

A polêmica medida mandamental prevista no art. 139, iv, do cpc/2015

The controversial order brought in the article 139, iv, of the new brazilian code of civil procedure

DOI:10.34115/basrv5n2-047

Recebimento dos originais: 28/03/2021

Aceitação para publicação: 28/04/2021

Olavo de Oliveira Neto

Livre-Docente, Doutor e Mestre pela PUC/SP.

Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Mestrado e de Graduação da PUCSP, do COGEAE, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização.

R. Monte Alegre, 984 - Perdizes, São Paulo - SP

E-mail: professorolavo@bol.com.br

Janaina Martins Pontes

Aluna de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Juíza Federal Substituta vinculada ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Rua Dr. Tertuliano Delphim Júnior, 522 - Parque Res. Aquarius, São José dos Campos, SP

E-mail: janampontes@gmail.com

RESUMO

O estudo pretende, a partir da redação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, situar a medida mandamental, passível de ser utilizada na efetivação de obrigações que contenham prestação pecuniária. Para isso, serão abordados o surgimento da medida mandamental no Processo Civil, a presença do conteúdo ordenatório na classificação de sentenças e algumas divergências doutrinárias a respeito do tema, com repercussões práticas da escolha conceitual.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Tutela executiva, Medidas mandamentais

ABSTRACT

Since the new Brazilian Code of Civil Procedure brought in the article 139, item IV, with the possibility to pass an order to debtors in case of cash benefits, this paper aims to investigate the concept and the coverage of this order. To this end, the historical emergence of this kind of order linked to the Civil Procedure will be presented as well as its effects depending on the chosen definition.

Keywords: New Brazilian Code of Civil Procedure, Order, Judgement-debtor

1 INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil evidencia preocupação central com a atividade satisfativa.¹ Não à toa. Há uma crise de efetividade no processo civil brasileiro, representada pelo congestionamento do Poder Judiciário, presente em grande parte na fase executiva.²

Por meio do processo, aliás, não basta que o direito seja proclamado apenas retoricamente; é necessário que produza resultados efetivos também no plano empírico, no mundo dos fatos. Nas palavras de Barbosa Moreira (1986, p. 151), ao invocar o “*postulado da maior coincidência possível*”, o processo “*funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito*”.

Por isso torna-se forçosa a conclusão de que, se a efetividade está em atingir o resultado *prático* mais próximo possível do almejado, então os instrumentos executórios são ferramentas essenciais para esse desiderato.

Por outro lado, mas apenas em aparente contrassenso, o processo de execução é o que menos sofreu alterações substanciais no CPC de 2015 (GAJARDONI, 2015).

A grande novidade para a execução veio no capítulo dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, precisamente no art. 139, IV, do CPC, que possibilita ao magistrado “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.

Esse dispositivo inaugura um plexo de poderes agrupados no gênero “poder-dever geral de efetivação” (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 229) do qual seriam espécies os mandamentais, os coercitivos, os indutivos e os sub-rogatórios.

Representa, ainda, a consolidação da evolução do sistema executivo (CAMBI, 2009, p. 229-249), com a possibilidade de aplicação da tutela coercitiva a qualquer espécie de atividade executiva, inclusive para a obrigação de pagar quantia em dinheiro.

¹ Prova disso é o disposto no art. 4º, que repete o comando constitucional da razoável duração do processo, com a inclusão da atividade satisfativa. *In verbis*: “*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

² Apenas a título informativo, na execução fiscal está o maior índice desse congestionamento, conforme dados do CNJ em 2019. Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019.

A par das inúmeras discussões que vêm surgindo acerca da interpretação do dispositivo,³ surge a dúvida acerca do conceito e da abrangência da medida mandamental indicada no art. 139, IV, do CPC.

Apostando na polêmica conceituação, a opção metodológica desse artigo é situar as balizas de um possível conceito de medida mandamental, tal qual aparece no mencionado preceito legal, acompanhadas das respectivas implicações práticas.

Será feita uma escolha conceitual para tutelas e medidas e, a partir de um esboço histórico, será proposta uma classificação dessas categorias. Na sequência, ter-se-á o surgimento da mandamentalidade no processo civil brasileiro, bem como as divergências doutrinárias que acompanham o tema.

Por fim, por meio dessas divergências, serão abordados o destinatário da ordem no processo, a relação entre a mandamentalidade e a executividade *lato sensu* e entre a mandamentalidade e a coercitividade, bem como a forma de execução da ordem.

O objetivo é levantar a curiosidade para o aprofundamento do estudo, pois o tema está longe de integrar um consenso na doutrina, conforme se verá.

