

Mitigação do princípio da congruência no cumprimento de sentença: Limites da discricionariedade judicial e princípio do contraditório.

The mitigation of the matching principle in sentence serving: Limits of judicial discretion and the adversarial principle.

José Mauro Luizão*

Mestrando em Direito Negocial.

Francisco Emílio Baleotti**

Docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial.

Fecha de Presentación: noviembre 2012. Fecha de Publicación: diciembre de 2012.

Resumen.

Trata da mitigação do princípio da congruência no âmbito do procedimento de cumprimento de sentença relativamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, regulado pelos artigos 461 e 461-A do CPC. Anota que o princípio da congruência decorre dos princípios da demanda e dispositivo, que consagram a inércia da jurisdição, e tem por finalidade garantir a imparcialidade do juiz e o pleno exercício do contraditório. Constata que a faculdade atribuída ao juiz na escolha dos meios executivos para a satisfação do direito do credor, preferencialmente na forma específica, decorreu de opção legislativa fundada na exigência da efetividade da prestação jurisdicional. Considera que esta margem de discricionariedade judicial aplica-se

* Mestrando em Direito Negocial (UEL/PR). Procurador da República em Londrina/PR.

** Docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial (UEL/PR). Doutor em Direito pela PUC/SP.

igualmente aos pedidos imediato e mediato do autor. Conclui que a mitigação do princípio da congruência não é suficiente para comprometer a imparcialidade do juiz e a observância do princípio do contraditório, porque a escolha dos meios executivos é regrada pelas estipulações dos dispositivos legais de regência, aliada à exigência da observância dos princípios da dignidade e da menor onerosidade à esfera jurídica do executado que igualmente informam a execução.

Abstract.

This paper is about the mitigation of the matching principle within sentence serving procedures with respect to obligations to do, do not do and deliver something governed by the articles 461 and 461-A of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC). It points out that the matching principle is a consequence of the principles of duty of the parties to present evidence, which enshrine the inertia of the jurisdiction, and aims at ensuring the impartiality of the judge and the full exercise of the adversarial principle. It notes that the power given to the judge in choosing the executive means to meet the creditor's claims, preferably held in the specific form, elapsed from a legislative choice based on the requirement of the effectiveness of judicial provision. It weighs that this margin of judicial discretion also applies to the author's immediate and mediate injunction requests. It concludes that the mitigation of the matching principle is not sufficient to compromise the impartiality of the judge and the compliance with the adversarial principle because the choice of executive means is ruled by stipulations of the legal governing mechanisms coupled with the requirement of complying with the principles of dignity and least cost to the legal realm of the party executed which likewise inform the execution.

Sumario

- I. INTRODUÇÃO.
- II. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO TEMA.
 - II.1. PRINCÍPIO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DISPOSITIVO.
 - II.2. PRINCÍPIO DA DEMANDA NA EXECUÇÃO.
 - II.3. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.
 - II.4. PRINCÍPIOS DA ESPECIFICIDADE E DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO.
- III. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
 - III.1. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA.
 - III.2. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA.
- IV. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
- V. APRECIÇÃO DA NOVA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
- VI. CONCLUSÃO.
- VII. REFERÊNCIAS.

Palabras clave

Cumprimento de Sentença Princípio da Congruência, Princípio do Contraditório.

Keywords

Sentence Serving, Matching Principle, Adversarial Principle.

I. INTRODUÇÃO.

Admitida a função instrumental do processo, deve ele ser concebido de modo a permitir que as pretensões de direito material sejam providas de formas adequadas de tutela jurisdicional, aptas a garantir que os direitos subjetivos sejam realizados, sempre que possível, na forma específica, evitando que a seu titular seja conferido apenas o “precário e aleatório sucedâneo indenizatório” (SILVA, 2003, p. 63). Com este escopo é que o Direito Processual Civil dedicou-se a encontrar conceitos e categorias adequados a atingir a efetividade da tutela jurisdicional, sem descuidar da sua autonomia científica (THEODORO JR, 2010, p. 1). Acrescenta-se assim à instrumentalidade negativa do processo a dimensão de instrumento positivo, fundamental para possibilitar a realização dos escopos da jurisdição, “como uma garantia de tutela adequada e efetiva das posições jurídicas de vantagem” (CÂMARA, 2008, p 78-79). Neste contexto, uma das manifestações da instrumentalidade é o aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução (DINAMARCO, 1999, p. 23).

Dentre as reformas efetivadas nos instrumentos processuais com a finalidade de conferir efetividade à jurisdição, sobressaem as relativas à execução, porque é no seu âmbito que o litigante encontra mais frequentemente a tutela apta a satisfazer o interesse ameaçado ou violado pela conduta de terceiro. Com este escopo de conferir a tutela executiva célere, justa e adequada, as reformas no Processo Civil abandonaram as fórmulas que se afiguravam compreensíveis no passado, mas que não se coadunam com as exigências do devido processo legal contemporâneo, “na sua concepção de processo justo e efetivo”. É precisamente este o caso do tratamento em processos distintos e autônomos de conhecimento e execução, dualidade que resultava em acréscimo de custos e perda de tempo incompatível com efetividade da tutela jurisdicional (THEODORO JR, 2010, p. 2).

Para a efetivação dos efeitos das sentenças que reconheçam a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo réu, a nova ordem processual civil brasileira instituiu o procedimento denominado cumprimento de sentença, mediante o qual se promove a realização das obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa declaradas na sentença (CPC, arts. 461 e 461-A), ou a execução por quantia certa contra devedor solvente, quando a obrigação de fazer tiver objeto pecuniário (arts. 475-I e seguintes). Essas providências realizam-se em continuação ao processo no qual foi proferida a sentença civil, sem a necessidade de instauração de um processo executivo autônomo. Assim, o processo autônomo de execução fica restrito aos casos de título executivo extrajudicial ou quando o título houver sido proferido fora do processo civil estatal (sentença penal condenatória, laudo arbitral, sentença estrangeira homologada (CINTRA, 2008, p. 335-336).

Ainda mais significativa do que a eliminação da divisão estanque dos processos de conhecimento e execução, no entanto, é a atribuição de plena vigência ao artigo 262 do CPC, que estabelece que o processo instaura-se por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial. Cabe agora ao próprio juiz, exceto no que se refere às condenações por quantia, dar início à execução, independentemente de pedido do credor (CÂMARA, 2006, p. 162).

A Lei nº 10.440/2002 inovou ainda ao facultar ao juiz, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente relativamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, determinar as medidas que reputar necessárias e adequadas, independentemente do pedido do autor. Assim, pode determinar a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (CPC, arts. 461 e 461-A do CPC)¹. Assim, conforme Câmara, passou a ser possível combinar meios de sub-rogação, ou executivos propriamente ditos, com meios de coação, o que amplia significativamente a eficiência do processo (2006, p. 254).

