

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

EXECUÇÃO E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO:

Ação e defesa no cumprimento de sentença.

Lucas Cruz Neves

Belo Horizonte

2007

Lucas Cruz Neves

EXECUÇÃO E PRINCÍPIOLOGIA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO:

Ação e defesa no cumprimento de sentença.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N518e	<p data-bbox="448 1193 1334 1321">Neves, Lucas Cruz Execução e principiologia do processo democrático: ação e defesa no cumprimento de sentença / Lucas Cruz Neves. Belo Horizonte, 2007. 119f.</p> <p data-bbox="448 1344 1334 1444">Orientador: Fernando Horta Tavares Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p data-bbox="448 1467 1334 1601">1. Execução (Processo civil). 2. Direito processual constitucional. 3. Princípios fundamentais. 4. Brasil. Constituição (1988). 5. Ação de cumprimento. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p data-bbox="1181 1624 1334 1655">CDU: 347.95</p>
-------	---

DEDICATÓRIA.

**Aos meus pais Suely e Ruy, pelo amor,
dedicação, bem como pelo exemplo de
bondade, honestidade, retidão, capacidade,
profissionalismo e fé.**

**Aos meus irmãos Bianca e Marcelo; à
minha cunhada Kamilla e meus sobrinhos
Isabella e Gabriel.**

**À Carina, minha esposa, amiga, cúmplice e
companheira de todas as horas, pelas
horas roubadas do seu convívio.**

AGRADECIMENTOS.

**A Deus, em cujo infinito amor (*agape*)
“tudo” posso e sem o qual eu “nada”
seria.**

**Aos meus pais, irmãos e familiares pela
“pessoa” que me ajudaram a construir.**

**À Carina pelo amor, dedicação e por toda
felicidade que trouxe à minha vida.**

**Aos meus amigos, até mesmo àqueles que
nem sabem que são meus amigos.**

Aos meus mestres.

**Em especial ao meu orientador, Prof. Dr.
Fernando Horta Tavares, exemplo de
jurista e referência de profissionalismo,
cuja atenção, disponibilidade e
conhecimento tornaram possível a
realização deste trabalho.**

EPÍGRAFE.

**A efetividade do injusto é, na verdade, a
consagração da inefetividade do
processo e da tutela jurídica.**

(Calmon de Passos)

RESUMO

Seguindo a tendência de sucessivas reformas do Código de Processo Civil, foi sancionada a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, objetivando a reformulação e aperfeiçoamento da execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título judicial. É necessário partir-se do fundamento de que, no Estado contemporâneo, o poder político somente pode ser exercido através do discurso democrático com ampla participação dos cidadãos interessados em simétrica paridade e sob o amparo da lei. Diz-se que o Estado é limitado pelo direito, enquanto o poder político é legitimado pelo povo. O exercício da função jurisdicional do Estado também deve adequar-se a esse paradigma. É nisso que se firmam os objetivos deste trabalho. Em face da obrigatória constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito, diante de grande preocupação com a eficácia e constitucionalidade da atividade jurisdicional executiva, cabe refletir se a “exagerada” busca por celeridade na jurisdição executiva e a ordinariedade do processo de execução estão em consonância com as garantias advindas do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, isonomia e dignidade da pessoa humana), ou, em outro falar, com o devido processo constitucional.

Palavras-chave: execução; processo; princípios; constituição.

ABSTRACT

Following a trend of continuous reformulation which the Civil Process Code has undergone, law no. 11.232 was sanctioned on December 22nd, 2005. The referred law aimed at the improvement of a quantity-established and judicious title-based practise towards indebted subjects. In the contemporary state, the political power can only be practised through a democratic address, allied to the participation of citizens interested in symmetric parity and the support of the law. A state is limited by the Law, whilst political power is legitimated by the people. The jurisdictional role of a state should be adequate to this paradigm, which is the main aim of the present study. In face of the mandatory constitutionality of a process within the democratic state of rights, and constant focus on efficacy and propriety of executive jurisdictional activities, much attention should be drawn towards excessive search for celerity within executive jurisdiction. In the same manner, ordinary execution process are in agreement with warranties emerged from the due process of law (contradiction, broad defence, isonomy and human dignity) or, in other words, with the due process of constitution.

Key-words: executive jurisdictional activities; process; principles; constitution.

SUMÁRIO.

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. PROPEDEÚTICA PROCESSUAL E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO.....	18
3. A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	24
4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INSTITUTIVOS DO PROCESSO	28
4.1. Acesso à jurisdicionalidade (inafastabilidade da jurisdição).....	28
4.2. Isonomia processual.....	30
4.3. Contraditório e ampla defesa.....	34
4.4. Dignidade da pessoa humana.....	39
5. BREVE HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO.....	42
5.1. Direito Romano.....	42
5.2. Direito Medieval.....	47
5.3. Direito Português.....	51
5.4. Direito Brasileiro.....	52
6. NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO EXECUTIVA.....	57
6.1. Natureza jurídica da função executiva em Liebman.....	57
6.2. Função executiva e jurisdição.....	63
6.3. Autonomia da execução: direito à execução como direito de ação.....	68
7. A RESPOSTA DO EXECUTADO NOS QUADROS DO DEVIDO PROCESSO.....	81
7.1. Processo e procedimento: uma reflexão obrigatória.....	81
7.2. Cumprimento de sentença e contraditório.....	88
7.3. As respostas do executado.....	99

8. CONCLUSÃO.....	108
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

1. INTRODUÇÃO.

Seguindo a tendência de sucessivas reformas do Código de Processo Civil, foi sancionada a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, objetivando a reformulação e aperfeiçoamento da execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título judicial.

José Marcos Rodrigues Vieira ensina que a execução de título judicial deixa de ser “etapa de eficácia não derivada da sentença”, sustentando que “deixa a ação condenatória de ser ação meramente processual – no sentido de ação sem eficácia material” (2007, p. 129). Recorrendo à lição de Liebman, o eminente processualista assevera que as atividades de “conhecer” e “executar” podem reunir-se em um único procedimento (2007, p. 131) e preleciona:

A Lei n. 11.232/05 extirpa, afinal, a biprocedimentalidade na execução de pagar quantia certa, que não mais se resolve pela cisão entre cognição e execução – mas no mesmo processo, à maneira do que primeiramente produzido pela alteração das execuções específicas. Foi, portanto, possível que a execução renitente obrigacional se desse do mesmo modo que a execução real.

(RODRIGUES VIEIRA, 2007, p. 131).

Muito se tem dito que o traço marcante no projeto que deu origem à mencionada lei é a preocupação com a “eficácia”¹ das atividades jurisdicionais de execução. Mais do que isso, verifica-se, já numa superficial análise, uma significativa preocupação com a *celeridade* da tutela jurisdicional de execução e com a *ordinariedade* do procedimento de execução.

¹ Sinale-se, nesse particular, que as expressões *eficácia*, *efetividade* e *eficiência* se imbricam em torno dos efeitos ou conseqüências da função jurisdicional. Nesse sentido, e sob a ótica inafastável da principiologia constitucionalizada do processo, é necessário observar que a atividade jurisdicional apressada e divorciada do instituto do devido processo constitucional (com todos os seus princípios institutivos) nunca será “eficaz”, nem “efetiva”, nem “eficiente”.

A preocupação incessante do legislador federal acerca da morosidade na efetivação da tutela jurisdicional tem causado espécie aos estudiosos da ciência processual porque, muitas das vezes, a constante postura de *sumarização* do processo e *celerização* da jurisdição tem importado em prejuízo da eficácia da atividade judicante e, mais ainda, em imperdoável postergação dos princípios constitucionais do processo e das garantias processuais do cidadão.

Acerca da constante preocupação com *efetividade* e *eficácia* na atividade jurisdicional, vale lembrar a asserção de Calmon de Passos:

Refletamos, inicialmente, sobre o que seja efetividade. Segundo os dicionários, efetividade é a qualidade do que é efetivo, do que se manifesta por um efeito real, o que realmente existe. Se os consultarmos sobre o termo eficácia, também vê-lo-emos associado àquilo que produz o resultado desejado, que dá bom resultado; e quando se vai ao vocábulo eficiência, encontramos-lo vinculado à virtude de produzir certo efeito. Em verdade, eficiência, eficácia e efetividade se imbricam em torno da mesma realidade - a dos efeitos ou conseqüências de algo. No nosso linguajar técnico, dogmático-conceitual, firmou-se a distinção entre eficácia (aptidão para produzir determinado efeito) e efetividade (a concreta produção de efeitos). Válido o ato ou negócio jurídico, é ele eficaz, salvo se sujeito à condição suspensiva. Mas apenas quando logra realizar materialmente as conseqüências que lhe foram formalmente imputadas é que se deve falar de sua efetividade. Nesses termos, correto referirmo-nos a processos válidos, que necessariamente são eficazes, mas cuja efetividade dependeria de virem a ocorrer concretamente as conseqüências por meio deles prescritas. Um exemplo simples. Alguém postula ser reintegrado na posse de um imóvel de que se diz esbulhado por outrem. A tutela jurídica desejada e que cumpre ser efetivada é a de, sendo vencedor o demandante, recuperar a posse perdida. Caso improcedente o pleito, quem faz jus à tutela é o réu, traduzindo-se sua efetividade na manutenção do status quo ante. A sentença, num ou noutro sentido, se válida, é eficaz. Constitui título autorizador da prática de atos de coerção que assegurem um dos dois resultados antes referidos. Carecerá de efetividade, entretanto, se, concretamente, não for o demandante, caso vencedor, restabelecido materialmente na posse da coisa de que foi esbulhado, bem como carecerá de efetividade a sentença de que não resulte para o réu, caso vencedor, a segurança de não ser molestado em sua posse pelo autor. Decorreria, assim, a efetividade do mero confronto entre o decidido e o concretamente obtido.

(PASSOS, 1999, p. 30).

Mais adiante, o autor conclui que se por efetividade traduzir-se a pura e simples solução do conflito, pouco importando a que preço e com quais conseqüências, essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação, estar-se-á transpondo para o direito a lógica da avaliação pelo resultado, sem uma preocupação com a essência da decisão jurídica, que deve ser construída democraticamente e de acordo com os conteúdos da lei. E prossegue:

Cumprido, portanto, não se pugnar pela efetividade do processo, como se fosse ela um "fim" bem determinado e valioso a ser alcançado. Prévia é a questão de definir-se, inclusive, qual a função sociopolítica do próprio processo, o seu valor. Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social (péssimo modo de dizer, pois em verdade o que há é a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente seu convencimento, que pacificaria), pouco importando a que preço e com quais conseqüências essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação. Jamais pode ser vista como valor. Essa crítica perdura se associarmos a efetividade do processo à efetividade do que foi decidido pelo magistrado, enquanto agente do poder político. Teríamos, aqui, retrocedidos no tempo, revalorizando um decisionismo da pior espécie, reentronizado o déspota que se pretendeu banir. Se o parâmetro for a efetividade da decisão justa, teremos que definir, antes, o que seja decisão justa. Sem essa imprescindível determinação prévia, falar-se em decisão justa é pura e simplesmente dizer-se nada sobre nada, com manifesta intenção manipuladora. Se decisão justa é aquela que mantém exata correspondência entre o pretendido e o decidido, o contraditório, inerente ao direito, impossibilita qualquer resposta, pois há pretensões contrapostas e sempre apenas uma delas é tutelada, obtendo o usuário efetivamente o que postulou. Sem esquecer que incidiríamos, assim dizendo, em tautologia ou no círculo vicioso de afirmar que toda decisão é justa porque decisão. Se decisão justa é a que guarda perfeita correspondência com a verdade dos fatos e traduz exata aplicação a esses fatos do prescrito pelo ordenamento jurídico, a justiça do decidido é totalmente dependente do procedimento que a precedeu e da qualificação dos operadores que decidiram. Destarte, por mais que se pretenda mascarar, a efetividade é algo de todo dependente do que precede a decisão, vale dizer, da cognição e da certificação que a antecederam. Nessas é que cumpre colocar a ênfase. A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica. Caso nosso exacerbado pragmatismo pretenda transpor para o direito a lógica da avaliação pelo resultado, no processo, este resultado tem que se submeter ao controle de sua valiosidade, inferível necessariamente da avaliação de quanto o precedeu no processo de sua produção. Esta perspectiva é que foi perdida pela geração do autoritarismo de direita e de esquerda, que mudou o

discurso mas conservou a filosofia. Enfim, e para concluir, propugnar trombeteando a efetividade do processo como valiosa por si mesma é usar uma palavra equívoca, carregada de emocionalidade, que simplesmente mascara o propósito, consciente ou inconsciente, de se recuperar o exercício antidemocrático do poder político na sua dimensão jurisdicional.

(PASSOS, 1999, p. 30).

Fernando Horta Tavares lembra que alguns processualistas, na clamorosa busca de uma “ordem jurídica justa” e preocupados com a “demora” do processo, parecem supor que o respeito às garantias do devido processo, de alguma forma, atrasaria a festejada entrega da “prestação jurisdicional” ao litigante que “tem razão”. Em sendo assim, pondera que a tão almejada “eficácia” das atividades jurisdicionais não pode se resumir a uma idéia de “celeridade” desvinculada dos princípios institutivos do Devido Processo Constitucional, devendo, ao contrário, ser “mediada” por eles. E conclui:

A demora para se percorrer integralmente a trajetória legal de resolução de conflitos não pode ser imputada a fatores temporais, mas à contribuição daqueles que participam da estrutura processual, especialmente por questões ligadas à (in) eficiência das atividades desenvolvidas pela máquina judiciária, sabidamente emperrada e viciada.

O novo princípio de direito fundamental da Duração Razoável do Procedimento (e não do Processo) e da Celeridade de Tramitação deve ser aplicado em estrita complementariedade com os demais princípios regentes da processualidade, isto é, Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa, de modo a se dar uma interpretação sistêmica a este novo direito-garantia, também de índole fundamental, como os demais.

Destas considerações resulta que não se pode imprimir velocidade a qualquer tipo de estrutura procedimental, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo seja em qualquer espaço público, sem a observância do Devido Processo Constitucional e ao Princípio da Reserva Legal.

(TAVARES, 2006, p. 215/226).

Em suma, duas são as funções desempenhadas pelo Estado em conjunto com as partes no exercício da atividade jurisdicional: a de verificar a

efetiva situação jurídica das partes (desempenhada pelo processo de conhecimento); e a de realizar concretamente a situação jurídica apurada (tarefa conjunta do Estado e das partes no processo de execução).

A *definitividade* é característica da jurisdição nas duas atividades mencionadas. Em outro falar, tanto pelo acertamento operado pelo processo de conhecimento, como pela realização material das prestações implementadas pelo processo de execução, promovem-se medidas satisfativas do direito da parte, em caráter final e definitivo.

Embora integradas à mesma função jurisdicional, as atividades cognitiva e executiva são estruturadas de maneira independente. Isto porque nem sempre uma depende da outra, e tampouco uma é preliminar ou antecedente necessária da outra.²

Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento e o de execução, registra-se no direito processual hodierno grande tendência a minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de atividade jurisdicional – cognição e execução. Tal preocupação se manifesta na reforma que culminou por instituir o procedimento de Cumprimento de Sentença. Todavia, sem as garantias do processo a ordem jurídica mostra-se incompleta, e fora dos conteúdos do direito, a função jurisdicional pode incorrer em arbítrio e autoritarismo. À medida que a ordem jurídica depende do processo para formar "imperativos jurídicos", sem dúvida este contribui para a aplicação do direito objetivo e o seu produto (a sentença ou norma de decisão) integra-se na própria lei.

A chamada ação executiva, que se exercita depois de já definitivamente acertado o direito subjetivo desrespeitado pelo devedor (mesmo que provisoriamente), vem a ser o requerimento pelo credor de providências adequadas à reparação efetiva do direito violado e conduzirá o processo até a

² Muitas vezes, o conhecimento exaure totalmente a função jurisdicional, sem que haja necessidade de usar a coação estatal prática. Outras vezes, a execução forçada é instaurada sem que antes tenha havido qualquer acertamento jurisdicional acerca do direito do credor.

satisfação efetiva do direito material do exeqüente. Obtém-se, por força da ação de execução, a realização efetiva da prestação a que tem direito o credor, por atos de força, cuja prática corresponde a uma atividade jurisdicional. É justamente essa força, essa coercibilidade incidente sobre o patrimônio do executado que torna ainda mais imperiosa a observância da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana (corolários do devido processo legal) quando da efetivação da atividade jurisdicional executiva. Rosemiro Pereira Leal, ao lançar as bases da teoria Neo-Institucionalista do processo, adverte não ser apenas o contraditório que caracteriza o processo, mas também o atendimento a outros predicados como *isonomia*, *ampla defesa* e *direito ao advogado* (2001, p. 48/52).

Calmon de Passos, ao tecer comentários sobre a crise do Judiciário e as reformas processuais, demonstra preocupação com os recentes rumos do processo de execução:

A execução das obrigações de fazer e não fazer que na velha sistemática era, na verdade, uma afronta ao titular do direito, dada sua inviabilidade, deu uma guinada de 360 graus e saiu da sua condição de múmia processual para a de um raio fulminante, que deixa quem ainda não tornado indiscutivelmente devedor submetido aos azares dos juízes generosos e apressados. Pretendeu-se, loucamente, eliminar a garantia da coisa julgada, liberou-se o juiz de sua adstrição ao pedido, submeteu-se o réu ao vexame de ser compelido a despender atividade e recursos, com desfalque patrimonial, sem nem ao menos se ter certificado com firmeza seu dever de fazer ou não fazer aquilo a que é compelido sem remissão e sem que o beneficiado preste caução para garantia do ressarcimento dos danos que a pressa do autor e a inconsciência do magistrado possam lhe ter determinado. Enfim, acirrou os ânimos, estimulou ambições malsãs e tornou o processo um belo instrumento de extorsão. E, no entanto, caso fossem podados seus exageros, representaria um excelente ganho processual.

(PASSOS, 2002, p. 5).

E, além da já mencionada busca por *celeridade*, não há apontar-se o “manifesto propósito protelatório do réu” – ou, *in casu*, do devedor – como

justificativa para a sumarização do processo de execução, a exemplo do que alhures já se sustentou com relação à antecipação de tutela. A esse respeito já ponderou Rosemiro Pereira Leal:

Sabe-se que não é possível protelar o que está dentro do tempo legal e o que estiver fora do tempo legal já seria atingível pela decadência, prescrição, preclusão e perempção, não havendo como protelar. Ademais, a protelação só é configurável no procedimento instaurado, porque não há situação abusiva sancionável na extraprocedimentalidade. Não há que falar em ato protelatório se praticado no tempo legal de defesa, porque o tempo legal da defesa é insuprimível e irreduzível. Protelação é o que vai além do tempo legal oportunamente utilizado. É o excesso legalmente vedado de tempo para atuar no procedimento e não a ausência ou demora de demonstração ou argumentação insatisfatória no tempo legal da prova. Se o réu levanta uma exceção substancial indireta no tempo legal, não pode ser esta considerada uma alegação protelatória sob argumento de que, de pronto, não exclui o direito do autor, porque a possível inconsistência ou impertinência da matéria de defesa, oportunamente apresentada, não traduz intenção protelatória, como quer MARINONI, mas inocuidade da defesa que, se assim produzida, tornaria incontroverso o direito alegado pelo Autor.

A redação do inc. II do art. 273 é que é precária, feita às pressas como vem acontecendo com a Reforma setorial do CPC sob os influxos obsessivos do mito autocrático de uma "justiça rápida", não comportando, por isso mesmo, interpretação condizente com os conteúdos do Direito Processual Didático e da Teoria do Processo na contemporaneidade dos estudos científicos. De conseguinte, a inocuidade da defesa do réu é que seria fundamento técnico de verossimilhança das alegações do autor, se exibida por este prova inequívoca, e não o abuso de direito de defesa ou o suposto propósito protelatório do réu manifestado, no tempo legal, em peça contestatória adequada, porque, em nenhuma hipótese, pode haver protelação sancionável dentro do tempo legal de defesa ou da prova.

(LEAL, 2001, p. 48).

É nisso que se firmam os objetivos deste trabalho. Em face da obrigatória constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito, diante de grande preocupação com a eficácia e constitucionalidade da atividade jurisdicional executiva, se pretende investigar se a “exagerada” busca por celeridade na jurisdição executiva e a ordinariedade do processo de execução estão em consonância com as garantias advindas do devido

processo legal (contraditório, ampla defesa, isonomia e dignidade da pessoa humana), ou, em outro falar, com o devido processo constitucional.

2. PROPEDÊUTICA PROCESSUAL E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO.

Conforme se infere da máxima aristotélica, o ser humano possui uma tendência ao convívio em grupo, associado a outros seres da mesma espécie, o homem é um animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade. As relações sociais, econômicas, políticas, familiares, educacionais e patrimoniais entre os indivíduos criam naturalmente *necessidades, interesses, pretensões e conflitos*.

