.2 O surgimento da sentença mandamental

A sentença em que o juiz, visando a realização do direito, atua sobre a vontade do demandado, surgiu no direito brasileiro já há bastante tempo, em razão das particularidades de determinados procedimentos especiais, como o do interdito proibitório.

Porém, foram as novas necessidades de tutela jurisdicional, especialmente as marcadas por conteúdo não-patrimonial, que passaram a exigir a imposição de condutas de não-fazer e, por conseqüência, a sentença mandamental. Ora, de nada adianta impor um não-fazer, diante de sua natureza claramente não-patrimonial, sem que ao provimento do juiz seja atrelada uma medida de coerção indireta, como a multa.

De modo que a necessidade de imposição de condutas de não-fazer, indiscutivelmente de natureza infungível, passaram a exigir a superação da idéia da incoercibilidade das obrigações – que era peculiar ao direito liberal clássico. Na realidade, qualquer obrigação infungível, ainda que de fazer, não pode dispensar a multa.

Pensou-se que a multa deveria incidir apenas em relação às obrigações infungíveis – pois somente aí seria indispensável. Porém, não foi preciso muito tempo para se descobrir que também as obrigações fungíveis – vale dizer, aquelas que podem ser cumpridas por meio da execução forçada – poderiam se beneficiar do seu uso.

Eliminou-se, assim, a idéia de que a multa somente poderia atuar nos locais em que as medidas de execução direta não fossem efetivas. Note-se que a nova redação do art. 287 fez questão de evidenciar que a multa pode ser usada em relação às obrigações de fazer fungíveis, e o art. 461-A, seguindo as linhas do art. 461 – que desde 1994 admite a imposição da multa, no próprio processo de conhecimento, em relação a obrigações de não-fazer e de



fazer de qualquer natureza - , instituiu a possibilidade do uso da multa para compelir o réu a entregar coisa .

A possibilidade de o juiz impor a multa ao proferir sua sentença implicou na quebra da regra de que o Judiciário não poderia exercer poder de imperium. Mais do que isso: não fosse a multa, todos os direitos dependentes da imposição de um não-fazer ou de um fazer infungível, e mesmo aqueles que - embora podendo ser tutelados por meio da execução direta - melhor se adaptam a ela, estariam entregues às relações de força. A sentença atrelada à multa, portanto, tem significado completamente diverso do atribuído à sentença condenatória pelo direito liberal clássico.

1.3 A eliminação da necessidade de instauração do processo de execução para a realização forçada do direito

Algumas sentenças, relacionadas aos direitos reais ou voltadas à recuperação de coisa - como as de imissão na posse, reivindicatória, de reintegração de posse e de despejo - , já eram classificadas, muito antes da inserção do art. 461 -A no CPC, como executivas lato sensu.

Tais sentenças eram assim classificadas porque, ao declararem a ilegitimidade da posse do demandado, alteravam a linha discriminatória das esferas jurídicas, deixando claro que, para a realização do direito, seria necessário apenas transferir para o autor algo que estava ilegitimamente no patrimônio do réu. Como a recuperação da coisa, ou a imissão na posse, exigiam apenas essa transferência, não dependendo de nenhum ato do réu, entendia -se que bastava, para a realização da tutela, apenas a prática de atos executivos dependentes da expedição de mandados, que já estariam autorizados pela própria sentença.

O mais interessante, diante de sua absoluta novidade, são as sentenças relacionadas à prática de atos contrários ao direito que não produziram danos. Como o ato contrário ao direito sempre foi ligado ao dano – o qual chegou a ser visto como necessário para o surgimento do ilícito civil –, considerou-se que a sentença posterior ao ilícito seria sempre destinada a permitir o ressarcimento do dano e, assim, uma sentença condenatória.

Acontece que as novas funções assumidas pelo Estado, importando aqui o dever de proteção, obrigaram a edição de regras legais de proibição de condutas, como, por exemplo, a proibição de expor à venda produto com determinado conteúdo. A simples



exposição à venda configura ato proibido pela lei, não tendo nada a ver com o dano. Na verdade, o dano é consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. Perceba -se que a suposição de que o ato contrário ao direito não constitui ilícito civil retiraria do processo civil a possibilidade de combatê-lo, deixando-o somente ao processo penal. Isso seria ignorar que as novas funções do Estado, assim como os novos direitos, não podem admitir que o processo civil não se importe com as normas que, para dar proteção aos direitos, estabelecem proibições, como, por exemplo, a de não vender produto com determinada composição.

Esse é o ponto exato da distinção entre a sentença que, ao declarar o ilícito (ato contrário ao direito), autoriza a expedição de mandado de execução, e a sentença que, ao declarar o ilícito danoso, depende, para a realização do direito, da prática de ato pelo réu ou da retirada de algo que está legitimamente em seu patrimônio.