2 TUTELAS E MEDIDAS

Justificou-se o tema do artigo a partir da efetividade do processo, na medida em que a resposta processual precisa ser aderente ao direito material, sob pena de não apresentar qualquer valor no mundo empírico. No âmbito deste trabalho, a proteção completa do direito, no plano jurídico e empírico, será chamada de tutela.⁴

As tutelas, por sua vez, valem-se de meios (ou medidas). A propósito, Chiovenda (1998, p. 349) define “meios” como ferramentas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais para colocarem em prática a obtenção do bem da vida pelo credor.

Não é possível densificar o conteúdo das tutelas e dos meios sem passar por classificações, não se olvidando que toda classificação trabalha com conceitos e objetiva agrupá-los lógica e didaticamente (MARINONI, 2007, p. 384). Quando se concebe a razão como redutor da complexidade (LUHMANN, 1985), e assim, como forma de compreender melhor o mundo com suas infinitas possibilidades, a premissa é proceder a agrupamentos.

³ Este, inclusive, com a constitucionalidade já questionada pelo Partido dos Trabalhadores (ADI 5941 MC/DF) e com parecer pela procedência, da Procuradoria-Geral da República.

⁴ Essa definição foi adotada no presente trabalho, embora não se desconheça que uma definição única de jurisdição, ação, sentença, tutela, meios não seria possível nem caberia neste momento.

É de se atentar que esse mesmo mundo – aí incluído a sociedade e os indivíduos – está em constante metamorfose. Por isso, não se pode ignorar a mutabilidade dos conceitos e das próprias classificações. Estas não serão certas ou erradas, mas apenas conjuntos formados no intuito de compreender melhor a realidade em um determinado momento histórico.

Importante, ademais, que haja alguma coerência no critério de classificação, sob pena de perda da respectiva utilidade prática.

Finalmente, vale invocar a Navalha de Ockham, que corresponde a um princípio de economia, de natureza epistemológica, elaborado pelo filósofo e teólogo medieval Guilherme de Ockham (1285 – 1347), estudado por Guerra Filho (*apud* GUERRA, 2002), expresso em duas fórmulas distintas: “*inutilmente se faz com muito, o que se pode fazer com pouco; uma pluralidade não deve ser pressuposta sem necessidade*”.

Nessa linha, propõe-se reduzir as tutelas e meios a agrupamentos com o máximo denominador comum possível, sem descuidar do contexto histórico em que se inserem, e sempre com vistas à efetividade do processo.

3 BREVE HISTÓRICO SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO

Estabelecido isso, tenha-se como um dos parâmetros históricos, o direito romano. Neste, a jurisdição foi concebida, inicialmente, como função estatal destinada a tratar de interesses privados (período das *legis actiones*, ou ações da lei, por volta de 700 a.C). O procedimento então existente se dividia em duas fases sucessivas. Primeiro, um órgão do Estado (*magister* ou *praetor*) fazia um juízo de admissibilidade da ação. Depois, diante de um particular (o *iudex*), havia a solução da controvérsia. Dessa forma, era perante o particular que se dava a atividade de “conhecimento” do direito, denominada à época de *iurisdictio*.

O *iudex* privado não possuía poder de execução daquilo que decidia, era apenas um árbitro delegado. Se havia um poder de império (de ordenar ou de autorizar algo), ele se referia ao *praetor*, pretor romano. A sentença do *iudex*, portanto, tinha a função somente de dar certeza quanto ao direito, e era separada da função de execução. Se houvesse inadimplemento, inaugurava-se outra fase, uma nova ação da lei, chamada *manus injectio*. Nesse sistema, novamente o pretor era quem autorizava, no uso de seu poder de império, a prática de atos executivos.

Havia ainda a previsão de uma forma excepcional de intervenção, que era concebida como uma providência de natureza administrativa, pela qual o pretor, mediante

mera afirmação do interessado, podia proferir uma ordem apta a promover alteração no mundo empírico, sem que o direito invocado fosse previamente discutido em uma ação de conhecimento. Isso era feito por meio de interditos: ordens de conteúdo positivo ou negativo, para tutelar o estado atual da coisa litigiosa.⁵

Essas noções são relevantes para o presente estudo, primeiro, porque revelam os interditos como embrião de uma espécie de tutela que envolve ordem e poder de império. Também estabelecem a separação entre “conhecer” e “executar”. Por fim, trazem informações sobre os poderes historicamente concedidos aos magistrados.

