

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

MURILO TROPEA BELLON

**A Técnica de Efetivação da Tutela Jurisdicional
na Perspectiva do Princípio da Congruência**

Porto Alegre

2010

MURILO TROPEA BELLON

**A Técnica de Efetivação da Tutela Jurisdicional
na Perspectiva do Princípio da Congruência**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre

2010

MURILO TROPEA BELLON

**A Técnica de Efetivação da Tutela Jurisdicional
na Perspectiva do Princípio da Congruência**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 1º de dezembro de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
UFRGS

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin
UNIRITTER

Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Orientador
UFRGS

RESUMO

A presente monografia questiona a necessidade de submissão das técnicas de efetivação da tutela jurisdicional ao princípio da congruência, segundo o qual deve haver correlação entre os pedidos das partes e o pronunciamento judicial. A resposta passa pelo estudo da divisão dos poderes entre o juiz e as partes no processo civil, o que remete à análise do princípio dispositivo.

O princípio dispositivo possui duas dimensões: a dimensão material atribuí às partes o poder de instauração do processo e fixação do objeto do juízo; a dimensão processual, os poderes de impulso formal do procedimento. Admitidas exceções para ambos os lados, pode-se dizer que apenas o princípio dispositivo em sentido material foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário, portanto, questionar se as técnicas de efetivação da tutela jurisdicional integram o objeto do processo ou seu impulso formal. As noções de objeto do processo são controvertidas na doutrina, sendo que a tendência é relacioná-lo à *pretensão processual*, entendida como pedido de *tutela jurisdicional*, que não deve ser confundida com as técnicas para sua efetivação. O pedido de tutela, assim, se submete ao poder dispositivo das partes; as técnicas, ao poder do juiz de direção formal do processo.

A escolha da técnica de efetivação da tutela mais apropriada para caso concreto passa por uma análise do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade – em suas três subdivisões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – bem como pela ponderação entre os valores efetividade e segurança, sempre colidentes no âmbito processual.

Palavras-chave: Princípio da congruência. Princípio dispositivo. Objeto do processo. Tutela jurisdicional. Técnicas de efetivação. Efetividade. Segurança. Postulado normativo aplicativo da proporcionalidade.

Título: A Técnica de Efetivação da Tutela Jurisdicional na Perspectiva do Princípio da Congruência

RIASSUNTO

Il presente studio domanda sulla necessità di sottomettere le tecniche di effettuazione della tutela giurisdizionale al principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato. La risposta è trovata attraverso lo studio della divisione dei poteri tra il giudice e le parti nel processo civile, che riguarda il principio dispositivo.

Il principio dispositivo ha due dimensioni: la prima, la sostanziale, attribuisce alle parti il potere d'instaurazione del processo ed anche di fissazione del oggetto di giudizio; l'altra, quella processuale, riguarda ai poteri di impulso formale. Ammesse eccezioni in entrambi i lati, si può dire che soltanto il principio dispositivo in senso sostanziale è stato accolto per l'ordinamento giuridico brasiliano.

È, quindi, necessario domandarsi se le tecniche di effettuazione della tutela giurisdizionale integrano l'oggetto del processo oppure suo impulso formale. Le nozioni di oggetto del processo sono controverse in dottrina; la tendenza è spiegarlo con la *pretesa processuale*, intesa come una richiesta di tutela giurisdizionale, che bisogna non confondere con le tecniche per la sua effettuazione. La richiesta di tutela, in questo modo, si sottomette al potere dispositivo delle parti; le tecniche, invece, al potere del giudice di direzione formale del processo.

La scelta della tecnica di effettuazione della tutela più adeguata per il caso concreto richiede un'analisi attraverso il “postulato normativo applicativo della proporzionalità” – diviso in adeguazione, necessità e proporzionalità in senso stretto – ed anche attraverso la ponderazione tra i valori effettività e sicurezza giuridica, sempre in antagonismo nell'ambito processuale.

Parole-chiave: Principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato. Principio dispositivo. Oggetto del processo. Tutela giurisdizionale. Tecniche di effettuazione. Effettività. Sicurezza. Postulato normativo applicativo della proporzionalità.

Titolo: La Tecnica di Effettuazione della Tutela Giurisdizionale nella Prospettiva del Principio della Corrispondenza tra Chiesto e Giudicato

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
I - PRINCÍPIO DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA	8
1. Princípio dispositivo	8
1.1. O princípio dispositivo na obra de Mauro Cappelletti	9
1.2. O princípio dispositivo no direito brasileiro contemporâneo	16
2. O objeto do processo civil	19
2.1. O mérito como questões	20
2.2. O mérito como pedido	21
2.3. O mérito como lide	22
2.4. O mérito como pretensão	24
3. O princípio da congruência	26
4. Conclusão parcial: Os poderes do juiz e das partes no processo civil	30
II - TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO	32
1. Conceito de tutela jurisdicional e suas classificações	32
1.1. Tutela declaratória	35
1.2. Tutela constitutiva	37
1.3. Tutela condenatória	37
1.4. Tutela mandamental	39
1.5. Tutela executiva <i>lato sensu</i>	40
2. Técnicas de efetivação da tutela jurisdicional	42
2.1. Expropriação	42
2.2. Multa	43
2.3. Desapossamento: Busca e apreensão / imissão na posse	44
2.4. Demais técnicas – medidas de apoio	44
3. Critérios para a escolha da técnica processual	46
3.1. Efetividade <i>versus</i> segurança	46
3.1.1. Efetividade: economia processual	46
3.1.2. Efetividade: celeridade	47
3.1.3. Efetividade: tutela na forma específica	47
3.1.4. Segurança: previsibilidade	48
3.1.5. Segurança: respeito à lei	48
3.2. O critério da proporcionalidade	49
3.2.1. Adequação	50
3.2.2. Necessidade	52
3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito	53
4. O problema da <i>taxatividade</i> na escolha da técnica processual	54
CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A questão que se pretende solucionar ao longo do presente trabalho diz respeito a um tema de essencial importância no direito processual civil do ponto de vista prático, relacionado à distribuição de poderes no âmbito do processo: é possível a utilização de técnica de efetivação da tutela jurisdicional diversa daquela requerida pelas partes?

Sabe-se que o juiz, ao proferir sentença, deve respeitar o *princípio da congruência*, o qual determina a proibição do julgamento que de alguma forma fuja aos limites estabelecidos na peça inicial e nas respostas do réu. A necessidade da referida adstrição decorre de outro princípio, chamado *dispositivo*.

A resposta à pergunta proposta passa por uma análise do princípio dispositivo, a fim de que seja delimitado o seu alcance. Isso porque os atos processuais que não se encontram dentro do poder dispositivo das partes, por decorrência lógica, não se sujeitam ao princípio da congruência.

Como se pretende demonstrar, a doutrina por muito tempo tratou o princípio dispositivo de forma *hipertrofiada*, abrangendo com essa expressão mais de um instituto. O primeiro objetivo deste estudo é, portanto, retomar a precisão terminológica nesse âmbito para, em um segundo momento, analisar a forma que o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou o princípio dispositivo.

O estudo do princípio dispositivo passa também por uma análise de uma das questões mais complexas e controvertidas da ciência processual: o objeto do processo. É grande a discussão doutrinária acerca da matéria, sendo que ainda hoje não há pleno consenso. Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho apresentará as principais vertentes a seu respeito.

A primeira parte se encerra com considerações acerca do princípio da congruência, uma vez que já solidificadas as bases para seu entendimento, buscando finalmente determinar o seu alcance, especialmente em relação às técnicas de efetivação da tutela jurisdicional.

As técnicas, em si, merecerão a atenção da segunda parte deste estudo, onde se esclarecerá a diferença aqui empregada entre tutela jurisdicional e técnica processual. O conceito de tutela jurisdicional apresenta mais uma vez doutrina dissonante, havendo quem a classifique a partir do direito material ou do próprio direito processual. Ficará

demonstrado que o conceito de técnica depende substancialmente da posição adotada a esse respeito.

Após a apresentação das técnicas em espécie, serão analisados critérios que devem guiar a sua escolha, seja para o julgador (caso admitida essa hipótese), seja para as partes. Aqui entra outra discussão de grande relevância no direito processual: a ponderação entre os princípios da efetividade e da segurança. A questão é encontrar uma técnica apropriada para o caso concreto, e isso passa pelo equilíbrio entre os mencionados valores.

I - PRINCÍPIO DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

1. Princípio dispositivo

O princípio dispositivo surgiu com a monopolização da administração da justiça pelo Estado¹, ocasião em que se criou a necessidade de distribuição dos poderes entre o juiz e as partes no processo². O objetivo almejado era impor verdadeira limitação à cognição do órgão jurisdicional³, a fim de que fosse alcançada a sua imparcialidade.

Barbosa Moreira afirma que conhece, em ciência jurídica, poucas expressões tão equívocas quanto princípio dispositivo, por ser ela utilizada nos mais diversos contextos: para aludir à iniciativa de instauração do processo, à delimitação de seu objeto litigioso e à iniciativa da produção de provas (e demais atos de impulso do processo).⁴ A utilização da expressão em sentido amplo pode ser conferida, por exemplo, na obra de Pontes de Miranda:

“Chama-se em teoria do direito processual *princípio dispositivo* aquele segundo o qual, entre outras vedações, o juiz não pode levar em conta, na apreciação do feito, a qualquer momento, fatos que não foram alegados pelas partes, nem formar a sua convicção com os meios que, propostos pelos litigantes, não se produziram com observância das regras legais”.⁵

A evidente justaposição de institutos diferentes sob a mesma rubrica gerou insatisfação na doutrina alemã, que identificou a existência de dois fenômenos diferentes: um relacionado à propositura da demanda, outro à estrutura interna do processo.⁶

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo – 3ª ed. revista, atualizada e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Problema da “divisão do trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 41, 1986, p.7.

³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo I – São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p.542.

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, nº 83, p. 207-215, 1996, p.208.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense; Brasília, INL, 1973, p.384.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz** – 4ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.88.

A diferenciação entre os referidos fenômenos ganhou especial relevância a partir do momento em que se percebeu a dicotomia entre os interesses públicos e privados envolvidos no processo⁷. Ao mesmo tempo em que as partes não podem ser senhoras absolutas do andar do procedimento, é necessária a manutenção do respeito à autonomia individual das partes para decidir se é conveniente ou não pleitear a tutela de seus direitos.⁸

A consequência da aceitação de tal dicotomia foi a percepção de que não apenas se estava denominando igualmente institutos distintos, mas também que tais institutos mereciam tratamento diferente, o que se torna impossível sem a devida separação destes em categorias apropriadas.

A discussão que levou ao entendimento atualmente adotado seguiu rumo à Itália, em 1951, com a edição da obra de Tito Carnacini, intitulada “Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo”, publicada nos “Studi in Onore di Enrico Redenti”.⁹ Mais tarde, tal obra sofreu crítica de Mauro Cappelletti, no capítulo V de seu “La Testimonianza della Parte nel Sistema dell’Oralità”, onde o autor apresentou o conceito de princípio dispositivo praticamente como conhecido hoje.

O próximo capítulo apresentará uma síntese da obra de Mauro Cappelletti para, em um segundo momento, concluir o que se pode entender por princípio dispositivo no ordenamento jurídico contemporâneo. Adverte-se desde logo que a síntese consistirá em uma adaptação do texto original ao português, na parte que interessa a este estudo.

1.1. O princípio dispositivo na obra de Mauro Cappelletti

A partir da obra de Carnacini, Cappelletti expõe o que se entendia por princípio ou processo dispositivo:

⁷ Para uma análise pormenorizada da dicotomia “público x privado” no processo civil ver SCARPARO, Eduardo Kochenborger. A Dicotomia Público-Privado no Direito Processual Civil. Molinaro, Carlos Alberto; Milhoranza, Mariângela Guerreiro; Porto, Sérgio Gilberto. **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da revista Jurídica** – Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

⁸ Essa *autonomia individual* é chamada por Mauro Cappelletti de “Il potere monopolistico della parte di disporre dell’interesse materiale e della sua tutela giurisdizionale”. CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’Oralità** (Contributo alla Teoria della Utilizzazione probatoria del Sapere delle parti nel processo civile). Milano: Giuffrè, 1962, p.308 e *passim*.

⁹ CARNACINI, Tito. Tutela Giurisdizionale e técnica del processo. **Studi in onore di Enrico Redenti**, vol 2, Milano, Giuffrè, 1951.

- a) O processo serve à parte enquanto instrumento para a tutela jurisdicional; com efeito, o processo, como cada instrumento – jurídico ou não – tem sua própria essência. Sendo assim, os sujeitos que dele se valem devem se adaptar aos seus mecanismos e conformarem seus atos. O inadimplemento das obrigações processuais comporta determinadas conseqüências como, em certos casos, a derrota do sujeito que, segundo o direito material, teria razão.¹⁰
- b) Assim, se mostra manifesta a necessidade de distinguir, não obstante a influência recíproca, (1) as normas, os poderes, os deveres, e notadamente os atos que se referem ao momento do pedido da tutela do interesse material deduzido em juízo e (2) as normas, os poderes e os deveres em relação aos atos relacionados à técnica e estrutura interna do procedimento.¹¹
- c) Respectivamente ao primeiro e ao segundo momentos, a doutrina alemã deu os nomes de *Dispositionsmaxime* (ou *Verfügungsgrundsatz* – o princípio dispositivo) e de *Verhandlungsmaxime* (traduzido para o italiano como *principio della trattazione*¹²). Carnacini explica, então, como os dois conceitos se misturam e se confundem por longo tempo também na doutrina alemã, ao ponto de hoje representarem (1) o poder monopolístico da parte de dispor de seu interesse material e da tutela jurisdicional (*nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita partium*) e (2) o (eventual) poder monopolístico da parte de determinar, passo a passo, também o curso meramente interno e formal, ou seja, a técnica instrumental do procedimento. Sobre esse segundo poder se fala também de um princípio de direção-impulso formal, que se pode exprimir com o brocardo *iudex ex officio non procedit*.¹³

Carnacini move fundada crítica à doutrina italiana, a qual – com a fórmula *principio dispositivo* – entendia à época não haver diferenças entre os já referidos

¹⁰ CAPPELLETTI, **La testimonianza...** p.305-306.