Para Ugo Rocco (1969, p. 16), *necessidade* é uma lei natural do homem, que procede do instinto, e tem uma sanção natural na emoção de “prazer” por sua satisfação e de “dor” por sua insatisfação. O prazer e a dor são os dois grandes móveis da atividade humana, que impulsionam o homem para a satisfação de suas necessidades, isto é, a procurar para si o que é conforme a condição de existência da vida humana e a rechaçar o que é contrário a tais condições. Em a mesma obra, doutrina que *bem* é tudo aquilo o que é apto a satisfazer ou satisfaz uma *necessidade*.³

Carnelutti precisou que *utilidade* nada mais é do que a capacidade ou aptidão de um *bem* para satisfazer uma *necessidade* (1941, p. 47). Tem-se, de um lado, o homem com as suas necessidades e, de outro, os bens com a sua utilidade. Nesse contexto, o interesse é a posição favorável do homem à satisfação de uma necessidade, e, portanto, uma relação entre o ente (homem) que experimenta a necessidade e o ente (bem) apto a satisfazê-la (1941, p. 46/47).

Como os bens são limitados, ao contrário das necessidades humanas, que são ilimitadas, surgem, na vida social, inevitáveis *conflitos de interesses*. Preleciona Carnelutti que ocorre conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui, ou limita, a situação favorável à satisfação de outra necessidade (2000c, p. 60/61).

³ A amplitude do conceito de *bem* permite que a terminologia compreenda tanto bens materiais quanto imateriais.

Carreira Alvim afirma com acerto que o conflito intersubjetivo de interesses tende a diluir-se no meio social, mas, se isso não acontece, levando os contenedores a disputar, efetivamente, determinado “bem da vida” para a satisfação de suas necessidades, delinea-se aí uma *pretensão* (2000. p. 7).

Pretensão seria, segundo Carnelutti, a “exigência de subordinação do interesse de outrem ao interesse próprio” (2000a, p. 78). Quando aquele cujo interesse deveria ser subordinado não concorda com essa subordinação, opõe-se, então, *resistência* à pretensão. Em outro falar, resistência seria a “*não-adaptação à subordinação do interesse próprio ao interesse alheio*” (2000a, p. 78), ou em resumo, a “oposição a uma pretensão” (1941, p. 59).

Quando à pretensão do titular de um dos interesses em conflito opõe o outro resistência, há uma LIDE (do latim, *lis, litis*) ou litígio. A lide seria, portanto, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (ou insatisfeita)⁴.

A existência de lides em sociedade exige regulamentação jurídica e reforça o entendimento de que o ordenamento jurídico tem por objetivo estabelecer a ordem e a segurança na convivência humana. Por isso, os cidadãos e, por conseqüência, o Estado se transformam em responsáveis diretos pela aplicação dos comandos do ordenamento jurídico, visando a evitar e resolver as lides. Chama-se atividade (ou função) jurisdicional o provimento com que o Estado, por via de seus órgãos judiciais, em conjunto com as partes, resolve os litígios, quer por meio de accertamentos, quer de atos executivos.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é a “atividade-dever do Estado”, prestada por órgãos constitucionalmente competentes, somente possível de ser exercida via do exercício do direito de ação e mediante a garantia do devido processo constitucional (“processo instaurado e desenvolvido em

⁴ Para Carnelutti, o processo de execução “faz-se unicamente para compor a lide de pretensão insatisfeita” (2000a, p. 126/127).

forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais”), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico (2004, p. 83/84).

Para a solução das lides, o Estado tem o poder-dever de exercer a sua função jurisdicional. A atividade jurisdicional é, pois, caracterizada pela busca da solução de controvérsias mediante a intervenção de um terceiro, não vinculado ao litígio ou às partes, que realizam o ordenamento jurídico finalisticamente com o poder de vincular e subordinar os contenedores aos provimentos construídos por eles próprios (litigantes), com a participação do Estado, conforme os conteúdos da ordem jurídica.

Liebman fala em *sanção* ao referir-se às medidas estabelecidas pelo ordenamento jurídico impõe como conseqüência da inobservância dos comandos da lei: “Reservamos o termo *sanção*, em sentido técnico e estrito, às medidas estabelecidas pelo direito como conseqüência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem colaboração da atividade voluntária do inadimplente” (2003, p. 15/16).

O exercício da atividade jurisdicional (cognitiva e executiva) exige, pois, regulamentação jurídica e reforça o entendimento de que o processo é instituído pelo ordenamento jurídico-constitucional com o objetivo de “assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de **procedimentos** estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados” (LEAL, 2001, p. 95).

A lei, em sentido lato, é a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos. Para Chiovenda, o escopo a que esta vontade mira, como escopo do Estado, é dúplice: “a) prover à *conservação* dos sujeitos jurídicos, assim como à de sua

organização política (Estado), e dos bens que se lhes consideram próprios; b) regular a *atribuição* dos bens da vida aos diferentes sujeitos jurídicos” (1998, p. 17).⁵

A identificação dessa complexidade revela não ser possível o estudo das regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos cidadãos apenas à luz singela e limitada da norma positiva infraconstitucional. É mister que se tenha uma concepção muito mais ampla, que passa necessariamente por uma visualização dos princípios constitucionais informativos do direito processual, que são transmissores, de modo explícito ou implícito, das dificuldades já comprovadas de se tornarem eficazes as normas expressivas de tais prerrogativas.

Daí a importância dos princípios que, após se articularem com normas de diferentes tipos e características, iluminam a compreensão das regras processuais constitucionais e das de posição hierárquica menor. Acerca da relevância dos princípios, Jorge Miranda chega a afirmar o seguinte:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se e traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

[...]

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas disposições.

(MIRANDA, 1990, p. 197/198).

⁵ “O Estado pode assumir por si a distribuição desses bens, ou limitar-se a reconhecer a atividade do indivíduo no que a eles concerne, e a tutelar-lhe os resultados, restringindo correspondentemente a liberdade dos outros. Em todo caso, o reconhecimento por parte da vontade da lei confere particular eficácia à tendência do indivíduo para aqueles bens.” (CHIOVENDA, 1998, p. 17).

Igualmente importante é a assertiva de Rodolfo Viana Pereira, para quem “a Constituição é o *locus* hermenêutico do Direito; é o ‘lugar’ a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais” (2007, p. 177).

O constitucionalismo é, assim, a aposta entusiástica da modernidade na possibilidade humana de uma vivência em conjunto que não seja fruto da submissão determinista, mas do reconhecimento racional e cuja criação mais fantástica é a idéia de Constituição como documento escrito disciplinador do poder e da autoridade e, por isso, garantidor do espaço de liberdade, tanto privada quanto pública.

(VIANA, 2007, p. 178).

A essência de um princípio constitucional no campo do Direito é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma infraconstitucional. A própria investigação do pensamento positivo revela que os princípios são considerados como sendo normas obtidas como um processo de visão generalizada das leis.

Dissertando sobre processo e hermenêutica constitucional, Rosemiro Pereira Leal assevera:

Se colocado o problema de acerto da decisão sob crivos principiológicos assistemáticos, como se as sentenças fossem atos isolados dos juízes, afasta-se também, nesse contexto, a conquista jurídico-histórica do PROCESSO (devido processo constitucional) como instituição regente da estruturação dos procedimentos pelo contraditório, ampla defesa, isonomia das partes, direito ao advogado e à movimentação incondicional da jurisdição. Com efeito, a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão” das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização de JUSTIÇA. Diga-se o mesmo da atividade construtora da LEI que, no Estado de Direito Democrático (se algum dia alcançado), há de

passar, à sua legitimidade, pela principiologia do Processo Constitucional proceduralizado, em que maiorias e minorias estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e ampla defesa de suas idéias.

(LEAL, 2002, p. 5).

Verifica-se, pois, que, no Estado Democrático de Direito, somente é possível conceber-se o processo à luz da principiologia instituída constitucionalmente, sendo que não mais se justifica submeter-se os contenedores “aos azares dos juízes generosos e apressados” (PASSOS, 2002, p. 5). O provimento jurisdicional há que ser exercido, repete-se, “como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser ‘a conclusão’ das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização de JUSTIÇA” (LEAL, 2002, p. 5).

3. A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, citando José Alfredo de Oliveira Baracho e Carré de Malberg, lembra que “a noção de Estado é tida como pressuposto a todo estudo de Direito Público, em geral, e do Direito Constitucional, em particular, razão pela qual se observa grande empenho dos publicistas em delineá-la” (2004, p. 61). As palavras-chaves das instituições políticas seriam, pois, poder político e Estado.

Para Lowenstein, o poder político assume feição de efetivo controle social por parte de seus detentores (*Apud* DIAS, 2004, p. 62)⁶, valendo lembrar a assertiva de Georges Burdeaux, de que não se pode conceber o poder como uma força estranha ao direito (*Apud* DIAS, 2004, p. 64).

O Estado contemporâneo se estrutura, pois, a partir de uma Constituição, cuja estrutura normativa e principiológica organizam juridicamente o exercício do “poder do público” (uno e indivisível)⁷, criando órgãos autônomos para o exercício das funções estatais essenciais e mecanismos de controle recíproco desses órgãos. É o que se infere da lição de Baracho:

O Estado realiza-se por meio de um conjunto de atos, tarefas e atividades em geral, que se assentam na legislação positiva, conseguindo, dessa maneira, promover seus fins. É de acordo com esse entendimento que Zanobini afirma que o Estado provém a consecução de seus fins, por meio de uma série de atividades que constituem suas funções.

⁶ “Como controle social, deve-se entender a função de se tomar determinada decisão e a capacidade que os detentores do poder têm de obrigar os destinatários deste mesmo poder a obedecê-la” (DIAS, 2004, p. 62).

⁷ A expressão “poder do público” é aqui utilizada em virtude do disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim enuncia: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Para que possa realizar estes fins essenciais, o Estado deve constituir-se mediante um sistema de órgãos, através dos quais manifesta vontade e exerce funções.

(BARACHO, 1984, p. 62).

Acerca desses órgãos estatais, Ronaldo Brêtas observa com propriedade que:

Esses órgãos estatais – aí incluídos, por óbvio os órgãos jurisdicionais – não são soberanos, pois, indiscutivelmente, é o Estado que detém a soberania em nome do povo, a comunidade política, sem a qual lhe faltaria o poder de criação e de aplicação das normas que edita para composição do seu ordenamento jurídico, o qual lhe serve de diretriz obrigatória no desempenho de quaisquer de suas funções.

(DIAS, 2004, p. 74).

Lopes da Costa, em 1947, já preconizava, com sua genialidade, que a jurisdição é função da soberania (1947, p. 126). A assertiva de que, no Estado contemporâneo, o exercício do poder político – incluindo-se nesse contexto a jurisdição – não pode ser dar à margem do ordenamento jurídico-normativo é voz uníssona na melhor doutrina. Aroldo Plínio Gonçalves observa:

É preciso, no entanto, ressaltar que, nas ordens jurídicas soberanas, ou seja, no Estado de Direito, o poder legitimamente constituído se exerce nos limites da lei, e a função jurisdicional, que traz implícito o poder uno e indivisível do Estado, que fala pela nação, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição.

(GONÇALVES, 1992, p. 50).

Ronaldo Brêtas lembra que, no Estado Democrático de Direito, essa legitimidade deve ser democrática, mormente porque exige assentamento na sujeição dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas da vontade popular. O mesmo autor afirma que “as decisões jurisdicionais devem ser proferidas em

nome do povo, não podendo o juiz (órgão jurisdicional) ‘brincar de pretor romano’, como bem adverte Friedrich Müller” (2004, p. 76).

A doutrina de Chiovenda também vincula o exercício da atividade jurisdicional aos conteúdos da lei:

Pode definir-se a jurisdição como a *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.*

(CHIOVENDA, 1998, p. 8).

Ao distinguir a atividade jurisdicional da atividade legiferante do Estado, Ronaldo Brêtas, com esteio nos ensinamentos de Carnelutti, assevera que, na jurisdição, as partes participam ativamente do *processo formativo do direito*. “A característica da jurisdição estaria em que o direito, embora *produzido superpartes* no processo, seria *preparado interpartes*”. Em outro falar, no processo jurisdicional as partes seriam agentes, enquanto no processo legislativo assumiriam posição mais passiva. Afasta-se, assim, “certa tendência incorreta de se situar o juiz no centro de gravidade do processo, reduzindo as partes à posição meramente passiva”, o que importaria em verdadeira ignorância dos princípios que regem a teoria das fontes jurídicas (DIAS, 2004, p. 79/80). O mesmo autor afirma, a partir do pensamento de Carré de Malberg, que “melhor seria dizer-se que a função jurisdicional é a atividade do Estado que consiste em *pronunciar o direito*, entendida esta expressão como *reconhecer o direito* vigente e não o *criar*” (DIAS, 2004, p. 82).

Da mesma forma, Marcelo Cattoni de Oliveira sustenta que o juiz, ao decidir, não está sozinho no exercício de suas atribuições, “afinal, do procedimento que prepara a decisão judicial, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, *em simétrica paridade*, os destinatários desse provimento jurisdicional” (2001, p. 153/154). Lembrando

que qualquer decisão é tomada nos contextos discursivos de uma esfera pública, o autor afirma que “não é necessário ser Hércules (Dworkin), para se cumprir a tarefa jurisdicional” (2001, p. 154), e conclui:

Essas considerações não tiveram outro objetivo senão o de contribuir para a construção de uma teoria constitucionalmente adequada da Jurisdição, do Poder Jurisdicional, tanto quanto aos seus *pressupostos de legitimidade* quanto aos seus *pressupostos metodológicos*, entendida aquela como a atividade, o poder-dever, público-estatal que se realiza através de discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa, nos termos analisados.

Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige, portanto, dos operadores jurídicos, maior “consciência hermenêutica” e responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e tribunais no País.

(CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 160).

Assim, no Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional, enquanto manifestação do poder estatal (exercido em nome do povo), deve ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), somente podendo o Estado agir (se e quando provocado) dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), garantindo sempre a adequada participação dos destinatários na formação do provimento, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do decisor, que é investido pelo Estado da função de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de “hermenêutica canhestra”, fundada no “prudente (ou livre) arbítrio do juiz” (DIAS, 2004, p. 86).

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INSTITUTIVOS DO PROCESSO.

Para Rosemiro Pereira Leal, o processo, por criação constitucional, é “*instituição* jurídica com caracteriologia própria definida nos *princípios* que lhe são integrantes” (2005, p. 109). Sem tais princípios, diz o autor referindo-se ao contraditório, à isonomia e à ampla defesa, “não se definiria o Processo em parâmetros modernos de *direito-garantia* constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela *procedimentalidade* instrumental das leis processuais” (2005, p. 109).

Cabe, aqui, mencionar alguns dos princípios constitucionais de observância obrigatória no exercício da construção processualizada dos provimentos jurisdicionais.

4.1. Acesso à jurisdicionalidade (inafastabilidade da jurisdição).

A abertura à via judiciária como meio de proteger e assegurar os direitos fundamentais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar taxativamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A amplitude desse princípio, também denominado “inafastabilidade da jurisdição”, implica considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos dos particulares e do Estado, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição em face de afirmativa de lesão ou ameaça de direito impõe que, na medida do possível, a jurisdição seja exercida de modo a evitar violações a direitos. Vale dizer, a lei não excluirá a lesão ou ameaça a direito do controle estatal e, dessa forma, deve oferecer aos contendores um procedimento ágil para que ambos não saiam frustrados.

Também não se pode olvidar que a Constituição assegurou, em seu artigo 5º, inciso XXXV, não apenas o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas a garantia de acesso à construção de um provimento capaz de fazer atuar os comandos da ordem jurídica, que contempla o direito à adequada, tempestiva e efetiva atividade jurisdicional.

Decididamente, o cidadão comum tem o direito à tutela hábil à realização do seu direito, e não somente ao acesso formal aos órgãos judiciais. Em outro falar, tem o direito à adequada e democrática atividade jurisdicional. Em conseqüência, o princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas o provimento que seja capaz de realizar, efetivamente, os conteúdos da lei (CHIOVENDA, 1998, p. 8), pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. “Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social” (MARINONI, 1994, p. 57/58).

O princípio da garantia da via judiciária, por ser considerado princípio constitucional fundamental, lança o seu conteúdo sobre todo o ordenamento jurídico e deve, pois, ser observado pelo legislador ordinário, no momento da elaboração das normas jurídicas; pelo jurista, por ocasião de expor suas idéias em trabalhos acadêmicos; e pelo decididor, ao construir, juntamente com as partes envolvidas, o provimento a partir do direito abstratamente previsto no ordenamento jurídico.

A esse respeito, escreve Gomes Canotilho:

Visando o princípio a uma melhor definição judiciário-material das relações entre Estado/cidadão e particulares/particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos 'segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado', a abertura da via judiciária é uma imposição directamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa dos direitos. Essa imposição é de particular importância nos aspectos processuais.

(CANOTILHO, 1993, p. 386).

Destaca-se, na Constituição de 1988, o intuito de assegurar, de modo absoluto, a inevitabilidade da função jurisdicional. Acentua-se, assim, com faceta mais potencializada, uma das conseqüências da própria soberania estatal, que é a de não permitir a qualquer cidadão que evite a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

O princípio ora examinado produz o efeito de impedir que o Legislativo suprima ou restrinja da processualidade democrática qualquer situação controvertida existente entre os cidadãos, reafirmando, assim, de modo solene, que a unidade da função jurisdicional deve ser preservada.

4.2. Isonomia processual.

Conforme dispõe o *caput* do artigo 5º da Constituição da República, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Esse dispositivo constitucional consagra o princípio da isonomia, que tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão. Não se refere aqui, conforme se depreende do texto constitucional, a um aspecto ou a uma forma de organização social. O princípio existe como um postulado de caráter geral, com a missão de ser aplicado em todas as relações que envolverem o homem. É um direito-garantia fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja aplicada de modo igual para todos.

Rosemiro Pereira Leal preleciona que o princípio da isonomia é “referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental”. E adverte:

O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de *igualdade* de realização construtiva do Procedimento. Por isso é oportuno distinguir *isonomia* e *simétrica paridade*, porque essa significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito.

(LEAL, 2005, p. 111).

O princípio da isonomia é, pois, a existência de paridade de distribuição normativa do tempo-espço procedimental para todos os sujeitos do processo na preparação do provimento.

Nenhuma das funções estatais, a legislativa, a administrativa e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de se ferir o conteúdo principiológico da Constituição. Muito embora seja o princípio da igualdade o de mais difícil tratamento jurídico, não se deve, ao aplicá-lo, afastar o entendimento de que ele postula um tratamento uniforme de todos os

homens. Conforme acentua Celso Bastos, não se trata de um tratamento igual perante o Direito, mas uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida (BASTOS, 1988, p. 25). Isto porque, no campo da proteção das garantias processuais do cidadão, o princípio da igualdade constitui um postulado vital. Conforme afirma Ada Pellegrini, ele é, quando confrontado com a lei, “premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz” (GRINOVER, 1975, p. 25).

No Direito Constitucional hodierno, não há, na aplicação do princípio da isonomia, possibilidade de se concebê-lo com restrição. Essa garantia mostra-se presente em todos os dispositivos articulados da Constituição da República, quer de modo expresso, quer de forma implícita, por se constituir em direito absoluto do cidadão brasileiro.

O aprofundamento do estatuído a respeito do instituto da isonomia jurídica leva a se considerar que o seu entendimento se bifurca em dois prismas bem distintos: o da igualdade formal e o da igualdade material. A igualdade material é o tratamento uniforme a que todos os homens têm direito, além de serem tratados com equidade no referente a qualquer tipo de concessão de oportunidade, situação que “nunca se realizou numa sociedade humana, por mais humanistas e humanitários que sejam os seus preceitos jurídicos maiores”, conforme aponta Georgakilas (1984, p. 3:299).

A Igualdade Formal é a que interessa ao jurista, por ser consagrada no texto constitucional, de forma expressa. A sua conceituação, atualmente, se desvincula do pensamento de que igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam⁸. Modernamente, a atualização do que se entende pelo princípio de igualdade deve partir da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que fixou os casos em que é vedado à lei estabelecer discriminação e, em pólo

⁸ “A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual” (LEAL, 2005, p. 111).

contrário, quando ela pode fazê-lo sem se incompatibilizar o texto constitucional. Conclui o autor que, em face das questões suscitadas pela análise do tema igualdade formal, três elementos devem ser analisados para que a lei não fira o mandamento constitucional dessa garantia fundamental do cidadão: a) a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; b) as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, sendo vedado à lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas (por exemplo, quanto ao tempo); e c) em conceito, o vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público à luz do texto constitucional (MELLO, 1978).