Para a realização da tutela ressarcitória a sentença depende da de claração do dano (ilícito danoso) e da prática de ato pelo réu (ressarcimento na forma específica) ou da retirada de algo que está legitimamente no seu patrimônio (ressarcimento pelo equivalente monetário), ao passo que, para a realização da tutela de remoção do ilícito (p, ex., relativa a exposição à venda de produtos nocivos), é suficiente declarar que o réu cometeu ato contrário ao direito, pois isso autoriza a expedição de mandado executivo, exatamente porque a execução não depende de algo que precisa ser feito pelo réu (ressarcimento na forma específica) ou da retirada de bem que está legitimamente no seu patrimônio (ressarcimento em dinheiro). Em outros termos: se a sentença declarou que o réu violou a lei, não há racionalidade em condená-lo, como se a realização do direito dependesse de uma prestação sua (de fazer ou de pagar). Basta a expedição de mandado de busca e apreensão.

A sentença dirigida a viabilizar a remoção do ilícito não pode ser comparada à condenatória pelo simples fato de se destinar a prestar forma de tutela que, para ser efetivada, depende apenas da declaração do ato contrário ao direito, suficiente para autorizar a expedição do mandado executivo. Tal sentença, que sequer poderia ser pensada na época em que a condenação foi concebida, tem relação com os novos direitos e, por isso, reveste -se de força executiva para bem atendê-los, ao contrário da condenatória, que apenas abria oportunidade para o vencedor requerer, em caso de inadimplemento, que a força do Estado fosse utilizada para conduzir à realização da prestação devida.



Entretanto, o CPC, em seus arts. 461 e 461 -A, generalizou a dispensa da ação de execução diante das sentenças relativas a não -fazer, fazer e entrega de coisa. Em razão dessas disposições, tais sentenças, mesmo que dependentes da prática de ato pelo réu (as quais, assim, em princípio poderiam ser condenatórias), embora não autorizem, desde logo, a expedição de mandado de execução, eliminam a necessidade da propositura da ação de execução.

É certo que as novas sentenças executivas - advindas das novas disposições dos arts. 461 e 461-A do CPC, como as relativas a prestações obrigacionais de fazer ou de entrega de coisa - não autorizam a execução imediata, pois exigem o adimplemento do réu. De qualquer forma, tais sentenças possuem nítida diferença diante daquela que apenas abre caminho para a execução forçada (a condenatória). Em relação a essas espécies de sentenças executivas, ainda que a diferença em relação à condenação seja mais tênue, e possa ser vista como relacionada à forma processual da execução - que agora não mais precisa ser feita em processo separado, instaurado por meio de ação - não é possível ignorar que existe um propósito (e assim um valor) muito forte na concentração da execução com o conhecimento.

Trata-se da superação do princípio da tipicidade das formas executivas, outrora visto como garantia da liberdade dos cidadãos contra a possibilidade de arbítrio judicial , e agora pensado como obstáculo à efetiva tutela do direito.

Lembre-se que, na concepção do direito liberal clássico, não seria correto dar o poder de executar ao julgador, pois aí “o juiz seria mais do que juiz”, podendo se constituir em um “opressor” e, assim, colocar em risco as liberdades. Dar ao juiz, que apenas deveria proclamar as palavras da lei, o poder de execução, seria tão ou mais grave do que lhe conferir poder para criar a lei . Chegou-se a sustentar, até mesmo, que a execução consistiria em uma função menos nobre do que a de “dizer o direito”.

Porém, quando se entendeu que a execução deveria ser entregue à jurisdição, estabeleceu-se, para se garantir a liberdade e evitar o arbítrio do judiciário, o princípio de que o juiz, além de depender da iniciativa da parte, somente poderia admitir os meios executivos expressamente tipificados na lei.



Não há dúvida de que a separação entre processo de conhecimento e processo de execução derivou de uma exigência prática, decorrente da tese de que a ação condenatória “morre por consumação”. Diante dessa idéia, e sustentando -se a eventualidade da execução, afirmou-se que essa, quando necessária, deveria dar origem a um novo e separado processo.

Acontece que a suposição de que a ação condenatória é suficiente em si mesma é desmentida pelo entendimento de que a condenação é apenas uma fase para a integral prestação da tutela jurisdicional e, especialmente, pela nova fisionomia que o Estado assumiu na sociedade contemporânea.

Se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a a livre disposição daquele que obteve a sentença. Ora, diante das novas funções do Estado, não se pode pensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quando o direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida.

Não foi por outra razão que os arts. 461 e 461 -A do CPC e o art. 84 do CDC deram ao juiz o poder de atuar de ofício, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, para estabelecer multa, alterar o seu valor, ou ainda modificar a medida executiva já instituída, libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que esse passou a ser feito pela regra da proporcionalidade.

Ou melhor, a necessidade do juiz se vincular à execução, podendo agir de ofício para conceder a medida executiva que lhe parecer adequada ao caso concreto, é que levou a concentração da execução com o conhecimento, dando ao juiz o poder de exercer atividade executiva ainda que sem a propositura de ação de execução. Ou melhor: a dispensa da ação de execução tem nítida intenção de conferir ao juiz que proferiu a sentença a possibilidade de determinar a medida executiva adequada ao caso concreto, mesmo que não expressamente tipificada na lei.