¹¹ *Ibidem*, p.306.

¹² A expressão foi traduzida de forma praticamente literal para o português como “princípio do debate”. DALL’AGNOL JÚNIOR, **O princípio dispositivo...**, p.101 e *passim*.

¹³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p.307-309.

Dispositionmaxime e *Verhandlungmaxime*.¹⁴ Aqui entra também a crítica de Cappelletti, que se resume nos seguintes pontos:

- a) Não parece a ele oportuno – uma vez que a mais difundida doutrina italiana falava genericamente de princípio dispositivo em sentido *omnicomprensivo*, e uma vez entendido o erro de colocar no mesmo plano dois grupos de fenômenos diversos e autônomos entre si – continuar a falar em princípio dispositivo no sentido em que a doutrina alemã adota a expressão *Verhandlungmaxime*. Como terminologicamente se entendia inadequada a expressão italiana *principio della trattazione*, se buscava, então, outra expressão mais idônea, a qual não parecia ser princípio dispositivo – pois esta pode se referir tanto ao primeiro quanto ao segundo momentos, sendo exatamente essa a fonte de perigosas confusões.¹⁵
- b) Carnacini, na tentativa de superar a doutrina alemã – buscando a verdadeira causa de distinção entre *Dispositionsprinzip* e *Verhandlungmaxime* – chega às seguintes conclusões, as quais, se aceitáveis, justificariam a terminologia adota pelo autor:
 - b.1) Aquilo que diz com a disposição da tutela jurisdicional e também com a vontade monopolística da parte na instauração do processo e na determinação de seu objeto (que se exprime mediante os aforismos *nemo iudex sine actore, nemo invitus agere cogatur, ne eat iudex ultra vel extra petita partium, sententia debet esse conforme libello*) está fora do processo propriamente dito. Têm-se atos formalmente, mas não substancialmente, processuais;¹⁶
 - b.2) O *Dispositionsprinzip*, portanto, não possui caráter de princípio processual;¹⁷
 - b.3) Este não possui sequer caráter de princípio autônomo (mesmo não processual), dado que não é outro que não o respeito ao próprio direito subjetivo.¹⁸

Nenhuma destas conclusões é aceitável para Cappelletti.

A primeira pressuporia adesão à teoria segundo a qual a ação se igualaria ao próprio direito substancial, não seria outra coisa que não a ele inerente. A demanda

¹⁴ CAPPELLETTI, *La testimonianza....*, p.310.

¹⁵ *Ibidem*, p. 312-313.

¹⁶ *Ibidem*, p. 313-314.

¹⁷ *Ibidem*, p. 314.

¹⁸ *Ibidem*, p. 314.

judicial seria apenas um modo de exercitar aquele direito.¹⁹ Somente quem considere ser ação um direito material pode subtrair da esfera dos atos processuais o ato da demanda jurisdicional e, em geral, aqueles atos (por exemplo, contestação) com cujo aquele direito vem a ser exercitado.²⁰

Inaceitáveis, portanto, as conclusões de Carnacini. É verdade que o princípio dispositivo (no sentido em que a doutrina alemã fala de *Dispositionsprinzip*) deriva do caráter disponível da pretensão levada a juízo. Assim como é verdade, de outro lado, que a violação da disponibilidade do poder de pedir a tutela jurisdicional de um dado direito subjetivo (e o conseqüente desaparecimento do princípio dispositivo do processo) é seguro reflexo da transformação do privado em público da relação jurídica, da qual aquele direito subjetivo constitui um elemento.²¹

Seria incoerente uma separação entre o regime processual (da ação) e o substancial (do direito), uma vez que há estreita conexão – e não confusão! – entre o direito subjetivo e ação, assim como entre direito substancial e processo. Mas não parece correto, na visão de Cappelletti, que o princípio dispositivo deixe de ser um princípio processual e possa se identificar com a disponibilidade do direito substancial, ainda mais pela natureza privada deste.²²

O dissenso se torna mais importante, aos efeitos do estudo de Cappelletti, onde Carnacini propõe-se a distinguir entre um momento em que há a disposição do direito substancial e da respectiva tutela e um momento que implica a mera escolha da técnica processual (aquilo que diz com o simples desenvolvimento do procedimento, sem tocar na sua instauração e em seu objeto).²³

Para que se possa compreender essa que, segundo Cappelletti, é a grave contradição em que incorre, em sua grande maioria, a própria doutrina alemã de seu tempo – e à qual não se escapa nem mesmo o estudo de Carnacini – o autor parte de uma premissa que é amplamente aceita (inclusive pela doutrina que diferencia *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*), a saber: a separação entre aquilo que diz respeito ao ser ‘senhor’ do objeto do processo civil de um lado; e aquilo que, por outro lado diz respeito à técnica do processo. Trata-se da constatação que sobre aquele primeiro símbolo (*Dispositionsprinzip*) se entende “o poder dispositivo das partes sobre

¹⁹ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 314-315.

²⁰ *Ibidem*, p. 315.

²¹ *Ibidem*, p. 316.

²² *Ibidem*, p. 316-317.

²³ *Ibidem*, p. 317-318.

o objeto litigioso”, o qual pode, no final das contas, não ser outra coisa senão uma óbvia consequência do reconhecimento de uma esfera jurídica de domínio da vontade privada.²⁴

A premissa aludida expressa que o princípio dispositivo indica o quanto (e somente quanto) que sobre a esfera jurisdicional se reflete como consequência lógica e juridicamente necessária do caráter privado (e, portanto, disponível) da relação substancial deduzida em juízo.²⁵

Naturalmente essa premissa não poderia manifestar grande relevância até o momento em que não havia surgido, nestes contornos, de um lado a distinção entre direito substancial e processo; e de outro a consequência que é o caráter privado daquele e o caráter público (e, portanto, indisponível) deste, no qual o Estado moderno é interessado assim como parte privada que a ele recorre, embora por motivos diversos.²⁶

Essa concepção deveria obviamente demonstrar inconciliável um ordenamento processual no qual as partes não somente continuavam a ser senhoras do próprio direito material e do poder de pedir a tutela, mas também do processo e de seu desenvolvimento, na absoluta passividade do juiz, que ficava constricto a decidir exclusivamente sobre os atos das partes e de seus defensores.²⁷

Se tornava mais manifesta a contradição lógica entre uma concessão, na qual o estado figurava direta e inderrogavelmente interessado num correto funcionamento da justiça – a correta atuação do direito privado, e uma realidade que da jurisdição permitia, pela inércia e pela causa da inércia do juiz, vários abusos nos atos das partes e de seus advogados.²⁸

É assim que se fez necessária a indagação sobre o problema: se, na verdade, do caráter privado-disponível do objeto litigioso devesse decorrer (como até então se acreditava) além da disponibilidade – no curso do processo – do objeto litigioso, além da disponibilidade de iniciativa para pedir a tutela ou para renunciá-la, também a plena senhoria das partes sobre o andamento formal, sobre a técnica utilizada e sobre a estrutura interna do processo. A doutrina alemã chega às seguintes conclusões:²⁹

²⁴ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 318-319

²⁵ *Ibidem*, p.319.

²⁶ *Ibidem*, p. 320-321.

²⁷ *Ibidem*, p. 321.

²⁸ *Ibidem*, p. 324.

²⁹ *Ibidem*, p. 325.

- a) Lógica e necessária conseqüência do caráter privado do objeto litigioso é o princípio que só ao titular, ou a quem se afirme titular, daquele objeto cabe o direito de ação, sem o prévio exercício do qual o juiz não pode exercitar o poder jurisdicional (*nemo iudex sine actore*): e que somente ao titular ou a quem possa estar em seu lugar cabem os poderes de dispor livremente do direito de ação (*nemo invitus agere cogitur*) e de escolher *se* exercitá-lo e *como* exercitá-lo (delimitar o *petitum* e a *causa petendi*).³⁰
- b) Lógica conseqüência daquele caráter, e nada mais do que uma explicação daquilo que foi dito, é o princípio que o juiz não pode julgar se não no âmbito da ação (*principio della corrisponenza fra il chiesto ed il pronunciamento: ne iudex iudicet ultra petita partium; sententia debet esse conformis libello*).³¹
- c) Daquele caráter não decorre a conseqüência que o juiz não possa – uma vez que o sujeito privado haja instaurado o processo e não pretenda renunciá-lo – exercitar o seu poder de iniciativa e de direção formal, atento aos limites da vontade monopolística das partes quanto à fixação do objeto (mérito) do juízo. Não segue, portanto, o princípio de que também no curso do processo em juízo (como queria a doutrina do *Verhandlungsmaxime*) o juiz deva deixar tudo depender das deduções e iniciativas das partes.³²

Dessa forma, Cappelletti conclui que as alegações dos fatos “constituiriam elemento essencial e necessário à demanda jurisdicional, com os quais a parte fixaria vinculativamente o juiz ao momento causal da demanda”³³. Por outro lado, caberia ao juiz a iniciativa de direção formal do processo – especialmente no que tange à atividade probatória – não sendo dado às partes o poder de vincular o órgão jurisdicional nesse aspecto.

Ante a inadequação da fórmula “*principio della trattazione*”, e a fim de se evitar a confusão em que incorria a doutrina italiana de entender por princípio dispositivo

³⁰ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 325-326.

³¹ *Ibidem*, p. 326.

³² *Ibidem*, p. 327-328.

³³ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (organizador) **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.103.

tanto o que a doutrina alemã definia como “*Dispositionsprinzip*” quanto “*Verhandlungsmaxime*”, Cappelletti sugere que se adote nomenclatura semelhante àquela relacionada ao princípio inquisitório.³⁴

Princípio inquisitório em sentido substancial (material), ou ainda em sentido próprio, indica o mais radical fenômeno da abolição do vínculo judicial à alegação, por iniciativa das partes, dos fatos constitutivos da relação material trazida a juízo. Já a fórmula princípio inquisitório em sentido processual (formal), ou ainda em sentido impróprio, por sua vez, indica o fenômeno – cujos reflexos não se estendem ao mundo do direito substancial, mas se limitam ao processo e à técnica processual – da abolição do poder monopolístico das partes a respeito de questões relacionadas ao andamento do processo, como a iniciativa probatória.³⁵

Assim, parece oportuno ao autor italiano adotar a terminologia princípio (e processo) dispositivo em sentido material – ou em sentido próprio – para definir o princípio com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes para pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto do juízo (o *Dispositionsprinzip* da doutrina alemã); e princípio (e processo) dispositivo em sentido processual – ou impróprio – para definir o princípio pelo qual se alude ao vínculo do juiz à iniciativa das partes naquilo que concerne à técnica e ao desenvolvimento interno do processo – em especial à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (o *Verhandlungsmaxime*).³⁶

O princípio dispositivo, como já referido anteriormente, legitima-se por manter a imparcialidade e a isenção do juiz, pressupostos lógicos do próprio conceito de jurisdição.³⁷ Para Cappelletti, a perda da imparcialidade não ocorre quando não adotado o princípio dispositivo em sentido processual – apenas se confere ao magistrado autonomia quanto ao modo de exercer sua própria função.³⁸ Por outro lado, o autor italiano entende essencial a manutenção da senhoria das partes sobre o objeto do processo. “Com a liberdade de alegar fatos que quiserem e de silenciar sobre fatos que não pretendem sejam investigados, as partes dispõem do objeto litigioso do processo e fixação do *tema decidendum*”.³⁹

³⁴ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 357.

³⁵ *Ibidem*, p. 357.

³⁶ *Ibidem*, p.357-358.

³⁷ BARBIERI, *Implicações...*, p. 105.

³⁸ DALL’AGNOL JÚNIOR, *O princípio...*, p.106.

³⁹ BARBIERI, *op. cit.*, p. 106.

Importante ressaltar que parcela da doutrina denomina princípio da demanda o que se tratou nesse capítulo por princípio dispositivo em sentido material, reservando a expressão princípio dispositivo “à forma de condução da causa e aos meios de prova de que se utilizarão as partes”, ou seja, ao princípio dispositivo em sentido processual.⁴⁰ Este estudo permanecerá fiel à nomenclatura empregada por Cappelletti.

Após essas considerações, cumpre verificar como se posiciona o direito brasileiro frente às diferentes manifestações do princípio dispositivo.

1.2. O princípio dispositivo no direito brasileiro contemporâneo

Conforme se infere da Exposição de Motivos do CPC, em seu item 18, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio dispositivo, *verbis*:

“O projeto consagra o princípio dispositivo (...), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça”.

Os artigos do Código de Processo Civil que tratam da iniciativa do processo, da fixação de seu objeto e de sua direção formal corroboram tal assertiva.

O artigo 2º do CPC consagra o princípio inércia da jurisdição (“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”), ou seja, a máxima *nemo iudex sine atore*, em evidente alusão ao princípio dispositivo em sentido material.

A regra da iniciativa do processo pela parte comporta exceções, como a do artigo 989 do CPC. Tais exceções devem ser entendidas como *numerus clausus*: somente nos casos expressamente previstos em lei tem o juiz o poder de instaurar o processo *ex officio*.

É válido ressaltar que não há necessária relação da proibição de atuação *ex officio* do juiz com a disponibilidade do direito *sub judice*.⁴¹ Há casos em que o ordenamento jurídico permite a instauração de ofício do processo apesar de não serem disponíveis os direitos de que se trata (exemplo: inventário – CPC, art.989). Por outro lado, a proibição da instauração do processo sem provocação da parte subsiste nas hipóteses em que se violem direitos indisponíveis. “Nenhum juiz está autorizado a

⁴⁰ Nesse sentido, MITIDIERO, **Comentários...**, p.541.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, **Correlação...**, p.208.

instaurar de ofício um processo sob o pretexto, ou fundando-se na razão, de que se trata de um direito indisponível”⁴².

Certo é, também, que o juiz está vinculado às alegações das partes depois de instaurado o processo. É o que determina o artigo 128 do CPC (O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.). Assim, a determinação da *res in iudicium deducta* permanece dentro do poder monopolístico da parte de disposição do seu direito.