As novas disposições dos artigos 461 e 461-A implicam a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos, porque deixou a lei de definir o meio executivo a ser utilizado, permitindo que o autor postule o que reputar oportuno. Caracterizada ainda, para parte da doutrina, exceção à regra geral da adstrição da sentença ao pedido, na medida em que o juiz não está mais adstrito ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que lhe parecer o mais adequado ao caso concreto (MARINONI, 2008, p. 174).

O princípio da adstrição da sentença ao pedido, ou da congruência, é decorrência (ou um dos aspectos) do princípio da demanda e preconiza que provimento jurisdicional deve observar os limites da pretensão formulada pelo autor, não lhe sendo facultada a resposta que exceda ou fique aquém do pedido e tampouco que lhe conceda bem diverso do pleiteado (CÂMARA, 2006, p. 70-71). Trata-se de princípio basilar do processo, porque tem por um de seus fundamentos a imparcialidade do juiz, pressuposto do próprio devido processo legal e dos seus corolários contraditório e ampla defesa.

Importa assim analisar em que medida as possibilidades de atuação de ofício e o âmbito de liberdade do magistrado na escolha e determinação das formas de tutela e meios coercitivos amoldam-se aos princípios que informam o direito processual, especialmente o da congruência

¹ Estes permissivos não discrepam em linhas gerais das previsões do art. 84 do CDC, aplicável o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer nas ações coletivas, as quais, entretanto, não serão objeto de análise neste estudo.

ou da adstrição, bem como se eventual mitigação a estes postulados se revela aceitável em face dos escopos da jurisdição.

II. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO TEMA.

A doutrina contemporânea, especialmente a partir das concepções de Dworkin e Alexy, conceitua os princípios como espécie normativa, ao lado das regras. Conforme Guerra Filho, regras possuem a estrutura lógica tradicional de descrição de um fato acompanhada da prescrição e de uma sanção ou sua ausência, quando permitida a conduta. Os princípios, igualmente providos de normatividade, não se referem a fatos específicos e tem por finalidade a opção pela preservação de determinados valores. Devem ser considerados na apreciação jurídica de fatos e situações que envolvam outros valores que podem se revelar conflitantes. Os princípios fundamentais, quando não providos de suficiente normatividade, devem apontar a direção. Em razão de se revelarem pouco precisos e carentes de ordenação de conduta, exigem mais esforço de aplicação que as regras, para as quais basta a subsunção, procedimento mais simples (2002, p. 17).

Para Alexy, princípios são espécies de normas de otimização, providas de elevado grau de generalidade e que ordenam que alguns preceitos sejam realizados na maior extensão possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pela incidência dos princípios opostos. Configurada a colisão entre prescrições de princípios distintos, um deles deve ceder, sem que seja ele declarado nulo ou que se lhe aplique uma cláusula de exceção, de sorte que em situação distinta a solução pode ser inversa. Ao contrário das regras, cujos conflitos resolvem-se pelo critério da validade, somente podem colidir princípios válidos, razão pela qual seus conflitos devem ser solucionados em razão dos diferentes pesos por eles manifestados nos casos concretos. Preponderante será aquele de maior peso (1993, p. 86-89).

Superado o temor do positivismo clássico acerca do seu potencial de incerteza jurídica e de suas demasiadas abertura e carga valorativa, a força normativa dos princípios é atualmente reconhecida nos modernos ordenamentos jurídicos, o que elevou a interpretação principiológica ao centro da atividade hermenêutica. Caracterizada na situação concreta a colidência entre interesses igualmente albergados pelo ordenamento jurídico, os princípios afiguram-se recurso interpretativo com a finalidade de identificar a possibilidade de sua compatibilização ou a necessidade de prevalência ou de preponderância de um deles.

Dentre os princípios recorrentemente indicados para a solução de conflitos de interesses, exsurge o da proporcionalidade. Para Barroso, o princípio decorre do devido processo legal substantivo e se destina à proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, porque permite “o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto” (2009, p. 304-305).

Embora o princípio constitucional do Devido Processo Legal afigure-se como origem e causa suficiente de todos os demais, de tal sorte que ausência de previsão expressa de alguns deles não excluiria a necessidade de sua observância (CÂMARA, 2006, p. 33), todos os ramos do direito são informados por princípios gerais e por alguns outros que lhe são peculiares.

Para os fins deste trabalho, importa a análise mais detalhada dos princípios da demanda, do dispositivo e da congruência, particularmente referíveis ao direito processual. No que se refere ao processo executivo, merecem maiores referências os princípios da efetividade e da menor onerosidade da execução.

II.1. PRINCÍPIO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DISPOSITIVO.

A jurisdição tem por característica essencial a inércia, ao lado da substitutividade. A regra da inércia da jurisdição é consagrada no princípio da demanda, que veda ao juiz exercer a função jurisdicional sem que lhe seja submetida à apreciação uma pretensão afirmada pelo autor (CÂMARA, 2008, p. 70). Diretamente referível igualmente à inércia da jurisdição e ao princípio da demanda, mas que com este não se confunde (SILVA, 2003, p. 61-63), o princípio dispositivo preconiza que o juiz depende da iniciativa das partes no que se refere à produção das provas e às alegações em se fundamentará sua decisão (CINTRA, 2008, p. 70)².

Para Silva, o princípio da demanda decorre especialmente das disposições dos artigos 2º e 128 do CPC, que determinam que o juiz não prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer e que a sua decisão ficará sempre adstrita ao pedido do autor, decidindo a lide nos limites em que ela haja sido proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exija a iniciativa da parte. Por sua vez, o princípio dispositivo encontra sua mais significativa referência no art. 333 do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe às partes, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova

² Esta nomenclatura não é uniforme na doutrina. Assim, para Assis, o princípio da demanda constitui desdobramento do princípio dispositivo, pelo qual as partes, livremente, dispõem da liberdade de determinar o objeto litigioso e de propor as provas adequadas à resolução da causa (2009, p. 464).

da existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (2003, p. 64-65).

Conforme Arenhart, o princípio da demanda fundamenta-se na concepção de que não cabe ao Estado interferir na vontade do particular relativamente a direito subjetivo de caráter privado e de cunho disponível, além de revestir-se da função de resguardar a imparcialidade do magistrado. Tratando o processo civil predominantemente de interesses privados, anota o autor que é razoável que se conceda às partes a prerrogativa da escolha acerca do momento e da forma em que a proteção ao interesse deve ser submetida à apreciação pelo Poder Judiciário. No que tange à finalidade de assegurar a imparcialidade do magistrado, o princípio da demanda exerceria “papel preponderantemente psicológico, tendente a separar as funções de pedir e de julgar”, porque evita que juiz encarregado do julgamento tenha seu convencimento afetado pela sua própria atuação (2006, p. 587-603).