1.4 Melhor delimitação das sentenças mandamental e executiva em face da sentença condenatória

Como restou demonstrado, não há como pensar um conceito ou uma classificação à distância da época de sua concepção. Pretender discutir um conceito ou uma



classificação à luz das alterações decorrentes da história, é simplesmente tomar em consideração outro conceito ou outra classificação. Ou melhor, é considerar que a classificação passada, embora tenha servido a suas finalidades em determinado instante, não mais serve para a explicação de outros conceitos que se agregaram, com o passar do tempo, aos pretéritos.

Surgindo novas realidades e, por mera consequência, a necessidade de nova classificação, não há racionalidade em tentar enxertá-las nas velhas prateleiras da antiga, como se – e aqui voltando a pisar na doutrina de Carrió – as realidades tivessem que se acomodar às classificações, e não o contrário.

Pior do que isso: a tentativa de manter uma classificação – além de fundada em um desvio sobre a verdadeira função das classificações –, é cientificamente perniciosa, pois acaba por apagar as distinções entre o antigo e o novo, especialmente os valores aí embutidos, podendo ser vista como uma armadilha conservadora.

Se a sentença condenatória é, por uma série de motivações históricas e culturais da época em que o seu conceito foi gerado, correlacionada com a execução por sub-rogação, não há como enquadrar a sentença que se liga à multa dentro da classificação trinária. Proto Pisani, aliás, chegou a indagar – ainda que para a consecução de seu objetivo fosse melhor a conclusão de que a sentença ligada à multa é condenatória, uma vez que o CPC italiano não prevê a multa, como faz o CPC brasileiro nos arts. 461 e 461 -A – se a sentença que ordena mediante coerção indireta deve ser classificada como condenatória ou, ao contrário, constitui uma quarta espécie de sentença, que deve ser colocada ao lado das três sentenças tradicionais.

Na realidade, mesmo em uma perspectiva meramente técnica, não há razão para reunir sob o rótulo de “condenação” sentenças que têm estruturas distintas. Como observou Mandrioli, o preço que deveríamos pagar para incluir as sentenças suscetíveis de execução indireta na categoria da condenação é mais elevado do que a vantagem que poderíamos obter. Segundo ele, enquanto a vantagem poderia estar no plano da unidade terminológica, a contrapartida da inclusão da sentença ligada à coerção indireta na categoria da condenação levaria a uma inevitável cisão entre o conceito de condenação e a noção de execução forçada. Tal cisão – segundo Mandrioli – deixaria um espaço vazio entre a



declaração e a condenação-título-executivo, o que tornaria inevitável a configuração de um tertium genus, que seria a condenação-não-título-executivo . Ou melhor, existiriam aí duas espécies de condenação. Uma ligada à execução direta e outra ligada à multa, o que já seria suficiente para demonstrar que surgiu um novo conceito e, assim, a completa inutilidade da manutenção da classificação trinária.

Em relação à sentença não atrelada à multa, mas que dispensa a ação de execução, permitindo que a execução direta se concentre no próprio processo de conhecimento, também não há como negar que essa sentença possui função distinta da condenatória, mesmo em uma perspectiva meramente técnica e indiferente aos valores que inspiraram a concentração da execução com o conhecimento.

O que realmente importa é que, ao se admitir uma forma de sentença ligada à multa e outra que viabiliza a concentração da execução no processo de conhecimento, tomam-se em consideração – e isso é absolutamente evidente – novas realidades e novos valores. Reunir sob o rótulo de condenação as sentenças mandamental e executiva significa dar a novas realidades um nome que servia - e serve - para identificar outra. Ou muito pior: é eliminar os valores e as repercussões das novas realidades, espremendo -as para caberem em uma classificação antiga, como se as classificações fossem perenes.

Seria absurdo dizer que a classificação trinária é errada ou falsa – uma vez que, como já foi demonstrado, as categorias da verdade e da falsidade não devem ser relacionadas com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre essas diversas formas para a prestação da tutela jurisdicional.

1.5 Sentenças e meios executivos diante dos arts. 461 e 461 -A do CPC e 84 do CDC

Em primeiro lugar, é preciso frisar que a sentença – por constituir técnica processual voltada à efetivação dos direitos – somente pode ter sua natureza definida em face da maneira em que interfere – logicamente que quando interfere - sobre a realidade fática. Não fosse assim, todas as sentenças deveriam ser conceituadas como declaratórias.



Considerando os arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, cabe considerar a multa e as medidas executivas que, sem a ação de execução, podem viabilizar a realização do direito independentemente da vontade do demandado, e aquelas que, objetivando a tutela do direito, exercem pressão sobre a vontade do réu (coerção indireta).