Conclui-se, portanto, que o princípio dispositivo em sentido material foi respeitado pelo legislador brasileiro na elaboração do Código de Processo Civil. Nem mesmo a exceção apontada ou mesmo outras eventualmente existentes são capazes de descaracterizá-lo, porque pontuais e restritivas.

Por outro lado, o tratamento dado pelo legislador ao andamento do processo foge àquilo que preceituava a doutrina alemã do *Verhandlungsmaxime*. É o que se infere dos artigos 130 (Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.) e 262 (O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.) do CPC.

Com efeito, o juiz brasileiro é dotado de amplos poderes no que tange ao impulso do processo, em especial quanto à produção de provas. José Roberto Bedaque afirma que “o Código de Processo Civil adotou, sem qualquer sombra de dúvida, o modelo (...) do *inquisitorial system*, ao contrário do sistema italiano, onde viges o denominado princípio *dispositivo atenuado*, em que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção de prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário”⁴³.

Entretanto, duas considerações devem ser feitas acerca das lições de Bedaque: a primeira é que não apenas a sobre a produção de provas recai o princípio dispositivo/inquisitório em sentido processual, mas sobre todo o impulso formal do processo; a segunda, que há ainda em nosso ordenamento jurídico resquícios de tal acepção do princípio dispositivo, embora pontuais. Pode ser mencionada como exemplo a necessidade de requerimento para que o juiz determine a chamada penhora *online* (artigo 655-A, CPC).

⁴² BARBOSA MOREIRA, *Correlação...*, p. 208.

⁴³ BEDAQUE, *Poderes...*, p. 96-97.

Especificamente quanto à produção de provas no Brasil, verifica-se que, em vez de conceder às partes o *poder monopolístico* de produzi-las, o Código de Processo Civil atribuiu-lhes o *ônus* de fazê-lo.⁴⁴ A adoção desse sistema traz evidentes vantagens: as partes podem propor os meios de prova que lhe pareçam convenientes, ao mesmo tempo em que o juiz *deve* determinar a produção de outros meios caso os entenda necessários à formação de seu convencimento.⁴⁵

Após essa análise, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio dispositivo em sentido material de forma íntegra (*Nemo iudex sine atore; ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*). Em outras palavras, a instauração do processo e a fixação de seu objeto estão sob o poder monopolístico das partes. Por outro lado, não subsiste a máxima *iudex ex officio non procedit*: o juiz é responsável pelo andamento formal do processo, o que implica o afastamento do princípio dispositivo em sentido processual e a conseqüente adoção, como regra, do princípio inquisitório em sentido formal, observadas as exceções previstas em lei.

⁴⁴ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴⁵ Já quando o assunto é a análise das provas produzidas, determina o artigo 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; (...)”. Segundo a doutrina, entretanto, não é dado ao juiz, a pretexto de livremente apreciar a prova, “exculpar o réu em virtude de defesas que não apresentou ou que não teve a iniciativa de tornar efetivas”.⁴⁵ Este tema é evidentemente vinculado ao princípio dispositivo em sentido material, na parte que concerne às alegações das partes (fixação do objeto do juízo). DALL’AGNOL JÚNIOR, **O princípio...**, p.113.

2. O objeto do processo civil

Através da distinção entre princípio dispositivo em sentido material (ou próprio) e princípio dispositivo em sentido processual (ou impróprio), concluiu-se que o objeto do processo encontra-se dentro do poder monopolístico da parte de disposição de seu direito, bem como que o curso interno e formal do procedimento é de responsabilidade do juiz da causa, que não pode assumir uma posição passiva – de mero mediador – em face do interesse público que permeia o processo.

É necessário, agora, analisar o conceito de objeto do processo, a fim de delimitar – por exclusão deste – até onde se estendem os poderes de direção do processo pelo magistrado, em especial no que tange às técnicas de efetivação da tutela jurisdicional, cerne do presente estudo.

O que se entende por objeto? Segundo Dinamarco, objeto é a junção da preposição latina *ob* (diante, à vista) com o verbo *jactio* (lançar), ou seja, “serve para *designar algo que se põe diante* de uma pessoa”. Objeto do processo é, portanto, aquilo que se põe diante do juiz.⁴⁶

Sendo o objeto aquilo que se põe diante do órgão jurisdicional, costuma-se identificá-lo com o mérito.⁴⁷ Entretanto, há quem entenda também como objeto do processo as condições da ação e os pressupostos processuais, ou ainda questões preliminares e questões prejudiciais.^{48 49} É certo que os pressupostos processuais e as condições da ação (nomenclatura que se prefere adotar) são parte do objeto do conhecimento do magistrado ao longo do procedimento. Nem por isso, todavia, devem ser entendidos como *objeto do processo*. Este é o próprio núcleo do processo, o motivo pelo qual ele se desenvolve. Neste capítulo serão abordadas, portanto, as principais correntes doutrinárias acerca do conceito de mérito.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, tomo 1. 5ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2002, p.238.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença** – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.42.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O objeto da cognição no processo civil. Tubenclak, James, 1939 (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol.11, 1991, p.208.

⁴⁹ Para um estudo acerca dos pressupostos processuais e condições da ação, ver WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. – Campinas: Bookseller, 2000.

2.1. O mérito como questões

Há quem identifique o mérito com as questões do processo. Dinamarco, discorrendo sobre a obra de Liebman, leciona:

“o conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão formam, em seu complexo, o mérito da causa.”⁵⁰

Carnelutti define questão como *dúvida sobre uma razão*.⁵¹ Ou seja, quando houver dúvida quanto aos fatos trazidos a juízo pelas partes ou quanto à subsunção deste fato às normas invocadas, está-se diante de uma questão.

O mesmo autor distingue, ainda, questão e lide: “a questão não é a lide; de fato, esta consiste, antes de tudo, em um conflito de interesses que é estranho à questão; a questão, por sua vez, consiste em uma dúvida que pode ser estranha à lide”.⁵²

As questões podem ser de ordem material ou processual. Às primeiras, dá-se o nome de *questões de fundo*, às últimas, de *questões de ordem*.⁵³

É certo que, no decorrer do processo, diversas dúvidas surgem quanto às alegações das partes – sejam elas sobre as condições de existência e validade do próprio processo, sejam elas sobre a relação material trazida a juízo. Entretanto, isso não significa que as dúvidas, em si, caracterizem o mérito. Para decidir o mérito, o juiz resolve as questões, optando pelos pontos que lhe pareçam procedentes.⁵⁴

É com base nisso que Dinamarco critica a redação do artigo 458, III, do CPC, o qual determina que, na parte dispositiva da sentença, “o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem”. A resolução das questões deve constar como *fundamento* da sentença e, assim, integrar sua *motivação*. “O dispositivo é uma resposta do órgão jurisdicional ao *pedido* formulado pelo autor”.⁵⁵

⁵⁰ DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 239-240. O autor, entretanto, afirma na p. 245 desta obra não acreditar que essas palavras revelem a intenção de Liebman de identificar o mérito com as questões de fundo – mas apenas despreocupação com a distinção.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999, p.86.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 241.

⁵⁵ *Ibidem*, p.241-242.

Essa distinção é essencialmente importante para que se determine o alcance da autoridade da coisa julgada. Com efeito, caso se entenda que as questões sejam o próprio mérito da causa e integrem a parte dispositiva, estas não poderiam ser alegadas novamente como fundamento de ação com pedido diverso. Em verdade, tudo isso se passa na segunda parte da sentença (fundamentos) para que, na parte dispositiva o juiz declare procedente ou improcedente a pretensão deduzida.⁵⁶ Nesse sentido é o artigo 469 do CPC, o qual determina que não fazem coisa julgada (inc.I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, e (inc. II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

2.2. O mérito como pedido

Há também quem associe o mérito do processo com o pedido. Dinamarco traz como exemplo dessa doutrina a seguinte passagem da obra de Chiovenda:

“Sentença de mérito é o provimento do juiz acolhendo ou rejeitando a demanda⁵⁷ do autor destinada a obter a declaração de existência de uma vontade de lei que lhe garanta um bem, ou da inexistência de uma vontade de lei que o garanta ao réu.”⁵⁸

Badaró aponta Karl Heinz Schwab como principal defensor dessa teoria, afirmando que este pretende excluir do objeto do processo todo o conteúdo material (e assim qualquer referência à causa de pedir), para considerá-lo apenas como sendo o pedido – uma vez que posição contrária levaria “a resultados insatisfatórios, como nos casos em que se invoca mais de um fato ou acontecimento material, pretendendo obter deles um mesmo resultado”.⁵⁹

O objeto do processo seria, assim, o pedido do autor para o juiz no sentido de que profira sentença conforme requerido. “É o pedido de uma decisão judicial, independentemente do fato histórico da vida que o fundamenta”.⁶⁰

O Código de Processo Civil brasileiro deixa transparecer esse modo de pensar em seu artigo 269 (incisos I e II), que determina que haverá resolução de *mérito* quando

⁵⁶ DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 243.

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco afirma que a palavra ‘demanda’ não é corrente entre os processualistas brasileiros, que preferem o termo ‘pedido’. *Ibidem*, p. 246.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 246.

⁵⁹ BADARÓ, **Correlação...**, p. 47.

⁶⁰ *Ibidem*.

o juiz acolher ou rejeitar o *pedido* feito pelo autor, bem como quando o réu reconhecer a procedência deste.

Essa idéia sobre o mérito também não parece adequada. Isso porque o pedido (ou demanda) é ato estritamente processual. Com ele, as partes deduzem em juízo qual o bem da vida pretendem obter através do processo. O pedido é, assim, “o veículo de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio que o demandante quer”.⁶¹

Aceitar a conceituação de mérito a partir do pedido é ver o processo como um fim em si mesmo, desvinculado da situação da vida trazida a juízo. Não é razoável entender um elemento formal, pressuposto processual, como ponto central da disciplina do processo.

Observe-se que, caso o pedido fosse tomado como objeto do processo, tudo o que nele se incluísse integraria o princípio dispositivo em sentido material e, dessa forma, se encontraria dentro do poder de disposição da parte. Essa questão ganha contorno ainda mais relevante se pensada a partir das técnicas de efetivação da tutela jurisdicional. O juiz estaria plenamente vinculado à técnica requerida pela parte, o que certamente tiraria do processo efetividade, bem como poderia impor ao vencido um ônus demasiado em face da possibilidade de adoção de um meio executivo menos gravoso.

2.3. O mérito como lide

Corrente de maior prestígio do que as anteriormente referidas é a que associa o mérito do processo com a *lide*, na denotação que lhe atribuiu Carnelutti.⁶² Para este autor, a lide é “um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)”.⁶³

Essa conceituação exige a compreensão das noções de interesse, pretensão e resistência (gênero do qual contestação é espécie, segundo a própria obra de Carnelutti). “Interesse é a posição favorável à satisfação de uma necessidade.”⁶⁴ “A pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”.⁶⁵ Já a

⁶¹ DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 247.

⁶² *Ibidem*, p.251.

⁶³ CARNELUTTI, *Instituições...*, p. 78.

⁶⁴ BADARÓ, *Correlação...*, p. 56.

⁶⁵ CARNELUTTI, *op. cit.*, p.78.

resistência é “a não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio”.⁶⁶

Com relação ao conflito de interesses, tem-se que só caracteriza *lide* aquele conflito regulado pelo direito. Este seria o elemento substancial da *lide*, enquanto a pretensão e a resistência são seus elementos formais.⁶⁷

No Brasil, a doutrina da equiparação do mérito à *lide* teve como seu maior expoente Alfredo Buzaid, redator do anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973.⁶⁸ A exposição de motivos do CPC traz a seguinte passagem, que explicita a opção mencionada:

“O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A *lide* é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.”

Reflexo dessa orientação pode ser visto, por exemplo, na seção II do capítulo V do CPC, intitulada “do julgamento antecipado da *lide*”, em uma clara referência ao julgamento antecipado do mérito da causa.⁶⁹

Entretanto, Dinamarco refere que nem mesmo Carnelutti relacionava mérito e *lide* de forma tão radical como Buzaid. Carnelutti conceituava o mérito *a partir* da *lide*, mas não dizia serem conceitos idênticos.⁷⁰

A tomada da *lide* como objeto do processo também não parece ser a opção mais adequada. Com efeito, *lide* é um elemento accidental, e não essencial do processo.⁷¹ Tem-se processos sem *lide*, sem que desapareça com isso mérito da causa. Câmara cita como exemplo a ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público em face de ambos os cônjuges na qual estes se pronunciam favoravelmente à anulação.⁷²

Seria contrário à lógica admitir que a *lide* seja o objeto do processo e ao mesmo tempo aceitar a tese – ou melhor, o fato – de que há possibilidade de existir processo sem *lide* (sendo que nesses processos existe mérito).

⁶⁶ CARNELUTTI, *Instituições...*, p. 78.

⁶⁷ BADARÓ, *Correlação...*, p. 57.

⁶⁸ DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 252.

⁶⁹ CÂMARA, *O objeto...*, p. 220.

⁷⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 252.

⁷¹ CÂMARA, *op. cit.*, p. 221.

⁷² *Ibidem*.

2.4. O mérito como pretensão

As correntes doutrinárias que associaram o mérito às questões, ao pedido e à lide não trouxeram soluções satisfatórias para a definição de objeto do processo. Entretanto, todas tangenciaram a resposta que parece mais adequada sem, contudo, terem-na explorado.

Com efeito, a lide nada mais é do que uma *pretensão* resistida. Entretanto, nem todo processo apresenta resistência do réu. O pedido, por sua vez, é o veículo formal da *pretensão* deduzida em juízo. Porém, como visto anteriormente, a forma não deve tomar o lugar da substância. Já as questões são dúvidas que se colocam ao longo do processo, que o juiz deve resolver para, ao final, declarar procedente ou improcedente a *pretensão* inicial.

Como se pode verificar, todas as linhas de raciocínio apontam ser a *pretensão* o núcleo, o objeto do processo. A mais autorizada doutrina⁷³ afirma que essa posição tem sido vitoriosa, além de ser satisfatória do ponto de vista científico.