Geraldo Brindeiro lembra, ainda, que há inarredável conexão entre a isonomia e o devido processo legal, ao comparar cláusulas correlatas do Direito Constitucional Americano – que inspirou o legislador brasileiro acerca do segundo princípio:

Penso ainda que a igualdade perante a lei e o devido processo legal são princípios constitucionais complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia - essenciais ao Estado Democrático de Direito - não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de fazer cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do país. No Direito Constitucional Americano, onde se inspira o princípio do devido processo legal introduzido no Brasil pela Constituição de 1988, as cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the laws* (igual proteção das leis) complementam-se reciprocamente, a partir da 14ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, ratificada pelo Congresso em 1868.

(BRINDEIRO, 1996, p. 7)

Nesse contexto, o princípio da igualdade formal esposado no texto constitucional tem força absoluta e integral quando se tratar de aplicá-lo às garantias processuais do cidadão. Em assim se concebendo, não há mais lugar para a existência de privilégios e proibições processuais.

4.3. Contraditório e ampla defesa.

O antecedente histórico das garantias constitucionais do processo, embora descontextualizado do paradigma do Estado de Direito Democrático (LEAL, 2005, p. 65), é o artigo 39 da Magna *Charta Libertatum*, outorgada em 1215 por João Sem Terra: “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus atos, declarado fora da lei ou exilado, ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos, nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país” (CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO, 1998, p. 80).

A hodierna garantia de que o cidadão, ao requerer a atuação dos conteúdos da lei via da atividade jurisdicional do Estado, seja protegido por devido processo, tem base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela ONU, que, em seu artigo 8º consagrou:

Toda pessoa tem recurso, perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Toda pessoa tem direito, em plenas condições de igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

O devido processo legal, como instituição constitucionalizada e expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão, está claro e explícito na Constituição da República. Apresenta-se, de modo bem nítido, na proclamação contida no artigo 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como no inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

ameaça a direito”, no inciso LV do mesmo artigo – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, e, especialmente, no inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal instituto é, pois, ampla garantia processual do cidadão, o que leva a merecer uma especial atenção no que se refere à obediência às suas linhas mestras. Sua aplicação constitui uma forma direta de repelir a opressão e a arbitrariedade. Sua expressão maior está em garantir a isonomia processual, o contraditório e a ampla defesa. Ada Pellegrini entende que isso constitui, a um só tempo, garantia das partes, do processo e da jurisdição:

Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.

(GRINOVER, 1985, p. 7).

Rosemiro Pereira Leal ensina que:

Por isso, releva acentuar que outra finalidade não pode ter o processo para o juiz, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento. O dever-função jurisdicional cinge-se a garantir a vigência do instituto constitucional do *due process of law*, criado por norma fundamental no direito brasileiro (CR/88, art. 5º, LIV, LV), cuja teorização, na proposta de JUAN MONTERO AROCA e DI IORIO, desenvolve-se como direito jurisdicional criado pela instituição constitucional do PROCESSO.

No magistério de MELLO FILHO, a locução devido processo legal tem o sentido da cláusula *due process of law* do direito processual americano que, em suma, significa direito à citação, direito ao contraditório, direito à assistência judiciária, direito à prova plena. O instituto do devido processo legal, mais que conjunto normativo de regência principiológica do proceder, há de ser entendido, também, tal qual se vê das lições de MICHEL STASSINOPOULOS, como *substantive due process of law*, porque tem fonte no princípio da legalidade (reserva legal). Com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da legalidade foi instituído por norma fundamental inscrita no art. 5º, II.

Eis por que não se pode aceitar, na atualidade do direito brasileiro, a versão trivial e emotiva de que o processo é instrumento da jurisdição e que esta, em se fazendo pelo juiz, tenha escopos meta-jurídicos que possam medir-se pelo sentimento de justiça do julgador e não pelos comandos e paradigmas da lei. O *due process* significa, em primeiro lugar, no quadro constitucional brasileiro, que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional e, se a lei constitucional assegura o contraditório, é este *conditio sine qua*, como afirma COMOGLIO, tanto do "direito-de-ação" quanto do "direito de defesa" que também é um "direito-de-ação-contrária".

(LEAL, 1998, p. 18).

Mais adiante assevera:

Com efeito, se a ação é procedimento instaurado, proposto ou inaugurado pelo instrumento da petição inicial, o processo - que é o procedimento em contraditório - só correrá com a oportunidade legal ao réu, mediante citação válida, de se contrapor ou não ao pedido do autor. O contraditório, como bem esclarece o prof. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, é "garantia de participação, em simétrica paridade, das partes", é garantia de liberdade de dizer e contradizer, não é a contestação gráfica, o ato de excepcionar expressamente a ação do autor, mas a liberdade de as partes desdizerem ou não, de resistirem ou não, pretensões divergentes.

(LEAL, 1998, p. 18).

A participação no processo é peculiar a todos os sujeitos dos atos processuais, desde os serventuários da justiça, passando pelo magistrado e chegando até as partes. Todavia, no Estado Democrático de Direito, não basta que as partes participem da formação dos atos processuais. Martins Pinto corrobora:

Na qualidade de detentoras dos interesses que serão afetados pelo ato final, as partes devem participar da fase de preparação do provimento na simétrica paridade de suas posições com igualdade de oportunidades entre si. Esta igualdade é embasada na liberdade de todos perante a lei.

A essência do contraditório importa na participação de pelo menos dois sujeitos, um interessado e um contra interessado, sendo que ambos sofrerão as conseqüências do ato final do processo.

(PINTO, 2006).

O contraditório é a participação dos destinatários da atividade jurisdicional na construção de todas as etapas que levam ao provimento final em condições de igualdade e simetria (FAZZALARI, 2001. p. 51). Martins Pinto adverte que “não se trata de uma potencialidade abstrata, recorrente nas estruturas processuais. Mas, sim, da necessidade de oferecimento de condições reais para a realização do contraditório” (2006), já que o princípio do contraditório implica na prevalência do direito de defesa em face das formalidades, dos ritos e das demais regras do ordenamento jurídico.

O princípio do contraditório é definido como garantia de participação, em *simétrica paridade*, das partes. Neste sentido a lição de Aroldo Plínio Gonçalves, inspirada na doutrina de Fazzalari:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

(GONÇALVES, 1992, p. 115).

Logo, não se trata da efetiva participação das partes, e sim da garantia de participação, uma vez que gozam as partes do direito de liberdade, não podendo ser forçadas a agir no interior do procedimento. A inserção da expressão em simétrica paridade leva à conclusão de que o contraditório não

pode ser visto apartado do princípio da isonomia. A esse respeito, Aroldo Plínio Gonçalves lembra que:

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

(GONÇALVES, 1992, p. 127).

Para Rosemiro Pereira Leal, “o princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e da isonomia” (2005, p. 111). O direito de defesa há de ser amplo, mormente porque não pode ser estreitado (ou comprimido) a ponto restar prejudicada a sua produção eficiente.

É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o *tempo* da *ampla defesa* que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.

(LEAL, 2005, p. 112).

Contudo, adverte o autor mineiro, a amplitude da defesa deve se perfazer dentro dos limites temporais do processo: “A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei” (2005, p. 111).

É possível, pois, definir o princípio da ampla defesa como sendo o direito processual garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões (LEAL, 2002, p. 171).

4.4. Dignidade da pessoa humana.

Ao escrever sobre os “princípios informativos do processo de execução”, Alfredo de Araújo Lopes da Costa aduz que “*tôda execução é real, vale dizer, faz-se no patrimônio e não na pessoa do executado*”. Isso porque no processo romano, mormente no período da *manus injectio*, a execução era pessoal. Por isso, o autor esclarece que toda execução deve ter por finalidade apenas a satisfação do exeqüente de forma a não abranger a totalidade do patrimônio do devedor, atingindo-o somente na proporção necessária à realização do crédito do exeqüente (1959, p. 53). E lembra:

No processo romano, quando a execução se tornou real, fazia-se no inteiro patrimônio do executado (*missio in bona*). O exeqüente apreendia todos os bens do condenado. Um administrador da massa (*magister*) vendia-os e o comprador pagava ao credor ou, em proporção, aos credores, o preço da venda.

Mas, quer houvesse um só, quer houvesse vários credores, era sempre o patrimônio inteiro que se vendia.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 53/54).

Mais tarde, a execução passou a abranger somente alguns bens do condenado – “*pignus in causa iudicati captum* (penhora), que a final se tornou a forma comum de execução” (LOPES DA COSTA, 1959, p. 54).

Lopes da Costa afirma que a execução não deve ser excessiva e deve ser útil ao exeqüente, não podendo reduzir-se a um ato que apenas cause prejuízo ao devedor, sem proveito algum para o credor (1959, p. 54). O princípio informativo de que “**a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana**” vem, também, do

direito romano. De acordo com o que se chamou *beneficium competentiae*, a execução não podia tirar ao condenado o necessário à sua manutenção (1959, p. 55).

Na cessão de bens para evitar a execução (*cessio bonorum*) o devedor tinha direito de reservar-se o estritamente necessário (*Institutas 4-6, § 40*).

Desumano, – diz o texto, – seria despojá-lo de tudo.

O *beneficium competentiae* ainda se encontra em nosso direito substantivo.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 55).

O princípio da dignidade da pessoa humana, que para Lopes da Costa é o que encontra maior aplicação na legislação processual brasileira (1959, p. 55), já vem declarado no artigo 1º, da Constituição da República devendo haver, no âmbito do direito processual (e mais precisamente na tutela jurisdicional executiva) preocupação com os requisitos mínimos de sobrevivência do cidadão em sociedade, não se podendo reduzir o cidadão ao estado de miserabilidade nem expô-lo à execração social (OLIVEIRA; VILELA. 2005, p. 9/10). A esse respeito, Allan Helber de Oliveira adverte que “os atos de força praticados pelo Estado em sede de execução sofrem limitação pelo princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o intérprete da lei processual ter em vista tal garantia no momento da aplicação da lei” (2005, p. 10).

Fernando G. Jayme lembra que a honra e a dignidade são atributos inerentes à personalidade.

A honra é um atributo personalíssimo, caracterizado pela imagem que cada um tem de si mesmo e ligado à sua própria existência e que pode vir a ser atingida na sua relação com terceiros. O respeito à dignidade implica o reconhecimento da existência de uma esfera de individualidade a ser preservada.

(JAYME, 2005, p. 143).

O mesmo autor afirma tratar-se o direito à honra e à dignidade da pessoa humana de “norma de eficácia *erga omnes* oponível em face do Estado e de particulares” (2005, p. 143).

É, pois, forçoso concluir que, no curso do procedimento executivo, a despeito de partir-se de um acerto (operado pelo processo de conhecimento) e da presunção de inadimplência do devedor, não se pode deixar de observar que impossível, ao Estado e aos particulares, postergar o seu direito à honra e à dignidade, sem restar violado um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

5. BREVE HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO.

5.1. Direito Romano.

Para Alcides de Mendonça Lima, “o Direito Romano é, indiscutivelmente, a mais antiga e a mais sólida base onde repousam os nossos institutos jurídicos”. (1977a, p. 44). E prossegue, citando Rudolf Von Ihering:

A importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste somente em haver sido por um momento a fonte ou a origem do direito: esse valor foi meramente passageiro. A sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que faz sofrer todo o nosso pensamento jurídico e em ter chegado a ser como o Cristianismo o elemento da civilização moderna.

(*Apud* LIMA, 1977a, p. 44).

É, pois, forçoso que esta breve digressão histórica do processo de execução tenha como ponto de partida alguns dos institutos do Direito Romano.

A *manus injectio* tem sua origem no primevo direito quiritário e em lei decenviral, que passou para a posteridade com a “Lei das XII Tábuas”, sendo considerada a mais antiga das cinco *legis actiones*. (LIMA, 1977a, p. 45).

A mentalidade primitiva romana era muito cruel e draconiana na defesa dos direitos dos credores. Para Humberto Theodoro Júnior, nos primórdios, sequer havia um processo regular de execução, como hoje se conhece.

O vencido na ação de condenação ficava à mercê do vencedor, que realizava o direito reconhecido **em seu favor ex-proprio Marte**,

agindo inclusive fisicamente sobre a pessoa do devedor, que podia até ser reduzido à condição de escravo do credor.

(THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 33)

Alfredo de Araújo Lopes da Costa lembra que, no processo romano, a sentença condenatória não levava, a princípio, à ação executória, vez que, no processo das *legis actiones*, a execução do julgado se fazia por justiça privada. Uma vez condenado a pagar determinada importância, o devedor deveria fazê-lo em 30 dias. Caso contrário, o credor o “arrastava” à presença do magistrado, ocasião em que, em fórmula solene, dizia-se ao devedor que, diante do inadimplemento, restava ele apreendido e o magistrado simbolicamente lhe “punha as mãos”. O devedor não podia opor-se à execução alegando a invalidade da sentença. Apenas um terceiro (*vindex*) poderia fazê-lo. Não havendo um *vindex*, o devedor era vendido como escravo ou obrigado a trabalhar para o credor, a fim de pagar-lhe a dívida. (1959, p. 48). Mendonça Lima lembra que, embora não haja registros de tal prática, caso houvesse pluralidade de credores, esses teriam o direito de espartear o corpo do devedor, dividindo entre eles os pedaços. Obviamente, os credores preferiam obter dinheiro com a venda do devedor como escravo, para dividirem o *quantum* correspondente à dívida de cada um. (1977a, p. 45).

No século V, *Lex Poetelia* vedou a prisão, a morte e a venda do devedor. “Era o prólogo da humanização dos meios executivos”, que, gradativamente, deixavam de atingir a pessoa do devedor para voltarem-se contra seu patrimônio. (LIMA, 1977a, p. 46).

A *Pignoris Capio*, acolhida entre as cinco *legis actiones*, era utilizada para tornar efetivo o pagamento de alguns créditos conforme os costumes e algumas leis especiais. Ao contrário da *manus injectio*, recaía sobre os bens do devedor. Aparentemente, aponta Mendonça Lima, foi a primeira modalidade romana de execução patrimonial. (1977a, p. 46). Era realizada *extra ius*, mantendo, assim, forte resquício da justiça privada. O credor, na presença de três testemunhas (sem, pois, a presença do devedor e do

magistrado) efetuava a apreensão e a penhora (*pignoris*) dos bens, que tinha efeito de persuasão coativa. Ao credor era permitida apenas a destruição dos bens penhorados, vez que lhe era vedado dispor ou alienar o patrimônio do devedor. Se a dívida fosse saldada, os bens eram devolvidos.

O período formulário substituiu o das *legis actiones*. Embora com menor intensidade, ainda subsistiram as duas espécies de execução – *manus injectio* e *pignoris capio*.

Posteriormente, surge a *actio iudicati*, que era uma nova ação, necessária à execução da sentença condenatória de pagamento em dinheiro. Passou-se, pois, a observar com maior rigor o princípio, segundo o qual deviam conhecer-se as razões das partes antes de fazer-se a execução. A *actio iudicati* era, pois, forma de intervenção do Estado para que o credor pudesse realizar concretamente o direito reconhecido pelo Magistrado. Embora ainda permitida a execução eminentemente pessoal, a execução patrimonial passou a ser a usual. (LIMA, 1977a, p. 47).

Ensinou Liebman que, na época clássica, proferida a sentença condenatória e decorrido o *tempus iudicati* de 30 dias, concedido ao vencido para pagar a sua dívida, o credor devia promover nova ação, a *actio iudicati*, que não diferia substancialmente das outras ações do processo formulário. As partes compareciam perante o pretor e o credor, fundando-se na condenação e no inadimplemento do devedor, pedia que lhe fosse entregue a pessoa do devedor, ou seu patrimônio (2003, p. 25). Se o devedor confessava a obrigação e o inadimplemento, o processo terminava aí e o pretor autorizava a execução na pessoa ou nos bens do condenado. De outro lado, se houvesse oposição do devedor, instaurava-se uma outra ação. Instaurava-se a *litiscontestatio* e o *iudicium*, que tinha por objeto o dobro da quantia originariamente devida. A nova condenação permitia, por sua vez, propor nova *actio iudicati* e assim por diante.

Sinale-se que tal direito de oposição do devedor não necessariamente importava em procrastinação do curso da execução. Liebman aponta duas

razões pelas quais não se podia procrastinar indefinidamente a execução: a pena de duplicação da dívida para o devedor que contestava sem boas razões a *actio iudicati* e os amplos poderes discricionários de que dispunha *in jure* o magistrado, que podia negar ouvidos à contestação feita evidentemente de má fé. (2003, p. 25).

Verifica-se que, na construção da *actio iudicati*, havia preocupação em se evitar a “execução injusta”, eis que, “entre o tempo da condenação e o da execução, as coisas podiam haver-se alterado”. (LOPES DA COSTA, 1959, p. 49). Desse modo, a execução somente se tornava possível quando o condenado reconhecia procedente o pedido de execução do credor. Em outro falar, mesmo depois de proferida a sentença condenatória, era dada ao devedor a oportunidade de opor-se à execução quando pudesse “lançar mão de bons argumentos para combater sua procedência”, como, por exemplo, “a nulidade da sentença condenatória, ou o pagamento da dívida depois de proferida a condenação”. (LIEBMAN, 2003, p. 25/26). Acerca de tais garantias, continua Liebman:

Essas garantias foram mantidas integralmente nos processos *extra ordinem*, que na época imperial foram substituindo o processo formulário. A *actio iudicati* continuou sendo o meio para pleitear-se a execução da sentença, embora com formas e efeitos diferentes. O processo todo se desenvolvia perante um funcionário imperial, e este, depois de ouvidas as partes, autorizava ou negava a execução. (LIEBMAN, 2003, p. 26).

Contudo, Mendonça Lima adverte que a execução deixava de recair apenas sobre os bens bastantes para saldar a dívida para incidir sobre a totalidade do patrimônio do devedor. (1977a, p. 47).

Outra inovação estabelecida a favor do devedor nos primórdios do Império Romano, por uma lei Júlia, foi a *bonorum cessio*, que evitava a execução pessoal e a marca da infâmia, aplicada ao cidadão arruinado e expropriado de seus bens, que degradava sua honra no meio social. O devedor entregava voluntariamente seu patrimônio aos credores, sendo-lhe

facultado adquirir novamente os bens necessários à sua subsistência. Se a alienação do patrimônio do devedor não bastasse à quitação integral das dívidas, continuava ele responsável pelo pagamento do saldo remanescente.

Surgiu também uma forma de execução com traços característicos de atividade jurisdicional, que obstou a interferência privada e pessoal dos credores. O procedimento *pignus in causa iudicati captum* representou o mais alto grau de evolução do Direito Romano e pode ser considerado como uma das origens da hodierna executoriedade por expropriação. A apreensão dos bens do devedor era procedida pelos *apparitores* a pedido do credor, até o limite do valor da dívida. Estabelecia-se um penhor (*pignus*). Passados dois meses da apreensão, caso não houvesse o pagamento da dívida, os bens eram alienados em hasta pública para a satisfação do débito. Sinale-se que àquela época já havia uma gradação dos bens a serem penhorados, em situação similar ao que consta do Código de Processo Civil Brasileiro (art. 655).

Ainda na mesma época surgiu a execução em espécie (*in natura*) que visava à entrega de coisa determinada. Se o bem não mais existisse, a solução dependia da atitude do devedor, conforme esclarece Mendonça Lima:

a) se tivesse agido com dolo, a execução seria procedida por quantia sem limite, consoante a avaliação arbitrária do credor, mediante seu juramento; b) se tivesse agido sem dolo, a execução seria, aí, pelo valor exato da coisa.

(LIMA, 1977a, p. 50).

Em síntese, no direito justinianeu, como período jurídico derradeiro de Roma, a execução se consumava pelos seguintes modos: a) pela *actio iudicati*; b) pela penhora e subsequente alienação dos bens do devedor (*pignoris in causa iudicati captum*); c) pela *bonorum cessio* em caso de insolvência do devedor; e d) pela forma específica ou *in natura*.

5.2. Período Medieval.

A civilização romana foi ofuscada quando os bárbaros invadiram o Ocidente. Para Mendonça Lima, a humanidade iniciava um longo retrocesso social e jurídico:

Aquelas hordas eram muito atrasadas em confronto com a que Roma já conquistara no esplendor de sua cultura. De origem germânica, preponderantemente, os vencedores ainda viviam estágio rude e primitivo, inclusive no setor jurídico e, conseqüentemente, processual.

(LIMA, 1977a, p. 51).

No antigo direito dos povos germânicos que invadiram a Europa ocidental no começo da Idade Média, havia uma maior preocupação em se satisfazer os interesses do credor. O inadimplemento era tido como ofensa à pessoa do credor, e este era “autorizado a reagir e a reparar o seu direito lesado pelo emprego da força, sem necessidade de dirigir-se a qualquer terceiro, autoridade, ou particular, para o exame imparcial de suas afirmações”. (LIEBMAN, 2003, p. 26). Conforme Lopes da Costa, “o próprio credor executava a sentença e só depois é que o executado podia, em processo de ação, invalidá-la”. (1959, p. 49).