A multa limita-se a forçar o réu a adimplir, mas não garante a realização do direito independentemente da sua vontade. A sanção, própria às sentenças condenatória e executivas, viabiliza a realização do direito independentemente da vontade do réu e por força da própria execução, enquanto que a multa se limita a atuar sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir .

Como a multa não tem potencialidade para conduzir, por si só, à realização do direito, fala-se em execução indireta. No outro caso, como a sanção aplicada pelas sentenças condenatória e executiva permite a realização do direito de forma forçada – e assim sem que importe a vontade do réu –, prefere-se usar a expressão execução direta.

A diversidade em termos de efetividade, bem como de repercussão e de impacto sobre a esfera jurídica do réu, entre os meios de execução direta e de execução indireta, previstos nos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, conduz a duas maneiras distintas de se prestar a tutela dos direitos e, desse modo, a duas sentenças diferentes, a executiva e a mandamental.

1.6 A resistência em admitir a ligação da multa com a sentença mandamental

José Miguel Garcia Medina, em livro publicado há pouco tempo, dedicou um capítulo (intitulado “A questão da ordem sob pena de multa. Nova concepção de tutela mandamental”) para tratar da nossa proposta de configuração da sentença mandamental.

A sua discordância em relação a nossa proposta se baseia em dois pontos. Diz ele: “o primeiro motivo de nossa discordância está em que, no direito brasileiro, a desobediência à ordem já tem uma consequência particular prevista em lei, porquanto tal conduta é considerada um ilícito penal (Código Penal, art. 330). Assim, quando o juiz ordena, a medida coercitiva está *in re ipsa*, ante aquela previsão do Código Penal, sendo desnecessária a cominação de multa para que se esteja diante de uma decisão mandamental”. Afirma que



“se o juiz pronuncia uma ordem judicial, esta ordem já está acompanhada da possibilidade de prisão em decorrência de seu descumprimento, razão pela qual a “coerção indireta estaria sempre ligada à ordem, independentemente da fixação de multa” . Por isso, segundo seu entender, a decisão que ordena sob pena de multa é “mandamental quanto à ordem e condenatória quanto à multa” .

Como segundo motivo de discordância, afirma o referido autor que, “se o descumprimento da obrigação acarreta a exigibilidade da multa”, seria “mais adequado considerar que se está diante de condenação para o futuro, mesmo porque a execução da multa será outra execução, semelhante à execução por quantia certa” .

Como se vê, Garcia Medina supõe que o Código Penal não só pode, como é suficiente para dar efetividade à sentença civil, negando -se a ver no art. 461, §5o, do CPC, a fonte para a imposição da prisão no direito processual civil brasileiro . Perceba -se que a prisão do Código Penal não tem por objetivo dar efetividade às decisões do juiz civil ou mesmo pressionar o réu para cumprir, mas sim punir o desobediente. Não é de estranhar, assim, a sua completa falta de efetividade em relação às decisões judiciais, que pode ser facilmente constatada diante do fato de que a prisão penal, embora prevista há muito tempo no Código Penal, jamais foi capaz de outorgar efetividade às decisões do juiz civil.

Aliás, como a prisão penal não era capaz de dar efetividade às decisões do juiz, conferiu-se ao juiz o poder de ordenar sob pena de multa (arts. 461 e 461 -A do CPC e 84 do CDC). O objetivo dessa multa, como é pouco mais do que evidente, é o de pressionar ao adimplemento, e não o de punir o réu.

De modo que a afirmação no sentido de que a mandamentalidade da ordem advém do Código Penal, “independentemente da fixação da multa”, possui raiz em uma errada compreensão dos fins das novas modalidades processuais civis e do Código Penal. Lembre-se que assim como a prisão, a multa também pode ser intimidativa ou punitiva. A multa e a prisão somente dão conteúdo a uma sentença mandamental quando capazes de constranger o demandado. Em caso contrário, perdem o caráter de medidas de coerção civil e assumem a natureza de sanções punitivas.



Se o que importa, para a definição de mandamentalidade, é a coerção, e essa decorre da natureza da multa processual civil, que foi instituída em razão da inefetividade da prisão penal, é completamente equivocado ver coerção civil na prisão penal e condenação na multa civil.

Trata-se de um vício que se radica em uma visão patrimonialista do sistema processual civil ou que imagina que o objetivo da multa coercitiva é dar dinheiro à parte. Como a finalidade da multa coercitiva não é essa, mas sim a de dar efetividade à tutela dos direitos – especialmente aos não-patrimoniais -, não há cabimento em se pensar que o juiz, ao impor a multa, condena o demandado.

O fato de o valor da multa poder ser cobrado nada tem a ver com a coerção indireta por ela exercida. A dificuldade, aí, está em que a multa, no caso, possui dupla feição. Uma coercitiva e outra sancionatória. O objetivo de toda multa coercitiva é o de pressionar o cumprimento; entretanto, no caso de inadimplemento, ela se converte automaticamente em sanção punitiva pecuniária.