Silva (2005, p. 232), ao discorrer criticamente sobre a execução no processo civil brasileiro, faz remissão ao *praetor* e ao *iudex* romanos, por exemplo, para abordar as diferenças existentes entre a figura dos magistrados da *common law* e a dos juízes do direito romano-canônico (dentre os quais se inclui o juiz brasileiro). Segundo ele, o caráter privado da jurisdição seria uma nota peculiar e constante na formação das instituições jurídicas dos países de tradição romano-canônica, inspiradas no *iudex*, do que dessoriria um juiz mais “funcionário público” e menos “representante do poder estatal”, com a soma de poderes que o ordenamento lhes confere. Vale transcrever o seguinte excerto:

Não é, portanto, de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes de *imperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais. Se pudéssemos fazer uma comparação talvez exagerada, seria possível dizer que, havendo tanto o sistema da *common law* quanto o sistema do direito escrito da Europa continental sofrido uma marcante influência do direito romano, os ingleses conceberam os seus juízes à imagem e semelhança do *praetor*, enquanto o sistema romano-canônico da Europa continental os criou para desempenhar as modestas funções do *iudex* do direito privado romano (SILVA, 2005, p. 234).

A pincelada histórica aliada à reflexão acima transcrita desenha um panorama que ajuda a compreender determinados aspectos da nossa jurisdição e da crise de efetividade que irrompeu no processo civil brasileiro nos últimos anos – especialmente no que tange à cultura de uma jurisdição chamada apenas a “declarar”. Viu-se o surgimento da tradição de separar a função de dizer o direito – no plano jurídico; e, por outro lado, de executá-lo, de satisfazê-lo no mundo empírico, no plano dos fatos. Da mesma maneira, uma explicação para a resistência em dotar o magistrado do sistema de tradição romano-canônica, de poderes de império (ordenatórios ou mandamentais, por exemplo).

⁵ Para aprofundamento, o tema foi abordado com maiores detalhes em OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019. pp.28-44.

4 A CLASSIFICAÇÃO DE TUTELAS⁶

Feito o esboço histórico, passe-se às classificações. Com base no que se viu do direito romano, já é possível esboçar dois grandes conjuntos na efetivação do direito: solucionar no plano jurídico e satisfazer no mundo dos fatos.

Vários autores se valem desse agrupamento como base de organização do processo civil. Um expoente dessa vertente é Calamandrei (1999).

Partindo do primeiro grupo, vem a indagação: solucionar o que exatamente?

As diferentes necessidades de tutelas reveladas pelo direito podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo (GUERRA, 2002, p. 603). São, respectivamente, crises de certeza, crises de situação e crises de cooperação (ou de inadimplemento) (BEDAQUE, 2001, p. 102-103).

Cada uma delas dá lugar, como se viu, a uma modalidade distinta de resposta.

Com efeito, há mais de um século se fala em classificação trinária de provimentos jurisdicionais, que seriam, conforme a resposta a ser dada a cada crise, as declaratórias, as constitutivas e as condenatórias. Veja-se que, como o critério é o provimento almejado, na verdade, essa classificação envolve “ações procedentes” e, portanto, é possível transportá-la para as sentenças de procedência.

Destaca-se:

Insista-se que a identificação dessas três necessidades de proteção do direito subjetivo não é feita de modo arbitrário. Ao contrário, ela converge com mais de um século de doutrina processual, ainda que várias sejam as diferenças de enfoque e de ferramentas conceituais e linguísticas adotadas em cada uma das mais destacadas construções teóricas. Na doutrina brasileira mais recente, é magistral e precisa a identificação das diferentes necessidades de proteção e as correspondentes modalidades de tutela jurisdicional, feita por Cândido Dinamarco, em termos integralmente coincidentes aos utilizados no texto, que assim sintetizam seu pensamento: “Examinando o sistema processual pelos resultados que é capaz de oferecer em face das diferentes situações da vida trazidas em busca de remédio, tem-se que resumidamente elas são três e três são os possíveis resultados da jurisdição, assim dispostos: a) crises de certeza tutela declaratória, resultado *certeza*; b) crise de situações jurídicas, tutela constitutiva, resultado *modificação jurídica*; c) crise de adimplemento, tutela executiva, resultado *atribuição do bem da vida*” (DINAMARCO *apud* GUERRA, 2002, p. 609-610).

⁶ A palavra tutela aqui será usada como abstração, conforme o exposto na nota de rodapé 8.

As duas primeiras (declaratória e constitutiva) são autossatisfativas. Declarar ou constituir, puramente, não dependem de nenhuma providência no plano empírico.

A sentença condenatória, por outro lado, apenas soluciona o direito no plano jurídico, por meio da formação de um título. A concretização da solução vai depender de nova providência do credor, qual seja, a execução.

Há um custo em termos de efetividade quando a solução dada no plano jurídico ainda dependa de uma satisfação no plano prático. Entretanto, como se viu, a evolução histórica na tradição do civil law explica de onde surgiu essa necessidade.