A própria etimologia da palavra mérito revela adequada sua relação com a pretensão. “Mérito, *meritum*, provém do verbo latino *mereo* (*merere*), que, entre outros significados, tem o de *pedir, pôr preço*. (...) Daí se entende que *meritum causae* (...) é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir”.⁷⁴ Conforme visto no item 4.3, a pretensão, a partir da obra de Carnelutti, significa *a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio*. Destarte, a pretensão levada a juízo é ela mesma a exigência ínsita ao conceito de mérito.

Mas a doutrina, em especial na Alemanha, foi ainda além na delimitação do objeto do processo, através da distinção entre *pretensão material* e *pretensão processual*. No Brasil, filiaram-se a essa corrente Dinamarco⁷⁵ e Câmara⁷⁶.

O ZPO (*Zivilprozessordnung* – a lei processual alemã) indica a *Anspruch* (pretensão) como objeto do processo, “mas a doutrina apressa-se a esclarecer que ‘a pretensão da ZPO não é a pretensão do BGB’” (*Bürgerliches Gesetzbuch* – o Código Civil alemão)⁷⁷.

⁷³ DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 255.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 254.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 267 e ss.

⁷⁶ CÂMARA, **O objeto...**, p. 221 e ss.

⁷⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 268.

“A pretensão, segundo o Código Civil alemão (BGB), é um *conceito de direito material* e, se fosse ela o objeto do processo, ‘um processo condenatório que terminasse com a rejeição da demanda por falta de pretensão civil teria carecido de objeto’. (§) Daí a assertiva, generalizada em doutrina de hoje em dia, de que constitui objeto do processo a *pretensão processual*.”⁷⁸

Câmara corrobora a assertiva de não se tratar a pretensão material de objeto do processo, uma vez que há causas que não envolvem direito material, permanecendo inegável a existência de mérito. Cita o autor como exemplo a ação rescisória proposta por ter sido a sentença rescindenda proferida por juízo absolutamente incompetente, bem como o processo cautelar em geral.⁷⁹

Incansável na busca de definições, a doutrina alemã buscou especificar o significado da pretensão processual como objeto do processo. A polêmica – que foge ao objetivo deste estudo – girou em torno de três possibilidades: (a) afirmação de um direito material; (b) fatores exclusivamente processuais; e (c) pedido.⁸⁰

Dinamarco encerra seu destacado artigo acerca do objeto do processo civil afirmando que “o sujeito que vai ao juiz com pedido de um provimento jurisdicional tem em mira a obtenção de um determinado resultado, que se expressa pela tutela jurisdicional postulada. O material sobre o qual juiz e partes desenvolverão suas atividades processuais é o pedido dessa tutela jurisdicional”.⁸¹

Pode-se afirmar, portanto, que resta dentro do poder monopolístico da parte tão somente a *pretensão processual*, entendida como *pedido de tutela jurisdicional*. Este, portanto, é o conteúdo do princípio dispositivo em sentido material.⁸²

⁷⁸ DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 269.

⁷⁹ CÂMARA, **O objeto...**, p. 222.

⁸⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 273.

⁸¹ *Ibidem*, p.276.

⁸² Este estudo não tem por objetivo estudar em profundidade o objeto do processo, mas tão-somente defini-lo em linhas gerais, de forma a possibilitar sua identificação ou não com as técnicas de efetivação da tutela jurisdicional. Entretanto, são válidas algumas considerações acerca da importância da *causa petendi* na delimitação do pedido de tutela jurisdicional. Elício Sobrinho leciona que “toda árida polêmica equaciona-se em saber até onde relevantes são as alegações conhecidas por *causa petendi* ou Klagegrund (fundamento); a finalidade precípua é delimitar o pedido”. Mais adiante, comentando a teoria de Habscheid, afirma que este “contraria a doutrina de Schwab, assentando sua construção teórica (nota: a respeito do objeto do processo) em dois pilares: a) a pretensão (*Rechtsbehauptung*; afirmação do direito) do autor, aparecendo nas suas conclusões, compreendendo todo o direito substancial e processual; b) *episódio da vida* (*Lebenssachverhalt*) sobre o qual se baseia sua pretensão”. Portanto, segundo essa teoria, a delimitação do pedido de tutela jurisdicional com base no episódio da vida narrado em juízo (leia-se – fatos constitutivos do direito) integra o objeto do processo civil e, portanto, também o princípio dispositivo em sentido material, sujeitando-se ao poder monopolístico das partes. CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Objeto Litigioso no Processo Civil** – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 137 e 145.

3. O princípio da congruência

Como ficou demonstrado, o princípio dispositivo em sentido material atribui às partes o poder monopolístico de iniciar o processo e fixar o objeto do juízo, através do pedido de tutela jurisdicional. Corolário lógico destes poderes é a proibição de que o juiz se pronuncie, dentro do próprio processo, a respeito daquilo que não fora objeto de alegação pelas partes. É o que se chama de princípio da congruência ou da correlação entre o pedido e a sentença.

O princípio da congruência tem como expressão legal no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 460, *caput*, do CPC⁸³, e é representado classicamente pelo brocardo latino *ne eat iudex ultra petita partium*. A proibição, entretanto, não diz apenas com o julgamento *ultra petita* (além do pedido). Pelo princípio da congruência, o magistrado não pode:

“a) conceder bem maior ou estranho ao pedido formulado pela parte; b) furtar-se de decidir o caso que lhe foi apresentado, nos seus exatos termos; e c) esquivar-se da análise das questões fáticas suscitadas pelas partes, desde que deduzidas no momento apropriado.”⁸⁴

Na verdade, o pronunciamento judicial deve ser congruente com todos os elementos identificadores da demanda, subjetivos e objetivos: partes, causa de pedir e pedido.⁸⁵

a) Deve haver correlação entre as partes da demanda e a sentença.

Parte é quem pede e aquele contra quem se pede tutela jurisdicional. Com efeito, violada seria a garantia do processo justo, particularmente no que tange ao contraditório e à ampla defesa, se o resultado do processo fosse capaz de alcançar quem dele não participou. Os casos de ampliação do alcance dos efeitos da sentença devem vir expressamente previstos pela lei, como no caso da substituição processual.⁸⁶

⁸³ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁸⁴ CATALAN, Marcos Jorge. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa: reflexões sobre o tema na legalidade constitucional. **Revista de processo**, São Paulo, n° 147, 2007, p.76.

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença no direito processual civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n° 44, 2006, p.11.

⁸⁶ *Ibidem*, p.12.

b) Deve haver correlação entre a causa de pedir e a sentença.

A *causa petendi* se desdobra em duas: causa de pedir próxima e causa de pedir remota. A causa de pedir remota é integrada pelo fato constitutivo do direito alegado em juízo (causa de pedir remota ativa), bem como pelo fato violador desse direito (causa de pedir remota passiva).⁸⁷ Já a causa de pedir próxima é a subsunção dos fatos narrados aos fundamentos jurídicos que embasam a demanda. Ressalta-se que não se trata da indicação do fundamento legal ou de seu *nomen iuris*, uma vez que a qualificação jurídica deduzida pelo autor não vincula a decisão judicial.⁸⁸ O importante é a afirmação de que, conforme o direito, o ato atribuído ao réu enseja determinada consequência jurídica de interesse do autor.

A sentença deve ser congruente com as duas faces da causa de pedir. Tal regra também se fundamenta nas garantias do contraditório e da ampla defesa: se o juiz é obrigado a ater-se àqueles fatos e fundamentos narrados na inicial e na contestação, as partes não serão surpreendidas com um pronunciamento que leve em conta elementos dos quais não houve oportunidade de se defenderem.

c) Deve haver correlação entre o pedido e a sentença.

Assim como a causa de pedir, o pedido também se desdobra em duas partes: pedido mediato e pedido imediato. “Pedido imediato é o provimento jurisdicional pleiteado. Já o pedido mediato é o bem da vida que se busca obter através do processo”⁸⁹. Alvaro de Oliveira afirma que a tutela é dispensada sempre levando em conta ambos os desdobramentos do pedido. “É por isso que, embora sob diversas visualizações, fala-se que na sentença de mérito unem-se o direito processual e o material”.⁹⁰ Novamente, os fundamentos são as garantias do contraditório e da ampla defesa: levando-se em conta o pedido como limite da sentença, o réu poderá saber desde o início do processo o que poderá lhe acontecer de pior caso seja o sucumbente⁹¹.

⁸⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil* – 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 154.

⁸⁸ *Ibidem*, p.155.

⁸⁹ CÂMARA, *Princípio da correlação...*, p. 13.

⁹⁰ OLIVEIRA, *Teoria e Prática...*, p. 95-96.

⁹¹ BARBOSA MOREIRA, *Correlação...*, p. 209.

Como se pôde ver, o princípio da congruência, além de fixar o limite dos poderes do estado nas relações particulares, é ligado fundamentalmente às garantias do contraditório e da ampla defesa. Não se trata apenas de uma garantia ao réu, mas também ao autor, no sentido de que, satisfeitas as condições da ação, seu pedido será integralmente julgado.⁹²

Outro aspecto importante a ser mencionado é que o juiz não está apenas impedido de *conceder* o que não foi pedido, mas também de *negá-lo*.⁹³ O motivo parece bastante claro: da mesma forma que o réu não está apto a responder aquilo que não sabe que lhe está sendo pedido, o autor não vê motivos para produzir provas sobre aquilo que não pediu.

Como já referido, o desrespeito ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença pode gerar vícios de três ordens: *ultra*, *extra* e *citra petita*.

A sentença é *ultra petita* quando o magistrado atribui ao demandante o objeto solicitado, mas, além disso, confere parcela não requerida.⁹⁴ Simplificando a explicação, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “se o autor pede R\$100,00, o juiz não poderá condenar o réu a pagar R\$200,00”.⁹⁵ Ressalta-se que há no ordenamento processual civil brasileiro os chamados *pedidos implícitos*, como juros de mora (artigo 293, CPC), despesas processuais e honorários advocatícios (artigo 20, CPC), além da correção monetária “que nada mais é do que o principal”.⁹⁶ Dessa maneira, a sentença não está adstrita ao pedido inicial para a análise destes pontos.

Já a sentença *extra petita* é caracterizada pelo fato de o magistrado apresentar resposta jurisdicional diferente da pretensão que consta na inicial, em relação aos fundamentos de fato, ao pedido ou à pessoa do réu.⁹⁷ Merece destaque o entendimento

⁹² BARBOSA MOREIRA, *Correlação...*, p.210.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo Civil Comentado e Interpretado* – São Paulo: Atlas, 2008, p. 492.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. 2 – Processo de Conhecimento*, 6ª ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 409.

⁹⁶ OLIVEIRA, *Teoria e Prática...*, p. 114.

⁹⁷ MONTENEGRO FILHO, *Código de Processo Civil Comentado...*, p. 491-492. Pode-se tomar como exemplo de *extra petita* a sentença que condena o INSS a conceder Auxílio-Acidente, quando a pretensão deduzida em juízo se referia ao Auxílio-Doença, como aconteceu em processo julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Em verdade, o que busca a autora, na inicial, é o restabelecimento do auxílio-doença previdenciário (...). Entretanto, o juiz da causa, **desconsiderando assim a causa de pedir como o pedido da autora**, condenou o INSS a conceder-lhe auxílio-acidente (...)” TRF4, APELREEX 2009.70.99.000583-0, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 31/05/2010.

de parcela da doutrina no sentido de que é *extra petita* a sentença que contempla pessoa diferente das partes ou não observa os limites da causa de pedir.⁹⁸

Por fim, é *citra petita* a sentença marcada pela circunstância de o magistrado não considerar fatos e/ou não enfrentar pedido contido na inicial, oferecendo resposta jurisdicional incompleta.⁹⁹ Não há confundir, entretanto, *judgar menos* e *conceder menos* do que aquilo que foi pedido.¹⁰⁰

A questão que se coloca é se o princípio da congruência torna *extra petita* a sentença que determina a utilização de *técnica processual* diversa daquela referida pela parte no momento da demanda. A resposta definitiva passa por uma análise da relação das técnicas com a tutela jurisdicional. É válido ressaltar, por hora, que o direito brasileiro já prevê regras de quebra da adstrição nos artigos 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo Marinoni, a *elasticidade* dos poderes atribuídos ao juiz é nítida manifestação do interesse do estado no sentido de prestar de forma cada vez mais efetiva a tutela dos direitos.¹⁰¹

⁹⁸ Nesse sentido, CÂMARA, **Princípio da correlação...**, p. 12.

⁹⁹ MONTENEGRO FILHO, **Código de Processo Civil Comentado...**, p. 492.

¹⁰⁰ CÂMARA, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

4. Conclusão parcial: Os poderes do juiz e das partes no processo civil

Como se procurou demonstrar até agora, o princípio dispositivo – que possui uma dimensão material (ou própria) e uma dimensão formal (ou imprópria) – determina o alcance do poder monopolístico das partes no âmbito processual. A primeira das dimensões apontadas diz respeito à instauração do processo (*nemo iudex sine actore*) e à fixação do objeto do juízo (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*); a segunda, à determinação de seu curso interno (*iudex ex officio non procedit*).

“Conforme a lição da história, em alguns estágios do direito processual aplicou-se o princípio dispositivo em sentido amplo, que pretende deixar nas mãos dos particulares toda a tarefa de iniciação, determinação do conteúdo, objeto e impulso do processo, bem como a realização das provas. Em outras etapas, outorgou-se ao juiz faculdades nesses diversos aspectos.”¹⁰²

A partir da obra de Mauro Cappelletti, infere-se que o monopólio das partes sobre a direção interna do procedimento (ou seja, a adoção irrestrita do princípio dispositivo em sentido impróprio) não se compatibiliza com o interesse público que permeia o processo civil moderno. O Estado, e a sociedade de modo geral, são diretamente interessados na solução rápida e justa dos conflitos levados ao Poder Judiciário, o que impede o juiz de manter uma posição passiva e desinteressada.