Por sua vez, o princípio dispositivo fundamenta-se na exigência da preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto da jurisdição, porque a prerrogativa de plena iniciativa probatória poderia comprometer a sua condição de absoluta isenção e imparcialidade. Contrapõe-se ao chamado princípio inquisitório, que confere ao juiz o poder de iniciativa probatória relativamente aos fatos afirmados pela parte como fundamento da demanda posta em juízo (SILVA, 2003, p. 61-63)³.

Distinguem-se assim os princípios da demanda e dispositivo, embora ambos fundem-se no pressuposto de que a compulsoriedade do exercício de uma faculdade ou de um direito contradiz o próprio conceito de direito. Enquanto o primeiro refere-se à disponibilidade do próprio direito subjetivo das partes, porque “ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo”, o princípio dispositivo alcança os poderes a elas atribuídos relativamente a uma causa específica posta em juízo, no que se refere às prerrogativas de alegar ou provar os fatos a ela pertinentes (SILVA, 2003, p. 61-63).

Assim, para Arenhart, o princípio da demanda associa-se essencialmente ao “objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o

³ Para o autor, o princípio dispositivo tem um alcance mais amplo, abarcando a adstrição da sentença ao pedido. Assim, o princípio dispositivo implicaria ainda uma dupla vinculação do juiz, porque o impede de decidir a causa com base em fatos não alegados pelas partes, ao mesmo tempo em que o obriga a considerar verdadeira a situação de fato por elas afirmada.

que deverá ela incidir. Compreende a prerrogativa da parte de dar início ao processo, bem como a de determinar a extensão do julgamento do juiz - “o chamado princípio da congruência ou correlação, que impõe uma correspondência necessária entre o solicitado e o decidido⁴. O princípio da demanda é, pois, afeto especialmente ao direito material, porque busca determinar a dimensão do direito cuja proteção será requerida ao Estado. Por sua vez, o princípio dispositivo está relacionado ao modo pelo qual deverá ser conduzido o processo, especialmente no que se refere à iniciativa probatória do juiz. Conferida a possibilidade a atuação predominante do juiz, configura-se o processo de natureza inquisitiva; reservada a iniciativa probatória às partes, o processo amolda-se à natureza acusatória (2006, p. 587-603).

O princípio da demanda apenas raramente admite exceções ou abrandamentos. Ao reverso, o princípio dispositivo não é norma absoluta e admite exceções e temperamentos. Embora o princípio dispositivo vigore no direito processual civil brasileiro como princípio diretivo, encontram-se exemplos de aplicação do princípio inquisitório, especialmente no que tange aos direitos indisponíveis⁵. Assim, pode o juiz, de ofício, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa, ordenar a exibição parcial de livros e documentos, inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer algum fato que interesse à decisão da causa, bem como determinar a inquirição de testemunhas referidas em outros depoimentos (SILVA, 2003, p. 62-63).

Em uma outra abordagem, os princípios que consagram a inércia da jurisdição (demanda e dispositivo, conforme a denominação adotada por cada autor), podem ser distinguidos em suas dimensões material e processual, o que se coaduna com a regra do artigo 262 do CPC, que preconiza que o processo, embora comece por iniciativa da parte, desenvolve-se por impulso oficial.

Assim, o princípio dispositivo refere-se, na sua dimensão material, à prerrogativa exclusiva das partes de dar início ao processo e de delimitar o objeto da demanda posta em juízo, ou seja, o pedido e a causa de pedir. Alegados os fatos pelas partes, vincula-se o juiz às alegações, bem como aos pedidos formulados, vedando-se que decida fora dos contornos por elas estabelecidos. Na sua dimensão processual, o princípio dispositivo liga-se ao poder atribuído às partes, de maneira não exclusiva, de promover o desenvolvimento do processo mediante as

4 Nota-se que o autor concebe a congruência como um dos aspectos do princípio da demanda.

5 Embora o princípio inquisitivo possa aparentar referibilidade aos direitos indisponíveis, não se trata de uma regra, porque nada obsta a sua aplicação relativamente aos direitos disponíveis, como é precisamente o caso do cumprimento de sentença objeto deste estudo.

técnicas e meios probatórios que se lhes afigurarem mais adequados. O impulso processual, no entanto, é atribuído preponderantemente ao juiz, nada obstando ainda que se lhe faculte maior ou menor grau de iniciativa em matéria probatória, a depender da natureza do processo, dos interesses em litígio e de outras peculiaridades do ordenamento jurídico⁶.

Expostas estas breves considerações, observa-se que é exatamente em razão da diversidade de seus fundamentos e de suas finalidades que os princípios em apreciação recebem contemporaneamente tratamento inteiramente distinto. Enquanto o princípio da demanda (ou dispositivo em sentido material) permanece incólume como expressão de um aspecto fundamental da inércia da jurisdição, o princípio dispositivo (ou dispositivo em sentido processual) abrandou-se substancialmente em face da nova atitude assumida pelo Poder Judiciário, consentânea com as exigências contemporâneas do direito processual informado pelo princípio da efetividade e da instrumentalidade.

Conforme anota Assis, a exigência de integral inércia do órgão do judiciário e da total disposição das partes no tocante à matéria e à forma do processo refletem o espírito individualista do século passado e não se coadunam com as realidades social, econômica e política dos tempos atuais. Embora mantida a regra da iniciativa das partes, a finalidade social do processo exigiu que a lei conferisse ao juiz renovados poderes no que tange ao desenvolvimento do processo (2009, p. 464).

Subsiste, no entanto, o pressuposto fundamental dos princípios em referência de preservação da imparcialidade do juiz.

II.2. PRINCÍPIO DA DEMANDA NA EXECUÇÃO.

O processo de execução não discrepa da regra geral vigente no processo de conhecimento expressa no artigo 262 do CPC de que “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (ASSIS, 2009, p. 465).

No que se refere ao procedimento de cumprimento de sentença aplicável às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, todavia, permite-se que o juiz de início à fase executiva do processo independentemente de pedido do autor, o que poderia caracterizar exceção ao princípio da

⁶ Refere-se a doutrina a este aspecto processual do princípio dispositivo (ou da demanda, conforme a denominação adotada) também como princípio do impulso oficial. Conforme Cintra, o princípio “visa a assegurar a continuidade dos atos procedimentais e seu avanço em direção aos resultados esperados no processo” (2008, p. 352).

demanda em sua dimensão material. Entretanto, conforme Silva, a demanda executória já estava contemplada no pedido inicial do processo de conhecimento, de modo que o acolhimento do pedido formulado pelo autor implicaria necessariamente a concessão da ordem de execução (2003, p. 61-63). Trata-se, portanto, de pedido implícito, como outros do direito processual vigente. Ademais, a fase executiva não inaugura processo novo, mas uma apenas uma nova fase de processo já instaurado por iniciativa do credor.