Em verdade, a condenação não faz ao condenado nenhuma coerção, nem impõe qualquer *ordem* de cumprimento do preceito constante da sentença que tenha condenado (SILVA, 2005, p. 232).

Isso é central na crise do processo de execução, pois nesse contexto, a mera condenação pode ser considerada insuficiente como instrumento de tutela jurisdicional (SILVA, 2005, p. 301).

Ainda, pela tradição romano-canônica, não se concebeu um juiz com o poder de executar diretamente um provimento, o que torna mais morosa a concretização das soluções buscadas no Poder Judiciário.

Talvez tenha sido essa a motivação de Pontes de Miranda, quando buscou inserir o conteúdo “ordenatório” na classificação tradicional de sentenças de procedência. Com isso, o jurista se tornou o expoente da teoria quinária, pela qual, ao lado das clássicas sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, foram inseridas a mandamental e a executiva *lato sensu*.

Na verdade, quem primeiro isolou a “ordem”, foi Georg Kuttner, autor alemão, em 1914 (KOPLIN, 2008, p. 98). Este, no entanto, não pretendeu, com isso, classificar uma providência judicial, mas sim de compreender quem poderia ser destinatário de uma ordem por meio do processo, já que as sentenças condenatórias se dirigiam apenas ao réu vencido.

James Goldschmidt aderiu a Kuttner (KOPLIN, 2008, p. 100) e trouxe as sentenças ordenatórias (*Anordnungsteile*) como categoria autônoma dentre as três já existentes, pressupondo uma ordem dirigida a um órgão estatal, estranho ao processo.

Os contemporâneos de Goldschmidt o criticaram, ao argumento de que a ordem deveria ser apenas um efeito da sentença, e não um conteúdo próprio. Mas a difusão daquelas ideias fez nascer uma quarta classe de sentenças, que conteriam ordens estranhas ao pedido, dirigidas a funcionários estatais distintos do juiz.

Parafrazeando a exata e profunda lição de Barbosa Moreira (2000) não foi nesse sentido, contudo, que Pontes de Miranda transportou o conceito para o sistema jurídico brasileiro. A começar pela tradução, enquanto *Anordnung* seria melhor traduzido como “ordem”, Pontes de Miranda optou pelo adjetivo “mandamental” em vez de ordenatório.

O jurista brasileiro, ademais, não se restringiu aos traços originais da *Anordnungssteile*: nem o caráter público do destinatário da ordem, nem a estraneidade ao feito. O critério de classificação de sentenças, para Pontes de Miranda, fundava-se no elemento preponderante da eficácia. Para ele, não haveria sentença pura. Nesse caso, a sentença mandamental se qualificaria em razão da preponderância da ordem. Quer dizer, para o jurista outras sentenças poderiam conter ordem, mas a sentença mandamental seria apenas aquela em que a eficácia da ordem fosse imediata, preponderante.

Várias seriam as ações arroladas entre as mandamentais. O mandado de segurança é apenas uma delas (e desde que a ordem seja a eficácia preponderante). Ainda haveria, no rol, a manutenção de posse, os embargos de terceiro e outras tantas, inclusive algumas de índole cautelar.

Um ponto importante a se ressaltar é que, para Pontes de Miranda, a preponderância da eficácia mandamental estaria na imediatidade da ordem.

Por muito tempo, a doutrina brasileira manteve-se inerte a essa classificação, até que Ovídio A. Baptista da Silva se tornasse um de seus maiores disseminadores. Para ele, seria da essência da ação mandamental que a sentença que lhe reconhecesse a procedência contivesse uma ordem para que fosse expedido um mandado. O elemento eficaz que diferenciaria essa sentença das outras seria o verbo “ordenar”, e não simplesmente “condenar”.

A importância do tema recrudescceu com o advento do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, e com a posterior incorporação da disciplina no art. 461, §5º, do CPC/1973, relativos às obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa.

Agora, o art. 139, IV, do CPC, renova as discussões, no viés de efetivação das decisões proferidas no processo, com relação às obrigações de pagar quantia.

5 O QUID DA MANDAMENTALIDADE

A mandamentalidade das decisões, entretanto, constitui até hoje questão altamente controvertida na doutrina processual brasileira. Além disso, em que pese uma aparente predominância da classificação quinária, não há unanimidade quanto aos critérios dessa classificação.

Marinoni (2007) parte do enfoque da satisfação e não do direito material discutido, no intuito de tentar colocar fim à polêmica, propondo uma classificação quinária de tutelas. Apresenta uma primeira grande divisão entre as tutelas que são satisfativas e as tutela que não são satisfativas. As primeiras seriam as declaratórias e as constitutivas, enquanto as não satisfativas podem ser agrupadas em razão da necessidade do direito material posto em juízo – e aí seriam inibitória, reintegratória ou ressarcitória; ou segundo a técnica empregada para a satisfação: mandamental, condenatória e executiva.