Portanto, pensar a prisão penal como indício de mandamentalidade, e a multa como condenação, é o mesmo que negar a própria natureza da multa coercitiva civil. Na sentença mandamental o juiz usa a força do Estado para estimular o vencido a adimplir, ao passo que na condenatória há apenas a constituição de uma situação jurídica que pode abrir oportunidade ao seu uso. Não há como pensar que na sentença mandamental há apenas a criação dos pressupostos para o uso da força estatal, supondo -se, equivocadamente, que essa força, diante da ordem sob pena de multa, somente entre em atividade quando da cobrança da multa. Isso seria negar a característica da própria ordem sob pena de multa. Como é óbvio, o juiz, quando ordena sob pena de multa, não determina o cumprimento sob pena do pagamento de valor equivalente ao da prestação inadimplida (e nem deveria), mas impõe necessariamente a multa em valor suficiente para constranger o réu a adimplir. Se a imposição da multa serve para forçar o adimplemento, é evidente que ela significa o uso da força do Estado. O que menos importa, aí, é a cobrança do valor da multa. Algo bem diferente ocorre quando a condenação não é cumprida e o vencedor passa a percorrer o caminho da execução forçada. Nessa hipótese, o réu não é forçado a cumprir. Ao contrário, confere-se a ele a possibilidade de adimplir e, ao mesmo tempo, a possibilidade do credor propor ação de execução no caso de não observância da sentença.



Porém, há ainda a alegação de que a ordem sob pena de multa constituiria condenação para o futuro. Assim, antes de mais nada é necessário verificar o que é condenação para o futuro. A condenação para o futuro constitui condenação anterior à violação do direito. No momento em que se pede a condenação para o futuro ainda não ocorreu a violação, razão pela qual essa espécie de condenação representa uma exceção à regra de que a condenação é condicionada a uma violação atual do direito .

O interesse de agir, relativo à condenação para o futuro, não tem relação com a afirmação de violação de um direito, mas advém da necessidade de criar, desde logo, os pressupostos da execução, para que, quando o direito for violado, seja desde logo possível se passar a ela, eliminando-se a demora do processo. Quando se pensa em condenação para o futuro, afirma-se que é preciso evitar a multiplicação de ações para cobrar aquilo que é devido periodicamente (p.ex.: art. 290 do CPC, obrigação que consiste em prestações periódicas) e, ainda, que a constituição antecipada do título executivo serve para evitar que a própria efetividade da tutela jurisdicional seja frustrada em razão do longo espaço de tempo que, na generalidade dos casos, está presente entre o momento da lesão e o da real e concreta satisfação do direito .

Resumindo: a condenação para o futuro, embora prestada antes da violação do direito, é concedida para a hipótese do direito ser violado. Ou seja, quem pede condenação para o futuro aceita a possibilidade de ter o direito violado, uma vez que tem interesse apenas em formar antecipadamente o título executivo, o que permitirá que, logo após a violação, seja instaurada a execução, abreviando-se o tempo para a satisfação do direito lesado.

Portanto, não há como admitir que a sentença que ordena sob pena de multa chegue perto da condenação para o futuro. E a negação, aqui, abre-se em dois argumentos.

A multa, no caso em que o ilícito ainda não foi praticado, obviamente destina-se a inibi-lo. Ora, é absurdo imaginar que a multa coercitiva aceita a possibilidade da violação, desejando apenas acelerar a atividade de reparação do dano.

Ao que parece, Garcia Medina pensou que a imposição da multa pudesse representar condenação para o futuro em razão de ter raciocinado no sentido de que a imposição da multa configuraria uma condenação que apenas poderia ser cobrada no futuro.



Com o devido respeito, trata-se de uma concepção que nada tem a ver com a função da multa ou com a função da condenação para o futuro.

Não é possível reduzir a multa a uma mera sanção punitiva pecuniária que não pode ser cobrada imediatamente. A multa coercitiva, como já se disse, não tem função punitiva, ao passo que a condenação para o futuro tem por objetivo acelerar a atividade executiva para dar conta de provável violação, e não com a impossibilidade de cobrança imediata da multa que foi imposta para evitar a violação. A menos que se imagine que essa multa teria uma função ressarcitória, o que seria a mais completa negação de sua finalidade, implicando na retomada da terrível confusão entre a multa e a indenização.

A distinção entre a ordem sob pena de multa e a condenação para o futuro reside, basicamente, na pergunta sobre a razão de sua imposição. Qual a razão da ordem sob pena de multa e qual a razão da condenação para o futuro? Ora, a ordem sob pena de multa objetiva forçar o demandado a cumprir, ao passo que a condenação para o futuro nada tem a ver com essa finalidade, pois não atua sobre a vontade do réu, limitando -se a criar os pressupostos para que, ocorrida a violação, desde logo seja possível a execução.

