

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Luciano Henrik Silveira Vieira

**A OBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL-
CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Belo Horizonte

2014

Luciano Henrik Silveira Vieira

**A OBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL
NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

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

Orientador: Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V658o Vieira, Luciano Henrik Silveira
A observância da principiologia processual-constitucional no processo de execução / Luciano Henrik Silveira Vieira. Belo Horizonte, 2014.
159f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Devido processo legal. 2. Direito processual. 3. Execuções (Direito). 4. Defesa (Processo penal). I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Luciano Henrik Silveira Vieira

**A OBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL
NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

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

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Lúcio Delfino
Universidade de Uberaba

Fernando Horta Tavares
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Dhenis Cruz Madeira (Suplente)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Belo Horizonte, 03 de abril de 2014.

AGRADECIMENTOS

São muitas pessoas a agradecer, por terem influenciado, direta ou indiretamente, na conclusão deste projeto acadêmico.

Começarei por meus pais, João e Maria, exemplos de caráter, simplicidade e perseverança, e por proporcionarem-me deixar o interior para estudar. E, por consequência, aos tios Márcia e Peter, verdadeiros pais afetivos, que me receberam de braços abertos e me motivaram durante os cinco anos de graduação.

À minha família, que teve de suportar muitas ausências, mesmo quando eu estava de corpo presente.

Ao meu orientador, Professor Ronaldo Brêtas, por muitos motivos, mas, principalmente, pelas correções e sugestões feitas no texto desta dissertação.

A todos os outros que foram meus professores no mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professores Rosemiro, Fernando Horta, Flaviane, Marçal e Alberico.

Aos meus colegas de mestrado, pela amizade e também pela constante e proveitosa interlocução.

Ao Dhenis, pela contínua confiança depositada.

Por fim, aos primos Harethon e Fabiana, que, durante o mestrado, me acolheram em sua casa com muito carinho e fizeram questão de que eu me sentisse à vontade.

DEDICATÓRIA

Com amor, dedico a conclusão deste trabalho a pessoas que são e foram muito importantes na minha vida.

À Daniela, eternamente bela, por dentro e por fora, uma companheira sempre presente e fonte de estímulo e admiração.

À Helena, filha que chegou para ensinar-me muitas coisas, meu maior orgulho.

À minha mãe, Maria Helena, uma pessoa verdadeiramente ímpar, um ser ingênuo e carente deslocado num mundo impiedoso.

Ao meu avô, Zequinha (*in memoriam*), pelos exemplos de amizade e humildade.

RESUMO

Diante do atual paradigma processual-constitucional, que tem seu marco teórico-direcional com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito de ação foi elevado à categoria de direito fundamental e assegurado pela garantia constitucional do devido processo. Nesse contexto, os procedimentos inseridos nas legislações processuais têm a atual finalidade de não mais permitir subjetivismos ou discricionariedades dos agentes públicos quando de suas atividades, deixando para trás o ranço autoritário dos Estados Liberal e Social de Direito. Nesse arcabouço, o processo deixou de ser simplesmente um instrumento, uma ferramenta, que a autoridade pública poderia manejar como melhor lhe aprouvesse, pois consagrada no texto constitucional a garantia do devido processo, que implica na coparticipação no pronunciamento jurisdicional daqueles que serão atingidos pela decisão, possibilitando-lhes expor todas as matérias que entenderem defensáveis. O aproveitamento de tais concepções tem também de ser verificado no procedimento executivo, que, igualmente, até mesmo por não existirem restrições constitucionais nesse sentido, possui como resultado a atividade coparticipada de todos os sujeitos processuais, culminando na potencialidade da sujeição patrimonial do executado. Mas, para que a sujeição patrimonial seja legitimada, de acordo com o Estado Democrático de Direito, imprescindível será que o executado possa oferecer todas as defesas possíveis existentes no ordenamento jurídico para debater em juízo suas pretensões, o que implica na possibilidade de utilização de meios impugnativos à execução não previstos no Código de Processo Civil, o que se denomina de defesas heterotópicas.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Devido Processo. Direito Incondicionado de Ação. Processo e Procedimento. Procedimento Executivo. Defesas Heterotópicas.