No particular, Talamini (2016) também admite a viabilidade da reunião dos provimentos condenatórios, executivos e mandamentais em um “mesmo e amplo gênero”, cujo liame unificador seria a “repercussão física”. Nessa concepção, ter-se-ia como executivo não só o desempenho de atividades materiais sub-rogoratórias, mas também a emissão de ordens às partes e o manejo de medidas coercitivas.

Mas, afinal, estaria a essência, o *quid* da mandamentalidade, enquanto classe de ação, sentença ou tutela, enfim, enquanto categoria do processo civil, na ordem do juiz? No meio de coerção utilizado para efetivá-la? Na atividade posterior à sentença? (KOPLIN, 2008).

Qual o possível objeto da ordem? É indispensável que ela venha expressa no comando do juiz? Ela predomina sobre qualquer outra eficácia? Qual o seu destinatário? A eficácia em relação a eventual terceiro é imediata ou mediata? (BARBOSA MOREIRA, 2000).

Seria a ordem conteúdo da sentença? E mais, qual exatamente a diferença entre a sentença mandamental e a executiva *lato sensu*, se partir do pressuposto que ambas contêm uma ordem? No que exatamente isso se relaciona com a tutela mandamental mencionada no art. 139, IV, do CPC?

Veja-se, assim, que a depender das respostas às perguntas acima, o conceito de mandamentalidade será variável. Ou seja, trata-se de conceito convencional. Nesse sentido, a ponderação de Barbosa Moreira (2000):

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

se está falando cada vez que alguém aluda a sentença (ou ação) mandamental. Terminologia equívoca é praga fatal em qualquer ciência, no direito não menos que nas outras.

Silva (2008) também chegou a manifestar preocupação com a consagração e a definição da classe mandamental:

A conclusão, portanto, indica que a consagração de uma classe bem definida e praticada de tutela mandamental, embora seja, mais do que desejável, uma imposição de nossas atuais circunstâncias sociais, políticas e, acima de tudo, éticas, dificilmente será inserida no sistema, sem que seus pressupostos sofram uma profunda revisão.

Com foco nessas últimas ressalvas transcritas, passa-se a propor possíveis respostas a algumas daquelas indagações, acompanhadas de repercussões práticas, sempre se tendo em mente a efetividade do processo e as referências históricas. Não se pretende, contudo, esgotar o estudo sobre o tema, mas apenas demonstrar a complexidade que o envolve.

5.1 MEIO DE EFETIVAÇÃO

Como se viu, desde a concepção da ideia de ordem no processo civil, na Alemanha, houve resistência em concebê-la como conteúdo da sentença. Para enquadrá-la em alguma categoria do processo civil, propõe-se o seguinte questionamento: por que eu necessito de uma ordem no processo?

Decerto, para promover mudanças no plano empírico. Executar é produzir atos de força contra o patrimônio do devedor (LIEBMAN, 2001, p. 41). É nesse contexto que uma ordem se faz necessária.

Se nos ativermos ao critério das crises que dependem de solução no direito, a única crise que demanda atuação no plano empírico é a crise de cooperação, de adimplemento.

Com essa conclusão, sugere-se que a “ordem” seja concebida como um dado conceitual exterior à sentença chamada condenatória, porque atua no plano empírico, não no jurídico (YARSHELL, 1999, p. 163-164).

E tomando a lição de Bedaque (2001, p. 526), esse dado externo varia apenas quanto à forma de obtenção coercitiva da prestação devida.

Nessa mesma linha de raciocínio, será defendido aqui que a mandamentalidade é meio de efetivar a tutela que dependa de atuação no plano empírico.⁷

O próprio CPC tratou-a como medida (meio).

Assim, uma proposta de classificação de tutelas para se chegar à mandamentalidade é a que separa as tutelas entre as satisfativas (que resolvem a crise do direito já no plano jurídico) e as não satisfativas (que dependem de uma atuação no plano fático para se efetivar). O primeiro grupo abrangeria as sentenças declaratórias e constitutivas. O segundo, as chamadas tradicionalmente de condenatórias.

Dentro desse último grupo, das condenatórias, propõe-se uma classificação de acordo com o meio de obtenção da satisfação. Dividem-se, tradicionalmente, os meios executórios, segundo o critério de necessidade de cooperação do executado, em dois grupos distintos:

a) meios de sub-rogação, ou execução direta, em que o Estado se substitui ao devedor e torna a atividade deste dispensável (é o caso, por exemplo, dos atos de penhora e de expropriação);

b) meios de coerção, ou execução indireta, consistente no emprego de mecanismos destinados a compelir o próprio devedor a praticar os atos necessários à satisfação do direito do exequente (por exemplo, a imposição de multa coercitiva).