Assim, enxergar na ordem sob pena de multa uma espécie de condenação para o futuro, significa pensá-la como indenização que somente pode ser cobrado mais tarde, e não como técnica de coerção indireta, fundamental à efetividade da tutela dos direitos.

1.7 Medidas de coerção indireta, de coerção direta e de sub-rogação

A coerção indireta pode ser pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa). É dita indireta porque não conduz diretamente à tutela do direito, limitando -se a incidir sobre a vontade do réu para que a tutela do direito seja prestada.

A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade. Nada impede, porém, como já foi amplamente demonstrado, que a multa possa ser utilizada diante de obrigações fungíveis.

Ao lado da execução indireta ou da coerção indireta se coloca a execução direta, que é aquela que permite que o direito seja realizado independentemente da vontade do



demandado. Porém, em relação à execução direta, é preciso distinguir entre os meios executivos que substituem uma prestação da parte e os meios executivos que atuam quando essa prestação não existe. No primeiro caso, em que a execução substitui a prestação da parte, há sub-rogação, enquanto que, no segundo, quando a atividade executiva não substitui a prestação devida (pois essa não existe), há coerção direta.

A coerção direta constitui modalidade de execução que possui contato muito íntimo com as formas de execução que servem aos direitos reais e às ações em que a recuperação da coisa depende da desconstituição do contrato. Nessas ações, assim como nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de reintegração de posse, declarada a ilegitimidade da posse do réu na sentença, não há como se pensar em atividade executiva de sub-rogação, pois nada precisa ser feito pelo vencido para ocorrer a realização do direito, bastando a expedição de mandado executivo.

Há situação absolutamente similar nos casos em que foi praticado um ilícito de eficácia continuada. Se a sentença declara a prática do ato contrário ao direito, também nada precisa ser feito pelo demandado para que o direito seja tutelado. Basta a remoção do ato ilícito. Exemplificando: no caso em que a sentença declara que foi exposto à venda produto que viola as normas de proteção do consumidor, não há como admitir que o meio de execução substituirá uma atividade que deveria ter sido prestada pelo demandado, uma vez que esse não tinha o que prestar, tendo atuado em desconformidade com a lei.

Se a sentença declara que a coisa está indevidamente na posse do réu, ou que esse praticou ato contrário ao direito, é suficiente que um auxiliar do juízo retire a coisa do réu e passe para o autor ou remova o ato contrário ao direito.

De modo que o local da sub-rogação é aquele em que se espera uma prestação do demandado. A substituição, nesse sentido, é relacionada com a prestação devida. Quando não há prestação, como nas hipóteses de direitos reais, de recuperação de coisa e de ato contrário ao direito que deve ser removido, basta a coerção direta, não sendo o caso de se pensar em sub-rogação.

Ou seja, quando se fala que, para a tutela do direito, nada precisa ser exigido do réu, deseja-se evidenciar que a atividade executiva não substituirá o demandado, pois is so



somente acontece nos casos em que, no plano do direito material, a satisfação do direito do autor depende de uma prestação sua.

Perceba-se que, nos casos em que a tutela do direito independe de ato a ser praticado pelo réu, como ocorre quando se pretende apenas remover o ilícito através de meio de coerção direta (como a busca e apreensão), obviamente não se pode pensar em condenação, justamente porque não há necessidade de se exigir qualquer prestação do réu para a tutela do direito. Ademais, quando para a realização do direito basta retirar algo que está ilegitimamente no patrimônio do demandado, ou mesmo viabilizar o acesso do autor à coisa que, segundo a sentença, legitimamente lhe pertence, também não é preciso exigir nada do réu, e, assim, não há cabimento em pensar em condenação à entrega de coisa.

Diante disso, a importância da distinção entre coerção direta e sub-rogação está na necessidade de se inserir no sistema dos arts. 461 e 461 do CPC e 84 do CDC a diferença entre sentenças que são executivas em razão do que existe no plano do direito material e sentenças que dispensam a ação de execução por uma questão de política processual, relacionada apenas com a necessidade de se dar um maior poder de execução ao juiz.

2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE O PEDIDO E A SENTENÇA

A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da idéia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.

Note-se que a superação dessa idéia é uma consequência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em



congruência, afirma-se que sua finalidade é a de evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade.

O CPC, em dois artigos, alude à idéia de o juiz ater-se ao alegado pelo autor. O art. 128 diz que “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”. E o art. 460 afirma que “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”.

O art. 460, ao traduzir a idéia de segurança jurídica, afirma que a sentença deve limitar-se ao pedido nos sentidos imediato e mediato. Ao falar na proibição de sentença de “natureza diversa da pedida” alude ao pedido imediato, e ao apontar para vedação de condenação em “quantia superior ou em objeto diverso”, trata do pedido mediato. Tal distinção é fácil de ser apreendida, pois o pedido mediato reflete o “bem da vida” – a quantia, o objeto - que se procura obter com o acolhimento do pedido imediato, isto é, com a sentença solicitada.

Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um “inimigo”, mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social.