Relativamente à segunda parte do artigo 262, que consagra o princípio da demanda em sentido processual, aflora no processo executivo a peculiaridade de que a iniciativa do órgão judiciário, ao contrário do que ocorre no processo de conhecimento, não se procede tendo por referência a igualdade formal das partes. Trata-se de consequência do pressuposto de que a execução realiza-se no interesse do credor, nos termos do artigo 612 do CPC, pois o juiz, “se atrela ao comando do título e à atuação prática do direito do exequente” (ASSIS, 2009, p. 465).

Assim é porque o processo executivo funda-se na ideia de satisfação do credor, não contemplando eventual interesse do executado de composição da lide ou de eliminação de incerteza, como sucede no processo de conhecimento. Via de consequência, de um modo geral, os poderes do juiz na modelagem do ato executivo consistem em determinações tendentes à satisfação do crédito, razão pela qual, em regra, não se permite impulso oficial contrário aos anseios do credor, pena de infringência aos princípios da execução (ASSIS, 2009, p. 465-466). A constatação da desigualdade formal das partes no processo de execução, no entanto, não avança ao limite de restringir as garantias do contraditório e da ampla defesa assegurados do executado.

II.3. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.

O princípio da demanda tem por corolário o da congruência, também conhecido como da adstrição da sentença ao pedido, da correlação, da correspondência e da simetria. Conforme Câmara, o provimento jurisdicional deve observar os limites da pretensão formulada pelo autor, não lhe sendo facultada a resposta que exceda ou fique aquém do pedido nem que lhe conceda bem diverso do pleiteado (2006, p. 70-71).

Do princípio da congruência entre demanda e sentença, entre pedido e resposta, decorrem consequências importantes. Ademais de a atividade judicial estar condicionada pela provocação dos interessados, exige o art. 128 do CPC que o juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelas partes. Noutro aspecto, o

princípio determina que a sentença deve decidir a lide em sua inteireza, tal como ela posta em juízo, ainda que as partes não tenham efetivamente discutido todas as questões suscitadas no processo. É a exigência que decorre do artigo 474 do CPC, que estabelece que serão reputadas deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que as partes poderiam opor ao acolhimento ou à rejeição do pedido. Assim, exige-se que a sentença decida todas as questões que lhe são pertinentes, inclusive aquelas sobre as quais que as partes não tenham controvertido inteiramente em suas alegações (SILVA, 2003, p. 222-223).

No mesmo sentido, para Arenhart, o princípio da correlação não se limita à sua dimensão negativa de impedir o magistrado de julgar fora do pedido, mas prefigura também um dever positivo de examinar o pedido em toda a sua extensão. Acrescenta que o magistrado não fica adstrito apenas aos pedidos formulados, mas também “à causa de pedir deduzida pela parte, não podendo atender ao pleito apresentado invocando outra razão que não aquela apresentada na inicial”. Ressalva que a proibição refere-se à vinculação com a causa de pedir deduzida, o que não impede que o juiz conheça de ofício qualquer fato não alegado, desde que esteja provado no processo. Assim, o que é vedado é o exame de fatos que não se referem à causa petendi e que não foram submetidos à apreciação judicial. Invoca o ensinamento de Chiovenda, de que o princípio da correlação significa: a) a vedação de decisão a respeito de pessoas que não sejam sujeitos do processo; b) a proibição de conferir ou denegar bem distinto do solicitada e c) a vedação de alteração da causa de pedir. Logo, a dedução pela parte de uma afirmação de fato que se afigure relevante para influenciar no acolhimento da pretensão é suficiente para que ela deva ser apreciada pelo juiz, ressalvadas as hipóteses em que o exame do mérito seja obstado ou limitado por questão prévia ou prejudicial, ou ainda porque a pretensão do autor seja acolhida ou negada por outro fundamento. Ressalva que o princípio da correlação não impede, em regra, que o magistrado confira interpretação diversa aos fatos ou à qualificação jurídica a eles atribuída pelas partes (2006, p. 587-603).

Conclui Arenhart que o princípio da correlação presta-se, sobretudo, à garantia do contraditório, porque a oportunidade de participação efetiva na formação da decisão judicial de todos os envolvidos é fundamental para a legitimação da decisão. Neste desiderato, a colaboração efetiva somente se afigura possível se as partes têm prévia ciência do que será objeto de decisão pelo juiz (2006, p. 587-603).

II.4. PRINCÍPIOS DA ESPECIFICIDADE E DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO.

A execução é um ponto sensível do sistema processual, porque a tutela jurisdicional somente poderá ser considerada efetiva no escopo de satisfazer o direito do credor se for capaz de lhe assegurar exatamente aquilo que lhe cabia (CÂMARA, 2006, p. 163).

Com este desiderato, o artigo 612 do CPC determina que a execução será realizada no interesse do credor, princípio que tem por decorrência a exigência de que deve ser ela específica, de modo a entregar ao exequente rigorosamente o bem por ele perseguido (ASSIS, 2009, p. 109). Ademais, o cumprimento da obrigação na forma específica, salvo impossibilidade ou pedido expresso de conversão em perdas e danos formulado pelo credor, é exigência legal do artigo 461, caput, e § 1º, e art. 461-A, caput, e § 3º, do CPC.

Nas obrigações de fazer e de não fazer, em princípio, a tutela jurisdicional executiva somente será efetiva se proporcionar ao exequente o resultado equivalente àquele que obteria se a obrigação fosse adimplida voluntariamente. Entretanto, este resultado é impossível, por vezes, porque o devedor não pode ser coagido a uma ação. Embora esta premissa tenha sido atenuada pelas regras do artigo 461 do CPC, subsiste a impossibilidade de obrigar o devedor a uma ação de fazer ou de não fazer. Assim, em alguns casos será necessário converter a obrigação em perdas e danos ou determinar a realização da obrigação por terceiro, às expensas do devedor (CÂMARA, 2006, p. 164).

Estas decorrências lógicas não retiram do sistema jurídico a opção pela execução específica, destinada a dar ao credor precisamente o que lhe era devido em face do seu direito substancial, afigurando-se medida excepcional a execução genérica, mediante conversão em substitutivo pecuniário (CÂMARA, 2006, p. 164).