A doutrina brasileira corrobora essa idéia de forma uníssona. Scarparo, em ensaio sobre a dicotomia público-provado no processo civil, afirma que a partir do monopólio da resolução dos conflitos pelo Estado, este se torna responsável pelo *modo* de decidir. A condução do processo pelo magistrado é, assim, seguro reflexo do caráter público ínsito a este. As partes, por sua vez, mantêm a importância de seu papel, “seja por meio de faculdades que lhe são exclusivas, seja pela ingerência no contraditório, entre outros direitos”.¹⁰³

No mesmo sentido, Barbieri refere o fenômeno da publicização do processo a partir da mudança da própria concepção de Estado:

“A transição do estado cultivador do liberalismo individualista para o estado social de direito tem como ponto forte o substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. As mudanças sociais, projetadas no plano processual, traduzem-se no fenômeno da publicização. O processo – seu

¹⁰² BARBIERI, *Implicações...*, p. 94.

¹⁰³ SCARPARO, *A Dicotomia...*, p. 224-226.

andamento, sua investigação e a qualidade da solução jurisdicional – é de interesse público. As partes continuam com liberdade de atuação dentro do processo. Não obstante, essa liberdade é mitigada e compartilhada com o juiz, que também é interessado na solução justa e rápida do litígio, enquanto representante do ente estatal. O direito processual, em suma, pode ser considerado, em certo sentido, como um espelho no qual, com extrema fidelidade, refletem-se os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico.”¹⁰⁴

Conclui-se, portanto, que o juiz moderno tem o dever de zelar pelo processo, através da determinação de seu curso formal. Ele não deve permitir, por exemplo, que as deficiências técnicas do advogado possam prejudicar o direito das partes.¹⁰⁵

A partir dessa assertiva, pretende-se demonstrar a desvinculação do juiz não só no que diz respeito à atividade probatória, mas também à técnica processual de efetivação da tutela jurisdicional requerida pelas partes. Para demonstrar a tese, adotou-se o seguinte *iter* lógico: as partes exercem poder monopolístico tão-somente sobre o conteúdo do princípio dispositivo em sentido material. Por exclusão, tudo aquilo que não se identifica com este conteúdo¹⁰⁶ se inclui no poder de direção formal do processo pelo magistrado.

Identificou-se o conteúdo do princípio dispositivo em sentido material com o objeto do processo civil (fixação da *res in iudicium deducta*), entendido como mérito da causa, objetivo último do processo. O mérito, por sua vez, é definido pela melhor doutrina como *pretensão processual*, no sentido de *pedido de tutela jurisdicional*.

Dessa forma, as partes têm o poder de fazer *pedido de tutela jurisdicional*, vinculando o juízo a tanto. A segunda parte desse estudo abordará a tutela jurisdicional e as técnicas para sua efetivação para, finalmente, determinar o alcance do princípio da congruência.

¹⁰⁴ BARBIERI, **Implicações...**, p. 99-100.

¹⁰⁵ LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. **Revista do Processo** – São Paulo, n° 35, p. 25.

¹⁰⁶ Como já se teve oportunidade de referir, não são desconhecidas as hipóteses em que ainda é reservado às partes o poder de direção do procedimento. Entretanto, as exceções existentes são pontuais e, embora apontem resquícios do princípio dispositivo em sentido impróprio, não são capazes de caracterizar a sua adoção pelo ordenamento processual. O princípio em vigência (inquisitório em sentido formal, no nosso ponto de vista) deve informar a regra geral, que é a condução do processo pelo magistrado. As exceções a essa regra sequer indicam uma idéia de sistematização de alguma das áreas do processo (produção de provas, citações, utilização de técnicas de efetivação...) em que haja o predomínio de poder dispositivo formal das partes. As ditas exceções, apenas para enfatizar, são restritivas e devem encontrar expressa previsão legal. Podem ser mencionados como exemplos de exceção: o não conhecimento do agravo de instrumento por falta de juntada de cópia da petição de agravo no primeiro grau (art. 526, parágrafo único), a declaração de incompetência relativa (art. 112 e 114), a possibilidade de eleição da forma de citação pelo autor (art. 222, “f”), a penhora *online* (art. 655-A), etc.

II - TUTELA JURISDICIONAL E TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO

1. Conceito de tutela jurisdicional e suas classificações

Na primeira parte desse estudo, verificou-se que o princípio dispositivo em sentido material confere às partes o poder monopolístico de pedir tutela jurisdicional. Cumpre agora analisar o que se entende por tutela jurisdicional para, em um segundo momento, verificar quais são as técnicas processuais utilizadas para dar efetividade às tutelas, bem como de que forma o juiz deverá escolher a técnica mais adequada para a efetivação do direito material *sub judice*.

O conceito de tutela jurisdicional decorre fundamentalmente da concepção adotada acerca de jurisdição. Ora, jurisdição é poder – o poder estatal atribuído aos juízes. A questão, entretanto, consiste na forma de exercício desse poder. Marinoni afirma que não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz tão-somente a função de declarar a vontade da lei.¹⁰⁷

No estado constitucional, o juiz deve exercer seu poder com vistas a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais. A lei deve ser lida e aplicada na perspectiva da Constituição para que o juiz, ao final do processo, possa dar tutela concreta – adequada e efetiva – ao direito material reclamado perante ele.¹⁰⁸

A tutela jurisdicional é, assim, a defesa ou proteção outorgada pelo estado-juiz ao patrimônio jurídico¹⁰⁹ daquele que, segundo as conclusões obtidas no processo, tem razão do ponto de vista do direito material.

Por estar vinculado às diretrizes do estado constitucional, o órgão prestador da tutela jurisdicional deve equalizar da melhor forma possível os dois princípios que

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Processo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.132. Para um estudo bastante completo acerca das teorias da jurisdição, ver p. 89-132.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 107-108. Para o autor, é mais correta a expressão “patrimônio jurídico” em relação a “direito” por abarcar também a tutela declaratória negativa.

incessantemente colidem dentro do processo: a efetividade e a segurança, sempre tendo em vista o fim último do processo, que é a realização da justiça no caso concreto.¹¹⁰

Deve-se entender por efetividade, segundo Guilherme Rizzo Amaral, a aptidão do processo para produzir resultados, independentemente da justiça destes mesmos resultados. “O instrumento pode ser efetivo, porém produzindo resultados maléficis”¹¹¹. Alvaro de Oliveira afirma que a efetividade está na satisfação da “necessidade de tutela” manifestada pela parte, e que sua realização depende da remoção de excessos formalistas, que acabam se tornando meros obstáculos processuais.¹¹²

A segurança, por sua vez, deve ser entendida pela composição dos seguintes elementos: não retroatividade, confiança legítima, continuidade da ordem jurídica, clareza dos textos e conhecimento das regras jurídicas¹¹³ - verdadeira garantia da não arbitrariedade do estado na apuração da verdade dos fatos e na aplicação do direito. No contexto processual, ela diz respeito, especialmente, aos direitos fundamentais de defesa.¹¹⁴

Há tutelas que trazem em si ínsita primazia de um ou outro valor. Ademais, o maior prestígio à efetividade ou à segurança diante do caso concreto é o que vai definir a escolha pelo juiz da técnica processual a ser utilizada.

Após essas considerações, passa-se a classificar as espécies de tutela jurisdicional. Há, basicamente, duas formas de fazê-lo: a partir do direito material ou a partir do direito processual.

A primeira corrente, encabeçada no Brasil por Luiz Guilherme Marinoni, afirma que a tutela jurisdicional exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material.¹¹⁵ A classificação, portanto, deve ser pensada a partir da repercussão da tutela nesse plano. Fala-se, portanto, em tutela dos direitos. Para o autor paranaense, as sentenças (condenatória, mandamental...) são

¹¹⁰ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p.124-125. Perceba-se que, caso adotada a antiga teoria exposta por Marinoni a que se fez referência (no sentido de ser função do juiz a declaração da vontade da lei), o fim último do processo deixa de ser a realização da justiça no caso concreto, passando a ser a própria dicção da lei.

¹¹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.49-50.

¹¹² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 127.

¹¹³ AMARAL, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁴ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 135.

¹¹⁵ MARINONI, **Técnica processual...**, p. 113.

apenas técnicas processuais que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos.¹¹⁶

Nessa perspectiva, a tutela do direito depende de uma sentença de procedência, do reconhecimento do próprio direito material alegado. A sentença de improcedência, por sua vez, também constituiria resposta ao dever do estado de prestar tutela jurisdicional, dada em razão (segundo o autor) do direito incondicionado de ação, mas sem caracterizar tutela do direito.¹¹⁷

A tutela jurisdicional dos direitos adota, portanto, uma classificação não taxativa, pois deve contemplar as mais variadas necessidades do direito material. Podem-se mencionar algumas espécies de tutela a título exemplificativo: (a) tutela inibitória; (b) tutela de remoção do ilícito; (c) tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito; (d) tutela ressarcitória na forma específica; (e) tutela pelo equivalente monetário; (f) tutela de imissão na posse; (g) tutela reivindicatória; (h) tutela de reintegração de posse; (i) tutela de restituição da coisa que depende da desconstituição de contrato.¹¹⁸

Todavia, Alvaro de Oliveira afirma que a eficácia material da sentença não tem conteúdo idêntico ao comando sentencial de mérito, e portanto não se confunde com tutela jurisdicional.¹¹⁹ O autor traz os seguintes exemplos para clarear a situação: para a tutela do direito material de personalidade (art. 12, Código Civil), deve-se utilizar a tutela jurisdicional mandamental, para fazer cessar a ameaça ou lesão, e a tutela jurisdicional condenatória, para reparar os danos decorrentes da violação. A técnica a ser utilizada, portanto, não é equivalente à eficácia da sentença: nesse caso poderiam ser utilizadas como técnicas, respectivamente, a multa e a sub-rogação.

É evidente que a tutela jurisdicional guarda íntima relação com a tutela da relação material deduzida em juízo, e não poderia ser diferente, dado o caráter instrumental¹²⁰ do processo em relação ao direito material. Entretanto, como afirmou

¹¹⁶ MARINONI, **Técnica processual...**, p.114.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela** – 10ª ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

¹¹⁸ MARINONI, **Curso...** vol. 2, p. 435-456.

¹¹⁹ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 87.

¹²⁰ Instrumental, gize-se, e não *meramente* instrumental, pois o processo “revela um valor próprio, ao estabelecer, como já se destacou, as formas, inclusive as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material”. *Ibidem*, p. 93.

Mauro Cappelletti, a referida relação não pode ser transformada em confusão entre os institutos¹²¹, sob pena de extinção da autonomia da ciência processual.

Da tutela jurisdicional deve decorrer a tutela do direito, mas em momento distinto. Assim, o juiz manda (tutela jurisdicional) a parte cessar a ameaça ou lesão a direito de personalidade (tutela do direito), sob pena de multa (técnica processual). Entretanto, o juiz não pode ele mesmo fazer cessar o ilícito (assim como não pode transigir, dar quitação, reparar...). Por outro lado – e da mesma forma – as partes não tem o poder de condenar, declarar, etc.¹²²

Dessa forma, classificação das tutelas jurisdicionais que se adotará nesse estudo é a seguinte: (a) tutela declaratória; (b) tutela constitutiva; (c) tutela condenatória; (d) tutela mandamental; e (e) tutela executiva *lato sensu* – a partir, portanto, do direito processual. Serão analisadas agora individualmente as espécies de tutela, bem como as técnicas processuais que melhor se adaptam a cada uma delas.

1.1. Tutela declaratória

Tutela declaratória é aquela que se presta a conceder *certeza* a uma relação jurídica ou, excepcionalmente, a um fato.¹²³ Podem ser objeto de pedido de declaração:

“a) a existência de relação jurídica (demanda declaratória positiva); b) a inexistência de relação jurídica (demanda declaratória negativa de relação jurídica já extinta ou que não vai existir); c) a eficácia de relação jurídica; d) o modo de ser ou o alcance de uma relação jurídica em sentido estrito (art. 4º, I, do CPC); e) a falsidade ou f) a inautenticidade de documento (art. 4º, II, do CPC).”¹²⁴

Pontes de Miranda afirmava ser a tutela declaratória a “prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu tutela sem querer ‘exigir’”¹²⁵, uma vez que a declaração não pode ser confundida com a condenação, com o mandamento, etc.¹²⁶ A única repercussão da sentença condenatória no mundo dos fatos é a “imposição de respeito ao preceito declaratório”¹²⁷. Vejamos um exemplo: o autor pede ao juiz a declaração de

¹²¹ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 316-317.

¹²² OLIVEIRA, *Teoria e Prática...*, p. 87-90.

¹²³ Apenas nos casos de inautenticidade ou falsidade de documento, nos termos do artigo 4º, II, do CPC. *Ibidem*, p. 157.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 154.

¹²⁵ *Apud* AMARAL, *Cumprimento...*, p. 115.

¹²⁶ OLIVEIRA, *Teoria e Prática...*, p. 146.

¹²⁷ *Ibidem*.

existência de relação obrigacional com o réu, pela qual é credor de determinada quantia. Em caso de procedência do pedido, o réu não estará imediatamente obrigado a adimplir a obrigação, mas tão-somente abster-se de discutir sua existência.

É importante destacar que, nos termos do parágrafo único do artigo 4º, CPC, a possibilidade de utilização da ação com pedido declaratório subsiste nos casos em que o direito sobre o qual recair a dúvida já tenha sido violado. Esse tema sempre suscita indagações a respeito do interesse de agir da parte autora. Outra dúvida que pode surgir é se a sentença declaratória seria desde logo título executivo judicial.

Quanto à primeira questão, a melhor resposta parece ser no sentido de que subsiste o interesse de agir da parte que pede apenas declaração após ter seu direito violado. Inicialmente, porque expressamente previsto na lei processual. Mas não só: a segurança jurídica obtida através da declaração é digna, *per si*, de tutela jurisdicional, como princípio que decorre diretamente do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF).

Já a segunda questão impõe maior dificuldade para sua solução. O artigo 475-N do CPC inclui no rol dos títulos executivos judiciais “a sentença que *reconheça* a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Ora, reconhecer é declarar.¹²⁸ Entretanto, para ter força de título executivo, a sentença deve reconhecer não somente a existência da obrigação, mas também seu inadimplemento.¹²⁹

O que interessa, entretanto, no presente momento a este estudo é a tutela *meramente* declaratória. Aquela em que o autor não busca a satisfação de crédito ou o adimplemento da obrigação de fazer ou de entregar coisa, mas tão-somente a obtenção de *certeza jurídica*. Isso porque a sentença declaratória pura é caracterizada por ser auto-satisfativa, isto é, a tutela é prestada independentemente de uma atividade que se possa dizer propriamente executiva.¹³⁰

¹²⁸ OLIVEIRA, Teoria e Prática..., p. 147.