Pois bem: os arts. 461 do CPC e 84 do CDC - relativos às “obrigações de fazer e de não fazer” - dão ao juiz a possibilidade de impor a multa ou qualquer outra medida executiva necessária, ainda que não tenham sido pedidas. O art. 461 do CPC, por exemplo, afirma expressamente, no seu §4º, que o juiz poderá impor multa diária ao réu, “independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação”, e no seu §5º que “poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como ...”.



No mesmo sentido, o novo art. 461-A – que entrou em vigor em agosto de 2002 -, pois afirma, no seu §3º, que são a ele aplicáveis as regras que estão nos parágrafos do art. 461. Desse modo, caso tenha sido solicitada a busca e apreensão, poderá ser imposta a multa, ou vice-versa.

Nessa linha, é importante perceber que pode ser solicitada sentença executiva, ou seja, capaz de conduzir à tutela do direito mediante coerção direta ou sub-rogação, e o juiz conceder sentença mandamental (ou coerção indireta). Ou o inverso, pois pode ser concedida sentença executiva no lugar de sentença mandamental.

Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da “obrigação originária”. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto.

Perceba-se que a possibilidade de imposição de fazer diverso do pedido não se confunde com a possibilidade de imposição do solicitado através da utilização de meio executivo diferente do postulado. Quando se pensa em meio executivo distinto, imagina-se, por exemplo, a contraposição entre uma medida de coerção direta e a multa, enquanto que, no outro caso, altera-se o próprio fazer pedido.

A distinção entre a determinação de algo diverso do solicitado e a imposição de meio executivo diverso para a concessão daquilo que foi requerido, destina-se a evidenciar que o juiz, diante dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, pode deixar de lado, além do meio executivo solicitado, o próprio pedido mediato.

É claro que esse amplo poder de execução, conferido ao juiz, tem o objetivo de lhe dar maior flexibilidade para a concessão da providência e do meio executivo que seja, a um só tempo, realmente capaz de dar tutela ao direito e implique na menor restrição possível à esfera jurídica do réu.



Não é porque a aplicação da regra da congruência pode impedir a efetividade da tutela do direito, e que o juiz não pode mais ser visto como “inimigo”, que o poder de execução que lhe foi deferido pode restar sem controle. A diferença está na forma de controle. Se antigamente ele era feito pela lei – daí se pensar no princípio da tipicidade dos meios executivos, na separação entre conhecimento e execução e na congruência entre o pedido e a sentença -, atualmente esse controle deve ser realizado pela regra da proporcionalidade. Ou seja, o aumento de poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do judiciário ao legislativo ou da idéia de que a lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial, e na necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto. Ora, a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto.

3. A FASE EXECUTIVA: A POSSIBILIDADE DE O JUIZ MODIFICAR O VALOR OU A PERIODICIDADE DA MULTA, BEM COMO DETERMINAR MODALIDADE EXECUTIVA NÃO PREVISTA NA SENTENÇA

Também como consequência dos motivos que conduziram à quebra do princípio da tipicidade das formas executivas, da separação entre processo de conhecimento e processo de execução e da regra da congruência, conferiu-se ao juiz o poder de, na fase de execução, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa e alterar a própria modalidade executiva determinada na sentença.

O novo §6º do art. 461 do CPC é expresso no sentido de que o juiz pode modificar o valor ou a periodicidade da multa, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva. Essa modificação deve ser associada à necessidade de se dar efetividade à tutela, a qual evidentemente depende da fase executiva. Daí não existir qualquer motivo para estranhar a possibilidade de alteração da multa na fase executiva, isto é, depois do trânsito em julgado da sentença que a fixou.

Maior dificuldade traz a possibilidade de o juiz determinar modalidade executiva diversa da prevista na sentença. Até pelo motivo de que a compreensão dessa questão exige, como premissa, a devida elucidação da diferença entre a alteração da



modalidade executiva e a modificação do próprio fazer (ou do não fazer) expresso na sentença.

Como visto no item antecedente, o juiz pode fugir do pedido não só para alterar a modalidade executiva, como também para modificar o próprio fazer (ou não fazer) solicitado. A pergunta que se faz, agora, é se essas alterações podem também ocorrer na fase executiva.

Deixe-se claro, desde logo, que a preferência por certo meio executivo ou modalidade de fazer não constitui mera opção, mas sim o resultado da aplicação das sub-regras da proporcionalidade, quais sejam: i) adequação, ii) necessidade e iii) proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é, em termos rápidos, a legitimidade do meio pensado para atingir a tutela. A necessidade se desdobra nas idéias de meio idôneo e da menor restrição possível. O meio idôneo é pensado em termos de eficácia, pois é aquele que tem aptidão para proporcionar concretamente a tutela. Porém, esse meio idôneo deve ser aquele que cause a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. Nesse caso, ou seja, quando o meio for idôneo ao pretendido pelo autor e, ao mesmo tempo, configurar a menor restrição possível, constituirá o meio mais idôneo, representando a idéia de meio mais suave, que é justamente aquele que deve ser usado para dar tutela ao direito do autor. Por fim, a sentença não pode, para dar tutela ao direito, gerar um gravame despropositado ao demandado.