Noutro vértice, a previsão do artigo 620 consagra o princípio da menor onerosidade da execução, prescrevendo que, “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Logo, se houver a possibilidade do adimplemento da obrigação por um meio que menor impacto cause ao patrimônio do devedor, não será facultado ao autor requerer ou a juiz determinar providência mais onerosa.

Assim, conjugados os dois princípios, resulta que a execução será procedida na forma específica, buscando-se efetivá-la mediante a menor onerosidade em relação ao patrimônio do

credor. O adimplemento somente não se dará na forma de tutela específica ante a sua impossibilidade, hipótese em que deverá ser procedido sucessivamente mediante resultado prático equivalente e em perdas e danos. Logo, ainda que a execução mediante tutela específica seja mais onerosa ao credor, deverá ela prevalecer. Desta forma, a escolha dos meios menos onerosos deve ser procedida preferencialmente entre aqueles aptos a satisfazer a tutela específica.

III. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

O denominado cumprimento de sentença trata-se de técnica que implementa o sincretismo processual, eliminando a divisão entre os processos de conhecimento e de execução, dispensando a utilização de procedimento próprio para a determinação judicial do cumprimento do comando da sentença condenatória.

O processo de conhecimento não se encerra com a sentença, prosseguindo na mesma relação processual, até alcançar a realização material do direito do credor e cuja obrigação foi imputada ao devedor. O cumprimento da sentença passou a ser ato do ofício do juiz que profere a decisão executável (*executio per officium iudicis*). O devedor não mais recebe uma citação para responder a um novo processo, mas um mandado para cumprir a prestação objeto da condenação, sujeitando-se imediatamente à intervenção na sua esfera patrimonial em caso de descumprimento do comando da sentença. Assim, o processo de execução, como relação processual autônoma para cumprimento de direito subjetivo já acertado, somente se aplica à execução de título executivo extrajudicial (THEODORO JR, 2010, p. 116).

Neste quadro, após a vigência das Leis nº 10.444/2002 e nº 11.232/2005, os comandos das sentenças que demandam medidas executivas para a satisfação dos direitos nelas reconhecidos passaram a ser objeto do procedimento denominado cumprimento de sentença. Adotou a legislação procedimento similar para o cumprimento das sentenças relativas às obrigações de fazer e de não fazer (art. 461) e para as obrigações de entregar coisa (art. 461-A), reservando tratamento inteiramente distinto para o cumprimento de sentença relativo às obrigações de entregar quantia (art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil).

III.1. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA.

Aplicam-se os preceitos do artigo 461 às demandas executivas e mandamentais que decorram das pretensões fundadas em obrigações de fazer ou não fazer. Conforme Silva, a norma do artigo 461 do CPC “acena para o ideal da execução inominada ou atípica, assim como o

ordenamento jurídico já concebeu a ação cautelar inominada como expressão máxima do princípio de instrumentalidade do processo, enquanto instrumento de realização do direito material” (2008, p. 86).

Assim, a teor do que dispõe o artigo 461 do CPC, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é facultado ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia (§ 3º), podendo o juiz impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se a medida se revelar suficiente ou compatível com a obrigação (§ 4º). Pode ainda o juiz, visando à efetivação da tutela específica ou ao resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias, independentemente do pedido do autor, como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive com requisição de força policial (§ 5º). Por fim, o § 6º permite que o juiz, igualmente de ofício, modifique o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

No que se refere às tutelas previstas nos §§ 5º e 6º, a imposição da multa por tempo de atraso é instrumento de sentença mandamental, porque visa a constranger o devedor ao adimplemento na forma específica. A ordem precede à imposição da multa e é dirigida diretamente ao devedor, na expectativa de que este satisfaça a obrigação para não sofrer o gravame da multa. Maior a efetividade da multa quando ela é por prazo, tal como previsto no § 5º, ou seja, quanto maior o tempo que transcorrer entre a ordem e o cumprimento, maior será a penalidade. Distingue-se da multa fixa de 10% prevista no art. 475-J, aplicável ao devedor condenado ao pagamento de quantia, caso não efetue o pagamento em quinze dias.

A busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva são medidas executivas lato sensu, que têm natureza subrogatória, cumprindo-se a obrigação inadimplida por meio de atos realizados por determinação do juiz e cumpridos por terceiros, agentes públicos ou particulares. Referidas medidas, diversamente do que ocorre nas mandamentais, cumprem-se independentemente do concurso ou concordância do devedor.

A sentença que condena o devedor a entregar coisa é igualmente executável de ofício pelo juiz, independentemente de instauração de novo processo ou de pedido do credor, nos termos do que estabelece o artigo 461-A do CPC

A Lei nº 10.440/2002 tornou assim regra o procedimento que antes era aplicado excepcionalmente em relação a algumas hipóteses, como a ação de despejo e a de reintegração de posse. Inovou ainda a Lei ao permitir a aplicação das astreintes ao devedor das obrigações de entregar coisa, tal como já era permitido nas obrigações de fazer e de não fazer. Possível assim combinar meios de sub-rogação, ou executivos propriamente ditos, com meios de coação, o que amplia significativamente a eficiência do processo. Assim, começando a sentença a surtir seus efeitos, o juiz determinará, independentemente de pedido do interessado, que o demandado entregue a coisa, sob pena de imediata incidência de multa, além de expedição de mandado de busca e apreensão, se a coisa for móvel, ou de imissão de posse, se imóvel (CÂMARA, 2006, p. 254). Deste procedimento não difere, em linhas gerais, a execução para entrega de coisa incerta.

III.2. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA.

O art. 475-J, caput, do CPC determina que se o devedor condenado às obrigações de pagar quantia não efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa de dez por cento e, a requerimento do credor, será expedido mandado de penhora e avaliação.

Assim, as últimas alterações processuais mantiveram a técnica da execução por expropriação no que tange às obrigações de pagar quantia, permanecendo o juiz vinculado aos meios de execução previstos na lei. Embora o art. 475-J do CPC tenha dispensado a ação autônoma de execução e cominado a multa para o inadimplemento da condenação, não conferiu ao juiz poder para impor multa coercitiva nas sentenças que reconhecem obrigação de pagar quantia. A multa de 10% prevista no art. 475-J tem caráter punitivo, não coercitivo, não se destinado a constranger o devedor a pagar, porque é previamente fixada na lei e não pode ser graduada de acordo com o caso concreto (MARINONI, 2008, p. 110).

No que se refere ao objeto deste estudo, em verdade, o procedimento de cumprimento da sentença atinente às obrigações de pagar quantia em dinheiro não revela maior interesse, desde que se entenda que as medidas preconizadas nos artigos 461 e 461-A não se aplicam a esta espécie de obrigação. Com efeito, a disciplina do artigo 475-J e seguintes, ao contrário daquela prevista nos artigos 461 e 461-A, não inova no que tange aos princípios da demanda ou correlação.