Nesse período houve, também para Theodoro Júnior, um retrocesso à fase do desconhecimento do processo judicial de execução:

Não faziam eles qualquer diferenciação entre processo de cognição e de execução, nem sequer distinguiam entre responsabilidade civil e penal. O regime jurídico era, então, excessivamente individualista, e o devedor sujeitava-se fisicamente ao cumprimento das obrigações.

(THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 34)

Com o passar do tempo, a penhora por parte do credor só se tornou lícita quando autorizada pelo magistrado, autorização esta concedida com fundamento na regularidade formal do pedido feito pelo credor. Só depois de realizada a penhora é que o devedor podia impugnar sua legitimidade e provocar assim um julgamento *a posteriori*. Se o credor não fosse capaz de justificar a penhora, era condenado a pesadas multas.

No ano 1000, duas concepções de execução profundamente diferentes entraram em choque: a romana, que exigia, mesmo depois de proferida regularmente a sentença condenatória, que se desse entrada à execução por meio de novo processo contraditório (*actio iudicati*); e a germânica, classificada por Liebman como “rude e violenta, impaciente de qualquer demora, que permitia em primeiro lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentemente o exame imparcial das razões dos contendores”. (2003, p. 27).

Com o desenvolvimento dos estudos romanísticos nas grandes universidades da Idade Média, o direito romano passou a influir sobre os conceitos jurídicos até então vigentes. Afinal, o triunfo militar dos bárbaros não foi bastante para fazer desaparecer a cultura romana. Nos dizeres de Mendonça Lima, “a História está repleta de fatos semelhantes: os vencidos belicamente sobrepujarem, pela cultura, os seus vencedores”. (1977a, p. 52). Nesse período, os juristas procuraram realizar um “meio-térmo”, expressão utilizada por Lopes da Costa (1959, p. 49), atendendo às necessidades sociais e jurídicas de seu tempo, e criando o novo instituto da *executio parata* (execução aparelhada) que, por sua alta eficiência prática, representa ainda hoje a solução do problema. Para Theodoro Júnior, a *executio parata* foi o germe do atual processo de execução. (2000, p. 34).

Com o novo instituto, reafirmou-se um princípio que até hoje vigora: não se pode começar pela execução. Em outro falar, não haveria execução sem título (*nulla executio sinne titulo*) e, uma vez obtido o título executivo,

proceder-se-ia a execução de duas maneiras distintas: *per officium iudicis* ou *actio iudicati*, apontadas por Liebman da seguinte forma:

Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e portanto formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (liquidação de condenação ilíquida, pedido de juros sucessivos à sentença etc.), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de “execução *per officium iudicis*”, considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença: *istud officium venit in consequentiam condemnationis* (Bartolo). Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*.

(LIEBMAN, 2003, p. 27/28).

Lopes da Costa, didática e proficientemente, ensina:

a) Quando a sentença condenava em quantia ou coisa certas, bastava ao vencedor requerer ao juiz que a mandasse executar, pois a função do juiz não era só declarar o direito, mas também fazer que êle se realizasse.

A sentença, assim, já continha aparelhada a execução. *Sententia habet executionem paratam*.

Era a execução *per officium iudicis*.

b) Quando, porém, a sentença fôsse ilíquida ou o credor pretendesse coisa que só após a decisão se tornara devida, como, por exemplo, os juros posteriores à sentença, havia de propor outra ação: a *actio iudicati*.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 49/50).

Demais disso, a influência do direito germânico aliada ao desenvolvimento do comércio criou a necessidade de rápida realização de algumas categorias de créditos, estipulados com observância de formalidades especiais, como a dívida confessa perante o tabelião, que tinha o mesmo

valor jurídico que a confissão em juízo. Chegou-se, assim, à equiparação do instrumento à sentença para os efeitos executivos.

Como o direito romano aproximava a confissão da condenação (*confessus pro iudicato habetur*), criou-se o *processus executivus*, onde, somente após iniciada a execução, poderia o devedor defender-se. Todavia, adverte Liebman:

Não obstante, havia uma diferença entre a execução promovida por sentença e a que tinha por fundamento simples instrumento: é que, na primeira, o pedido do credor estava amparado pela coisa julgada sobre a existência do seu direito, o que reduzia as possíveis defesas do executado à arguição da nulidade da sentença, ou do pagamento posterior à sentença, ao passo que, na segunda, permanecia íntegra a possibilidade de o executado defender-se por todos os meios. Por conseguinte, com o passar do tempo, diferenciaram-se novamente as execuções nos dois casos: no primeiro, que se apresentava como simples prosseguimento da ação, reduzidas eram as oportunidades em que o executado podia defender-se; no segundo admitiu-se, ao contrário, verdadeira *ação executiva* com prazos especiais para discussão das defesas do executado.

(LIEBMAN, 2003, p. 28).

Mendonça Lima também aponta diferenças:

A execução baseada em sentença era simplificada, exatamente pela força derivada da coisa julgada, com todo seu império. Entendia-se, até, que a citação para a execução era dispensada, restringindo as impugnações do executado a poucos fatos (*v. g.*, arguição de nulidade da sentença; pagamento posterior à sentença etc.). A execução baseada naqueles títulos, além de exigir a citação inicial, não limitava, porém, a defesa do executado, que era ampla, ainda que dentro de um processo executório.

A primeira era como que um complemento da ação em que fora proferida a sentença exequenda; a segunda, contudo, configurava verdadeira ação executiva, com seu tramitamento completo, debatendo-se as alegações que, porventura, o devedor-executado formulasse, inclusive com produção de provas de ambos os lados, para culminar com uma sentença.

(LIMA, 1977a, p. 54).

Theodoro Júnior acentua a diferenciação que então passou a existir entre as duas execuções que passaram a ser tratadas como institutos distintos. Uma tida como simples prosseguimento da ação de condenação, com escassas oportunidades de defesa ao devedor, e outra em que, ao contrário, tinha-se uma verdadeira ação executiva com prazos e oportunidades especiais para a defesa ampla do executado. (2000, p. 35).

5.3. Direito Português.

Toda esta doutrina espalhou-se pela Europa central e ocidental, chegando a Portugal. A *actio iudicati* era considerada instituto excepcional, ao qual devia recorrer-se quando “*se quer pedir coisa em que ainda não há condenação*”. (LIEBMAN, 2003, p. 29). O caminho normal era pedir a execução *per officium iudicis*, observadas as formas estabelecidas nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 86), ou a chamada execução por “ação de assinação de dez dias” (ou ação decendiária). Nesta última modalidade, o devedor era citado para, dentro de 10 dias, oferecer por embargos a defesa que tivesse. (LOPES DA COSTA, 1959, p. 50).

Com a introdução da “ação de assinação”, o processo executivo metamorfoseou-se em processo de cognição sumária, no qual a escritura não autorizava a execução imediata, mas sim a obtenção célere da sentença, para depois ensejar a execução, pela via ordinária. Assemelhou-se, pois à *actio iudicati*. Todavia, Mendonça Lima, ancorado na doutrina liebmaniana, adverte que tais ações não se confundem. (1977a, p. 56). Na primeira metade do século XIX a legislação portuguesa aboliu a ação de assinação e a *actio iudicati*.

Pode-se, por assim, dizer que o direito processual português desconheceu o título executivo extrajudicial até a vigência do Código de Processo Civil de 1876. Até então, o efeito de título executivo extrajudicial

aparecia apenas se, na ação de assinação, o devedor deixava de apresentar sua defesa.

5.4. Direito Brasileiro.

No Brasil, o Regulamento baixado com o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850,⁹ aboliu a *actio iudicati* e previu distintamente a execução da sentença (*per officium iudicis*), a ação de assinação de dez dias (de origem tipicamente lusitana) e a ação executiva (que cabia para determinados créditos não assegurados pela ação de assinação). Persistia, pois, o sistema português, excluída a *actio iudicati*.

Mendonça Lima aponta que repetição do Regulamento nos códigos estaduais engessou o direito processual brasileiro, prendendo-o ao século XVII e mantendo-o alheio às renovações processuais experimentadas à época por outros países, notadamente Áustria e Alemanha.

O nosso processo ficou preso, em sua estrutura mestra, ao Regulamento n. 737, que por sua vez, mantinha, em substância, as Ordenações Filipinas, do século XVII. Mesmo assim, com as novidades introduzidas em confronto com o que vigorava e pela sistematização imprimida, o Regulamento n.º 737 representava, antanho, louvável progresso para a época. O mal não foi desse vetusto diploma, mas, sim, de sua inadvertida repetição, quase total, nos Códigos estaduais, que já se poderiam ter desprendido dos liames tradicionais, como seria aconselhável e desejável do ponto de vista teórico e técnico, porquanto material havia para tal empreendimento.

(LIMA, 1977a, p. 62).

⁹ Antes do Regulamento nº 737, os institutos processuais brasileiros eram regidos pelas Ordenações Filipinas e por leis extravagantes portuguesas, mesmo após a independência, vez que a Lei nº 20 de 1823 manteve sua vigência no Brasil.

E, mais adiante, reafirma tais repetições:

Em todos os Códigos estaduais, o procedimento igualmente se parecia com o Regulamento n.º 737, para qualquer das vias executivas similares, embora com diferenças não essenciais, pela adaptação a novas contingências.

(LIMA, 1977a, p. 69).

Muito embora nem todos os Estados-membros tenham criado seus Códigos de Processo Civil e Comercial (expressão largamente utilizada à época), alguns dos mais importantes o fizeram. O Código do Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (Lei nº 65, de 16 de janeiro de 1908) valeu-se apenas da expressão “execução”, não utilizando as expressões “execução de sentença” e “ação executiva”. Foram, então, suprimidas a ação de assinação de 10 dias e a ação executiva. Na lição de Mendonça Lima, a despeito de doutrina e a jurisprudência gaúchas utilizarem a expressão “ação executiva”, o código sul-riograndense foi o único diploma regional a concentrar a execução sem a diversidade de vias consagrada nos demais Estados-membros: “O ordenamento sul-riograndense antecipou-se, assim, no Brasil, em 65 anos, ao nosso atual Código de Processo Civil, e filiando-se à orientação generalizada na Europa!” (LIMA, 1977a, p. 64).

O Código do Processo Civil e Comercial da Bahia (1915) mantinha o regime clássico do Regulamento nº 737, estabelecendo-se as três vias tradicionais: ação de assinação de 10 dias, ação executiva e execução de sentença.

O Código de Processo Civil de Minas Gerais (1922) não adicionou o adjetivo “comercial” à sua nomenclatura, tendo servido de exemplo aos Códigos Nacionais de 1939 e 1973. O “regime”, expressão utilizada por Mendonça Lima (1977a, p. 66), era um meio-termo entre os códigos gaúcho e baiano, eis que não unificava as vias executivas (como no diploma gaúcho) e

nem as adotava em três variantes (como no diploma baiano). Somente havia duas espécies: a ação executiva e a execução de sentença.

O Código do Processo Civil e Comercial do então Distrito Federal (hoje Estado do Rio de Janeiro), de 1924, assim como o mineiro, já se distanciava do Regulamento nº 737 e adotou duas modalidades de execução: a ação executiva e a execução de sentença.

Surpreendentemente, o Código do Processo Civil e Comercial de São Paulo (1930) submeteu-se ao arcaico sistema do Regulamento nº 737 e reviveu os três tipos de vias executivas: ação decendiária (nova denominação da ação de assinatura de 10 dias que já suprimida no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e no então Distrito Federal), ação executiva e execução de sentença.

No período de 1891 a 1937, no regime das Constituições Federais de 1891 e 1934, existia a chamada “justiça federal”, que aplicava o direito comum da mesma forma que as Justiças estaduais, sempre que houvesse interesse da União Federal na causa, ou desde que houvesse previsão constitucional. Essa chamada “justiça federal” foi extinta pela Constituição de 1937 e, até sua extinção, foi regulamentada pelo Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898. No tocante às vias executivas, foi adotado o seguinte sistema: ação decendial (ação decendiária ou ação de assinatura de 10 dias), ação executiva e execução de sentença.

O Código de Processo Civil de 1939 acolheu o sistema do código mineiro e do carioca. Com seu advento, desaparece a ação de assinatura de dez dias e sobrevivem a via ordinária (execução de sentença) e a especial (ação executiva). Na lição de Mendonça Lima:

a) *Ação executiva* - cabia para a cobrança de créditos sem um denominador comum preciso, salvo a presunção de sua validade, favorecendo sua exigibilidade, como instrumentos públicos; documentos particulares com duas testemunhas; títulos cambiários; custas; aluguéis; direitos reais de garantia etc.

(LIMA, 1977a, p. 74).

[...]

b) *Execução de sentença* - baseada, em regra, em sentença transitada em julgado (definitiva), embora permitida, por exceção, quando sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo, ou seja, a provisória (art. 882, I e II e art. 883).

(LIMA, 1977a, p. 77).

O procedimento da ação executiva iniciava-se com mandado para pagamento ou penhora, em 24 horas. Procedida a penhora, o réu podia defender-se por contestação (não por embargos como nos códigos estaduais) e, com ou sem contestação, o procedimento seguia os trâmites normais do procedimento ordinário, inaugurando-se a fase cognitiva. Julgado procedente o pedido de execução,¹⁰ e como já havia a penhora, passava-se à fase de avaliação e publicação de editais para a hasta pública. Havia juízes, lembra Mendonça Lima (1977a, p. 75), que procediam verdadeira “execução da execução”, vez que determinavam nova citação do réu para esta última fase, propriamente executória, de expropriação.

A execução de sentença dividia-se em três modalidades: por quantia certa; para entrega de coisa certa ou em espécie; de obrigação de fazer ou não fazer. A defesa do executado dava-se por meio de embargos, era exigida nova citação para o início da execução e, se a sentença fosse ilíquida, a execução começava pela liquidação. Mendonça Lima (1977a, p. 78) lembra que, embora não mantendo similitude alguma com o modelo romano, a execução de sentença era chamada por Pontes de Miranda de *actio iudicati*.

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) passou a adotar um só processo de execução, embora a diversidade dos títulos executivos. Passou a não mais haver a dicotomia legal – execução de sentença e ação executiva – até então existente. A justificativa já constou

¹⁰ Não se fala aqui em “improcedência dos embargos” como acontecia nos Códigos estaduais e no próprio Código de 1939 no procedimento de execução de sentença.

da Exposição de Motivos do Anteprojeto de 1964 (item nº 25), quase repetida no Projeto nº 810 (item nº 21):

O Anteprojeto segue esta orientação, porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e, assim, parece aconselhável unificar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático, são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o Anteprojeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal, como categorias autônomas, simplificando a estrutura do sistema.

(*Apud* LIMA, 1977a, p. 84).

O Código não mais permitiu a antiga terminologia “ação executiva”, assim como também não consagrou o neologismo de Liebman – “ação executória” (2001, p. 38). A nomenclatura legal passou a ser uma só: execução.

Seguindo a tendência de sucessivas reformas do Código de Processo Civil de 1973, sobreveio a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que rompeu definitivamente com aquele modelo baseado nas lições de Liebman.¹¹ Objetivou-se a reformulação e aperfeiçoamento da execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título judicial, registrando-se no direito processual hodierno grande tendência a minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de atividade jurisdicional – cognição e execução. Instituiu-se, pois, novo procedimento: o Cumprimento de Sentença, tido por alguns como mera fase do processo de conhecimento.

¹¹ Sinale-se que a anterior Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, já havia iniciado o rompimento com a dicotomia processo de conhecimento/processo de execução.

6. NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO EXECUTIVA.

Nos dizeres de Barbosa Moreira, enquanto o processo de conhecimento visa em substância à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução. Para o processualista, o escopo do procedimento executivo é “atuar praticamente” a norma jurídica concreta. Tratam-se, pois, de duas atividades jurisdicionais distintas, realizadas num e noutro processo:

No de conhecimento, ela é essencialmente intelectual, ao passo que no de execução se manifesta, de maneira preponderante, através de atos *materiais*, destinados a modificar a realidade sensível, afeição-a, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.

(MOREIRA, 2002, p. 185).

Todavia, a “aparente simplicidade” (OLIVEIRA, 2002, p. 259) do cumprimento dos provimentos jurisdicionais condenatórios induziu o legislador, nas reformas parciais do processo civil brasileiro, a eliminar a necessidade de um novo processo de execução. “Alude-se, a este propósito, em execução ‘sincrética’ ou imediata” (ASSIS, 2006, p. 11).

Tal inovação, trazida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, leva a uma obrigatória reflexão sobre a natureza jurídica da função executiva. É o que se fará nas linhas seguintes.

6.1. Natureza jurídica da função executiva em Liebman.

Devido à importância da doutrina liebmaniana na construção teórica da função executiva no Código de Processo Civil de 1973, é mister traçar algumas breves reflexões e críticas sobre o que Enrico Tullio Liebman lecionou sobre o tema.

Amparado nas teorias de Oskar Von Bülow, o mestre italiano firma seu entendimento no seguinte sentido:

Como todo processo judicial, também o processo de execução, além de ser uma série de atos coordenados pela finalidade comum que visam atingir, é também uma relação jurídica. Este conceito exprime o conjunto de situações jurídicas subjetivas que ligam entre si as pessoas envolvidas no processo, ou melhor, a sua unidade. É naturalmente relação de direito público, caracterizada pelo fato de ir-se desenvolvendo progressivamente desde a proposição até a terminação do processo.

É sabido que esta idéia foi exposta pela primeira vez por Bülow em 1868 e foi largamente aceita pela doutrina, embora nem sempre entendida do mesmo modo.

(LIEBMAN, 2003, p. 72).

Mais adiante, o próprio Liebman aponta a crítica de James Goldschmidt à teoria de Bülow:

Observa Goldschmidt que a *relação jurídica é conceito próprio da estática do direito e, por isso, não se adapta ao processo, no qual não encontramos direitos subjetivos e obrigações. Da estática das normas jurídicas como imperativos de conduta surgem para os sujeitos direitos e obrigações; mas da sua consideração dinâmica como regras para que o juiz julgue a conduta dos sujeitos, surgem para estes simples expectatias possibilidades e perspectivas da sentença que vai ser proferida. Estas expectativas e perspectivas representam, mais do que relação jurídica no sentido tradicional, uma situação jurídica, que é o estado das pessoas considerado do ponto de vista da sentença judicial que se espera, de acordo com as normas jurídicas.* Deste modo de conceituar o processo o autor deduz ampla remodelação de todas as tradicionais doutrinas do processo.

Apesar das objeções numerosas feitas a essa teoria, muitos dos conceitos elaborados por Goldschmidt constituem valiosa contribuição ao sistema do direito processual.

(LIEBMAN, 2003, p. 72).

Acentua Liebman que o conceito da situação jurídica não pode substituir o da relação processual, eis que, muito embora represente a posição em que as partes se encontram, com relação às chances, esperanças e possibilidades de conseguir sentença favorável, não pode exprimir a essência jurídica do processo porque deixa de tomar em conta a posição e a atuação do juiz. E continua:

O juiz, seus poderes e a totalidade dos seus atos, inclusive a sentença, são concebidos como estando fora dessa suposta situação jurídica a qual dá, portanto, uma imagem apenas parcial do fenômeno processual. Poderá ser interessante apreciar no decorrer do processo as variáveis perspectivas das partes de vencer ou perder afinal e as possibilidades que o direito lhes oferece de modificá-las num ou noutro sentido: isso tudo representa somente um dos aspectos do que acontece no processo e será sempre insuficiente a representá-lo em sua totalidade, pois ignora o que há de preponderante e essencial, ou seja, a posição jurídica do órgão julgador.

(LIEBMAN, 2003, p. 73/74).

Liebman culmina por observar que a teoria de Goldschmidt se refere apenas ao processo de cognição, e não ao processo de execução, “pois qualquer esforço neste sentido não poderia dar resultados” (2003, p. 74).

Sustenta, ainda, que diferentes são as objeções de Carnelutti ao conceito de relação jurídica processual. Aceitando noção muito restrita da relação jurídica em geral, como a que exprime a correlação entre um direito subjetivo e uma obrigação, admite ele a existência no processo de inúmeras relações jurídicas, negando-se a incluir naquela noção o processo como um todo. Tal restrição, para Liebman, não se justifica:

Bem ao contrário, todo o valor do conceito da relação processual está em permitir conceber o processo em sua unidade e em sua autonomia. Todas as relações existentes entre os sujeitos do processo têm o seu fundamento, suas raízes, sua significação no fato básico da pendência do processo; tomadas em conjunto, formam

o que se poderia denominar de tecido jurídico interno do processo, enquanto a série de atos (o procedimento) é apenas sua manifestação exterior e visível. E o processo, considerado como relação jurídica pode distinguir-se da relação jurídica material que constitui seu hipotético objeto: esta relação pode existir ou não (a incerteza é mais aparente no processo de cognição, mas subsiste em certa medida também na execução), enquanto o processo existe objetivamente por si próprio, qualquer que seja o seu resultado final: mesmo se a ação for declarada improcedente, nem por isso o processo deixará de ter existido e atingido a sua finalidade. O conceito da relação jurídica processual proporciona ao processo sua auto-suficiência lógica, o fundamento de sua existência objetiva.