O legislador, contudo, escolheu tratar no art. 139, IV, do CPC, de medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas. Na definição acima, as medidas mandamentais, coercitivas e indutivas podem ser inseridas no gênero “meios de coerção”.

5.2 O DESTINATÁRIO DA ORDEM.

Questão fulcral no surgimento da mandamentalidade foi o destinatário da ordem. Embora Pontes de Miranda tenha introduzido a ideia no ordenamento brasileiro, fê-lo de forma inovadora e não delimitou a mandamentalidade pela natureza do destinatário.

Sabe-se ainda que Pontes de Miranda, com a classificação quinária, apresentou a categoria de sentença chamada executiva *lato sensu*.

⁷ Registre-se a existência de divergências doutrinárias quanto a essa escolha. Nesse sentido: ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 245: “No que se refere às medidas mandamentais, houve clara impropriedade técnica do legislador, uma vez que não se trata de uma medida, mas sim de um efeito típico decorrente das ordens judiciais, que, por sua vez, pode veicular medidas indutivas ou sub-rogatórias”.

Novamente, há divergência entre autores quanto à exata diferenciação entre providência mandamental e executiva *lato sensu*.

Não obstante, é possível identificar definições mais comuns:

a) executiva *lato sensu* é executável diretamente no processo, sem necessidade de atuação sub-rogatória;

b) mandamental é aquela cuja inobservância caracteriza desobediência à autoridade estatal e pode implicar a adoção de medidas coercitivas.

Guerra (2002) faz dura crítica a essa diferenciação, pois ambas as espécies seriam apenas instrumentais à tutela executiva e não categorias autônomas. Além disso, os critérios não guardariam parametricidade, já que uma seria definida pela consequência no descumprimento e a outra pela forma de execução.

Defende o autor que a modalidade executiva *lato sensu* em nada se distinguiria de um provimento condenatório, por exemplo. Para Guerra (2002), ser ou não executado no mesmo processo seria mera opção legislativa, e não um critério diferenciador.

Além disso, a definição da mandamentalidade em função da desobediência levaria a uma inevitável tautologia (mandamental é aquela cujo descumprimento acarreta desobediência. Qual seria a que acarreta a desobediência? A mandamental).

Por fim, critica uma possível restrição da mandamentalidade apenas às obrigações infungíveis. Essa conclusão, diga-se, mostrou-se acertada. Na época em que Guerra escreveu a crítica, não havia o art. 461 no CPC/73 (logicamente, nem o art. 139, IV, do CPC).

Já na visão de Alvaro de Oliveira (2005, p. 69), a diferença seria que a tutela executiva *lato sensu* atuaria sobre o patrimônio e não sobre a vontade do obrigado, como no caso da mandamental. Sem dúvida, é um ponto de vista a se considerar.

Porém, o que se pode concluir dessas visões, em primeiro lugar, é que o traço distintivo entre o que se diz mandamental e o que se diz executivo *lato sensu* não parece estar na presença ou não de um provimento ordenatório, porque ninguém chega a afirmar que alguma delas não contenha ordem (lembrando que um exemplo clássico de sentença executiva *lato sensu* é o despejo).

De qualquer modo, se ambas são vias procedimentais adequadas para a efetivação de um provimento que contenha uma ordem, qual seria então a diferença entre elas?

Uma possível solução é validar o conteúdo histórico e definir a mandamentalidade pelo destinatário da ordem. Nessa proposta, as mandamentais seriam ordens dirigidas a

agentes públicos (estranhos ou não ao processo), e as executivas *lato sensu* seriam ordens direcionadas a qualquer outra pessoa, que não agente público.

Essa diferenciação acomodaria a mandamentalidade às suas origens, embora de todo modo não fosse estritamente fiel ao conceito desenvolvido na Alemanha.

Outro ponto a favor desse posicionamento seria a premissa de que contra o poder público nem sempre será adequada uma autêntica medida de sub-rogação (GUERRA, 2005, p. 604). A utilização de medidas coercitivas ou sub-rogatórias perante o agente público pode ter consequências traumáticas ou perturbadoras para a Administração e para o exequente (MEIRELES, 2015, p. 231-246), seja pela interferência do Judiciário na burocracia administrativa, seja pela sujeição ao sistema de precatórios.

Gize-se, de todo modo, que a vontade do destinatário não é relevante para definir ordem, pois ordens devem ser cumpridas (pelo menos em tese).