ABSTRACT

In today's constitutional procedural paradigm-which has its theoretical-directional with the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the right of action has been elevated to a fundamental right guaranteed by the constitutional guarantee of due process. In this context, the procedures included in the procedural laws have the current purpose and no longer allow subjectivism or discretions of public officials when their activities, leaving behind the stale authoritarian states of Liberal and Social Law. In this framework, the process is no longer just an instrument, a tool, the public authority could manage as best he pleased, as enshrined in the Constitution the guarantee of due process, which implies the co-participation in the judicial pronouncement of those who will be affected by the decision, allowing them to expose all matters they deem defensible. The use of such concepts must also be checked in the executive procedure, which also even by constitutional restrictions do not exist in this sense, has as a result the activity co-participatory of all procedural subjects, culminating in the potentiality of subjecting the sheet run executed. But for that submission sheet is legitimate, according to the Rule of Law, will be essential that the run can provide all possible defenses in the legal system to discuss their claims in court, which implies the possibility of using media defensive enforcement not provided for in the Code of Civil Procedure, which is called heterotopic defenses.

Keywords: Rule of Law. Due Process. Unconditional Right of Action. Process and Procedure. Executive Procedure. Heterotopic defenses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
------------------	---

CAPÍTULO I

PROPEDÊUTICA PROCESSUAL E RECONSTRUÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS

1.1 Nota introdutória	12
1.2 Liberalismo processual	12
1.3 Socialismo processual	15
1.3.1 A crise do Estado Social e sua projeção para o direito processual	18
1.4 Democratização do processo civil: o processualismo constitucional democrático e a contribuição de Elio Fazzalari	21
1.5 Obsolescência da oposição das normas processuais como secundárias ou instrumentais	30
1.6 Direito de ação, ação e pretensão	32

CAPÍTULO II

PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

2.1 O processo constitucional	41
2.1.1 O processo constitucionalizado como garantidor dos direitos fundamentais	47
2.2 Devido processo constitucional e legitimidade normativa	51
2.3 O acesso processualizado à jurisdição como direito fundamental	58
2.4 Processo e procedimento no Estado Democrático de Direito	66

CAPÍTULO III

OBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

3.1 Nota introdutória	77
3.2 A atuação jurisdicional na execução	77
3.3 O direito à execução como direito constitucional de ação	83
3.4 Os princípios como normas jurídicas	88
3.5 Dignidade da pessoa humana	91
3.6 Devido processo legal	95

3.6.1 O destaque ao contraditório além do ordenamento jurídico brasileiro	100
3.6.2 O contraditório no procedimento executivo	102
3.7 Reserva legal	107

CAPÍTULO IV

RESPOSTAS DO EXECUTADO

4.1 Nota introdutória	115
4.2 Espécies	116
4.2.1 Insuficiência dos meios impugnativos previstos no Código de Processo Civil	121
4.2.2 Outorga constitucional para utilização das defesas atípicas (heterotópicas)	123
4.3 A ação rescisória	127
4.4 A ação anulatória	128
4.5 A ação declaratória de inexistência de relação jurídica	130
4.6 A ação declaratória de falsidade de documento	131
4.7 A ação de prestação de contas	132
4.8 O mandado de segurança	133
4.9 Os embargos de terceiro	135
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
6 BIBLIOGRAFIA	142

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como marco teórico-direcional o Estado Democrático de Direito instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o qual reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, tencionando a conjugação do princípio democrático com a soberania popular, o que nos direciona para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, procuramos demarcar o momento da democratização do processo civil, a partir de sua alocação no texto constitucional e dos estudos de Elio Fazzalari, quando a formação constitucionalizada e participada das decisões fizeram com que os procedimentos se tornassem legitimados, desimpregnando-os de concepções autoritárias ou desenvolvidas de forma solipsista pelos agentes estatais, tudo sob o arcabouço principiológico do devido processo.

Mostramos que é o processo constitucionalizado que efetiva a proteção dos direitos fundamentais, assim como produz legitimidade normativa, por intermédio dos procedimentos previamente definidos no ordenamento jurídico e que possibilitam a construção coparticipada das respostas estatais às pretensões suscitadas perante o Estado. Nesse sentido, aparece a atividade jurisdicional, ou a jurisdição, como direito fundamental, não podendo, sob qualquer argumento, ser expurgada da ampla acessibilidade oferecida ao povo pela norma constitucional.

