

## **O princípio da congruência e da tipicidade dos meios executórios na atividade executiva**

Como é sabido, em regra, o sistema processual civil brasileiro não admite que o juiz conceda providência jurisdicional de ofício, havendo, no entanto, algumas exceções no que diz respeito, *e.g.*, ao processo cautelar (poder geral de cautela).

Se o autor, por exemplo, requer ao juiz que, a fim de tutelar processualmente seu direito, emita ordem ao réu para que faça algo sob pena de multa, e ao julgador tal pedido se afigura demasiado oneroso, entra em cena a questão sobre se é possível a ele conceder, por exemplo, outro provimento de caráter executivo, de forma a melhor administrar o conflito. Aqui, trata-se de relativizar o princípio da congruência.

Por outro lado, desta questão decorre outra como consequência: para atuar concretamente o comando sentencial por meio da atividade executiva, o magistrado poderá se utilizar apenas daqueles meios expressamente colocados à sua disposição pela legislação processual, ou, ao contrário, fica ele autorizado, dentro das necessidades de cada caso concreto, habilitar outros realmente capazes de atingir um estado de tutela efetivo? Aqui, impõe-se a relativização do princípio da tipicidade dos meios executórios.

O principal fundamento legal do princípio da congruência é encontrado no art. 128 do CPC, que determina ao juiz que fique adstrito ao pedido do autor, de forma a decidir a lide nos limites em que a mesma foi proposta, sendo-lhe defeso pronunciar-se sobre questões não suscitadas. Confirma este mandamento o art. 294, do mesmo diploma, ao vedar que o autor possa formular outros pedidos, possibilitando-o fazê-lo apenas em nova demanda, e também o art. 460, ao proibir decisão em favor do autor que seja de natureza diversa da requerida.

Em nosso sentir, entretanto, o juízo de adequação entre a técnica processual e o direito material a ser tutelado nada tem a ver com a impossibilidade de o juiz decidir a lide fora dos limites em que foi proposta. Isso porque a limitação imposta pelo princípio da congruência só diz respeito ao pedido mediato, ou seja, à postulação a respeito do bem da vida a ser outorgado ao demandante, e não às técnicas processuais responsáveis pela efetivação dessa entrega.

Noutras palavras, o princípio da congruência relaciona-se com o pedido referente ao bem da vida desejado pelo autor, intrinsecamente ligado ao poder dispositivo, e não com o pedido imediato, que vem a ser os instrumentos processuais dos quais cuida o juiz, de caráter público e indisponível.

Com respeito aos instrumentos processuais, portanto, não vige o princípio da demanda; o juiz está livre, dentro da razoabilidade, para efetivar suas decisões de modo distinto ao requerido pelo autor. Vige, ao contrário, o princípio da proporcionalidade, logo adiante considerado.

Nos dias atuais, o imaginário e as práticas fomentadas pela voga da efetividade forçaram interpretações constitucionais no sentido de se privilegiar e amparar certas situações materiais de forma efetiva, independentemente dos riscos que possam advir. Tais riscos, em vez de serem ocultados como tempos atrás, devem ser enfrentados e administrados.

Como sabemos, o sistema jurídico clássico é baseado em oposições binárias: ou existe o direito, ou não existe, ou algo é lícito ou é ilícito, ou o ato é válido ou inválido etc. Isso é feito, previamente, mediante comandos que contêm previsões hipotéticas de comportamento, no âmbito das normas de conduta.

Essas expectativas da norma apontam para situações concretas com caracteres já definidos, e enquanto forem vistas com esse rigor da lógica formal – principalmente em se tratando de concepções sistemáticas do direito – é previsível que em muitos casos seja difícil achar uma solução, em causa do alto nível de contingência presente no ambiente sobre o qual essas normas atuarão.

Surge, portanto, a necessidade de construção de mecanismos que possam lidar com essa forte contingência, de modo a possibilitarem uma administração adequada e razoável dos conflitos trazidos à apreciação dos juízes. Trata-se do designio de “mandados de otimização”, com o fim de aproximar a dinamicidade dos ambientes caóticos da pretensão de estabilidade do plano ideal-jurídico, permitindo-se a atuação de um sistema que permaneça no limiar entre a segurança e insegurança (*edge of chaos*).

A lógica a dar conta de tal paradigma já foi chamada de *fuzzy logic*. É a lógica do provável, do talvez, do razoável, em contraposição à lógica clássica, que não consegue atingir o gradual que se situa entre um oposto e outro (ex.: entre direito e não direito, entre lícito e ilícito, entre fato típico e fato atípico).

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), com origem terminológica, conceitual e pragmática na Alemanha, vem justamente suprir essa carência de flexibilidade e ainda permitir o *paradigm shift* em favor de um sistema jurídico mais dinâmico e mais aberto à criatividade.

Desta forma, no âmbito da técnica executiva, o princípio da tipicidade dos meios executivos incide completamente relativizado, uma vez que, devido à variedade dos deveres (fazer, não fazer e até mesmo dar) e, principalmente, à multiplicidade de situações jurídico-substanciais, além da necessidade de se ponderar a respeito da onerosidade, não se pode restringir e predefinir abstratamente os meios a serem utilizados, sob pena de se desrespeitar o critério da efetividade constitucional.

Atualmente, desde que o meio de efetivação não afronte os valores constitucionalmente previstos, deve-se reputar permitido. Tal assertiva é condizente com a visão publicista do processo, de modo que o Estado tem interesse na efetiva imunização do conflito. O juiz deve prestar tutela específica, e o próprio pedido imediato do autor, independentemente do nome, contém nele o requerimento para que o tipo de provimento requerido tenha a eficácia de satisfazer plenamente o autor.

Desta forma, é necessário moldar o princípio da congruência de modo que ele sirva de restrição, funcionando como critério de julgamento que permite dizer quando as técnicas e os meios de efetivação requeridos (ou mesmo determinados pelo juiz) são incongruentes, ou até mesmo excessivos, com relação ao bem da vida que se pretende alcançar com o processo.

Aqui entram em cena os critérios da necessidade, da adequação, da menor onerosidade, que ao fim significam a mesma coisa, embora com ênfase em raciocínios distintos.

Com base em tais premissas, e no estilo de pensamento tópico, pode-se conceber o princípio da proporcionalidade como pauta de julgamento genérico, destinado a, partindo-se de um problema definido e seu contexto fornecer soluções de decidibilidade de acordo com um consenso de razoabilidade, pela ponderação de bens jurídicos e de meios idôneos para alcançá-los, em que o possível dano aos mesmos esteja relacionado com o risco do seu afastamento.

Em resumo, na concessão de uma medida de natureza executiva em que se tenha, de um lado, a opção de paralisar a atividade do réu e a possibilidade de com isso

tutelar de forma efetiva a situação do autor, e, de outro, a alternativa de simplesmente limitar essa atividade e arriscar a se perder em eficácia, o critério da proporcionalidade e suas ramificações têm um papel inafastável.

Num processo civil de resultados, o qual deve ser munido de diversos meios para alcançar variados resultados substancialmente previstos, é inevitável conceder ao juiz o poder de, diante do caso concreto, escolher e aplicar, dentre duas ou mais técnicas cabíveis de efetivação de direitos, a reputada mais idônea e que cause a menor restrição possível.

Sérgio Muritiba. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UNIDERP, Diretor-Geral da ESA/MS.