O ponto negativo de adotar esse entendimento é o de que o CPC, no art. 139, IV, não falou em *executividade lato sensu*, ou em medidas ordenatórias, mas sim em medidas mandamentais, coercitivas, indutivas e sub-rogatórias.

Logo, se for o caso de prestar deferência à existência das classes pontianas (mandamental ou executiva *lato sensu*), que se tenha em mente a problemática da diferenciação e o conteúdo ordenatório inerente a ambas.

Pela proposta desse artigo, sugere-se que a medida mandamental do inciso IV englobe a ideia de ordem a qualquer destinatário. Talvez tivesse andando melhor o legislador se falasse em medida ordenatória como gênero da mandamental (dirigida a agentes públicos) e da executiva *lato sensu* (dirigida aos demais) ou se tivesse aglutinado a ordem ao gênero das medidas coercitivas.

5.3 A COERCITIVIDADE.

Intuitivamente, a ordem é dotada de coercitividade. Isso porque o descumprimento de uma ordem judicial pode levar a sanções civis, administrativas e até mesmo à apuração de infrações penais (como a configuração de crime de desobediência ou de prevaricação, dentre outros).

A peculiaridade da tutela mandamental em relação à coercitiva propriamente dita, estaria no fato de que, naquela, a coerção é apenas indireta (FUX, 2002).

Na mesma linha de raciocínio, Marinoni (2000, p. 44-45) pontua que a decisão de cunho mandamental está atrelada a uma ordem de coerção indireta. Confira-se:

(...) a sentença condenatória abre oportunidade para a execução, mas não executa ou manda; a sentença mandamental manda que se cumpra a prestação mediante coerção indireta. Na condenação há apenas condenação ao adimplemento, criando-se os pressupostos para a execução forçada. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta.

Novamente, essa posição não é pacífica. Amaral (2016, p. 220), por exemplo, defende que a medida coercitiva seria uma espécie de medida mandamental.

Essa afirmação não encontra amparo no desenvolvimento histórico da mandamentalidade, já analisado. Também vai de encontro à opção do legislador em nominá-las separadamente no art. 139, IV, do CPC.

Assim, opta-se pela definição de que, na medida mandamental, a coercitividade é indireta, em razão do risco de aplicação de sanções. Lembrando que Pontes de Miranda destacou a imediatidade da eficácia da ordem como conteúdo definidor da mandamentalidade.

Veja-se: quando se trata de coerção direta, pode ou não haver imediatidade. A parte pode optar em pagar a multa e descumprir o provimento, por exemplo. Já uma ordem deve ser cumprida imediatamente. Esse se mostra um traço que pode justificar a opção do legislador em separar as medidas mandamentais das medidas coercitivas.

5.4 HÁ HIERARQUIA ENTRE AS MEDIDAS DO AR. 139, IV, DO CPC?

Na prática, muitas vezes a pressão psicológica que a possível aplicação de uma medida sancionatória ou punitiva pode causar é menor que a pressão pela utilização de uma medida coercitiva, como a aplicação de multa, ou indutiva, como a concessão de um desconto, e vice-versa.

A ordem, teoricamente, não admite descumprimento por parte de seu destinatário. A falta de livre arbítrio quanto ao cumprimento, em princípio, dispensa a utilização de meios de coerção; e também dispensa a utilização de vias executivas amplas.

Meireles (2015) sustenta que as medidas mandamentais devem ser usadas somente em casos extremos, diante da possibilidade de sanção na esfera penal.

Ousa-se discordar.

Se pensarmos na mandamentalidade dirigida ao agente público, em alguns casos será preferível que o próprio ente público tome alguma providência, a fim de evitar que o juiz se imiscua de funções típicas da Administração Pública. Nesses casos, a medida mandamental será a primeira opção e terá eficácia imediata, se for cumprida.

Embora a advertência de que o descumprimento acarretará sanção não seja apta a definir uma ordem como provimento mandamental, pelo princípio da cooperação e da vedação de surpresa, é salutar que o obrigado seja intimado pessoalmente por mandado, com a comunicação de possíveis sanções em caso de descumprimento.

Caso mesmo assim haja o descumprimento (que, na prática, pode acontecer), além das providências cabíveis quanto à apuração do fato típico ou à aplicação de sanções administrativas, civis ou processuais, pode-se valer, subsidiariamente, das medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias.

Se a preocupação é com a efetividade das tutelas, a necessidade de uma ou outra medida, ou a pertinência da escolha, deverá ser analisada caso a caso, sem escala de preferência ou sequência pré-estabelecida de aplicação.

5.5 COMO SE EXECUTA UMA ORDEM?

Sendo a ordem uma medida, instrumental à satisfação de um direito reconhecido, ainda que o conteúdo da tutela tenha a ordem como eficácia preponderante (como sói acontecer em algumas sentenças de mandado de segurança, mas não em todas), a ordem se executa mediante a expedição de um mandado.