¹²⁹ *Ibidem*, p.149. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de se reconhecer a sentença declaratória como título executivo judicial: “1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro **não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva**. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera “admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito”, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. 2. **Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada**. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. (REsp 588202/PR, STJ, Primeira Turma, Relator Min. Teori Zavascki, DJ 10/02/2004 – sem destaques no original)

¹³⁰ MARINONI, Curso... vol. 2, p. 431.

A sentença declaratória não requer o emprego de técnica processual para a sua satisfação. A própria declaração do magistrado da existência ou inexistência da relação jurídica deduzida em juízo já implementa a *certeza jurídica* que o autor buscava com a ação. Assim, é inócua a discussão de possibilidade de adoção de técnica processual diferente da requerida pela parte autora nesse âmbito.

1.2. Tutela constitutiva

A tutela constitutiva é aquela em que se pretende dar efetividade a um direito potestativo, ou seja, a um direito que confere ao seu titular o poder de influir sobre a situação jurídica de outrem.¹³¹ Tal influência significa a criação, modificação ou extinção da situação/relação jurídica em análise.¹³²

Assim como a tutela declaratória, a tutela constitutiva não exige colaboração do réu para que seja efetivada – “o comportamento esperado é passivo: unicamente agir em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no ato sentencial”¹³³. O pronunciamento judicial sobre o pedido basta para que a relação jurídica seja alterada. Portanto, não há necessidade de discussão sobre a utilização de técnicas para a efetivação da tutela jurisdicional também nesse âmbito.

1.3. Tutela condenatória

A tutela condenatória é aquela que se utiliza para a satisfação de obrigações pecuniárias¹³⁴, ou seja, aquelas obrigações que têm por objeto o pagamento de quantia.

Essa espécie de tutela prestigia a norma de princípio da segurança, em detrimento (mas, é claro, sem a exclusão) da norma de princípio da efetividade.¹³⁵ Isso porque a tutela condenatória, diferentemente da tutela executiva *lato sensu*, visa a retirar um bem da vida que integra o patrimônio do réu de forma *lícita*.

Enquanto a tutela executiva *lato sensu* se propõe a dar/restituir ao autor um bem específico (ou, de alguma forma, individualizável) que deveria estar em seu patrimônio,

¹³¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais vol. 300** – São Paulo: RT, out. 1961, p. 10.

¹³² AMARAL, **Cumprimento...**, p. 125.

¹³³ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 169.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 171.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 172.

a tutela condenatória busca saciar uma obrigação (sempre pecuniária) através da retirada de um bem do patrimônio do réu sem que este bem guarde qualquer relação com a aludida obrigação. É por isso que a condenação é utilizada para prestar a *tutela do direito* chamada ressarcitória pelo equivalente monetário. Mas não só: serve também para prestar a tutela específica quando a obrigação originária tiver por objeto o pagamento de quantia.

É evidente que a retirada de bens que integram o patrimônio do réu de forma lícita enseja maior reverência ao princípio da segurança do que a situação inversa. Essa lógica gera garantias processuais como “a ouvida do executado quanto aos bens penhorados, a avaliação destes e até a possibilidade de impugnação incidental à execução”¹³⁶.

É de se salientar também a diferença entre as tutelas declaratória e condenatória: enquanto aquela apenas afirma a existência ou inexistência de relação jurídica, como já se teve oportunidade de analisar, esta – além disso – contém um juízo de reprovação¹³⁷, que enseja a possibilidade de execução imediata pelo credor.¹³⁸

Diferentemente das tutelas declaratória e constitutiva, o comportamento esperado do réu diante de uma sentença condenatória é *ativo*: pagar a quantia estipulada. Entretanto, nem sempre se pode esperar o adimplemento voluntário. Por isso, o juiz utiliza *técnicas processuais* que garantam o resultado desejado independentemente de colaboração do devedor, as quais se passarão a analisar.

Inicialmente, caso o réu não pague o valor devido no prazo de 15 dias (CPC, artigo 475-J), o montante da condenação é acrescido de multa no percentual de 10%. A referida multa é “puramente penitencial, despida do caráter típico de *astreinte*: induz ao pagamento, mas não tem essa finalidade específica, e por isso é proporcional ao valor da obrigação de pagar”¹³⁹. Daí a diferença entre a multa prevista no artigo 475-J e a multa prevista nos artigos 461 e 461-A, que serão abordadas em momento oportuno.

Caso subsista o inadimplemento, passa-se à utilização da técnica processual executiva propriamente dita, que no caso da tutela condenatória consiste basicamente na expropriação e sub-rogação de bens e direitos.

¹³⁶ OLIVEIRA, *Teoria e Prática...*, p. 173.

¹³⁷ AMARAL, *Cumprimento...*, p. 128.

¹³⁸ Em que pese a tendência de se admitir execução de sentença declaratória, conforme item 1.1, que viria a mitigar sensivelmente a diferença entre tais espécies de tutela.

¹³⁹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 173.

1.4. Tutela mandamental

A tutela mandamental é aquela que se relaciona com as obrigações de fazer e não fazer.¹⁴⁰ Portanto, atua “sobre a vontade da parte demandada e não sobre seu patrimônio; distingue-se, assim, por esse aspecto essencial, tanto da tutela condenatória quanto da tutela executiva *lato sensu*”.¹⁴¹

A ideologia do estado liberal no sentido de não ser possível a atuação do juiz sobre a vontade da parte (mas tão-somente sobre seu patrimônio, com vistas a equilibrar as relações de débito e crédito) foi completamente superada na transição para o estado social, onde a efetiva tutela aos direitos fundamentais impõe o cumprimento específico das obrigações.¹⁴²

Tome-se como exemplo a violação a direitos da personalidade: de nada adiantaria a condenação do violador a indenizar as perdas e danos por ele causadas toda vez que fosse praticado o ilícito. O claro objetivo do ordenamento jurídico é que as violações de fato não aconteçam. Para tanto, é necessária a utilização de técnica processual que atue sobre a vontade do réu, constringendo-o a não praticar tal conduta.

Com isso, ganhou relevância a possibilidade de o juiz poder “trabalhar com a coerção indireta, vale dizer, com meios de pressão sobre a vontade do demandado – especialmente com a multa”.¹⁴³ É evidente que não são tolerados os meios de coerção que de alguma forma violem a dignidade do devedor, permitindo-se, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, apenas o constringimento *indireto*.¹⁴⁴

A partir do advento da Lei nº 8.952/94, foi possibilitada a tutela dos direitos na forma específica, quando relacionados a obrigações de fazer e não fazer, com base no artigo 461 do CPC¹⁴⁵. O aludido artigo não traz apenas a multa como técnica processual

¹⁴⁰ Sabe-se que as obrigações de dar, fazer e não fazer remontam ao direito romano e, portanto, estão parcialmente superadas em face da complexidade das obrigações contemporâneas (vide contrato de *leasing*). Ainda assim, são de relevante utilidade didática, razão pela qual serão adotadas neste estudo.

¹⁴¹ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 183.

¹⁴² MARINONI, **Técnica processual...**, p. 71-73.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 72.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 184.

¹⁴⁵ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o **juiz concederá a tutela específica da obrigação** ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

de coerção, mas também outros, dentre os quais se destacam a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, bem como a requisição de força policial.

Como se pode perceber, a requisição de força policial não guarda relação com a coerção da *vontade*, sendo ato próprio de império do Estado. O juiz, ao verificar a desobediência ao comando sentencial apesar da utilização de técnicas como, por exemplo, a busca e apreensão ou a remoção de pessoas ou coisas (ou quando estas se mostrarem manifestamente inúteis antes mesmo de sua aplicação), deve determinar a utilização da força como meio de garantir a efetivação da tutela jurisdicional.

É válido ressaltar, por fim, que não cabe ao juiz a escolha entre a determinação do adimplemento na forma específica ou a substituição deste por indenização, por ser esta questão relacionada ao pedido de tutela jurisdicional, enquadrando-se no princípio dispositivo em sentido material e, portanto, dentro do poder monopolístico das partes.

1.5. Tutela executiva *lato sensu*

A tutela executiva *lato sensu*¹⁴⁶ é aquela que se relaciona com as obrigações de entregar coisa certa ou determinável, bem como com as obrigações de prestar declaração de vontade.¹⁴⁷

O primeiro caso encontra previsão legal no artigo 461-A do CPC¹⁴⁸, vigente desde 2002, com o advento da lei nº 10.444. A entrega da coisa pode implicar ou não transferência de domínio (obrigações de dar e de restituir, respectivamente).

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, **impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor**, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, **determinar as medidas necessárias, tais 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, se necessário com requisição de força policial**.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

¹⁴⁶ Alvaro de Oliveira afirma que a expressão *lato sensu* serve para distinguir a espécie de tutela jurisdicional aqui abordada (que envolve uma fase de conhecimento) do processo de execução de título judicial ou extrajudicial propriamente dito. OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 191.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.191-192 e 195.

¹⁴⁸ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

Já o segundo caso é previsto legalmente pelos artigos 466-A, 466-B e 466-C do CPC. A obrigação de declarar vontade “pode decorrer de imposição legal, negócio jurídico unilateral, promessa de renúncia ou negócio jurídico bilateral”.¹⁴⁹

O essencial neste ponto é a distinção quanto à efetivação da tutela executiva *lato sensu*. A sentença que supre declaração de vontade é auto-satisfativa, uma vez que produz os mesmos efeitos da declaração propriamente dita. Não é necessária uma fase de cumprimento. Pode-se tomar como exemplo um contrato de promessa de compra e venda, onde o promitente comprador se recusa a assinar o contrato principal. Caso o juiz supra a declaração de vontade na sentença, o contrato de compra e venda é automaticamente constituído (um excelente exemplo da justaposição de eficácias a que se referia Pontes de Miranda).

A sentença que determina a entrega de coisa, por sua vez, necessita auxílio de técnica processual de efetivação para se concretizar. O artigo 461-A do CPC traz como principais técnicas a busca e apreensão (no caso de coisas móveis ou semoventes) e a imissão na posse (no caso de coisas imóveis). Mas não só: o parágrafo 3º do sobredito artigo faz referência às disposições sobre a tutela mandamental (parágrafos do artigo 461), de onde se conclui, por exemplo, que a multa coercitiva pode ser utilizada quando da determinação da entrega.

Por fim, destaca-se que a tutela executiva *lato sensu*, utilizada no sentido do artigo 461-A do CPC, visa a retirar um bem do patrimônio jurídico do réu que ali se encontrava de forma contrária ao direito, diferentemente do que ocorria com a tutela condenatória. Assim, o princípio que se destaca é o da efetividade, em detrimento (mas – reafirma-se – sem a exclusão) do princípio da segurança. Por isso, é dispensada a execução *ex intervallo*: a própria sentença já deve conter o comando da entrega, sob pena de ser utilizada a técnica de efetivação eleita para o caso.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 196.

2. Técnicas de efetivação da tutela jurisdicional

Através da análise das diferentes espécies de tutela jurisdicional, verificou-se que três delas são auto-satisfativas (declaratória, constitutiva e executiva *lato sensu*, esta quando utilizada para obter declaração de vontade) e, portanto, dispensam a utilização de técnica processual para sua efetivação. Por outro lado, há três espécies de tutela (condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, esta quando utilizada para determinar a entrega de coisa) que não se esgotam com o pronunciamento judicial – a sentença não produz automaticamente efeitos no plano dos fatos. Para estas, o ordenamento jurídico prevê a utilização de técnicas processuais. Nesse capítulo serão analisadas as principais técnicas de efetivação da tutela jurisdicional.

2.1. Expropriação

A expropriação é a técnica utilizada para a satisfação de obrigações pecuniárias. Consiste no corte da porção do patrimônio do devedor correspondente ao valor da dívida. “Inicia através de ato de afetação de semelhante parcela aos destinos do processo executivo, que é a penhora”¹⁵⁰.

Caso a constrição não recaia diretamente sobre o objeto da prestação (dinheiro), há quatro caminhos diferentes que podem ser utilizados: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto forçado.¹⁵¹

A adjudicação consiste na aquisição, pelo próprio credor, do bem penhorado. Essa técnica foi criada com o objetivo de evitar “a lenta e dispendiosa alienação em hasta pública”¹⁵². Para tanto, o artigo 647, I, do CPC estabeleceu a adjudicação como primeiro dos meios expropriatórios, abandonando o caráter subsidiário que lhe atribuía o direito anterior.

A alienação por iniciativa particular também tem o objetivo de evitar o ineficiente sistema da hasta pública. Consiste na iniciativa de procura pelo credor (ou de corretor credenciado pelo juízo da execução) de pessoa interessada em adquirir o bem penhorado, com a finalidade de transformá-lo em dinheiro.¹⁵³

¹⁵⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução** – 13ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 151.

A hasta pública é um procedimento longo, fundamentalmente por envolver diversas fases. Inicialmente, deve o bem ser avaliado, levando-se em consideração o valor de mercado, a fim de que seja evitada a arrematação do bem por preço *vil*. Em momento seguinte, deve haver a publicação de editais, pois a venda será realizada em certame público e a qualquer interessado. Por fim, ocorrerá a arrematação, que consiste na aceitação da proposta de aquisição mais vantajosa.¹⁵⁴

Finalmente, caso seja o bem *frutífero*, “a satisfação do credor poderá acontecer através da expropriação desse direito parciário, mediante a adjudicação, durante certo período, dos rendimentos do objeto da construção”.¹⁵⁵

2.2. Multa

A multa prevista nos artigos 461 e 461-A do CPC em muito se aproxima da *astreinte* francesa. É pacífico na doutrina brasileira o seu caráter coercitivo, e não punitivo, pois visa a constranger o devedor ao adimplemento.¹⁵⁶

Tal técnica foi criada com o objetivo de possibilitar a tutela dos direitos na forma específica. Antes da Lei 8.952/94 (que modificou o artigo 461 do CPC), as obrigações não eram exigíveis *in natura*, e acabavam convertendo-se em perdas e danos. O devedor, na verdade, poderia *escolher* entre prestar o “fazer” ou pagar o equivalente monetário.