Após, fizemos questão de aproximar as noções de processo e de procedimento, cunhadas por Fazzalari, com o Estado Democrático de Direito, a partir do marco teórico surgido com a Constituição em vigor. Nesse aspecto, a inexistência do contraditório como direito fundamental resulta na nociva materialização de uma defesa capenga, haja vista que os autores e destinatários dos efeitos do pronunciamento estatal ficam impossibilitados de participar construtivamente da decisão, o que equivale a dizer que o processo constitucional lhes foi recusado.

E, então, procuramos fazer o transporte de toda a principiologia processual-constitucional para o processo de execução. Neste ponto, sendo certo que a definitividade é uma característica da jurisdição, é na execução que haverá a realização do direito materializado no título executivo. Pelo que, tanto no acertamento de direitos operado no processo de conhecimento, como pela realização material das atividades implementadas no processo de execução, o Estado promove a atividade jurisdicional para a satisfação dos

direitos das partes, em caráter final e definitivo, em estrita vinculação ao preconizado Estado Democrático de Direito.

Cabe aqui uma ressalva. É que, por todo o estudo adiante exposto acerca da ciência processual hodierna, principalmente no que se refere aos termos *processo* e *procedimento*, destacamos que distinguimos os compartimentos que definem as regras procedimentais próprias em procedimento cognitivo, procedimento executivo e procedimento cautelar, ou seja, sempre que fizermos uso das expressões *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*, será por uma questão de tradição (uso correntio por vários autores) e também pelo fato de o Código de Processo Civil em vigor fazer a mesma alusão.

Retomando, as atividades cognitiva e executiva são estruturadas de maneira independente na legislação procedimental, embora integradas à mesma função jurisdicional, provavelmente em razão de poderem se dar de forma independente. Mas isto não significa que haja uma dicotomia absoluta entre tais atividades, até mesmo porque o próprio legislador, com a edição da Lei n. 11.232/2005, sincretizou cognição e execução quando instituiu a fase do cumprimento da sentença, propiciando uma maior percepção de que essas atividades jurisdicionais se inter-relacionam, o que já havia sido concretizado anteriormente com as execuções das obrigações de fazer e de não fazer e para entrega de coisa, conforme redação dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil em vigor.

A atividade executiva, que é exercitada, em regra, depois do potencial inadimplemento de um direito já acertado, conduzirá o processo até a realização do direito material posto à disposição das partes, o que poderá resultar em atos coercitivos por parte do Estado, cuja prática será efetivada pela atividade jurisdicional. Sendo exatamente essa coercitividade que incidirá sobre o patrimônio do executado, que torna ainda mais impreterível a observância da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, da reserva legal e da dignidade da pessoa humana (corolários do devido processo) quando da efetivação da atividade jurisdicional executiva.

As inúmeras alterações pelas quais a disciplina do processo passou desde a edição do Código de Processo Civil, com ênfase para a execução, que teve alterados, de forma substancial, diversos conteúdos, não cuidaram de fazer as devidas modernizações procedimentais, uma vez que a normatividade do Código manteve-se atada à ultrapassada teoria da relação jurídica e ao instrumentalismo do processo, pois o que se almejou com as reformas foi agilizar resposta jurisdicional executiva, abreviando o procedimento executivo na busca da solução do litígio. O que acabou ocasionando a especialização dos

procedimentos em razão do título levado à jurisdição executiva e dos meios impugnativos colocados à disposição do executado, confinando sua defesa aos modelos típicos definidos naquele diploma legal. Assim, no procedimento executivo foi pervertida a promessa constitucional de uma resposta jurisdicional racional, dialógica e em tempo razoável sem qualquer limitação ao direito de ação.

Por isso, nosso posicionamento é no sentido de que a busca pela celeridade, se desassistida da racionalidade constitucional, pode gerar a extirpação de direitos e garantias fundamentais, no que se inclui a possibilidade de o executado oferecer defesa ampla em face do procedimento executivo, que tem sempre de ser enxergado com as lentes voltadas para os fundamentos constitucionais da execução civil.