Registre-se que parece se afigurar correto o entendimento de que as disposições dos §§ 5º e 6º do art. 461 destinam-se apenas à execução de sentenças condenatórias relativas a obrigações de fazer e de não fazer, bem como às obrigações de entrega de coisa certa (art. 461-A e § 3º). Diverso é o tratamento relativamente às obrigações de pagar quantia em dinheiro, para as quais o único meio coercitivo cominado na lei é a imposição da multa em valor fixo de dez por cento, nos termos do que estabelecem os artigos 475-I e 475-J. Ademais, em face da natureza da obrigação, o sistema processual não permite a determinação da satisfação da obrigação mediante intervenção direta no patrimônio do devedor.

Justifica-se a distinção de tratamentos, porque é princípio do processo executivo que a execução de proceda preferencialmente na forma específica e sucessivamente mediante resultado prático equivalente. Compreensível, portanto, que relativamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, seja facultado ao credor e ao juiz a adoção de medidas coercitivas, cuja finalidade é precipuamente evitar que a execução venha a ser possível somente mediante conversão em perdas e danos. Conforme refere Dinamarco, referidas sanções não constituem meios executivos, mas instrumentos de pressão psicológica, qualificados pela doutrina como execução indireta e cuja finalidade é evitar a execução forçada. (1999, p. 106).

Assim sendo, a abordagem acerca da aplicabilidade dos princípios da demanda e da congruência será efetuada especialmente no que se refere ao cumprimento de sentença nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

IV. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

Embora a congruência que se exige da sentença deva alcançar todos os elementos da demanda, ou seja, as partes, a causa de pedir e o pedido, no que se refere ao objetivo deste estudo importa apenas o aspecto relativo ao pedido.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, ao ingressar em juízo o autor pede ao órgão jurisdicional uma medida, ou provimento, que terá natureza cognitiva quando caracterizar o julgamento da pretensão deduzida em juízo, ou natureza executiva, quando se referir a medida por meio qual se realizam os resultados determinados pela vontade concreta do direito, ou cautelar, quando visem a resguardar direitos contra possíveis ameaças em face do decurso do tempo. Por outro lado, todo provimento requerido pelo autor em juízo refere-se a determinado bem da vida. Assim, as ações distinguem-se pela conjugação da natureza do provimento que o autor pede com o objeto do seu alegado direito material (2008, p. 281). Logo, todo pedido

contém um pedido imediato, que é o tipo de provimento judicial que se pretende, e o pedido mediato, que é propriamente o bem da vida que se procura obter com a demanda (SILVA, 2003, p. 232-233).

Por conseguinte, para os fins deste estudo importa inicialmente delimitar em que consistem os pedidos imediato e mediato no cumprimento de sentença.

Enquanto as tutelas caracterizadas por pronunciamentos de força preponderantemente declaratória ou constitutiva são satisfativas, porque atendem e esgotam a aspiração do autor, as eficácias condenatória, executiva e mandamental demandam medidas para integrar ou acrescentar ao comando judicial, mediante atividades que implicam alterações no mundo natural, porque somente estas mutações é que satisfazem o interesse do autor. Assim, a necessidade de transformação do mundo físico é o fundamento da função jurisdicional executiva (ASSIS, 2008, p. 94).

A atividade executiva consiste, portanto, na expedição de atos que se caracterizam pelo implemento de mudanças de fato decorrente de situação já decidida pela regra jurídica concretizada, natureza radicalmente diversa daqueles exarados no desempenho da função cognitiva, cuja relevância reside no conteúdo decisório extraído das situações de fato. Assim, o ato executivo tem a peculiaridade de promover a adequação do mundo físico ao comando da sentença, mediante o emprego da força do Estado, o que implica a invasão da esfera jurídica do executado, diretamente sobre o seu patrimônio ou mediante meios de coerção autorizados pelo ordenamento jurídico (ASSIS, 2008, p. 95).

Via de consequência, o mérito da ação de execução, ou do cumprimento de sentença, não seria referível ao pronunciamento acerca do direito consubstanciado no título executivo, mas à utilização dos meios executivos adequados (pedido imediato) com vistas à obtenção do bem da vida (pedido mediato).

Meios executivos são atos de sub-rogação, mediante os quais o Estado substitui a vontade do executado, atuando diretamente sobre o seu patrimônio e realizando o direito do credor, tal como se dá nos atos de penhora e expropriação. Incidem sobre o patrimônio do devedor, porque não se admite a coerção direta. Assim, infrutíferos os meios de coerção, a obrigação será convertida em execução por quantia, mediante perdas e danos ou escolha de terceiro para cumprimento da obrigação às expensas do demandado (CÂMARA, 2006, p. 159 e 275).

Na execução das obrigações de fazer e não fazer, todavia, é escopo do sistema jurídico que a execução se realize mediante a intervenção do próprio obrigado, razão pela qual o sistema prevê a utilização de meios de coerção psicológica sobre o devedor. Não são meios executivos, no entanto, mas meios de coerção. Trata-se de variação do instituto originário do direito francês denominado *astreinte* (CÂMARA, 2006, p. 275).

Assim, a conjugação dos meios de sub-rogação com os meios de coerção permite construir um conceito amplo de execução (*lato sensu*), “destinado a transformar em realidade prática um comando jurídico contido em uma decisão judicial ou em algum outro ato a ela equiparado” (CÂMARA, 2006, p. 275).

Constantando-se, entretanto, que a atividade executiva demandava nova configuração para tratar adequadamente das novas situações de direito substancial, o sistema foi adequado para dar maior mobilidade ao juiz. Com este desiderado, a disciplina dos artigos 461 e 461-A promoveu a ruptura da regra da tipicidade dos meios de execução, que exigia que o autor e o juiz apenas poderiam se valer dos meios executivos expressamente definidos na lei. Foi além, entretanto, ao não mais adstringir o juiz aos meios executivos requeridos pelo autor, podendo deferir outro se o reputar mais adequado ao caso concreto (MARINONI, 2011, p. 382-385).

Conforme Arenhart, a disciplina conferida à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (e também no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor) constitui a mais expressiva atenuação do princípio da demanda⁷, porque a tutela jurisdicional pode ser adaptada às circunstâncias do caso concreto, independentemente do pedido da parte autora. Exige-se apenas que a parte formule o pedido que vem expresso no caput dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, ou seja, deve o autor requerer o “cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer” (2006, p. 587-603).

Como se verá adiante, esta adaptação da tutela jurisdicional ao caso concreto permitida pelos artigos 461 e 461-A do CPC pode alcançar igualmente o pedido imediato e o próprio pedido mediato do autor.