Embora a lei se refira a “multa por dia de atraso”, a unidade de tempo adotada pode ser diversa, sendo mais correto utilizar a expressão “tempo de atraso”. Pode-se também fixar a multa por reincidência no descumprimento da ordem (no caso de obrigações de não fazer).

A técnica consiste na fixação da multa em valor elevado, que realmente desestimule o devedor a descumprir o preceito judicial. É pacífico na doutrina brasileira que o valor da multa se destina à parte adversa, em virtude do interesse que se privilegia com a sua aplicação. Em sistemas onde a multa tem caráter sancionador (como o

¹⁵⁴ ASSIS, **Manual da Execução...**, p. 151.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p 152.

¹⁵⁶ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado artigo por artigo** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.429. “A finalidade da multa é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a cumprir a ordem jurisdicional”.

contempt of court da common law) – com vistas a resguardar a dignidade do Poder Judiciário – o valor da multa é voltado para o Estado.

Merece destaque a previsão do §6º do artigo 461, CPC, no sentido de que o valor e a periodicidade da multa podem ser modificados a qualquer tempo, caso se tornem excessivos ou insuficientes. Este é mais um exemplo dos poderes de direção formal do processo pelo magistrado.

2.3. Desapossamento: Busca e apreensão / imissão na posse

Como já se teve oportunidade de referir no momento da análise da tutela executiva *lato sensu*, a coisa que se pretende entregar ao autor nessa espécie de tutela não integra o patrimônio do devedor de forma *lícita*, razão pela qual a sua subtração não implica perda de domínio (expropriação), mas tão-somente perda de posse, fenômeno que Araken de Assis denomina desapossamento.¹⁵⁷

O artigo 461-A do CPC, em seu §2º, determina que, não entregue a coisa no prazo fixado pelo juiz, “expedir-se-á a favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão da posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

Para Araken de Assis, o mecanismo da busca e apreensão é simples: “tudo se resume em procurar, encontrar, tomar e entregar o objeto da prestação ao exequente”.¹⁵⁸ A imissão na posse também não apresenta complexidade: basta desocupar o imóvel e liberar o acesso ao credor.

Vale ressaltar que a pessoa humana também pode ser objeto de busca e apreensão, por exemplo, no caso do artigo 839 do CPC.¹⁵⁹

2.4. Demais técnicas – medidas de apoio

O artigo 461, §5º, do CPC (aplicável, gize-se, na hipótese do artigo 461-A) determina que para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar “as medidas necessárias”, tais como remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva.

¹⁵⁷ ASSIS, **Manual...**, p. 596.

¹⁵⁸ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença** – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.232.

¹⁵⁹ ASSIS, **Manual...**, p. 596.

A remoção de pessoas ou coisas pode ser utilizada, por exemplo, “para a subtração do equipamento de som que o réu utiliza para produzir emanções sonoras além do horário e dos limites permitidos pela legislação local”, ou para “a retirada dos motoristas e dos caminhões que obstruem a entrada e a saída, na via pública, de uma montadora de automóveis, reivindicando o direito de transportá-los para as distribuidoras e agências”.¹⁶⁰

O desfazimento de obras pode ser utilizado para “a demolição da varanda edificada a menos de metro e meio do terreno vizinho”, e o impedimento de atividade nociva, “para a proibição de a empresa lançar mercúrio no lençol freático”.¹⁶¹

A expressão “tais como” denota o caráter exemplificativo do rol que a segue, o que implica o reconhecimento de que o juiz poderá adotar medidas atípicas, desde que sejam aptas à realização do fim a que se destinam e não contrariem o ordenamento jurídico (ex. prisão civil).¹⁶² Ressalta-se que as técnicas que visam à efetivação da tutela independentemente da colaboração do réu podem ser acompanhadas de requisição de força policial.

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Cumprimento...**, p. 230.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*, p. 228.

3. Critérios para a escolha da técnica processual

3.1. Efetividade *versus* segurança

Como antes já se referiu, há no processo uma incessante colisão entre os princípios da efetividade e da segurança. Na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução propriamente dito não é diferente, e é justamente nesse âmbito que se aplicam as técnicas que visam a garantir a efetivação da tutela jurisdicional. A escolha da técnica mais apropriada para o caso concreto, portanto, depende da valoração dos dois princípios mencionados.

O Código de Processo Civil segue essa linha de raciocínio, especialmente nos artigos 612 e 620. Pelo primeiro, afirma-se que a execução se realiza no interesse do credor, que busca efetividade no cumprimento do comando jurisdicional, a fim de ver seu direito saciado com a maior brevidade possível. Pelo segundo, tem-se que o juiz deve escolher a técnica que seja menos gravosa para o devedor, quando por mais de uma via for possível a execução – ou seja, deve-se conferir segurança ao devedor a fim de que a satisfação do interesse do credor não lhe cause um ônus desproporcional.

Antes de se especificar o critério para a escolha da técnica, é imprescindível a análise de alguns dos desdobramentos dos princípios da efetividade e da segurança na atividade processual.

3.1.1. Efetividade: economia processual

“A atividade processual, por definição, exige ação (no sentido de movimento, esforço) das partes e do órgão jurisdicional”.¹⁶³ A referida ação sempre tem o seu *custo*, seja no sentido material/financeiro, seja no sentido de emprego de esforço humano. Pelo princípio da economia processual, dentre os diversos meios que satisfaçam o fim almejado, deve-se escolher aquele que apresente o menor custo.

Gize-se que o menor custo geralmente está associado a uma técnica mais simples ou a um menor tempo de execução. Entretanto, a regra não é universal. A técnica da busca e apreensão pode demandar maior custo em relação à imposição de multa por dia de atraso, mas pode se revelar mais célere. A celeridade é outro aspecto

¹⁶³ AMARAL, *Cumprimento...*, p. 50.

do princípio da efetividade, e será analisada em seqüência. O importante, por hora, é que se entenda economia e celeridade como institutos diferentes.

Rizzo Amaral, citando Luigi Comoglio, afirma que a economia processual não pode ser tomada como mera diretriz legislativa, mas deve ser verdadeiro “‘módulo metodológico’, capaz de influenciar o comportamento do juiz na condução do processo”.¹⁶⁴ O juiz deve tomar a economia como parâmetro balizador de suas determinações dentro do processo, sempre com vista a reduzir ao máximo possível os “efeitos colaterais”¹⁶⁵ da tutela jurisdicional.

3.1.2. Efetividade: celeridade

A questão da celeridade talvez seja o maior problema do dia-a-dia dos operadores do direito. A massificação dos processos, os escassos recursos financeiros e humanos de que dispõe o poder judiciário e, às vezes, até mesmo a má-fé de alguma das partes praticamente impede a solução dos processos em tempo justo.

Entretanto, é forçoso reconhecer que a tutela jurisdicional tardia pode equivaler à ausência de tutela. Tendo isso em vista, a emenda constitucional n° 45, que adicionou o inciso LXXVIII ao artigo 5° da Constituição, assegurou como direito fundamental de todos os litigantes, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo. O conceito de duração razoável é, contudo, nitidamente abstrato – especialmente se consideradas as dificuldades estruturais antes mencionadas.

Na perspectiva da efetivação da tutela jurisdicional, o princípio da celeridade determina que se adote a técnica processual que atinja o fim almejado no menor tempo possível. Note-se que não necessariamente uma maior rapidez implique um resultado melhor. O ressarcimento pelo equivalente pode ser mais *rápido* do que o adimplemento na forma específica, mas isso não garante, na ampla maioria dos casos, a plena satisfação do interesse do credor.

3.1.3. Efetividade: tutela na forma específica

Citando Barbosa Moreira, Rizzo Amaral afirma que “se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar

¹⁶⁴ AMARAL, **Cumprimento...**, p. 50.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado”.¹⁶⁶

Já se teve oportunidade de mencionar que o processo no estado constitucional deve assegurar máxima garantia aos direitos fundamentais, devendo defendê-los antes mesmo que aconteça o ilícito ou, caso este já tenha sido praticado, procurando a reparação *in natura*. Portanto, a técnica processual a ser escolhida para a efetivação da tutela jurisdicional deve promover o fim “tutela específica” da melhor forma possível. Observe-se que a execução na forma específica pode se mostrar demasiado onerosa ou demandar tempo desproporcional. Assim, este critério deve ser valorado juntamente com os outros aqui mencionados para que se chegue à técnica mais adequada para o caso concreto.

3.1.4. Segurança: previsibilidade

“O homem é um ser preocupado com o futuro, e portanto são insuficientes as satisfações atuais ou momentâneas de seus direitos, sendo necessário, acima de tudo, que haja garantias e previsibilidade na sua preservação futura.”¹⁶⁷ O processo, portanto, deve obedecer a sua ordem natural, evitando-se medidas que se baseiem na adoção de posicionamentos isolados e não previsíveis.

Significa dizer que, dentre as técnicas que levem ao resultado almejado (efetivação da tutela jurisdicional), deve-se escolher aquela comumente adotada em casos semelhantes, a fim de que não se surpreenda a parte devedora com um meio de execução que não estava esperando.

3.1.5. Segurança: respeito à lei

O respeito à lei também se vincula a uma garantia de previsibilidade. A forma de organização adotada pela sociedade moderna implica o respeito à vontade da maioria (representada pela legislação). A permissão de que a minoria dissidente contrarie a lei por entendê-la injusta implica o abandono “da própria idéia de direito”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ AMARAL, **Cumprimento...**, p. 55.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 64.

Não se pretende afirmar a partir disso que o juiz tenha o dever de aplicar a lei de forma acrítica, em especial em face das garantias constitucionais, que têm o condão de conformar a legislação (através de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial com ou sem redução de texto, etc.) aos direitos fundamentais. A questão é outra: não se pode deixar ao irrestrito arbítrio do juiz a regulamentação dos casos. É necessário que haja previsão legal para que as regras não sejam fixadas conforme a maior ou menor simpatia do juiz pela causa do autor ou do réu.¹⁶⁹

Exemplificando, afirma Rizzo Amaral: “maior segurança haverá para o devedor se a legislação expuser os requisitos a serem preenchidos para a suspensão da execução, do que se estes mesmos requisitos forem casuísticos e originários de criação jurisprudencial, caso a caso”.¹⁷⁰

3.2. O critério da proporcionalidade

Tendo em vista que a técnica processual de efetivação da tutela jurisdicional deve garantir efetividade para o credor e segurança para o devedor, servindo como *meio concreto* para o atingimento de uma *finalidade específica*, o critério a ser utilizado não poderia ser outro senão o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade¹⁷¹.

Nas palavras de Humberto Ávila, a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.¹⁷² A adoção do postulado da proporcionalidade implica três investigações: (a) se a medida adotada promove a finalidade pretendida (exame da adequação); (b) se, dentre as medidas possíveis, a escolhida é a que menos restringe direitos fundamentais envolvidos (exame da necessidade); e (c) se a eventual restrição dos referidos direitos é justificada pelo bem

¹⁶⁹ AMARAL, **Cumprimento...**, p. 67.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 7ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2007, p.161 e ss. O postulado normativo aplicativo da proporcionalidade é pensado por Humberto Ávila nessa obra especialmente sob as perspectivas do direito administrativo e do direito tributário. O objetivo do presente estudo é analisá-lo sob a perspectiva do direito processual civil, o que exige pequenas adaptações, bem como a exclusão de alguns de seus critérios informadores, como, por exemplo, as formas de controle pelo Poder Judiciário da aplicação do postulado (já que é este próprio quem fará a dita aplicação).

¹⁷² *Ibidem*, p. 162.

alcançado com a promoção da finalidade (exame da proporcionalidade em sentido estrito).¹⁷³ Passa-se agora a analisar pormenorizadamente cada uma delas.

3.2.1. Adequação

O exame da adequação se desdobra em vários outros. Inicialmente, deve-se questionar o que significa ser um meio *adequado* à realização de um fim. A resposta passa pela investigação de três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)¹⁷⁴.

Quanto ao primeiro aspecto (intensidade), “um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio”¹⁷⁵. Um exemplo “forçado” pode facilitar a compreensão: caso se objetive a prestação de uma obrigação de fazer, a técnica da sub-rogação promove *menos* (leia-se: não promove) a finalidade do que a imposição de multa por dia de atraso. Trata-se, portanto, de verificar se o meio escolhido efetivamente conduz à finalidade desejada.

Quanto ao segundo aspecto (qualidade), “um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio”¹⁷⁶. Assim, pode-se afirmar que caso seja desejada a entrega de documentos, a busca e apreensão promove *melhor* o fim almejado em relação à imposição de multa, especialmente se considerado o aspecto *celeridade*.

Já quanto ao terceiro aspecto (certeza), “um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”¹⁷⁷. Ainda no exemplo da entrega de documentos, a busca e apreensão (especialmente se acompanhada de força policial) promove com mais certeza o fim em relação à imposição de multa. Trata-se, portanto, de verificar a quantidade de casos e situações em que um meio promoverá o fim visado em comparação a outro, uma verdadeira análise *probabilística*.

Há casos, entretanto, em que um meio pode atingir um fim, por exemplo, com mais qualidade, porém com menos probabilidade de sucesso em relação a outro. Então

¹⁷³ ÁVILA, *Teoria...*, p. 162.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.165.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

surge a pergunta: “deve-se escolher o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* meio para atingir o fim, ou deve-se escolher o meio que ‘simplesmente’ promova o fim?”¹⁷⁸

Segundo Humberto Ávila, deve-se escolher o meio que simplesmente promova o fim. Inicialmente, porque nem todos os casos possibilitam um exame imediato de quantidade, qualidade e certeza; portanto, não seria razoável exigí-lo. Mas não é apenas essa a questão: caso se descarte imediatamente a utilização dos meios que não maximizem os critérios da adequação, restariam prejudicados os outros aspectos do postulado da proporcionalidade – a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.¹⁷⁹

Outra pergunta que surge é *como* deve ser analisada a relação de adequação, o que remete a outras duas dimensões: abstração/concretude e generalidade/particularidade.