Nesse contexto, o intuito da pesquisa foi demonstrar que os meios típicos de defesa colocados à disposição do executado para se insurgir contra a execução são insuficientes, diante da multiplicidade de situações vividas atualmente, e que qualquer tentativa de obstaculização ao seu direito de opor-se à execução por outros meios seria atentatória à outorga constitucional de irrestrito acesso à jurisdição. Por isto, o ordenamento jurídico, visto como um todo, concede aos interessados a mais ampla discussão de suas pretensões em juízo, do que não podem escapar os meios de defesa atípicos que podem contrastar o procedimento executivo, a fim de não ser enodado o texto constitucional, que garante amplo acesso ao judiciário e ao direito de ação.

Por fim, fazemos questão de ressaltar que, apesar de divergirmos de vários processualistas em inúmeros segmentos desta dissertação, isso não quer dizer que os desconsideramos ou desrespeitamos, muito antes pelo contrário, apenas demonstra nosso reconhecimento pela influência que suas conclusões e opiniões exercem sobre o pensamento dos processualistas brasileiros. O que intentamos fazer é a crítica científica, isto é, o apontamento de aporias e dogmas e a tentativa de apresentação de soluções diferentes, mais racionais e coerentes diante dos contemporâneos estudos do direito processual civil.

Ainda nesse sentido, em que pese diversos autores citados pautarem-se em referenciais teóricos distintos daquele que utilizamos para o trabalho proposto (a teoria constitucionalista do processo), principalmente no que se refere às teorias do processo, isto não quer dizer que suas proposições não possam ser aproveitadas. Por isto, nos pontos convergentes com as ideias propostas neste estudo, valemo-nos de autores que desenvolveram suas pesquisas partindo de pontos de apoio diferentes dos aqui apresentados, mas com incontáveis percepções que se comungam.

CAPÍTULO I

PROPEDÊUTICA PROCESSUAL E RECONSTRUÇÃO DOS PARADIGMAS PROCESSUAIS

1.1 Nota introdutória

Traçaremos neste primeiro capítulo as bases teóricas que darão fundamentação ao trabalho, principalmente fazendo a correlação entre o modelo de Estado vivenciado em determinado momento histórico e seu reflexo nos sistemas processuais adotados nessa mesma época. Isto porque não há como negar que os paradigmas estatais¹ provocam e delimitam a interpretação do sistema processual conforme o modelo de Estado proposto, fazendo com que as perspectivas interpretativas de sentido dos respectivos sistemas processuais fiquem demarcadas pela fórmula constitucional de Estado daquele contexto histórico-jurídico.

Sendo certo que a revisitação dos paradigmas processuais tem importante incidência sobre a execução (tema principal do trabalho), que, por se tratar de procedimento normativo, para que seja processualizada, nos termos trabalhados nesta dissertação, necessita perpassar pelo arcabouço jurídico do devido processo, e não apenas ser vista como uma fase procedimental colocada à disposição de uma única parte que se diz credora.

1.2 Liberalismo processual

O chamado liberalismo processual foi marcado por um processo essencialmente escrito e apegado ao rigor excessivo e à observância de formas previamente definidas, posicionando a atuação das partes em função do princípio dispositivo, uma vez que o juiz apresentava-se quase que como um espectador, limitando-se a proclamar o desfecho do procedimento em favor de um dos contendores.

¹ Paradigma estatal, nesta pesquisa, é entendido como o conjunto de princípios jurídicos e direitos estabelecidos que podem ser realizados e percebidos em determinada sociedade, em um contexto histórico.

O processo, nessa época,² buscava uma estruturação técnica instrumental (instrumento privado de resolução de conflitos) e um comportamento passivo do juiz imparcial. O magistrado se mostrava apenas como um aplicador das normas, ficando vedada qualquer possibilidade de interpor-se em relação ao que foi politicamente decidido pelo Legislativo.³ Esse processo puramente lógico obrigava o intérprete (o juiz) a identificar sempre uma subsunção, já que a decisão final deveria ser resultado de uma conclusão silogística.