(LIEBMAN, 2003, p. 74/75).

Conclui, portanto, que a relação de direito processual não se confunde com a de direito material, vez que seu conteúdo não é formado por direitos subjetivos e obrigações. O direito processual tem, para Liebman, essencialmente a função de regular e ordenar a atividade do órgão judiciário, seus poderes e as formas e garantias de seu exercício. O que as partes podem fazer é apenas provocar, interferir e influir sobre essa atividade, entretanto, sujeitando-se aos seus efeitos. “Mesmo quando as leis processuais regulam os poderes e os atos das partes, fazem-no apenas por considerá-los condição, pressuposto ou limite da atividade do juiz” (2003, p. 75). Desse modo, o conteúdo fundamental da relação processual seria o poder, para o órgão judiciário, de exercer sua função em relação ao assunto deduzido em juízo.

A despeito de todo o respeito que se deve à doutrina imperecível de Liebman, certo é que suas teorias foram desenvolvidas sob paradigma estatal muito diverso do contemporâneo. A própria “posição de sujeição” que o mestre italiano sustenta impor-se às partes na relação processual deve ser entendida com muito cuidado, vez que, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição não pode se dar à margem do ordenamento jurídico-normativo. Partes e julgadores devem assumir, pois, “posição de sujeição” diante dos conteúdos da ordem jurídica, vez que a condução das atividades jurisdicionais há de obedecer a toda uma principiologia constitucional do processo,

garantidora da isonomia, do acesso à jurisdicionalidade, do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado e da dignidade da pessoa humana.

Comentando as reformas do processo de execução, Rosemiro Pereira Leal lembra que o rigor de um Judiciário autoritário não empresta efetividade-celeridade à solução de conflitos:

A utilização do Estado-juiz (invenção de Hobbes) para tornar eficaz o processo contra o indivíduo em prol de um suposto Estado-Segurança soberano em sua inerente imunidade nega o pleito fundamental de *eficiência sistêmica* nas democracias.

(LEAL, 2007, p. 945).

Aroldo Plínio Gonçalves afirma que, no Estado de Direito, a função jurisdicional somente se exerce nos limites da lei e em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição (1992, p. 50). A doutrina de Chiovenda também vincula o exercício da atividade jurisdicional aos conteúdos da lei (1998, p. 8). Da mesma forma, Marcelo Cattoni de Oliveira sustenta que o juiz, ao exercer suas funções, não está sozinho, vez que os destinatários da atividade jurisdicional devem “diretamente participar, em contraditório, *em simétrica paridade*”, da construção democrática do provimento (2001, p. 153/154). Torna-se a repetir: deve ser abandonada a tendência equivocada de se situar o juiz no centro de gravidade do processo, reduzindo as partes à posição meramente passiva, o que importa em verdadeira ignorância dos princípios que regem a teoria das fontes jurídicas. (DIAS, 2004, p. 79/80).

De igual sorte, não se pode, hodiernamente, conceber o processo de execução como relação jurídica entre pessoas. As teorias de Liebman e Bülow são adotadas, até os dias atuais, pelos membros da escola instrumentalista do processo que, na assertiva de Rosemiro Pereira Leal, confundem tormentosamente os conceitos de processo e procedimento, proclamando este último como manifestação fenomênica daquele ou como “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo”,

sem, entretanto, explicar a origem desse “meio” (2005, p. 92). Prossegue o autor mineiro:

Agravam-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a *jurisdição* hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da *jurisdição*, e não instrumento desta.

(LEAL, 2005, p. 93).

Vê-se claramente que não há lugar, no paradigma do Estado Democrático de Direito, para a concepção do processo de execução como complexo de direitos, poderes, faculdades das partes e do Estado-juiz, em que o exeqüente é parte ativa, o executado é parte passiva e o julgador o comandante do combate judicial, mormente porque tal concepção levaria à idéia admissível de que a instauração do processo criaria “um vínculo jurídico exercitável pelo constrangimento e pela opressão” (LEAL, 2005, p. 251), totalmente incompatível com as teorias contemporâneas.

Nos contornos de um processo democrático (instituído pelo atual paradigma constitucional), deve-se entender execução como o complexo de atividades e provimentos jurisdicionais (invocável pelo exercício de direito-de-ação) construído pelas partes (em contraditório com simétrica paridade de participação) com o intuito de se resolver (ou compor) a lide de pretensão insatisfeita, conforme o direito e conforme a principiologia institutiva do devido processo constitucional.

6.2. Função executiva e jurisdição.

Para Miguel Reale, a norma jurídica caracteriza-se pelo fato de ser “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” (2004, p. 95). Amparado nas lições de Jhering e Kelsen, o autor definiu o direito como sendo a “ordenação coercitiva da conduta humana” (2004, p. 47).

A norma jurídica é coercitiva e obrigatória porque tem, em sua retaguarda, aparelhos estatais encarregados de assegurar o seu cumprimento: os órgãos jurisdicionais. Estes, por sua vez, têm como função constitucional maior apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito que lhe for submetida (art. 5º, XXXV). De tais assertivas, Teori Albino Zavascki conclui:

Ao Poder Judiciário cabe, portanto, atender às demandas dos cidadãos por proteção dos seus direitos, ou seja, por medidas tendentes a fazer com que as normas jurídicas abstratas, transformadas, pela incidência sobre determinado ato ou fato, em normas jurídicas concretas, tenham seu comando efetivamente realizado. Esse conjunto de atividades destinadas a tutelar direitos compõe o que se costuma denominar de função jurisdicional do Estado ou, simplesmente, de jurisdição.

(ZAVASCKI, 2004, p. 22/23).

Piero Calamandrei, ao verbalizar que “o Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador” (1986, p. 175), identifica a função jurisdicional como guardião da legalidade. Assim também Carnelutti confere à atividade judicante o mister de garantidora dos comandos da lei (norma

jurídica abstrata) ao afirmar que a conformidade das decisões judiciais com o direito é o que se pode chamar “justa¹² composição da lide” (2000a, p. 93/94).

Há, de outro lado, a atividade jurisdição destinada a promover o cumprimento da norma jurídica concreta, chamada por alguns “norma de decisão” (GRAU, 2005, p. 24), cujo conteúdo já se encontra identificado na sentença.

Norberto Bobbio aduz que a toda violação da norma jurídica se denomina *ilícito*. “O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi *observada*, no segundo, que não foi *executada*” (2001, p. 152). E, sobre a sanção decorrente dessa ilicitude, assevera:

Podemos definir mais brevemente a sanção como a resposta à *violação*. Todo sistema normativo conhece a possibilidade da violação e um conjunto de expedientes para fazer frente a esta eventualidade. Podemos dizer que todo sistema normativo implica o expediente da sanção.

(BOBBIO, 2001, p. 154).

Lembra Garcia Medina que nem sempre a decisão judicial, por si só, implica em solução para o conflito submetido ao órgão jurisdicional, razão pela qual este deve ter condições de “forçar a observação do direito” (2004, p. 32). Essa atividade jurisdicional é a execução e, na lição de Zavascki, tem como ponto de partida “a certeza do direito à prestação”, já reconhecida em uma decisão jurídica (norma jurídica concreta). “Busca-se, aqui, tutela para uma pretensão insatisfeita e não (ou não mais) para uma pretensão contestada” (2004, p. 27/28).

¹² É importante que se dê à expressão “justo (a)” uma significação adequada aos paradigmas da pós-modernidade. “Justo (a)” quer dizer em conformidade com o ordenamento jurídico, afastando-se toda e qualquer idéia de subjetivismo do decisor. “**lustus**, a, um [1. lus], adj. 1. conforme o direito; justo; legítimo.” (VALLE, 2004, p. 420).

Na imperecível lição de Alfredo de Araújo Lopes da Costa, “a *execução civil* é também função jurisdicional”:

O princípio outrora ensinado por alguns processualistas – de que jurisdição era somente a decisão (*Jurisdictio in sola notione consist*) – vinha da diferença que faziam entre a *jurisdictio* e o *imperium*, no direito romano.

Nos últimos tempos da República, depois de certas restrições a competência dos magistrados das cidades itálicas, deu-se à palavra *jurisdictio* o sentido de *jus dicere*, abrangendo apenas a fase processual *in jure*. (KELLER, *De la procédure chez les Romains*, 7).

(LOPES DA COSTA, 1947, p. 126).

E, mais adiante, reafirma:

A princípio negava-se mesmo o caráter jurisdicional aos atos de execução, o que se exprimia com a regra de direito comum: *jurisdictio in sola notione consist*. Exercício da jurisdição só haveria no processo de conhecimento ou de declaração. Os atos de execução seriam administrativos.

Essa questão, porém, já hoje está superada.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 43).

Também para José Frederico Marques, a execução forçada constitui modalidade da função jurisdicional, eis que há uma prestação imediatamente exigível (título executivo) e o titular dessa prestação pretende vê-la cumprida. Inadimplente o devedor, surge a lide. O inadimplemento, por si só, configura conflito de interesses, qualificado por uma pretensão insatisfeita.

Para compor essa lide, é que o juiz atua e se instaura o processo executivo. Não importa que os atos praticados tenham caráter coativo, pois, nem por isso, perdem a natureza de atos processuais, ou atos que se destinam a solucionar relação intersubjetiva, que se tornou litigiosa. O meio de compor a lide é diverso do empregado no processo de conhecimento, mas se reveste dos mesmos caracteres de jurisdicionalidade, que na cognição.

(MARQUES, 1976, p. 3).

Para Liebman, como todas as pessoas, indistintamente, estão sujeitas à lei, “devem todos, por igual, sujeitar-se ao que é pelo ordenamento jurídico destinado a valer como sua aplicação imparcial” (1984, p. 125), referindo-se, obviamente, às decisões judiciais de natureza cognitiva. Mais adiante, conclui que a eficácia dos atos executivos, da mesma forma que a da sentença, “decorre tão singela e naturalmente do caráter público e universalmente reconhecido à administração da justiça, que não há necessidade de nenhuma norma especial que expressamente a sancione” (1984, p. 126), explicando porque terceiros alheios à ação de cognição podem estar obrigados a cumprir atos de execução.

Como bem aponta Zavascki, já passou o tempo em que a função jurisdicional se resumia a “dizer o direito”, cabendo ao vencedor, a outros órgãos estatais, ou ao próprio judiciário em função administrativa, promover a execução:

Ninguém mais se aventura a negar, seriamente, que a execução tem natureza idêntica à da cognição, complementando-se uma à outra e formando ambas um conjunto único, que, não raro, são mesmo desenvolvidas em uma única relação processual. Como disse CARNELUTTI, revisando suas próprias convicções iniciais (segundo as quais a execução situava-se fora do campo da jurisdição), “também o processo executivo serve para compor a lide, em sua forma mais grave (*lide de pretensão insatisfeita*)”. Se o processo de execução representa um prosseguimento necessário do processo cognitivo, já que “a composição da lide exige a conversão do dever ser em ser”, o que se faz pela via da execução, como não haveriam de ter, ambos, “a mesma natureza?”, pergunta CARNELUTTI. Daí a conclusão, hoje incontestada, de que “também o processo executivo responde ao conceito de *cumprimento da lei*; confirma-se assim a fundamental unidade entre cognição e execução”.

A execução forçada é, pois, ato de Estado, submetido ao poder de seu *imperium* monopolizado. Descarta-se a execução privada, seja por mão própria do credor, seja por obra de terceiro.

(ZAVASCKI, 2004, p. 22/23).

Ovídio Baptista, em nome de um novo conceito de jurisdição, conclama os juristas a guindarem a execução a uma forma superior de tutela jurisdicional (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 214/215).

Theodoro Júnior, citando Leo Rosemberg, também atribui natureza jurisdicional à função executiva:

A tutela jurisdicional, posta pelo Estado à disposição das partes, “compreende não só a solução do litígio no procedimento de conhecimento iniciado pela demanda, mas também a consecução e efetividade das pretensões nele declaradas”.

(THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 45).

Pode-se, por assim, dizer a concepção de jurisdição como a atuação dos conteúdos do ordenamento jurídico, realizada discursivamente pelas partes litigantes, em simétrica paridade, tendo como modelo o Processo. Como não basta proclamarem-se (ou dizerem-se) direitos, o órgão jurisdicional e as partes devem “*proteger e realizar*” tais direitos. “Esta finalidade é alcançada pelos órgãos do Poder Judiciário através da prática de *atos executivos*” (MEDINA, 2004, p. 33). No paradigma do Estado de Direito Democrático, a jurisdição (incluída nesse contexto a execução) deve ser entendida como manifestação do poder estatal (exercido em nome do povo), deve ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), somente podendo o Estado agir (se e quando provocado) dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), garantindo sempre a adequada participação dos destinatários na formação do provimento, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do decisor, que é investido pelo Estado da função de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica fundada no prudente (ou livre) arbítrio do juiz.

6.3. Autonomia da execução: direito à execução como direito de ação.

“O direito à execução é direito de ação” (LOPES DA COSTA, 1959, p. 43). Mesmo na vigência do Código de 1939, que, em seu artigo 196 admitia ser a execução de sentença uma fase do processo de conhecimento, Lopes da Costa já admitia sua autonomia, admitindo, entretanto, que parte da doutrina rumava em sentido contrário. Gabriel de Resende Filho ensinava que a execução era uma fase do processo de conhecimento, partindo de três afirmativas:

- 1) art. 196 do Código diz que a instância termina com a execução do julgado;
- 2) que a prescrição da execução é a mesma da ação;
- 3) que há uma unidade fundamental entre a declaração do direito e a sua satisfação.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 43).

À primeira afirmação, Lopes da Costa respondeu que a instância findava-se com a sentença irrecorrível, e não com a execução:

O primitivo art. 256 do Anteprojeto de BATISTA MARTINS dizia que “a instância começará pela citação inicial e findar-se-á regularmente pela sentença definitiva”.

Depois, atendendo a sugestões, o autor o modificou, dando-lhe a forma atual.

Se o adjetivo *definitiva* está em seu sentido próprio, de sentença de mérito, sentença que *define* a questão levada a juízo, o texto primitivo pecava por deficiência. O atual peca por excesso.

A instância, como já mostramos, finda com a sentença irrecorrível.

(LOPES DA COSTA, 1959, p. 44).

A segunda afirmativa Lopes da Costa refutou sustentando que “o que, na realidade, prescreve é o direito”, não, pois, a ação. E, ainda que fosse a ação, o fato de ser o mesmo o prazo prescricional não poderia levar à conclusão precipitada de que ambas as ações (conhecimento e execução) seriam uma única (1959, p. 44).

Com relação à terceira afirmação, Lopes da Costa não nega que há unidade de fim entre o processo de conhecimento e o de execução, mesmo reconhecendo que o primeiro é o caminho para chegar-se ao segundo. “Dessa unidade de fim, entretanto, não é lícito concluir pela unidade de ação” (1959, p. 44).

Mendonça Lima observa que os antigos juristas portugueses já afirmavam que “a execução é uma nova instância” (Pereira e Sousa) ou que “a execução é um juízo novo” (Almeida e Sousa). Menciona, ainda, dentre os autores brasileiros, a lição de Leite Velho, que sustentava: “Em nosso conceito, a execução não é o *princípio da demanda* que a lei designa, mas a conseqüência dela, constituindo nova instância” (1977, p. 29/30). E prossegue, afirmando que este era o entendimento quase unânime da doutrina, ainda na vigência do Código de 1939:

Ainda, porém, durante a vigência do anterior diploma nacional, a doutrina brasileira já passara a pender no sentido de considerar o processo de execução autônomo ante o processo de conhecimento. Voltava, assim, como que às nossas origens mais genuínas, sob o influxo, também, dos processualistas europeus dos mais variados países e sistemas, com ramificações igualmente na América.

(LIMA, 1977, p. 30/31).

Aponta, ainda, Mendonça Lima, que, embora dependa a execução de uma decisão proferida em processo de conhecimento, “a sentença, a rigor, não necessita sempre do processo de execução para ser cumprida ou ser efetivada” (1977, p. 34). Certo é que, por imperativo do ordenamento jurídico, o cumprimento da sentença deve ocorrer, com ou sem execução. Entretanto,

o ordenamento jurídico veda a autotutela e a via executiva de cumprimento das decisões judiciais deve se dar “com nova interferência do Poder Judiciário, por intermédio de órgão competente, agora já em nome, também, de sua própria autoridade e de seu prestígio na ordem social” (1977, p. 35). O autor chega a afirmar que mesmo a execução *ex officio* procedida na Justiça do Trabalho, “do ponto de vista teórico, é ainda um novo processo” e conclui que o fato de o processo de execução de título judicial desenvolver-se nos próprios autos do processo de conhecimento não afeta o princípio dualista de processos (1977, p. 36).

Frederico Marques acentua a mesma autonomia, afirmando que “o processo de conhecimento é processo de sentença, enquanto que o processo executivo é processo de coação”. E prossegue:

A execução forçada, além de não se confundir com o processo de conhecimento, porque é sobretudo instrumento de coação, não constitui, com aquele, uma única relação processual. Ao reverso, são distintos os dois processos, formando, cada qual, relação jurídica autônoma.

(MARQUES, 1976, p. 11).

Araken de Assis entende que, mesmo no novo procedimento de cumprimento de sentença, continua inegável a diferença das operações realizadas na função executiva (ato) e na função de conhecimento (enunciado): “A autonomia se expressa de duas maneiras complementares, atualmente: em primeiro lugar, na diversa essência da atividade jurisdicional empreendida na cognição e na execução; ademais, na circunstância de que da condenação surge a *actio judicati*” (2006, p. 35).

Moacyr Amaral Santos (2001, p. 211) aduz que, proferida a sentença condenatória e não satisfazendo o condenado, voluntariamente, o mandamento condenatório, o vencedor poderá “*requerer a execução*”, que se configura com a “*realização da sanção*” (formulada na lei e refletida na sentença). E continua:

Esse direito de promover a execução, de provocar a jurisdição a efetivar a sanção é direito de agir, é a ação. Promovendo-a, o credor exercita a ação que o título executivo lhe atribui, que é a ação de execução, que baseada nesse título, nasce do inadimplemento do devedor.

(AMARAL SANTOS, 2001, p. 211).

Completa o jurista seu raciocínio, aduzindo que “o direito de provocar a função jurisdicional de execução é um direito processual subjetivo, da mesma natureza que o de provocar a jurisdição decisória” (2001, p. 211). Para o autor, o direito à execução é *autônomo*, distinto do direito material, é *abstrato* “porque exercitável independentemente do resultado prático” e, pelo mesmo motivo, é um “direito ao processo, isto é, ao meio e não ao fim” (2001, p. 212). E conclui:

Assim, à ação condenatória corresponde uma relação processual, o processo de conhecimento em que se proferiu a sentença condenatória; à ação executória, destinada a assegurar a eficácia prática dessa sentença, corresponde outra relação processual, o processo de execução, autônomo e distinto daquele.

(AMARAL SANTOS, 2001, p. 214).

Theodoro Júnior já aduziu que entre os processualistas contemporâneos o problema achava-se inteiramente superado, havendo unanimidade de entendimento de que a execução é uma nova ação. Amparado na lição de Rosenberg, o autor apontava três traços evidenciadores da autonomia do processo de execução:

- a) nem todo processo de conhecimento tem como consequência uma execução forçada, bastando lembrar os casos de sentença meramente declaratórias ou constitutivas e as hipóteses de cumprimento voluntário da condenação;
- b) nem toda execução tem como pressuposto uma sentença condenatória, haja vista a possibilidade de baseá-los em títulos extrajudiciais;

c) os processos de cognição e execução podem correr ao mesmo tempo, paralelamente, como ocorre na execução provisória.

(THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 47).

Todavia, já demonstrou entendimento divergente:

Nossas meditações sobre o processo, como veículo da prestação jurisdicional, têm-nos levado ao convencimento de que o romanismo de nosso sistema jurídico nos conduziu a uma dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, em grande parte desnecessária e até mesmo perniciosa.

(THEODORO JÚNIOR, 1987, p. 193/194).

Com a devida vênia, não mais se pode aceitar o processo como mero “veículo” ou “instrumento” da jurisdição, eis que, com o advento da Constituição de 1988, o processo passa a ser “validador e disciplinador da *jurisdição*, e não instrumento desta” (LEAL, 2005, p. 93).

E prossegue Theodoro Júnior:

Nossa proposição é a de que o bom senso não exige a manutenção da atual dualidade de relações processuais (conhecimento e execução) quando a pretensão contestada é daquelas que, deduzidas em juízo, reclamam um provimento jurisdicional condenatório.

(THEODORO JÚNIOR, 1987, p. 195).

Da mesma forma, Ernane Fidélis dos Santos, embora reconheça que a sentença condenatória se constitui em título executivo judicial, não reconhece a autonomia do direito à execução diante da nova sistemática do Código de Processo Civil:

O cumprimento de sentença é, agora, simples prosseguimento do processo de conhecimento. Não é relação autônoma, mas fase

distinta, embora venha a sentença que reconheça a obrigação a se constituir em título judicial (art. 475-N, I, introduzido pela Lei n. 11.232/2005).