⁷ Como antes se referiu, para o autor o princípio da congruência é um dos aspectos do princípio da demanda.

V. APRECIÇÃO DA NOVA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

Ao permitir ao magistrado manejar os meios executivos e coercitivos de impor multa por tempo de atraso e determinar a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, inclusive com requisição de força policial, o § 5º do artigo 461 desvincula a atuação do magistrado ao pedido imediato da parte, caracterizado pelos meios empregados para a tutela do direito material. Assim, a lei faculta ao juiz, desvinculando-o do pedido do autor, adotar as tutelas mandamental ou executiva lato sensu ou ainda restringir-se à condenação em perdas e danos.

Noutro vértice, o artigo 461 e seu § 1º permitem ao juiz direcionar a execução, independentemente do pedido do credor, de modo a obter-se prestações inteiramente distintas, ou seja, a tutela específica, o resultado prático equivalente ou ainda o equivalente em perdas e danos. Tratam-se de aspectos adstritos ao pedido mediato do autor, porque se referem ao bem da vida que lhe será entregue.

Conforme refere Oliveira Neto, o pedido mediato varia conforme a espécie de ação executiva, de sorte que na execução contra devedor solvente ele consiste na expropriação de bens do executado; na execução para entrega de coisa, na devolução do bem, enquanto na execução de obrigação de fazer e não fazer ele se consubstancia na prática ou não de determinado ato (2000, p.41).

Em realidade, a escolha do meio executivo para a tutela do direito material pode mesmo implicar a prévia definição acerca da natureza da prestação que será exigida para a satisfação do direito do credor.

Ao determinar a realização das tutelas executivas de busca e apreensão, de remoção de pessoas e coisas, de desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, ou a tutela mandamental caracterizada pela multa, o juiz terá optado, em princípio, pela tutela específica, de sorte que se as medidas forem frutíferas o credor obterá o bem da vida exatamente como lhe seria entregue se a obrigação tivesse sido voluntariamente adimplida. As mesmas medidas podem ser direcionadas para a obtenção do resultado prático equivalente, a depender do objeto sobre o qual incidirem. Ao reverso, a abstenção do juiz em relação à realização das referidas medidas executivas e mandamentais implica a opção pela satisfação do direito do credor mediante conversão em indenização por quantia.

Conforme Marinoni, trata-se de estabelecer a distinção entre modalidades executivas e formas para a prestação da tutela. Assim, por exemplo, em face do pedido para sustar a continuidade da poluição ambiental, o autor pode requerer a instalação de equipamento antipolvente ou a interdição do estabelecimento do réu. Estes pedidos, ao contrário da multa e da busca e apreensão, por exemplo, não representam simples modalidades executivas, mas formas para a prestação da tutela inibitória. Conclui o autor que os arts. 84 do CDC e 461 do CPC concedem ao juiz o poder de determinar a realização de forma diversa da solicitada bem como do meio executivo diferente do requerido. Esta constatação seria verídica inclusive no que se refere ao resultado prático equivalente, que é uma providência não solicitada e com conteúdo diverso da tutela específica (2011, p. 382-383).

Neste contexto, parece não se sustentar qualquer afirmação de que a mitigação do princípio da congruência restringe-se aos meios executivos que materializam o pedido imediato do autor. Também o pedido mediato não vincula a conduta do magistrado no processo de cumprimento de sentença relativo às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, exceto se o credor expressamente requerer a conversão em perdas e danos (art. 461, § 1º).

Ademais, considerando que prevalece o entendimento de que é o autor o destinatário do valor da multa diária prevista no § 4º do artigo 461, assim como a multa prevista no artigo 475-J do CPC, malgrado sua finalidade seja convencer o demandado a cumprir a decisão judicial, o que levaria à conclusão que deveria ela ser carreada ao Estado (MARINONI, 2008, p. 74), deve-se concluir que se trata de bem da vida que será entregue ao credor independentemente de pedido. Cumpre então apreciar esta mitigação do princípio da congruência em face de outros princípios que regem o processo, tarefa que passa pela constatação prévia de que se trata de opção legislativa consentânea com a nova conformação do ordenamento jurídico, caracterizada pela busca da efetividade da jurisdição.

De acordo com as clássicas advertências de Dinamarco, a atividade jurisdicional é também expressão da democracia nos Estados contemporâneos e não há razão “para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”, observados os princípios e garantias do processo:

O que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle

jurisdicional e na cláusula due process of law. Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir (1999, p. 129-130).

Estas inequívocas constatações, no que tange à disciplina do cumprimento de sentença, embora se afigure fundamento para que a determinação dos meios executivos seja procedida com vistas a proporcionar ao credor aquilo que lhe era devido, não pode levar à desconsideração do direito de defesa, outra dimensão do direito fundamental de ação.

Assim, o direito do autor à técnica processual adequada e a amplitude de poder atribuído ao juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva tem como contraponto a “esfera jurídica do réu”. A legitimidade da forma e do meio executivo determinados pelo juiz para a prestação da tutela jurisdicional depende assim da consideração simultânea dos direitos de ação e de defesa, o que se alcança mediante a regra hermenêutica da proporcionalidade, que se dedobra nas sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por adequação entende-se que o meio executivo e a forma de prestação destinadas a proporcionar a tutela podem infringir o ordenamento jurídico para proporcionar a tutela. A necessidade relaciona-se com a efetividade do meio de execução e da forma de prestação com vistas a realizar faticamente a tutela do direito. Divide-se em meio idôneo e menor restrição possível (MARINONI, 2011, p. 384-385).

Trata-se, como se percebe, da conjugação do princípios do resultado da execução com o da menor restrição possível. Conforme refere Assis, estabelece o artigo 612 do CPC que se realiza a execução no interesse do credor, princípio que tem por decorrência a exigência de que a execução deve ser específica, de modo a entregar ao exequente rigorosamente o bem por ele perseguido (2008, p. 109). Noutra vértice, a previsão do artigo 620 consagra o princípio da menor onerosidade da execução, prescrevendo que, “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Entende Marinoni, entretanto, que não há margem ao juiz para “limitar o direito de defesa em face do direito de ação ou para aplicar a regra da proporcionalidade em sentido estrito”⁸, porque

8 O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio a ser empregado se mostre o mais vantajoso, promovendo certos valores com o mínimo de desrespeito a outros que a eles se contraponham, em relação aos quais deve ser preservado o mínimo (GUERRA FILHO, 2001, p. 154).

esta ponderação já foi procedida pela norma, cabendo ao juiz determinar as medidas de acordo com as necessidades concretas. Assim, o juiz deverá escolher o meio executivo que se revelar mais idôneo à efetividade da tutela do direito material do autor, mas que cause a menor restrição possível ao réu. Não há assim omissão de regra processual, nem tampouco se trata da necessidade de balanceamento dos direitos de ação e de defesa, mas de aplicação das regras da adequação e da necessidade, mediante a adoção do meio mais idôneo e que cause a menor restrição possível ao patrimônio do réu (2011, p. 347-349).