Em relação à primeira, o meio utilizado pode *possivelmente* realizar o fim, mostrar-se adequado no plano teórico, caso em que será considerado abstrato. Por outro lado, o meio pode ser pensado no plano prático, se efetivamente realiza o fim, caso em que será considerado concreto.¹⁸⁰

Em relação à segunda, o meio utilizado pode geralmente, na maioria dos casos, promover o fim (caso em que será considerado geral) ou pode se mostrar adequado para o caso específico, sem que sejam considerados outros casos semelhantes (motivo pelo qual considera-se particular).¹⁸¹

Sabe-se que abstração e generalidade são características que devem estar presentes nas leis e nos demais atos normativos. Por outro lado, o juiz, no processo, deve atender sempre aos critérios da concretude e da particularidade. Não poderia ser diferente com a escolha da técnica processual: esta visa a tornar concreta a tutela jurisdicional para a parte vencedora no processo, o que, *per si*, exclui escolha que envolva questões alheias ao caso *sub judice*.

Em suma, o exame da adequação implica a escolha do meio que promova mais intensamente, melhor e com maior probabilidade de sucesso o fim desejado, considerando-se as particularidades do caso concreto.

¹⁷⁸ ÁVILA, Teoria..., p.166.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 167.

¹⁸¹ *Ibidem*.

3.2.2. Necessidade

O exame da adequação, como já referido, não deve excluir desde logo os meios que não promovam o fim almejado de forma mais intensa, melhor e mais certa. Portanto, superada essa fase, é possível que ainda esteja sendo estudada a utilização de mais de um meio.

O exame da necessidade consiste na verificação de quais desses meios promove igualmente o fim, sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.¹⁸² Recorre-se novamente a um exemplo extremado para favorecer a compreensão: para que seja efetivada uma tutela que determina ao réu o pagamento de quantia, pode-se chegar à conclusão de que tanto a sub-rogação de bens quanto a ordem de pagamento sob pena de prisão são adequadas, pois, invariavelmente, diante das circunstâncias do caso em análise, promovem o fim pretendido. Ocorre que a prisão por dívida civil fere de forma violenta os direitos fundamentais do devedor (de forma que foi proibida inclusive em nível constitucional). Em face da existência de outro meio (sub-rogação) que promova a efetivação da referida tutela condenatória, conclui-se que a prisão é um meio *desnecessário*, porque restringe demasiadamente direitos fundamentais afetados.

Perceba-se a importância de que a análise seja feita de forma particular e concreta: caso a dívida fosse referente a uma prestação alimentar, poder-se-ia entender que o direito fundamental do credor a receber alimentos (efetividade) supera em importância o direito fundamental do devedor à liberdade (segurança), e portanto seria possível a ordem sob pena de prisão.

Essa é outra questão de nuclear importância no exame da adequação. Pode acontecer que os meios não promovam o fim da mesma forma e restrinjam direitos fundamentais em graus diferentes. “Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?”¹⁸³

A escolha certamente passa por um processo de ponderação¹⁸⁴ entre as vantagens e as desvantagens oferecidas por cada meio. Trata-se de uma relação custo-

¹⁸² ÁVILA, *Teoria...*, p. 170.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 172.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 173.

benefício a ser balanceada pelo juiz diante das circunstâncias apresentadas. Os critérios de aferição da promoção dos direitos fundamentais devem levar em conta a relação efetividade *versus* segurança (bem como suas implicações – celeridade, previsibilidade, respeito à lei) analisada no capítulo anterior.

3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Uma vez superadas as fases em que analisadas a adequação e a necessidade, apenas uma técnica deve restar, e é esta que deve ser submetida à proporcionalidade em sentido estrito. O exame deste último critério consiste na seguinte pergunta: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”¹⁸⁵. Trata-se de uma nova ponderação de uma relação custo-benefício, porém entre elementos diferentes. Enquanto no exame da necessidade deve ser ponderada tal relação considerando-se os meios disponíveis, no exame da proporcionalidade em sentido estrito os parâmetros de comparação são o meio e o fim.

Exemplificando: no caso de tutela condenatória, foi escolhida a técnica de sub-rogação, porque adequada e necessária. Entretanto, caso o único bem passível de penhora seja o imóvel onde o devedor resida com sua família, a medida pode ser considerada desproporcional em sentido estrito. Isso porque a violação da dignidade da pessoa do devedor (que seria privado de sua moradia) não é justificada pela simples satisfação do direito de crédito da contraparte. Esse entendimento está positivado atualmente na lei n° 8.009/90.

¹⁸⁵ ÁVILA, **Teoria...**, p. 173.

4. O problema da *taxatividade* na escolha da técnica processual

Problema de grande relevância que surge ao aplicador do direito na escolha da técnica processual é o da *taxatividade* dos meios executivos. Mitidiero leciona que “as formas de tutela jurisdicional não são organizadas de modo arbitrário pelo legislador”, uma vez que “pensadas a partir dos valores”.¹⁸⁶ A vinculação das técnicas de efetivação às tutelas, nesse sentido, se aproximaria do sistema alemão, o qual “parte de uma rígida categorização tipológica das obrigações, que corresponde a uma tipologia dos meios executivos”¹⁸⁷.

Essa questão é ligada fundamentalmente à utilização da multa coercitiva prevista nos artigos 461 e 461-A do CPC, que não encontra correspondente previsão no artigo 475-J da lei processual. A doutrina se divide entre aqueles que entendem ser a multa destinada exclusivamente à efetivação das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*¹⁸⁸ e aqueles que entendem que a possibilidade se estende à tutela condenatória.¹⁸⁹

Ressalta-se que nesse aspecto há substancial diferença entre a multa coercitiva brasileira e o instituto francês da *astreinte*. Na França, o artigo 33 da Lei 91-650 de 9 de julho de 1991 determina que “todo juiz pode, mesmo de ofício, fixar uma *astreinte* para assegurar a execução de sua decisão. O juiz da execução pode agregar uma *astreinte* à decisão de outro juiz se as circunstâncias demonstrarem necessidade”¹⁹⁰. Significa dizer que todas as decisões, mesmo aquelas que determinam o pagamento de quantia, podem ser executadas por meio de *astreinte*.

No Brasil, Marcelo Lima Guerra afirma que “não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, *anti-isonômico* que o credor de obrigações de

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 100.

¹⁸⁷ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo** nº 59 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 79

¹⁸⁸ Por todos, ver AMARAL, Guilherme Rizzo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.), **A nova execução** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁸⁹ Por todos, ver MITIDIERO, **Processo...**

¹⁹⁰ Tout juge peut, même d’office ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision. Le juge de l’exécution peut assortir d’une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité.

fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta”¹⁹¹.

Guilherme Rizzo Amaral discorda veementemente do referido posicionamento. Para o autor, o juiz deve limitar-se a utilizar os poderes executivos que lhe foram conferidos pelo legislador. Assim, não seria possível de forma alguma a utilização da multa coercitiva para executar sentença que determina o pagamento de quantia.

“Não deixamos de reconhecer que, em muitos casos, as astreintes contribuiriam para a efetividade das decisões que determinam o pagamento de soma em dinheiro. (...) Ocorre que estamos trabalhando nessas hipóteses com os poderes do juiz. Aplicar uma multa sem precisão legal não significa adequar o procedimento, mas sim ampliar poderes. E, o que é pior, ‘auto-ampliar’ poderes, dando azo à criação de um processo autoritário”¹⁹².

Daniel Mitidiero adota um posicionamento intermediário. Para afastar a tese do uso indiscriminado da técnica, afirma que não ocorre quebra de isonomia pelo diferente tratamento dispensado às tutelas, ao menos no plano abstrato. Isso porque (como já referido em capítulo antecedente), a tutela condenatória privilegia o valor segurança, enquanto a tutela mandamental e a tutela executiva *lato sensu* privilegiam o valor efetividade. Dessa forma, a desigualdade de tratamento dispensada se justificaria pela diferente valoração feita pelo legislador em relação a cada uma das espécies de tutela.¹⁹³

Por outro lado, a situação não permaneceria necessariamente a mesma quando pensada a partir de uma situação concreta. Pode ser que as características do caso *sub judice* justifiquem o emprego da multa coercitiva para a efetivação da tutela que determina o pagamento de quantia.¹⁹⁴

Mitidiero utiliza a doutrina de Humberto Ávila para justificar a assertiva: “uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra”¹⁹⁵. Considerando que a motivação do artigo 475-J é possibilitar a prestação de uma tutela condenatória adequada e efetiva, a não satisfação desse fim enseja o afastamento do preceito. A partir de então, passa a competir ao órgão jurisdicional examinar a aplicabilidade ou não da ordem de pagamento sob pena de multa ao caso concreto.

¹⁹¹ *Apud* MITIDIERO, **Processo...**, p. 100.

¹⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. **A nova...**, p. 121 e ss.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 101-102.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

É necessário, portanto, que se estabeleçam os parâmetros a serem observados a fim de que o órgão jurisdicional não pratique nenhuma arbitrariedade. Como não poderia deixar de ser, a aferição de cabimento da técnica passa pela análise da proporcionalidade entre o meio e o fim (capítulo 3, acima). Assim, deve ficar demonstrado (e devidamente justificado na sentença) que o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito justifica a coerção indireta.

Vale ressaltar que a aplicação da multa para determinar o pagamento de quantia “dependerá de elemento eventual e excepcional”¹⁹⁶, reservado apenas às situações que realmente exijam o afastamento da norma do artigo 475-J, sob pena de se incorrer na auto-ampliação de poderes a que se referiu Rizzo Amaral.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, **Teoria e Prática...**, p. 174.

CONCLUSÕES

O princípio dispositivo foi adotado apenas em sua acepção material pelo ordenamento jurídico brasileiro, apesar de alguns atos isolados relacionados ao andamento formal do processo se submeterem ainda ao poder monopolístico das partes. Significa dizer que, com exceção dos casos expressamente previstos em lei, as partes possuem poder de disposição apenas sobre a instauração do processo e sobre a fixação e delimitação do pedido de tutela jurisdicional (*pretensão processual*).

O pedido de tutela jurisdicional deve servir de limitador à cognição do magistrado, o que leva ao conceito de *princípio da congruência*, segundo o qual o órgão jurisdicional, ao prolatar sentença, deve observar os limites da demanda. Por outro lado, os atos de impulso formal do processo seguem a regra do princípio inquisitório, e são de responsabilidade do juiz da causa.

As técnicas processuais utilizadas para a efetivação das sentenças ditas não auto-satisfativas não devem ser confundidas com a própria tutela jurisdicional: elas dizem respeito à *forma* pela qual a tutela será efetivada. Dessa forma, o juiz não está adstrito à técnica pedida pelas partes. Não há falar, nesse âmbito, em princípio da congruência.

A partir do momento em que se atribui ao magistrado a responsabilidade pela técnica processual, é necessário que se estabeleçam parâmetros para a sua escolha. O critério mais coerente a ser seguido é o do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, pelo qual devem ser analisadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito entre o meio e o fim almejado. Por fim, ressalta-se que deve ser observada, como regra, a *taxatividade* dos meios executivos, admitidas exceções para os casos que justifiquem o afastamento do dispositivo que vincula a técnica à tutela.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.), **A nova execução** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais vol.300** – São Paulo: RT, out. 1961, p. 7-37.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução** – 13ª ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** – 7ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença** – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (organizador) **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, nº 37, p. 140-150, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, nº 83, p. 207-215, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Problema da “divisão do trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 41, p. 7-14, 1986.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz** – 4ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BIDART, Adolfo Gelsi. Del Princípio de Congruencia. **Revista de processo**, São Paulo, nº 32, p.293-307, 1983.

BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O objeto da cognição no processo civil. Tubenchlak, James, 1939 (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol.11, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença no direito processual civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 44, p. 9-19, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità** (Contributo alla Teoria della Utilizzazione probatoria del Sapere delle parti nel processo civile). Milano: Giuffrè, 1962.

CARNACINI, Tito. Tutela Giurisdizionale e tecnica del processo. **Studi in onore di Enrico Redenti**, vol 2 – Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999.

CATALAN, Marcos Jorge. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa: reflexões sobre o tema na legalidade constitucional. **Revista de processo**, São Paulo, nº 147, 2007.

CHIOVETTI, Ana Paula; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. O objeto do processo e o cumprimento da sentença. Cianci, Mirna; Quartieri Rita de Cássia Rocha Conte (coord.). **Temas Atuais da Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin**, São Paulo: Saraiva, 2007. P.11-33

CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Objeto Litigioso no Processo Civil** – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil** – 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, v. 27).

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Ajuris**, n° 46, p. 97-115, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, tomo 1. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. As reformas processuais e o princípio da congruência entre sentença e pedido. **Revista de processo**, São Paulo, n° 158, 2008.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário Brasileiro Globo** – 53ª ed. – São Paulo: Globo, 2000.

FONSECA, João Francisco Naves da. A interpretação da sentença civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n° 62, p. 42-56, 2008.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El Principio de congruência frente al princípio dispositivo. **Revista de processo**, São Paulo, n° 152, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. Tucci, José Rogério Cruz e; Bedaque, José Roberto dos Santos (coord.) **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: Questões Polêmicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P.343-410.

LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. **Revista do Processo**, São Paulo, n° 35, p. 24-67.

MARANHÃO, Clayton. A demanda cautelar e a regra da congruência no processo civil italiano. **Genesis revista de Direito Processual**, Curitiba, n° 1, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela** – 10ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol. 1 – Teoria Geral do Processo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol. 2 – Processo de Conhecimento**, 6ª ed. rev. atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos** – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado artigo por artigo** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo I – São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo II – São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo Civil Comentado e Interpretado** – São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria do Carmo Borba Leite de. **Conteúdo e objeto do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo – 3ª ed. revista, atualizada e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional** – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. A Dicotomia Público-Privado no Direito Processual Civil. Molinaro, Carlos Alberto; Milhoranza, Mariângela Guerreiro; Porto, Sérgio Gilberto. **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da revista Jurídica** – Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. I – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo** n° 59 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.72-97.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. – Campinas: Bookseller, 2000.