Considerado o fazer (ou o não-fazer) imposto na sentença, o juiz não pode, na fase de execução, considerá-lo: i) não adequado para a tutela do direito, ii) que não representa o meio mais idôneo, ou iii) que constitui algo desproporcional. Tudo isso foi passível de discussão na fase de conhecimento, tendo ficado acober tado pela coisa julgada material.

Ao juiz deve ser permitido inovar, na fase executiva, somente quando o réu não atender à sentença, e assim o fazer não se configurar como meio mais idôneo por sua própria culpa. Assim, por exemplo, se o réu não instalar o equipamento antipolvente imposta na sentença, o juiz não é obrigado a determinar que esse equipamento seja instalado por terceiro – alterando apenas o meio executivo –, mas fica com a possibilidade de determinar a interdição da fábrica.



Note-se, para melhor esclarecer, que se a sentença determinar a interdição, o executado não pode pretender, na fase executiva, a sua alteração, para então poder instalar apenas um equipamento antipolvente. É que a interdição, estabelecida na sentença, deve ser compreendida como o resultado do contraditório entre as partes. É por isso que o fazer apenas pode ser alterado quando o réu se negar o resultado da discussão da qual participou.

No que diz respeito ao meio executivo – multa, prisão, coerção direta e sub-rogação –, importam apenas as regras da adequação e da necessidade. Em relação ao valor da multa, admite-se que esse seja aumentado ou diminuído (meio idôneo e meio que configura a menor restrição possível). Além disso, nada pode impedir, em tese, a substituição da multa pela execução direta ou vice-versa. Quanto à prisão, essa somente pode ser admitida para dar efetividade a um não-fazer ou a um fazer fungível que não exija a disponibilização de patrimônio, obviamente quando configurar o meio mais idôneo.

Ainda que a discussão sobre o meio executivo possa ser feita na fase de conhecimento, ela obviamente extrapola para a fase de execução, quando, na realidade, será testada a sua efetividade. Isso não quer dizer, como é evidente, que esse poder executivo não possa ser controlado. Em primeiro lugar, a alteração da modalidade executiva depende de justificativa do juiz; sua ausência implica em presunção de arbitrariedade. Ademais, e também como é óbvio, toda e qualquer decisão do juiz de modificação da modalidade executiva pode ser objeto de recurso.

Na verdade, a aplicação da proporcionalidade, na fase executiva, diante da necessidade de alteração do meio executivo ou do próprio fazer (nesse último caso em virtude de inobservância da sentença por parte do réu), sempre depende da justificativa do raciocínio do juiz.

Voltando à questão da alteração do meio executivo, se é certo que o juiz pode, por exemplo, deixar de lado a multa quando preferir a coerção direta ou vice-versa, alguém poderia dizer que nesse caso estaria ocorrendo a transformação da sentença mandamental em sentença executiva. Porém, não se trata disso. Não há aí alteração ou transformação da sentença, até porque uma sentença não pode ser transformada. Inexiste nova sentença no lugar da antiga, mas apenas a constatação de que a sentença mandamental não se mostrou efetiva.



Se a dispensa da multa e a opção pela coerção direta pudesse implicar na transformação da sentença mandamental em sentença executiva, haveria, antes de tudo, a transformação da multa em coerção direta ou, melhor, a alteração da natureza dos meios executivos. Nesse caso, contudo, não há como pensar em alteração da natureza da modalidade executiva, mas apenas no uso de outro meio executivo diante da constatação da inefetividade do antigo. Melhor explicando: a necessidade de novo meio executivo, diverso do já fixado, não altera a natureza da sentença.

Quando se constata, como já foi dito, que a natureza das novas sentenças não pode prescindir do meio executivo, fica fácil entender que o qualificador que se agrega à sentença possui vinculação com a modalidade executiva.

Não há como alterar a natureza da sentença. A sentença, como é óbvio, tem a sua natureza definida no momento em que é proferida. Se é certo que novo meio executivo pode ser imposto diante da inefetividade do antigo, isso não significa, como é evidente, que esse último ou que a sentença tiveram suas naturezas modificadas.

Por outro lado – e isso é que realmente importa –, caso a sentença ligada à coerção indireta, por exemplo, não recebesse determinado qualificativo (mandamentalidade) que a diferenciasse da que se liga à coerção direta (ainda por exemplo), se estaria aceitando que as duas têm a mesma natureza, pois somente é possível dar um mesmo nome a dois objetos que não devem ser diferenciados (como é básico em lógica). Contudo, como se demonstrou de maneira ampla e exaustiva, não há como pensar que a sentença que atua mediante execução indireta não deva ser diferenciada da que se realiza através de execução direta, ou ainda da condenatória.