(SANTOS, 2006, p. 3).

Em mesmo norte ruma o entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

Pois agora, com a Lei nº 11.232/05, o Código de Processo Civil muda definitivamente de paradigma. Abandona-se o modelo liebmaniano e se passa a um sistema em que a execução de sentença é mero prolongamento do processo em que tal sentença tenha sido proferida.

(CÂMARA, 2006, p. 8).

É de se ressaltar, ainda, no mesmo sentido, a opinião de Athos Gusmão Carneiro, para quem o novo procedimento representa “retorno ao medievalismo” com a restauração do princípio *sententia habet paratam executionem*¹³. Para o autor, a iniciativa do legislador reflete a busca de um processo de execução moderno e eficiente, que sirva de instrumento adequado e célere para o cumprimento das sentenças (2007, p. 10/11), através do abandono do sistema romano da *actio iudicati* e do retorno ao sistema medieval (2006, p. 53).

Passemos à matéria mais significativa da reforma, a relativa ao *cumprimento da sentença*, cujo ponto de partida é a abolição da *actio iudicati* (ou melhor, de um sucessivo processo autônomo) como instrumento processual indispensável à execução forçada das obrigações de pagar, sendo adotado um processo “sincrético”, abrangente das atividades de conhecimento e, ainda, dos procedimentos executórios, sob uma única e mesma relação jurídica processual.

(CARNEIRO, 2007, p. 43).

Com o devido respeito, é no mínimo estranho afirmar que tal “retorno ao medievalismo” refletiria a busca de um processo de execução “moderno e

¹³ “A sentença contém em si a execução preparada”.

eficiente”. Demais disso, conforme alhures já se aduziu, o mito da celeridade (que tem impulsionado lamentáveis reformas na legislação processual civil) deve ser objeto de críticas e cogitações mais profundas. Não se pode olvidar que, mormente sob uma inafastável principiologia constitucional, a atividade jurisdicional apressada e divorciada do devido processo (com todos os seus princípios institutivos) não terá o condão de atingir a tão almejada “eficácia”.

Liebman admite haver entre o processo de cognição e de execução “relações especiais”, vez que ambas se referem à mesma matéria – o mesmo conflito de interesses surto entre duas pessoas. “Visam ambos efetivar a mesma regra jurídica concreta capaz de resolver aquele conflito, satisfazendo, progressivamente, com atividades de natureza diferente, o mesmo direito subjetivo” (2003, p. 71). Nessa esteira, Watanabe afirma que os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados compartimentos estanques (2000, p. 49).

Todavia, essa unidade de escopo não pode servir de argumento para reunir-se cognição e execução em único processo negando-lhes a condição de ações autônomas. Àqueles que, em outros tempos, negaram à execução a condição de processo autônomo para considerá-la mera fase processual, Liebman respondeu o seguinte:

Não é mais assim, evidentemente, desde que o processo se tornou objeto de estudo sistemático por si próprio, feito do ponto de vista da função pública que nele se desenvolve. **Assim encarada torna-se a execução processo autônomo, subsistindo contudo algumas conseqüências do fato que tem que lidar com a mesma matéria social à qual se referiu o processo de cognição que a precedeu.** A relação corrente entre os dois processos pode designar-se de **conexão sucessiva**, que se reflete, por exemplo, nos pressupostos processuais da execução.

(LIEBMAN, 2003, p. 72, grifos nossos).

O mestre italiano, que sempre reconheceu a necessidade de “esclarecer se cognição e execução constituem fases distintas de um único

processo, ou dois processos separados e autônomos” (2003, p. 65), asseverou que:

A faculdade de promover a execução, que a sentença condenatória confere ao credor, é uma **ação**, porque ela consiste também no direito (ou poder) subjetivo de provocar o exercício da atividade jurisdicional a favor de um interesse próprio. Seu nome antigo é **actio iudicati**.

(LIEBMAN, 2001, p. 31).

Em obra específica sobre o processo de execução, Liebman aduz que a ação condenatória “morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença” (2003, p. 65/66). É, pois, forçoso concluir que não é a execução mera “continuação” da ação cognitiva, e sim novo direito de ação. Mais adiante conclui:

Quanto ao mais, a execução tem os seus próprios pressupostos processuais, partes, objeto: o juiz competente pode ser pessoa diferente da que processou e julgou a causa; as partes podem ser outras que não as do processo de cognição (arts. 566 e 568, do CPC); *a ação executória é ação nova nascida da sentença condenatória; o pedido que promove a execução e portanto o objeto desta também é diferente, visando a realização da sanção, tal como indicada no título executório, e não a decisão de um conflito de pedidos contraditórios.*

(LIEBMAN, 2003, p. 70/71).

No mesmo sentido é a lição de Mendonça Lima:

O direito de execução, que origina o processo de execução, participa da mesma natureza do direito de ação desenvolvido no processo de conhecimento. Além de *autônomo* e *instrumental*, é *abstrato*. Isso significa que, embora baseado em título judicial (sentença), com o peso e a autoridade da coisa julgada, inexistente, a rigor, a tutela concreta do Estado em favor do credor, assim como igualmente não ocorre em favor do autor, conforme doutrina predominante.

(LIMA, 1977, p. 37).

Liebman, após distinguir as ações *executória* e *executiva*, chamou a atenção para a autonomia de ambas em relação ao direito material por elas tutelado:

Ambas as ações acima mencionadas, a executória e a executiva, são apenas espécies da figura geral da ação, que é o direito subjetivo fundamental do direito processual. Não podem, pois, deixar de ter a natureza jurídica que caracteriza a ação em geral. O aspecto que aqui interessa realçar é a sua autonomia: quer a ação executória, quer a executiva, distinguem-se perfeitamente do direito material que pretendem tutelar, característica esta que, aliás, já estava implícita em tudo o que foi dito acima.

(LIEBMAN, 2003, p. 45/46).

Lopes da Costa lembra, com propriedade, que “o juiz não pode jamais ir além do pedido”. Assim, no processo de cognição, “manifestando-se sobre o pedido, o juiz esgotou sua função” (1959, p. 45). A execução, pois, somente poderá ser intentada via do exercício de novo direito de ação. “O direito à execução é direito de ação” (1959, p. 46).

Na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, há nítida distinção entre ação cognitiva, ação executiva e ação cautelar. Para Allan Helber de Oliveira, essa distinção de ações segundo sua função não é fruto de “abstrações doutrinárias”. “Existe uma identidade muito particular no interior de cada uma delas que as diferencia e sugere seu tratamento individualizado” (2002, p. 258). O autor mineiro entende que esta autonomia não impede que o legislador suprima arbitrariamente as barreiras entre as espécies de ações, o que faz fundado em argumentos de “simplificação da atividade processual”. Todavia, tais medidas são realizadas sempre a título excepcional e para momentos determinados. “O que se diz buscar nessas ocasiões é o benefício de outros valores juridicamente tutelados” (2002, p. 258). Tais valores se inspiram, por certo, em concepções arcaicas, voluntaristas e subjetivistas a que os *instrumentalistas* denominam *escopos metajurídicos* do processo (LEAL, 2005, p. 254).

Carnelutti, ao distinguir processo de cognição e de execução, aponta que as diferenças são definidas pela qualidade da lide a que visam compor. O processo de cognição atua para a composição de ambas, enquanto o processo de execução “faz-se unicamente para compor a lide de pretensão insatisfeita” (2000a, p. 126/127). Inspirado nas lições de Carnelutti, Allan Helber de Oliveira também entende que esta díade acertamento (ação cognitiva) *versus* atuação (ação executiva) está erigida sobre a diferença existente entre “lide de pretensão discutida” e “lide de pretensão insatisfeita”, mas adverte:

Entretanto, a aparência de ‘simplicidade’ da função executiva pode ocultar situações de complexidade. Ademais, por trás da frieza do termo ‘eliminação da lesão da pretensão’ está o mais delicado dos atos que o Estado pode praticar no exercício de sua função jurisdicional: o ataque contra o patrimônio do jurisdicionado.

Não fosse a potencial situação de complexidade com que os atos executivos podem se deparar, o fato de a execução cuidar de medidas que agridem o patrimônio do particular já é – por si – suficiente para exigir o estabelecimento de uma atividade concatenada, capaz de garantir o atendimento a princípios elementares do direito processual.

A ação de execução – ainda que não sirva para inaugurar uma ampla cognição, tal como no processo de conhecimento – é também um espaço dialógico, apto à formação de um determinado discurso. Há, na ação de execução, uma operação construída por uma série de operações intermediárias e parciais, que resulta, ao final, no alcance de um objetivo predeterminado.

(OLIVEIRA, 2002, p. 259/260).

Araken de Assis, ao teorizar sobre o procedimento de cumprimento de sentença, também sustenta haver independência da pretensão a executar, lembrando que, inexistindo cumprimento espontâneo da norma decisional, “surge para o vencedor uma nova ação – a *actio iudicati*” (2006, p. 172). E continua:

No que tange à sentença condenatória, a autonomia se prende a uma razão de fundo. A emissão de provimento condenatório

implicará a realização de atos executivos no patrimônio legítimo do executado, exigindo a individualização do bem nesta esfera, operação que dependerá de sua localização e, eventualmente, de sua conversão no bem devido. Por isso, examinando-se as eficácias (da ação material) e a oportunidade em que o bem da vida perseguido é entregue ao vitorioso, o processo executivo se origina da pretensão (pré-processual) a executar, iniciado pela ação (processual) provocadora da tutela jurisdicional.

Ora, a “ação” corresponde ao direito à tutela jurídica e, de ordinário, seu exercício forma um processo, ou seja, relação jurídica entre o autor (exequente), Estado e réu (executado).

(ASSIS, 2006, p. 173/174).

Conclui o autor que a nova sistemática do código mantém a concepção liebmaniana de que é a execução “processo plenamente autônomo e independente” (2006, p. 174), ainda que se processe o cumprimento de sentença nos mesmos autos da ação principal. Verifica, ainda, que da ausência de (nova) citação não se extrai, necessariamente, a inexistência de (novo) processo (2006, p. 174), e corrobora:

Em realidade, no caso do art. 475-N, I, há cumulação sucessiva (ou superveniente) de ações *in simultaneo processu*. Uma das modalidades de cumulação sucessiva é a inserção de uma nova ação num processo pendente. Para formar-se o processo cumulativo, advertia Mário de Almeida Castro: “não importa que juntos venham os pedidos na petição inicial ou em outros atos posteriores do processo”, embora na espécie de cumulação sob foco o pedido do exequente não venha a ser julgado no mesmo provimento, mas representa uma função processual diferente e autônoma. E, no caso de cúmulo superveniente, à semelhança do que acontece na hipótese de o réu reconvir, a relação processual continua única.

(ASSIS, 2006, p. 175).

Ronnie Preuss Duarte afirma que, desde a vigência da Lei 11.232/2005, “a pretensão à condenação pecuniária abrange implicitamente a pretensão executiva” (2007, p. 264), mas, reconhecendo que no cumprimento de sentença a causa de pedir reside em fato novo, bem como o pedido, atribui ao procedimento a natureza de ação:

(d) a análise do regime da nova figura do “cumprimento de sentença” (a qual pode ser designada por execução de sentença, dada a sinonímia verificada) indica que tem ela a natureza jurídica de ação, pois (i) tem por pressuposto uma situação patológica, um ilícito civil, o inadimplemento, rendendo ensejo inclusivamente à incidência de multa; (ii) depende de iniciativa da parte para que se inicie a execução; (iii) há a necessidade da expedição de ato de comunicação processual ao devedor para oportunizar a apresentação de defesa sob a forma de impugnação; (iv) há a possibilidade de, por vontade do credor, o “cumprimento de sentença” se processar em foro distinto daquele onde tramitou a ação de conhecimento.

(DUARTE, 2007, 267).

Importante ressaltar a proficiente lição de Leonardo Greco:

A execução é ação conseqüente, oriunda da ação de conhecimento que a antecede no mesmo processo. Ação de cognição limitada quanto à extensão, porque restrita às questões de direito e de fato que fundamentam a atividade coativa, e sumária quanto à profundidade, porque não tem a tutela executória a finalidade de formar juízos de certeza sobre o direito material das partes, pré-constituído no título executivo, nem dispõe procedimento executório de uma seqüência de atos predisposto a uma cognição exaustiva. Toda atividade cognitiva na execução de sentença é direcionada à fundamentação adequada e legítima da atividade coativa. É meio e não fim da jurisdição de execução.

(GRECO, 2007, p. 857).

E arremata, afirmando que “a unidade da relação jurídica processual não implica necessariamente unidade de ação nem unidade de procedimento” (GRECO, 2007, p. 867).

Ação, para Amaral Santos, é o “direito de provocar a prestação jurisdicional do Estado”, restando “afastada a idéia de ação no sentido concreto”:

A ação, em suma, um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre

o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional no caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional. (AMARAL SANTOS, 1999, p. 159).

Theodoro Júnior, por seu turno, aduz que, como as partes são tratadas pelo Estado em condições de plena igualdade, o direito de resposta (ou direito de exceção em sentido lato) é direito público subjetivo de opor-se à pretensão deduzida em juízo no exercício do direito de ação (2003, p. 60).

Assim, em se considerando a execução como direito de ação, como consequência dos princípios constitucionais da isonomia e do contraditório, deve ser proporcionado ao réu (executado) direito paralelo ou simétrico ao do autor (exeqüente), que será o "direito de defesa" ou "direito-de-ação-contrária" (LEAL, 1998, p. 18).

7. A RESPOSTA DO EXECUTADO NOS QUADROS DO DEVIDO PROCESSO.

7.1. Processo e procedimento: uma reflexão obrigatória.

A chamada ação executiva, que se exercita depois de já definitivamente acertado o direito subjetivo desrespeitado pelo devedor, vem a ser o requerimento pelo credor de providências adequadas à reparação efetiva do direito violado e conduzirá o processo até a satisfação efetiva do chamado “direito material” do credor. Obtém-se, por força da ação de execução, a realização efetiva da prestação a que tem direito o credor, por atos de força, cuja prática corresponde a uma atividade jurisdicional. É justamente essa coercibilidade incidente sobre o patrimônio do executado que torna ainda mais imperiosa a observância da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e da dignidade da pessoa humana quando da efetivação da atividade jurisdicional executiva.

Em face da obrigatória constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito, conforme já se aduziu, diante de grande preocupação com a eficácia e constitucionalidade da atividade jurisdicional executiva, impõe-se refletir se a “exagerada” busca por celeridade na jurisdição executiva e a ordinaryidade do processo de execução estão em consonância com as garantias do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, ou, em outro falar, com o devido processo constitucional. Essa perquirição leva obrigatoriamente a uma

reflexão sobre o procedimento¹⁴ que ensejará a realização de atos de força sobre o patrimônio do executado.

O verbete procedimento assume freqüentemente o mesmo sentido apontado por Abbagnano (*Apud* GONÇALVES, 1992, p. 61), na primeira acepção do termo processo: “maneira de operar ou de agir”. Lembra Aroldo Plínio Gonçalves a lição da doutrina do Direito Processual, que identifica a origem etimológica do termo procedimento (*procedere* – prosseguir, seguir em frente), da qual derivou a palavra “processo”, com idêntico sentido etimológico. Destaca que, no latim, *processus*, -a, -um é particípio passado de *procedo*, e *processus*, -us é substantivo (1992, p. 62). A origem de processo é, portanto, do verbo *procedo*, -is, -ere, -cessi, -cessum, que teve dois sentidos próprios e alguns sentidos figurados.

O primeiro sentido próprio, utilizado por César (*De Bello Gallico*) e Cícero (*Tusculanae*), corresponde a avançar, alongar-se; o segundo, usado por Tito Lívio, refere-se a prolongar, continuar. Na mesma raiz, há, no latim, o verbo *progigno*, -is, -ere, -genui, -genitum, com o sentido próprio de: prolongar a raça engendrando, gerar, assim empregado por Cícero (*De Divinatione*), e o adjetivo *prognatus*, -a, -um, com o sentido próprio de: saído de, descendente de, como utilizado por Horácio (sátiras). Proceder é, também, “originar-se”, “descender de” e procedimento é também, “o originar-se” e “o descender de”.

(LEAL; *et al*, 2007, p. 237).

Para Aroldo Plínio Gonçalves, predominam, atualmente, duas tendências distintas no campo do Direito Processual, firmadas sobre dois fundamentos teóricos distintos, cada uma delas trabalhando com base em seus conceitos, suas definições, suas categorias, seus institutos. As diferenças teóricas não recaem somente sobre o conceito de procedimento e de processo, mas atingem temas fundamentais do Direito Processual.

¹⁴ Rosemiro Pereira Leal lembra que Liebman e, por conseguinte, o Código de Processo Civil vigente, não distinguiu claramente as figuras do processo e do procedimento, chegando mesmo a confundir este último com o direito de ação. “Tais ambigüidades só foram extirpadas muito posteriormente pelas teorias de Fazzalari” (LEAL, 2005, p. 180).

Conforme esclarece o autor (1992, p. 63), a diferença decorre, fundamentalmente, da concepção que se adote sobre procedimento e sobre processo, porque é por ela que se começará a estabelecer todo um sistema de conceitos de que o Direito Processual necessita para as suas construções teóricas.

No desenvolvimento do Direito Processual baseado na concepção de Oskar von Büllow, restou superada a concepção de processo como tipo de procedimento que consistia na mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito material. A autonomia proclamada influenciou gerações até Enrico Tullio Liebman e Alfredo Buzaid, orientando o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, e provocou distorções ao eternizar a dicotomia entre direito processual autônomo em relação ao direito material e mitigar o procedimento a ponto de concebê-lo como simples forma de exteriorização de atos encadeados e mero instrumento da jurisdição.

Bomfim Júnior, Macedo, Neves, Guimarães e Freitas, em obra coordenada por Rosemiro Pereira Leal, apontam:

Ressalta Aroldo Plínio Gonçalves que esta linha doutrinária que separa o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico, pelo qual se atribuem finalidades ao processo e se considera o procedimento delas destituído. Nela, o procedimento é puramente formal, algo que tanto pode ser uma técnica, como os atos de uma técnica, como a ordenação de uma técnica, enfim, separa-se do processo como idéia impregnada de finalidades por ser estranho a qualquer teleologia.

Em contraposição, sustentam alguns a necessidade de se conceber o processo a partir da análise teleológica, propiciando-lhe a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito. Todavia, confundir-se-ia com a noção de procedimento.

(BOMFIM JÚNIOR; *et al*, 2007, p. 238).

Elio Fazzalari propôs a análise do procedimento e do processo pelo critério lógico, com base no sistema jurídico que os disciplina. Percebe-se, então, que, antes de distinção, há uma relação de inclusão. Veja-se, a esse respeito, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves:

... o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

(GONÇALVES. 1992, p. 68).

Fazzalari propõe a idéia de procedimento como gênero e processo como espécie qualificada pelo contraditório. Dentro da idéia da formação de uma estrutura procedimental, cada norma concorre individualmente para constituir a seqüência que será conhecida como procedimento. Veja-se:

... a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante uma série de normas (até a reguladora de um ato final, freqüentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.

(FAZZALARI, 2006, p. 113/114).

Aroldo Plínio Gonçalves defende a idéia de que o conceito de procedimento é construído a partir da noção de provimento como atividade preparatória de ato estatal imperativo (1992, p. 102). Essa releitura do conceito de procedimento teve como ponto de partida o caráter imperativo dos atos estatais. Acerca desse conceito, veja-se a conclusão de Bomfim Júnior, Macedo, Neves, Guimarães e Freitas:

Logo, infere-se que o provimento é ato estatal dotado do caráter imperativo e produzido por órgãos no âmbito de sua competência, seja ele administrativo, legislativo ou jurisdicional.

Como o ato imperativo que é, o provimento se destina a surtir efeitos aos interessados. Para tanto, é necessário que este provimento seja precedido de uma atividade preparatória.

O procedimento consiste, portanto, nesta atividade preparatória à qual se refere Aroldo Plínio Gonçalves, cujo termo é alcançado com a edição do ato por ele preparado, um ato dotado de caráter imperativo e final. Ou seja, o provimento é, na verdade, a conclusão do procedimento.

(BOMFIM JÚNIOR; *et al*, 2007, p. 240/241).

Pode-se, pois, identificar o procedimento em razão do provimento ao qual ele põe fim, muito embora o procedimento não se resuma ao provimento. O procedimento pressupõe uma série de atos e normas que estabelecem posições jurídicas dos sujeitos interessados na preparação do ato estatal. Resta, então, superada a arcaica noção de relação jurídica entre pessoas, e evolui-se para a idéia de uma relação jurídica entre normas que estabelecem uma estrutura jurídica de atos e posições jurídicas.

Aroldo Plínio Gonçalves, amparado na doutrina de Elio Fazzalari, entende o procedimento como sendo uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, conforme modelo normativo próprio, e que se conectam, de modo a preparar o ato final válido e eficaz:

No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade desse ato e, conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento.