Esta interpretação, percebe-se, implica retirar total ou substancialmente a margem de discricionariedade do juiz na determinação das formas e meios executivos por ele determinados para a prestação da tutela executiva, porque a sua tarefa consistiria na escolha dos meios executivos, dentre aquele previstos expressamente na lei, mas adequados ao caso concreto. Trata-se de conclusão que parece amoldar-se à concepção de Figueiredo, no sentido que a eventual margem inicial de liberdade contida na norma esgota-se na análise do caso concreto, na subsunção do caso aos conceitos jurídicos. Assim, discricionariedade e vinculação diferenciam-se pela margem inicial de liberdade contida na norma, razão pela que pode-se afirmar a existência de uma competência jurisdicional “ligada, não em termos abstratos, mas sim no caso concreto” (1997, p. 115-119 e 155).

Tomando-se de empréstimo as classificações de discricionariedade de Dworkin, parece que a possibilidade da escolha dos meios executivos previstos nos artigos 461 e 461-A do CPC caracterizariam uma modalidade de discricionariedade fraca, mediante escolha de critérios estabelecidos pelo legislador e que poderiam ser interpretados de diferentes maneiras. Estas prerrogativas judiciais, como se percebe, não se amoldam ao conceito dworkiniano de discricionariedade forte, porque o juiz está vinculado a padrões previamente determinados pelo legislador⁹.

Watanabe parece ir ainda mais longe na negação da discricionariedade judicial no cumprimento de sentença, ao concluir que não haveria violação ao princípio da congruência, porque o próprio legislador excepcionou o princípio (1996, p. 43). Entretanto, neste ponto, trata-se apenas da constatação de que a mitigação ao princípio da congruência foi procedida pelo legislador, detentor do poder legítimo e incontestado de assim proceder.

9 Trata-se de premissa que demanda melhor apreciação para aqueles que filiam ao entendimento de que o rol de meios executivos previstos no § 1º do art. 461 não é exaustivo e que seria permitido ao juiz adotar meios executivos e coercitivos de natureza diversa dos expressamente previstos. Neste sentido, Marinoni postula a possibilidade de decretar-se inclusive a prisão do devedor em alguns casos em que os outros meios de coerção não se revelarem efetivos (2008, p. 84-88).

De qualquer sorte, ainda que estas peculiaridades constatadas por Marinoni e Watanabe não afastem a conclusão de que se tratou efetivamente de mitigação do princípio da congruência, elas remetem ao ponto fulcral do tema em análise, que consiste em verificar se esta mitigação é suficiente para retirar do princípio da congruência a sua função de garantia do contraditório e da imparcialidade do juiz.

O primeiro aspecto relevante a se observar é que, assim como a demanda executória já estava contemplada no pedido inicial do processo de conhecimento, de modo que o acolhimento do pedido formulado pelo autor implicaria necessariamente a concessão da ordem de execução imediata (SILVA, 2003, 61-63), a plêiade de meios e formas executivos já se encontrava razoavelmente indicada nos dispositivos legais que regem o cumprimento de sentença das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Cumprido-se, destarte, uma das finalidades do princípio da congruência voltada à garantia do contraditório e que consiste em permitir ao réu ter previamente conhecimento do âmbito da pretensão que contra ele se volta. A peculiaridade consiste somente na circunstância de que as ameaças à esfera jurídica do réu, com vistas a constrangê-lo ao cumprimento da obrigação, não estarão indicadas no pedido do autor, mas no rol de meios executivos previstos na lei.

Noutro aspecto, a margem de discricionariedade conferida ao juiz na escolha dos meios (e das formas executivas) é regrada, ou fraca, na classificação dworkiniana, de sorte que sempre será facultado ao réu insurgir-se contra as escolhas do magistrado, invocando em seu favor os princípios da menor onerosidade e da dignidade humana que informam a execução.

Faculta-se ainda ao réu exigir que as escolhas do magistrado, embora voltadas à efetividade da prestação jurisdicional executiva e tendo por fundamento a relatividade da igualdade formal das partes no processo de execução, sejam procedidas mediante plena observância do princípio da proporcionalidade, de modo a preservar o seu direito a que a execução se realize preservando sua dignidade e da maneira menos onerosa à sua esfera jurídica.

VI. CONCLUSÃO.

As disposições dos artigos 461 e 461-A implicam a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos. Ao mesmo tempo, não mais condicionam a escolha do juiz acerca dos meios executivos ao prévio pedido do autor, caracterizando mitigação do princípio da congruência da sentença ao pedido. Esta desvinculação refere-se igualmente ao pedido imediato do autor,

relativo aos meios executivos que serão utilizados, bem como ao pedido mediato, que estipula a própria forma de tutela, ou seja, se esta se dará na forma específica, mediante resultado prático equivalente ou por meio de conversão em perdas e danos.

Esta margem de liberdade conferida ao juiz coaduna-se com nova visão publicista do processo, que busca a efetividade da prestação jurisdicional. Neste desiderato, as regras do cumprimento de sentença conferem ao juiz maior liberdade para escolher os meios e formas executivos mais adequados ao caso submetido à sua atuação.

Embora mitigado o princípio da congruência, parecem preservados os seus escopos de salvaguarda da imparcialidade do juiz e de garantia do princípio do contraditório. No que tange à discricionariedade do juiz na escolha dos meios executivos, ressalvado o entendimento de que o rol do § 1º do art. 461 não é exaustivo, trata-se de margem restrita às formulações já estipuladas nas lei, com o acréscimo que os critérios de escolha são balizados pelos princípios gerais do processo e particularmente pelos na especificidade e menor onerosidade que einformam a execução. Relativamente ao escopo da garantia do contraditório, a prévia estipulação legal permite ao executado prever a amplitude dos meios executivos e coercitivos que poderão ser utilizados para atingir seu âmbito jurídico, ao passo que as regras e princípios aplicáveis lhe permitem o manejo de razoável arsenal de defesa, ainda que considerada a sua situação de vulnerabilidade no processo executivo.

VIII. REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luis Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil : v. 1. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

_____. Lições de direito processual civil: v. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Vale. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 1997

GUERRA Filho, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001

GUERRA Filho, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002

MARINONI, Luiz Guilherme; Teoria Geral do Processo, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, v. 2. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Curso de Processo Civil, v. 3. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. Manual do Processo de conhecimento, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY. Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Batista. Processo Civil, V. 1. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO Junior, Humberto. Curso de Direito Processo Civil, V. II. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.