O descumprimento, além das sanções aplicáveis, pode levar à provocação, pelo credor, por novas medidas, como as elencadas no art. 139, IV, do CPC.

Certo é que eventualmente, o destinatário da ordem necessitará impugnar a medida, pois possui o direito fundamental de acesso à justiça.

A forma dessa impugnação não está prevista expressamente e vai depender do contexto em que foi prolatada a ordem.

Assim, não necessariamente se abrirá uma fase de cumprimento da medida mandamental. Diante da ausência de previsão expressa, defende-se aqui que o destinatário poderá se manifestar nos autos por petição, por recurso, ou ainda, analogicamente, por impugnação.

Fato curioso é que a antiga Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 5.021/66) previa a instauração de um novo processo, caso houvesse a necessidade de execução da prestação pecuniária reconhecida na sentença proferida em mandado de segurança. Pressupunha-se a desnecessidade de uma fase executiva nos demais provimentos. Esse dispositivo não foi repetido na novel legislação.

6 CONCLUSÃO

Pela proposta desse artigo, a medida mandamental do art. 139, IV, do CPC/2015, foi contextualizada dentre os meios de efetivação da tutela jurisdicional.

Para se chegar à ideia de mandamentalidade, optou-se por uma classificação de tutelas que as separa em satisfativas (que resolvem a crise do direito já no plano jurídico) e as não satisfativas (que dependem de uma atuação no plano fático para se efetivar). O primeiro grupo abrange as sentenças declaratórias e constitutivas. O segundo, as condenatórias.

Dentro desse último grupo, propôs-se a classificação de acordo com a forma de obtenção da satisfação. Daí as medidas sub-rogatórias e coercitivas (um gênero do qual seria espécies as mandamentais, coercitivas e indutivas, na forma escolhida pelo legislador, elencada no art. 139, IV, do CPC).

Destacou-se a importância de se ter em mente a natureza do destinatário de uma ordem proferida no processo, a fim de diferenciar as clássicas providências mandamentais das executivas *lato sensu*, partindo-se da premissa que ambas contenham conteúdo ordenatório. No contexto do art. 139, IV, do CPC, contudo, a medida mandamental é ordem dirigida a qualquer pessoa, parte ou não.

Na medida mandamental, explicou-se que a coercitividade é apenas indireta, devendo haver imediatidade do cumprimento. Isso a diferencia da medida coercitiva propriamente dita.

Defendeu-se que não há hierarquia entre as medidas do art. 139, IV, do CPC. Deve-se escolher entre uma e outra a partir do caso concreto, com vistas à efetividade do processo.

Finalmente, mostrou-se não haver tipicidade na forma de execução e de impugnação da medida mandamental, mas também o fato de não se pode impedir que haja questionamento no processo, por meio de petição, de recurso ou de outra forma de irresignação.

REFERÊNCIAS

ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento*. Revista da Ajuris, v. 100, p. 59-72, dez. 2005.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília/DF: CNJ, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências Em Matéria De Execução De Sentenças e Ordens Judiciais*. Revista de Processo, vol. 41/1986, p. 151-168, jan. mar., 1986.

_____. *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. In REPRO 97/251. Jan/mar 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMBI, Eduardo. *Direito fundamental à efetiva tutela executiva (exegese crítica dos arts. 475-I, caput, e 475-R, do CPC)*. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Gen Método, 2009. v. 3. p. 229-249.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz. *Tutela Jurisdicional: finalidade e espécies*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 2, p. 107-231, jul. dez. 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia certa*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em: 31 out. 2019.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução de sentença em mandado de segurança*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

GUERRA FILHO, Willis. *Introdução ao pensamento de Guilherme de Okham apud GUERRA, Marcelo Lima*. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

KOPLIN, Klaus Cohen. *Tutela jurisdicional mandamental*. 2008. URGs. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Tese de doutorado. Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, março de 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Execução e ação executiva. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Classificação das sentenças que dependem de execução*. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coord). *Temas atuais da execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC, e 84, CDC*. 2a ed. São Paulo: RT, 2000.

MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015*. REPRO, vol. 247/2015, p. 231-246, set/2015, DTR/2015/13186.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Execução obrigacional e mandamentalidade*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 773, 21 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/65-artigos-mai-2008/5951-execucao-obrigacional-e-mandamentalidade>. Acesso em: 07 nov. 2019.

TALAMINI, Eduardo. *Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp*. Revista Brasileira da Advocacia, vol. 0/2016, p. 17 - 43, jan. mar. 2016.

WALDRAF, Célio Horst. *Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 07 nov. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.