[...]

Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera seqüência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a

observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.

(GONÇALVES, 1992, p. 109/111).

Conclui-se, portanto, que o procedimento, na obra de Elio Fazzalari, é definido como:

... uma seqüência de “atos”, os quais são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é, enfim, visto como uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).

(FAZZALARI, 2006, p. 115).

Aroldo Plínio Gonçalves, referindo-se à concepção de Elio Fazzalari, inicia a definição de processo pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento (1992, p. 113). Ressalte-se novamente a lição de Bomfim Júnior, Macedo, Neves, Guimarães e Freitas:

Pode-se afirmar, desde logo, que há processo sempre que o procedimento realizar-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão os efeitos em suas universalidades de direitos.

(BOMFIM JÚNIOR; *et al*, 2007, p. 243).

Para Fazzalari, o processo é um procedimento do qual participam (ou são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades (2006, p. 118/119).

A distinção entre processo e procedimento ultrapassa, pois, a simples participação dos sujeitos numa relação jurídica. O grande diferencial é o princípio do contraditório, que implica a participação de pelo menos dois sujeitos, um interessado e um contra-interessado (FAZZALARI, 2006, p. 122), sobre os quais o ato final recairá. Sinala-se que a estrutura processual é atrelada ao princípio do contraditório, pela simétrica paridade dos contenedores:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinados a serem beneficiários da condenação e os que são destinados a submeter-se a ela, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanção.

Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.

(FAZZALARI, 2006, p. 118/120).

O processo é, pois, espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na busca do provimento jurisdicional. Por outro lado, procedimento é, para Rosemiro Pereira Leal, uma “estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espaço-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato consequente e este como extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final” (2005, p. 255).

7.2. Cumprimento de sentença e contraditório.

A reforma do processo de execução no Código de Processo Civil foi procedida “a galope” e transformou o código numa “colcha de retalhos (mulambos)” (LEAL, 2007, p. 944). Em nenhum momento o legislador considerou o paradigma do Estado de Direito Democrático instituído desde o preâmbulo pela Constituição de 1988.

A esse respeito adverte Rosemiro Pereira Leal que se tem operado reformas no processo de execução em prol de um modelo de Estado-segurança vinculado ao sistema de *common law* que, adotando o critério da livre convicção (que não é hermenêutico), confere ao julgador “uma interpretação axiológica do direito calcada em juízos de equidade, bom senso, sensibilidade, benignidade (*secundum conscientiam*) sem qualquer comprometimento com a predizibilidade da lei” (LEAL, 2007, p. 944).

Ao realizarem pesquisa sobre o Processo no Estado Democrático de Direito, Pedron e Caffarate verificam:

No paradigma constitucional do Estado de Direito, o direito deixou de ter uma justificativa transcendental que se baseava na hierarquia sociedade de castas, para se tornar um conjunto de leis elaboradas de forma racional e impostas universalmente à observância de todos. As leis passaram a conter idéias gerais e abstratas tomadas como Direito Natural pelo jusracionalismo. São exemplos destas idéias abstratas a igualdade perante a lei, a liberdade individual de se fazer tudo o que a lei não proíbe e a propriedade, no mínimo, do próprio corpo. O ordenamento jurídico era baseado nas idéias liberais, que tinham o homem como o centro do mundo e capaz de ordená-lo através de sua razão e vontade. O Estado, então, tornou-se limitado à legalidade, com um ordenamento jurídico que estabelece limites negativos, delimitando uso das liberdades pelos indivíduos, para, com isso, assegurar aos mesmos o livre exercício da autonomia da vontade.

(PEDRON; CAFFARATE, 2003).

Nesse contexto histórico surgiram os direitos individuais, oponíveis contra o Estado. No paradigma do Estado de Direito, a lei deveria ser universal, geral, clara e precisa e, tanto o quanto possível, completa, ao passo em que a função jurisdicional se limitava à tarefa mecânica de interpretação gramatical. O decididor era chamado de juiz “boca de lei” (CARVALHO NETTO, 1999. p.477/479).

Na contemporaneidade, a Teoria do Processo passou por uma reconstrução, tendo sido o devido processo legal colocado dentre os direitos fundamentais, que apresentam as “condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p, 70) e representam, dessa forma, a garantia de legitimidade do Direito, pois “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (HABERMAS, 1997, p. 171).

Verifica-se que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva” (HABERMAS, 1997, p. 145). Qualquer decisão, pois, que não encontre amparo no consenso de todos os sujeitos envolvidos, será carecedora de legitimidade porque os direitos fundamentais “não caem sob uma análise dos custos e vantagens” (HABERMAS, 1997, p. 322).

Verifica-se que, no Estado Democrático de Direito, o processo representa um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processuais assegurados pelos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório (LEAL, 2002, p. 68). É, portanto, um espaço, no qual é garantida a *discursividade*, como consectário do princípio democrático. Assim, no exercício da atividade jurisdicional, o órgão decididor não está sozinho no exercício das suas atribuições, mormente porque, do procedimento (em

contraditório) que enseja a construção do provimento jurisdicional, devem participar, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 93).

Todas as espécies de provimento jurisdicional devem, pois, apresentar, não somente a aplicação da norma mais adequada ao caso concreto, mas também ser legitimada pelos argumentos de todos os sujeitos processuais, de modo que esses se reconheçam como autores do provimento jurisdicional (PEDRON; CAFFARATE, 2003). Elimina-se, destarte, idéia de que os atos de decisão estariam entregues à sabedoria (ou sentimento) do julgador.

Na contemporaneidade, o provimento deve ser intimamente vinculado à argumentação de todos os sujeitos processuais, e os princípios constitucionais do processo mostram-se de fundamental importância para a preservação do discurso democrático, fazendo-se necessária a sua definição e aplicação.

Ensina Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 179) que a postulação, como exercício incondicionado do direito de ação, instala-se procedimentalmente pelo atendimento de pressupostos processuais, o que torna mais complexa a teorização do direito de resposta (ou defesa) da contraparte, levando a uma necessária reflexão acerca dos institutos jurídico-processuais que se ergueram ao longo da história do direito.

Não há mais lugar, na pós-modernidade, para a concepção simplista de contraditório como mera “forma antitética à pretensão” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 241). Isso refletiria apenas “o vetusto balizamento da existência hierárquica de dois pólos desbalanceados e antagônicos: o autor, no pólo ativo, a exigir do réu, no pólo passivo, uma conduta supostamente devida” (LEAL, 2005, p. 179). E continua Rosemiro Pereira Leal:

É tão arraigada a cultura processual brasileira nessa linha teórica da autonomia da vontade do século XIX que, em sendo o CPC de 1939 e o de 1973 um espelho autocrático de enlances subordinantes de uma parte a outra ou destas ao juiz, surgem óbvias dificuldades para

a revisitação da *defesa* na contemporaneidade dos estudos do *processo civil*.

(LEAL, 2005, p. 180).

Verifica-se do vigente procedimento de cumprimento de sentença que o legislador manteve ainda uma “relação pitagórica” entre o juiz e as partes, numa relação de “subordinação das partes à sabedoria do juiz”, mediante “faculdades sensitivas do que é bom ou ruim”, numa repetição da “concepção jurisdicional pretoriana das *fórmulas* do Direito romano arcaico” (LEAL, 2005, p. 180).

Por isso, releva acentuar que outra finalidade não pode ter o *processo* para o juiz, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do *contraditório*, da ampla defesa, da simétrica paridade e de efetiva participação na construção do provimento.

(LEAL, 2005, p. 182).

E continua:

No magistério de Mello Filho, a locução *devido processo legal* tem o sentido de cláusula *due process of law* do Direito Processual americano que, em suma, significa *direito à citação, direito ao contraditório, direito à assistência judiciária, direito à prova plena*. O instituto do devido processo legal, mais do que conjunto normativo de regência principiológica do proceder, há de ser entendido, também, tal qual se vê das lições de Michel Stassinopoulos, como *substantive due process of law*, porque tem fonte no *princípio da legalidade (reserva legal)*.

(LEAL, 2005, p. 182).

Os princípios decorrentes do devido processo legal são garantidos constitucionalmente às partes e, nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, são necessários à efetivação da garantia constitucional dos direitos fundamentais. Veja-se:

O direito da ação e o direito de defesa são essenciais à efetivação plena dos direitos fundamentais. É nesse sentido que a constitucionalização da ação tem um grande significado na prática da proteção desses direitos.

A garantia efetiva do direito de defesa é essencial aos mecanismos necessários à efetivação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

(BARACHO, 1995, p. 33).

De tais assertivas é forçoso concluir que o direito de defesa não é mera resistência à pretensão contida na ação. “A demanda já não é mais um duelo de desfecho aleatório num regime de sujeição de direitos de uma parte à outra ou de ambas ao juiz” (LEAL, 2005, p. 185). Da mesma forma, o direito de defesa não é mais o simples “dizer e contradizer”, mas o direito-garantia constitucional de que o debate jurídico construído procedimentalmente será regido pelo devido processo legal, restando assegurados o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, com a efetiva participação das partes na construção dos provimentos (LEAL, 2005, p. 186).

Conforme dito em linhas anteriores, o pedido de execução constitui nova invocação da atividade jurisdicional para a prática de atos executivos, agora não mais para resolver a lide de pretensão resistida, mas a lide de pretensão insatisfeita. Trata-se, pois, de novo direito de ação a exigir a ampla abertura dos meios de defesa da contraparte.

Por isso a execução deve pressupor um processo (procedimento em contraditório), onde devem ser observadas a ampla defesa, a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Todavia, no procedimento de cumprimento de sentença, inserido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, verifica-se que não se forma uma estrutura procedimental capaz de assegurar o exercício dos princípios constitucionais do processo. Isso se dá principalmente pelo excesso de lacunas da lei e pela insistente (e equivocada) tendência do legislador em situar o juiz como centro de gravidade do processo.

No novo procedimento, por exemplo, realizado o auto de penhora e avaliação - ou só de penhora, conforme as circunstâncias - haverá a “intimação” do executado. O interessante aqui é que a intimação será feita na pessoa do advogado constituído nos autos (somente na falta deste, poderá se dar a intimação pessoal ou por representante legal, inclusive por correio), sendo assinalada a oportunidade de oferecer “impugnação” em um prazo de 15 (quinze) dias.¹⁵ Deste modo, estão abolidos os embargos executivos de títulos judiciais, fazendo-lhe as vezes a denominada impugnação.

De plano, já se verifica que houve supressão da convocação pessoal do executado. Conforme já sustentou Allan Helber de Oliveira ao comentar a segunda reforma do Código de Processo Civil, a ação de execução impõe que seja convocado pessoalmente o devedor da obrigação reclamada em juízo. “A convocação do executado é indispensável, ainda que ele tenha sido regularmente convocado para o processo de conhecimento que antecedeu a ação executiva” (OLIVEIRA, 2002, p. 262). O autor adverte que a convocação pessoal constitui condição de segurança¹⁶ até para que se diga que o devedor já se sabe derrotado no processo cognitivo. É bom lembrar que, no novo procedimento, as intimações são dirigidas ao advogado do devedor ou ao seu representante legal¹⁷ e não são realizadas na pessoa do devedor, sem margem para nenhuma dúvida acerca da sua cientificação.

A despeito de tais considerações, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no Recurso Especial nº 954859, que o prazo de quinze dias para pagamento de condenação independe de intimação pessoal. O relator do Acórdão, Ministro Humberto Gomes de Barros, fundamentou seu voto ao argumento de que a Lei nº 11.232/2005 reformou o processo de

¹⁵ Código de Processo Civil, art. 475-J, § 1º.

¹⁶ Mais do que “condição de segurança”, a convocação pessoal é corolário lógico da garantia constitucional do contraditório.

¹⁷ Conforme parágrafo 1º do Art. 475-J do Código de Processo Civil. Vale lembrar que o Código de Processo Civil somente prevê a citação do devedor nos casos previstos nos incisos II (sentença penal condenatória transitada em julgado), IV (sentença arbitral) e VI (sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça) de seu Art. 475-N.

execução, simplificando formalmente o seu procedimento, na busca de maior “agilidade”.

É bom lembrar que, como já se aduziu alhures, a ausência de convocação pessoal não extrai do procedimento de cumprimento de sentença a independência da pretensão a executar. Ainda que não se considere essa independência (ou autonomia, conforme já aduzido), é forçoso concluir que o cumprimento de sentença (execução de título judicial) inaugura nova e importante fase procedimental (ou novo direito de ação) em que a força estatal pesa, sem sombra de dúvida, sobre o executado para prover à atuação dos conteúdos da norma decisional.¹⁸ Isso reforça, ainda mais, a idéia de que deve haver a convocação pessoal do devedor para não restarem prejudicadas as garantias do acesso à jurisdicionalidade (que não existe somente em relação ao legitimado ativo), da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

A impugnação não terá *efeito suspensivo*, “podendo o juiz” atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação¹⁹. E mais, ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exeqüente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, “arbitrada pelo juiz” e prestada nos próprios autos.²⁰

Os exemplos acima servem para demonstrar que, lamentavelmente, mais uma vez, insistiu o legislador em situar o juiz como o centro de gravidade

¹⁸ Neste aspecto, vale lembrar que o executado poderá sofrer constrição patrimonial sem a devida cientificação (convocação pessoal) e sem a prerrogativa de escolher o bem a ser objeto de penhora, eis que a nova sistemática do Código de Processo Civil atribui ao exeqüente a prioridade para indicar os bens a serem penhorados (CPC, art. 475 J, §, 3º: “o exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados”).

¹⁹ Lembra Araken de Assis que, presentes os pressupostos de suspensão, “nenhuma discricção é dada ao juiz, devendo suspender a execução” (2006, p. 349).

²⁰ Permissivo igualmente equivocado (de liberdade e subjetivismo do julgador) consta também do artigo 475-O, III, do Código de Processo Civil: “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

do processo, aumentando ainda mais o “relicário ordálico da Lei Processual Civil brasileira só decifrável pelo transcendental ‘poder do juiz’ e não pelo ‘direito das partes’, que deveria ser expresso em normas claras e facilmente inteligíveis e cumpridas em contraditório” (LEAL, 2005, p. 186). Importante, neste particular, lembrar a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

O juiz não fica preso a uma ideologia dominante, mas aplica os princípios e valores constitucionais, propiciando, por intermédio de suas decisões, a prática do pleno sentimento da Constituição e das leis, pelo que deve cuidar que as garantias processuais permitam ao cidadão posicionar-se em igualdade nas sedes judiciais.

(BARACHO, 1995, p. 34).

Diante da consideração feita alhures, de que o pedido de execução constitui direito de ação, como consequência dos princípios constitucionais da isonomia e do contraditório, deve ser proporcionado ao réu (executado) direito paralelo ou simétrico ao do autor (exeqüente). Assim, se o “pedido” de execução ou de cumprimento de sentença (equivocadamente denominado “requerimento” pelo legislador no artigo 475-B do Código de Processo Civil) é “direito de ação”, deve ser proporcionado ao executado direito público, subjetivo, análogo e correlato ao direito de ação do exeqüente, já que agora operar-se-ão atos de força sobre o seu patrimônio. E não há falar-se que o amplo direito de resposta já fora concedido na “fase de cognição”, vez que, conforme já mencionado, trata-se de cumulação sucessiva de ações num mesmo processo e, para cada “direito de ação” deve haver um “direito de defesa” (ou de exceção). Essa amplitude do direito de defesa do executado encontra suas bases nas garantias da isonomia e do contraditório, não podendo sofrer restrições sob pena de restarem violados os princípios constitucionais institutivos do processo. Mendonça Lima sustenta a idéia de “colocar-se a execução sob a égide dos mesmos princípios que regem o processo de conhecimento” (1977, p. 39).

Frederico Marques, reconhecendo as distinções teóricas existentes entre a ação cognitiva e a executiva, aduz que, embora o título executivo coloque o executado em posição mais difícil que a do réu no processo de conhecimento, exerce ele o direito à defesa e ao contraditório:

Não se registra o contraditório dialético da cognição, mas há contraditório como forma do devido processo legal, em que o executado se defende, a fim de que a coação estatal não ultrapasse as fronteiras demarcadas na lei. O executado tem poderes e faculdades no exercício do direito de defesa, pois embora sujeito aos atos executivos de coação, não se encontra desprovido de meios e remédios para impedir que seu patrimônio fique atingido mais além do que se faz imprescindível, para o cumprimento da prestação a que desatendeu.

(MARQUES, 1976, p. 3/4).

Assim também Garcia Medina entende que, embora haja limites para o exercício do contraditório na execução, referido princípio é de ser observado (2004, p. 35).

Giuseppe Tarzia, recorrendo à lição de Carnelutti, afirma que a ação executiva é bilateral e que a participação do executado no procedimento de execução é tão preciosa quanto no de cognição.

A partir destas bases, Carnelutti, progressivamente, acentuou a tese do caráter contraditório do processo executivo, até chegar à conclusão de que o nosso princípio constitui “a garantia mais eficaz da imparcialidade do juiz”, que “não conta menos para a execução que para a cognição”, e que “um dos passos à frente para a ciência do processo foi, certamente o de afirmar a necessidade do contraditório também no processo executivo e, portanto, com exceção do seu início, a bilateralidade da função”, atribuindo-se ao devedor a qualificação de parte, não só no sentido material, mas também no sentido processual.

(TARZIA, 2003, p. 58/59).

Analisando a incansável busca por celeridade à luz do instituto do devido processo legal, Ferreira Rosa adverte:

Como contrapeso à celeridade na prestação jurisdicional estão o princípio do contraditório e o direito da ampla defesa, corolários que são do devido processo legal. A realização do direito no menor espaço possível é uma medida que deve ser tirada da conjugação desses fatores, do que resulta afirmar que a presteza na prestação jurisdicional reside na possibilidade de se realizar o direito de forma rápida, mas sem ofender o direito ao contraditório e à ampla defesa.

(ROSA, 2006, p. 470).

E lembra, recorrendo às lições de Medina, Wambier e Alvim Wambier, que a inefetividade do princípio da celeridade está muito mais ligada a falhas estruturais dos órgãos jurisdicionais do que propriamente à abertura das garantias do contraditório e ampla defesa:

É claro que na linha do que ensinam os Professores José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, o princípio da celeridade processual “somente terá aplicação efetiva no direito brasileiro na medida em que a legislação contiver mecanismos processuais capazes de propiciá-la e o Poder Judiciário estiver estruturado quantitativa e qualitativamente capaz de absorver as demandas judiciais”.

(ROSA, 2006, p. 472).

Marcelo Abelha Rodrigues sustenta que o devido processo legal garante o equilíbrio e a razoabilidade do poder estatal sobre o patrimônio do executado, evitando que a tutela executiva vá além daquilo para o que serve ou deveria servir.

Não se pode perder de vista que na tutela jurisdicional executiva há de um lado o executado e de outro o exequente, ou, mais precisamente, alguém com direito constitucional à obtenção da efetiva e justa tutela contra alguém que quer preservar ao máximo a sua liberdade e patrimônio. Para temperar a relação *poder* e

*sujeição*²¹ que tipificam claramente a tutela executiva há que se levar em conta as regras imperativas do *devido processo legal*. É que se de um lado da balança o processo deve ser justo (devido processo) para dar a efetividade merecida ao direito do exeqüente, no outro lado da balança existe o executado, que terá o seu patrimônio invadido ou a sua liberdade cerceada para satisfazer o crédito do exeqüente.

(RODRIGUES, 2007, p. 114).

E adverte que, diante da situação de vantagem do exeqüente perante a lei, maior deve ser o rigor e a proteção contra abusos, bem como mais efetivas e prontas as armas contra tais excessos, seja de que lado for o abuso ou o excesso.

Repisa-se, o devido processo legal deve, rotineiramente, sob os dois flancos já comentados, ser milimetricamente aplicado na tutela executiva, de forma que satisfaça o direito do exeqüente com o menor sacrifício possível do executado.

(RODRIGUES, 2007, p. 114).

Giuseppe Tarzia sustenta que não se pode considerar o processo executivo como um processo sem contraditório e adverte:

Ao contrário, a natureza contraditória do processo executivo, nos limites adiante marcados, deve servir de guia ao intérprete para a solução de numerosos problemas que a indubitosa lacunosidade do conjunto normativo pode fazer surgir e de fato faz com que surja, na aplicação das normas positivas. Esta tarefa deve ser conduzida com constante referência às garantias asseguradas quer pela Constituição, quer pelos tratados internacionais que digam respeito, ainda que indiretamente ao processo civil e aos valores, em si mesmos considerados, que inspiram o estabelecimento de um regime jurídico para uma garantia desse porte.

(TARZIA, 2003, p. 84/85).

²¹ Sob a ótica do paradigma do estado de direito democrático, a única forma de “sujeição” que se pode admitir é a sujeição dos contenedores e decididores ao ordenamento jurídico-constitucional. Qualquer outro entendimento levaria à idéia inadmissível de que a instauração do processo criaria “um vínculo jurídico exercitável pelo constrangimento e pela opressão” (LEAL, 2005, p. 251).

Rosemiro Pereira Leal lembra que a “efetividade-celeridade” da tutela jurisdicional executiva encontra seus limites na “*eficiência sistêmica* das garantias dos direitos de *vida-contraditório, dignidade-isonomia e liberdade-ampla defesa*”, que são fundamentos do Estado de Direito Democrático. E assevera:

As reformas do Código de Processo Civil, desconsiderando o paradigma de Estado em que estão sendo elaboradas, nos levam a concluir que, em vez de reformas, o que se vê é a sobredeterminação arbitral e retórica de ações afirmativas entregues ao Judiciário cuja incompatibilidade com o direito democrático é indubitosa.

(LEAL, 2007, p. 945).

E não se há falar em supressão ou mitigação de princípios jurídicos (isonomia, contraditório e ampla defesa) por outros que “ressurgem” (*sententia habet paratam executionem*) conforme aduziu Athos Gusmão Carneiro (2006, p. 91) após afirmar paradoxalmente que a Lei 11.232/2005 representa um positivo “retorno ao medievalismo” (2006, p. 51).

Verifica-se que as sucessivas reformas do Código de Processo Civil continuam passíveis de críticas, eis que vêm seguindo a mesma tendência equivocada de se situar o juiz no centro de gravidade do processo, reduzindo as partes a posição de “sujeição”. A ausência de requisitos objetivos bem delineados na lei possibilita injustificado subjetivismo (ou ideologia) do julgador, que é investido pelo Estado da função judicante, não podendo haver espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica fundada no prudente (ou livre) arbítrio do decisor.

7.3. As respostas do executado.

Conforme já mencionado, no novo procedimento de cumprimento de sentença é assinalada ao executado a oportunidade de oferecer “impugnação” em um prazo de 15 (quinze) dias.²² Deste modo, estão abolidos os embargos executivos de títulos judiciais, fazendo-lhe as vezes a mencionada impugnação.

Todavia, a doutrina já tem advertido que os resultados práticos possíveis em decorrência do acolhimento dos embargos do devedor e de uma impugnação não se distanciam²³ (ARRUDA ALVIM, 2006, p. 46). Veja-se:

Assim, a impugnação à execução referida nos artigos 475-L e 475-M também pode ter natureza de ação de conhecimento (ainda que movida incidentalmente, no curso da execução realizada nos termos do art. 475-J e ss.).

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 399).

É relevante e definitivo para estabelecer essa identidade de natureza jurídica o regime jurídico dos embargos do devedor e da impugnação, tendo em vista que o conteúdo de um e de outra se equiparam, e, conseqüentemente, os possíveis efeitos de acolhimento de um e de outra praticamente se identificam.

(ARRUDA ALVIM, 2006, p. 47).

Destarte, as decisões proferidas, tanto sobre os embargos do devedor quanto sobre as aduções contidas na impugnação, estariam revestidas pela autoridade de coisa julgada (ARRUDA ALVIM, 2006, p. 47).

Não se pode negar que a execução é destinada à prática de atos materiais destinados à satisfação do direito do exeqüente, realizando-se de forma coativa a sanção existente no acerto formado em processo de cognição (sentença). Com o advento da Lei 11.232/2005, a sentença, até então vista como epílogo do processo de conhecimento, passa agora a ser

²² Código de Processo Civil, art. 475-J, § 1º.

²³ Tal entendimento é corolário lógico do princípio do contraditório.

vista como “termo divisório da fase cognitiva para proporcionar a abertura da fase de abertura de cumprimento dessa sentença”. Leonardo Greco chega a afirmar que “a cognição na fase da ação executiva é limitada” (2007, p. 856). Apesar disso, verifica-se haver uma identidade substancial entre os embargos e a impugnação, “seja em relação aos conteúdos, seja em relação às finalidades” (ARRUDA ALVIM, 2006, p. 50). Ademais, a apresentação de impugnação “*amplia o objeto da cognição do juiz*, que deverá manifestar-se sobre questões a respeito das quais, não fosse a impugnação, não poderiam ser por ele examinadas” (MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 401/402).

Por tais razões, a doutrina tem afirmado que o instituto da impugnação é mais assimilável a uma ação do que propriamente a uma defesa:

É que, caso se entenda que a impugnação tem natureza de defesa, seu não acolhimento não ensejaria a “procedência” de qualquer pedido, já que quem pede a execução, nos termos do artigo 475-J e ss. do CPC, *não pede o proferimento de sentença, mas, apenas, a realização de atos executivos voltados à realização do direito contido no título judicial*. Como só se pode conceber a existência de *sentença* que declare a existência/inexistência da obrigação (em princípio) se houver *pedido* veiculado em uma ação, infere-se que, como o exequente não fez tal pedido, isto só pode decorrer de ação ajuizada pelo executado, que, de fato, *pede que se reconheça a extinção da obrigação*. Caso contrário, acolhida a impugnação, caso se entendesse que esta não é uma ação, se estaria diante de uma sentença proferida *sem pedido* e que não teria condições de transitar em julgado, qualquer que fosse seu resultado.

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 402).

Arruda Alvim reconhece que a nova lei reequilibra as posições das partes e “redimensiona para menor o papel do devedor”, mas adverte que não se desprende daí que seja a impugnação um mero incidente desacompanhado de um regime jurídico (2006, p. 50). Demais disso, é bom ressaltar que no direito brasileiro há vários exemplos de ações que são movidas incidentalmente em procedimento que já se encontra em curso (MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 399).

Para Araken de Assis, a reforma do procedimento de execução, relativamente à oposição do executado, se cingiu à troca do nome tradicional (embargos) pelo novo epíteto “impugnação”:

Na verdade, as características atribuídas no próprio art. 475-L à impugnação não oferecem os contornos mínimos de uma nova e imprecisa figura; muito menos se pode afirmar sem bulir com o regime legal que a impugnação abandonou a natureza de oposição. Basta recordar que, por seu intermédio, o executado veiculará exceções substantivas (art. 475-L, VI). Continua o direito brasileiro fiel à diretriz de misturar objeções e exceções no mesmo remédio.

(ASSIS, 2006, p. 303).

Mais adiante, confirma tal entendimento, aduzindo que a impugnação veiculará pretensão e será iniciada através de petição inicial com formulação de pedido:

Em decorrência de sua condição de remédio processual ou ação típica, a oposição do executado, designada de impugnação no art. 475-L, iniciará através de petição inicial, que é o instrumento da demanda, na qual o impugnante veicula a pretensão à tutela jurídica do Estado e formula por escrito o pedido perante o impugnado.

(ASSIS, 2006, p. 344).

A despeito de tais entendimentos, parte da doutrina insiste em afirmar o contrário. Ressalte-se o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, para quem o novo procedimento visa a alcançar o cumprimento forçado da prestação devida, “sem os incômodos da *actio iudicati*” (2006, p. 294). Para o festejado autor mineiro, não há problema algum em se reduzir o direito de defesa do devedor (2006, p. 301) em nome de garantias fundamentais voltadas para a meta do “processo justo”, extirpando-se, pois, “reminiscências de romanismo anacrônico, incompatíveis com os modernos anseios de maior presteza e efetividade na tutela jurisdicional” (2006, p. 300). Ainda assim

reconhece que há contraditório no procedimento de cumprimento de sentença:

Isso, de maneira alguma, corresponde a alijar o executado do campo do contraditório, assegurado constitucionalmente, enquanto pender o processo, qualquer que seja a sua natureza (cognitivo ou executivo). Contraditório, contudo, não é sinônimo de ação de conhecimento, de sorte que toda matéria que possa se contrapor à legitimidade do mandado de cumprimento de sentença poderá ser deduzida perante o juiz da causa, e sua solução se dará com a bilateral audiência das partes. Mesmo porque é bom lembrar que os temas que se podem argüir contra a execução de sentença (CPC, art. 741) sempre foram poucos e quase sempre de ordem pública, pelo que conhecíveis até mesmo de ofício pelo juiz, independentemente de embargos do devedor.

(THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 301/302).

No mesmo sentido é a opinião de Athos Gusmão Carneiro:

Como já se mencionou, e tendo inclusive em vista que os atos de cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa passaram a constituir uma fase do processo de conhecimento (cujo objeto foi portanto ampliado), não mais assistirá ao devedor por título judicial a possibilidade de defender-se através de uma “ação” de embargos do devedor (com a natureza de “ação de conhecimento” intercalada), mas sim mediante atividade meramente incidental, cuja apresentação, no prazo de quinze dias, não conduz a uma “nova” relação jurídica processual.

(CARNEIRO, 2007, p. 67).

Eclética é a posição de Leonardo Greco, para quem a impugnação pode ser classificada em “impugnação-ação” e “impugnação-exceção”, conforme suscite questão de mérito ou meramente processual (2007, p. 867). Para o autor, são *impugnações-ação* as que forem propostas com fundamento nos incisos I (falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia), II (inexigibilidade do título), V (excesso de execução) e VI (qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento,

novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença) do artigo 475-L do Código de Processo Civil.

São novas ações porque exigem do Estado um novo provimento jurisdicional sobre um novo pedido, que pode ser a declaração da inexistência total ou parcial da dívida, a nulidade da sentença exequenda como título executivo ou a sua inexigibilidade.

(GRECO, 2007, p. 863).

Já as *impugnações-exceção* são aquelas que simplesmente arguem defesas processuais da execução (falta de pressupostos processuais ou de condições da ação), bem como as que tiverem por fundamento os incisos III (penhora incorreta ou avaliação errônea) e IV (ilegitimidade das partes) do artigo 475-L do Código de Processo Civil (GRECO, 2007, p. 863).

Afirma, ainda, que a exceção de pré-executividade sobrevive às recentes reformas processuais e, quando suscita questão de mérito, é verdadeira ação declaratória incidente (2007, p. 867). No mesmo sentido, é o entendimento de João Batista Lopes:

Parece fora de discussão que sobreviverá a chamada exceção de pré-executividade, forma de defesa endoprocessual. E é dominante o entendimento de que, independentemente de embargos (agora impugnação), o executado poderá valer-se desse meio de defesa tanto para arguir questões de ordem pública como matéria de mérito.

(LOPES, 2007, p. 81).

Esta também a lição de Medina, Wambier e Alvim Wambier:

As matérias mencionadas nos incisos do art. 475-L (especialmente as referidas nos incisos I a V) podem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz. Por isso, nada impede que este seja provocado pelo executado *antes* da oportunidade processual própria para a apresentação da impugnação, através de exceção de pré-executividade. Assim, não obstante o Código estabeleça que o executado deva apresentar a impugnação *após* a penhora, nada impede que, intimado para o cumprimento da sentença, o executado alegue, por exemplo, que a

sentença é juridicamente inexistente, em razão da ausência de citação (CPC, art. 475-L).

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 404).

Contudo, advertem:

Há, no entanto, importantes diferenças entre estes mecanismos processuais: A exceção de pré-executividade, em princípio, não pode ser manejada para se argüir matéria que dependa de dilação probatória, e a respeito das quais se exige provocação da parte interessada; a impugnação à execução, por sua vez, é mais abrangente que a exceção de pré-executividade (cf., especialmente, art. 475-L, VI, que trata de matérias que, como regra, não podem ser argüidas através de exceção de pré-executividade). Há previsão legal expressa quanto à possibilidade de se suspender a execução, em decorrência da impugnação (art. 475-M), o mesmo não ocorrendo com a exceção de pré-executividade. Por outro lado, não há prazo legal para a apresentação da exceção de pré-executividade, ao contrário do que ocorre com a impugnação à execução (art. 475-J, §1.º).

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 405).

A doutrina tem admitido, ainda, a possibilidade de propositura de ações de conhecimento autônomas que podem ser ajuizadas pelo executado com o intuito de desconstituir a sentença ou os atos executivos. Veja-se o entendimento de João Batista Lopes:

Também subsistem as ações autônomas de impugnação apeladas pela doutrina de defesa heterotópica.

Em estudo recente Rosalina Rodrigues Pereira sustenta a admissibilidade de ações de conhecimento paralelas à execução nas quais se pode discutir o débito com alegação de quaisquer matérias que poderiam ser argüidas nos embargos.

(LOPES, 2007, p. 81).

No mesmo sentido é a lição de Medina, Wambier e Alvim Wambier:

O próprio CPC prevê, ao lado da impugnação, a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória ou ação anulatória, conforme o caso, para a desconstituição do título executivo judicial (cf. arts. 485 ou 486, em se tratando, respectivamente, por exemplo, de sentença condenatória ou de sentença homologatória de transação), ou apenas de anulatória (art. 486), para a desconstituição de atos executivos (por exemplo, arrematação).

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 405).

E completam:

É interessante observar que, à semelhança do que ocorre com a impugnação à execução, embora tais ações não tenham o condão de suspender *automaticamente* a execução, pode ocorrer que, através de tutela cautelar ou antecipada, se impeça que a decisão atacada produza efeitos.

(MEDINA; WAMBIER; ALVIM WAMBIER, 2006. p. 406).

Sandro Gilbert Martins preleciona:

De outro lado, o fato de aqui estarem sendo essas ações enquadradas como forma de defesa do executado, não significa que essas mesmas ações não possam ser manejadas pelo mesmo indivíduo, antes até de existir contra ele uma execução. Todavia, mesmo quando a ação é promovida antes da própria existência da execução, não perde ela a finalidade (mediata) de servir a evitar a sujeição de seu autor aos atos executivos.

(MARTINS, 2002, p. 105).

O autor não descarta como possível, também, serem ajuizadas outras ações (repetição de indébito, por exemplo) após finda a execução, buscando o desfazimento dos atos executivos realizados ou dos seus efeitos. Todavia, adverte que, nessas hipóteses, “não há mais que se falar em defesa do executado” (2002, p. 105).

Conforme já apontado, o princípio do contraditório deve se prestar ao esclarecimento das lacunas e obscuridades da lei, de forma a oportunizar ao

executado o mais amplo direito de defesa, nos moldes a ele garantidos constitucionalmente.

Por isso, a melhor doutrina tem concluído, conforme demonstrado acima, pelo alargamento das vias de resistência daquele cujo patrimônio está a ser atingido por atos executivos de força.

6. CONCLUSÃO.

A chamada atividade jurisdicional de execução se exercita depois de já definitivamente acertado o direito subjetivo supostamente desrespeitado pelo devedor, e vem a ser o requerimento (pedido), pelo credor, de providências adequadas à reparação do direito violado e sendo o processo conduzido até a satisfação efetiva do direito material do exeqüente.

Obtém-se, pois, por força da ação de execução, a realização efetiva da prestação a que tem direito o credor, por atos executivos de força, cuja prática corresponde a uma atividade jurisdicional. A jurisdição, por seu turno, caracteriza-se pela definitividade (coisa julgada), inércia (imparcialidade) e pela existência de uma lide (no caso da execução, a lide de pretensão insatisfeita).

Sob esse prisma, não se pode chegar a outra conclusão, senão a de que a invocação da atividade jurisdicional executiva somente se dará pelo exercício de um (novo) “direito de ação” (ainda que exercido *in simultaneo processu*) que, por sua vez, em decorrência do contraditório e da simétrica paridade inerentes ao devido processo, ensejará para o executado um direito análogo e correlato de oposição.

Tudo isso parte da asserção de que o Estado deve se desincumbir de sua função jurisdicional, poder-dever, reflexo de sua soberania, de modo a lhe ser possível concretizar a realização dos conteúdos da lei – expressão máxima da soberania popular. Para tanto, o processo é o instituto de que dispõem o Estado e as partes litigantes, cuja utilização se apóia em princípios, todos atuando com o propósito de tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Essa consciência jurídica formal evidencia o conteúdo científico presente na elaboração da Constituição e leis ordinárias, cujo fim é alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade jurídica dos destinatários (e autores)

dos textos normativos – os cidadãos – enfrentando, com eficiência e em tempo razoável, o provimento jurisdicional buscado.

O funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o direito positivo infraconstitucional, por essa situação limitar a função do jurista além de constituir uma visão monista do direito. Este necessita ter uma amplitude muito maior do que aquela definida pelo direito positivo infraconstitucional, tudo vinculado com a precisa identificação das finalidades pretendidas pela ordem jurídica, especialmente as de natureza constitucional.

O processo assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição da República. É, como já mencionado, “instituição constitucionalizada de modelação procedimental” (LEAL, 2001, *in* notas do autor.) que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão. É o único meio de se fazer com que os valores incorporados à Constituição, em seu contexto, sejam cumpridos, atingindo o fim precípua a que se propõem – o estabelecimento da paz social e da vontade geral.

O grande problema é que as reformas do Código de Processo Civil vêm sendo “tocadas” em nome de uma “utópica *justiça rápida* travestida em significados equívocos de efetividade-celeridade-eficiência, preservando a mítica de um modelo estatal que não é o constitucionalizado no Brasil” (LEAL, 2007, p. 947).

No *locus* hermenêutico constitucional do século XXI, o instituto do devido processo legal (com todos os seus princípios institutivos) impõe que as lacunas e obscuridades da lei processual sejam aclaradas pelo princípio do contraditório, de forma que à contraparte deve ser oportunizado o mais amplo, democrático e discursivo direito de defesa, ainda que em processo (ou fase) de execução.

Obtempere-se que essa atividade interpretativa somente pode se dar à luz da principiologia instituída na Constituição, não havendo espaço para o subjetivismo, sentimentalismo e juízos outros que não os de legalidade e constitucionalidade.

É justamente nesse norte que deve rumar a exegese dos dispositivos que regem o cumprimento de sentença. Se o devido processo legal é o instituto validador e disciplinador da jurisdição, o princípio do contraditório (a ele inerente) é garantidor da imparcialidade do Estado, mormente em se tratando de atos de execução forçada. Caso contrário, estar-se-ia retrocedendo à execução medieval (individualista, rude e violenta, impaciente de qualquer demora), senão à do direito romano arcaico (cruel e draconiana), valorizando-se o mítico “poder do juiz” em detrimento do democrático “direito das partes”, tudo isso em nome do engodo da celeridade e da efetividade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARRUDA ALVIM. **A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005 – A impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade de coisa julgada**. *In: Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes; MACEDO, Henrique Nogueira; NEVES, Lucas Cruz; GUIMARÃES, Rodrigo Suzana; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. **A coisa julgada em Fazzalari**. *In: O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari / Rosemiro Pereira Leal, coordenador e colaborador*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal e o estado democrático de direito**. *In: Síntese Trabalhista nº 87 - SET/1996*.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do cumprimento de sentença, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?** *In: Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000a.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. III. São Paulo: Classic Book, 2000b.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v. I. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000c.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Derecho**. v. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. *In*: Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai./1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 14 e. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. **A natureza jurídica do “cumprimento de sentença”**. *In*: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Pádua: Cedam, 2001.

GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Isonomia e Igualdade Material na Constituição Brasileira**. *In*: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Forense, 1984.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. **Ações na execução reformada**. *In*: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER Ada Pellegrini. **Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha – Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A persistente inocuidade da execução imprópria**. *In*: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo : primeiros estudos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo**. *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 09 - JAN-FEV/2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático**. *In*: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC Vol. 3 - 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da defesa no processo civil**. *In*: RJ nº 252 - OUT/1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Bestbook, 2003.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, v. VI. tomo I. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977a.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, v. VI. tomo II. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977b.

LOPES, João Batista. **Princípios do contraditório e da ampla defesa na reforma da execução civil.** *In*: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro.** v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro.** v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência.** São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** v. IV. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica.** – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 50). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil: teoria geral – princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Sobre a impugnação à execução de título judicial.** *In*: Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle Jurídico do Princípio da Isonomia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4. e., t. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

OLIVEIRA, Allan Helber; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Processo civil, 2 : processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Allan Helber. **A segunda reforma do CPC**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Cidadania e efetividade do processo**. *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 01 - SET-OUT/1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos**. *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 15 - JAN-FEV/2002.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. **Apontamentos para uma compreensão adequada do processo no estado democrático de direito**. *In*: Juris Síntese nº 42 - JUL/AGO de 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTO, Felipe Martins. **O princípio do contraditório sob a égide do estado democrático de direito**. *In*: Juris Síntese nº 57 - JAN/FEV de 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normatização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCCO, Ugo. **Tratado de Derecho Processual Civil**. v. I. Bogotá – Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O devido processo legal e a execução civil**. *In*: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis dos Santos... [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. **A condenação civil e o cumprimento da sentença**. *In*: Processo civil reformado / Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. **Apontamentos críticos sobre algumas inovações imprimidas pela lei 11.232/2005**. *In*: Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARZIA, Giuseppe. **O contraditório no processo executivo**. *In*: Revista de processo. v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e processo**. *In*: O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito / organizador Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As vias de execução do código de processo civil brasileiro reformado**. *In*: Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. I. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2000.

VALLE, Gabriel. **Dicionário latim-português**. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.