A lei, nessa perspectiva, era a tradução da vontade geral e do bem comum, o que denota o intuito de manipulação ideológica do Direito, pois uma classe escolhida (privilegiada, na verdade) difundia a ideia de felicidade, paz e harmonia, mas que, em resumo, queria apenas a manutenção da qualidade de vida por eles mesmos vivenciada, ocultando a realidade social da disparidade de classes. Como a sentença se subsumia à lei escrita, era bem mais fácil controlar a atividade jurisdicional, pois a jurisdição era entendida como a função do Estado que tinha por finalidade a atuação da vontade concreta da lei pela substituição da atividade dos particulares pela atuação dos órgãos públicos, que tornavam a lei efetiva.⁴

Os códigos tinham o propósito de disciplinar todas as condutas humanas relevantes e suas respectivas sanções, fazendo com que o trabalho do julgador se resumisse a enquadrar o caso concreto a uma regra jurídica geral, abstrata e universal, ou seja, havia uma supremacia do legislador frente ao julgador, “reduzindo o Direito a um *cálculo matemático*”,⁵ ou seja, um Estado de Direito estritamente legalista.

E as pessoas, em razão do apego à autonomia privada, é que tinham de fazer suas defesas no processo, pois eram consideradas autossuficientes em relação ao Estado, como se estivessem duelando pelo resultado satisfatório.

O Iluminismo, que aproximara o direito de uma ciência exata, fizera com que o processo se tornasse excessivamente formal e a jurisdição apenas formalizadora da vontade do legislador, que já havia predeterminado as regras do jogo, o que conduzia o processo a um sistema fechado em que as decisões judiciais só seriam consideradas corretas se

² O liberalismo processual fora inspirado no Iluminismo, século XVIII.

³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73-74.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 8.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo, e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

tivessem seguido rigorosamente os procedimentos lógicos previamente definidos pelo corpo legislativo.

Nessa fase do liberalismo processual dois princípios ganharam destaque na arena processual: a igualdade formal e o princípio dispositivo.

Sendo uma das aspirações da Revolução Francesa, a igualdade teve como fator de propulsão a influência e a ascensão da burguesia em relação à realeza e à nobreza. Mas essa igualdade era meramente formal, ou seja, buscava-se a submissão de todos à lei, afastando-se o risco de discriminações, fazendo com que todas as classes sociais fossem tratadas uniformemente, pois o conteúdo das leis era geral e abstrato, surgindo o Estado de Direito. No campo do processo, tal igualdade importava na impossibilidade de compensação da desigualdade de uma parte em relação à outra pela atuação jurisdicional, pois todas as pessoas eram tratadas como titulares de direitos processuais equivalentes, e o contraditório se resumia às oportunidades de dizer e contradizer (bilateralidade de audiência).

Já o princípio dispositivo enfatiza que toda a iniciativa processual seja dada às partes, que devem deduzir suas pretensões em juízo. Ao tempo do liberalismo processual esse princípio se disseminou rapidamente, pois o processo era visto como coisa (instrumento) das partes, que buscavam a solução de suas controvérsias perante um órgão imparcial e equidistante daquela relação, sem qualquer ingerência interpretativa no debate travado nos autos do processo.

Em razão do apego à propriedade privada e à liberdade econômica, esse Estado abstencionista se mostrou como instrumento de proteção das pessoas contra ingerências súbitas praticadas pelos agentes estatais, sempre buscando uma intervenção mínima.

Porém, esse liberalismo processual culminou num sistema que favorecia as classes mais abastadas e que podiam contratar melhores advogados para duelar durante o trâmite procedimental, que conduzia o processo a um jogo de melhores argumentos para enquadrar o caso concreto às normas previstas. Por isto é que essa proposta liberal resultou na insatisfação dos estudiosos do processo, os quais, a partir do século XIX, iniciaram uma “busca de uma nova perspectiva teórica que, problematizando os efeitos deletérios do liberalismo, tentava uma melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos”.⁶

⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 77.

Essa nova tendência procurava minimizar o papel das partes e maximizar o dos magistrados, gerando um novo modelo processual, almejando suplantar as deficiências do anterior, o que foi denominado de socialismo processual.

1.3 Socialismo processual

Uma vez que, no Estado Liberal, a liberdade política e econômica, fomentada pela livre concorrência, instigou um “impulso ao capitalismo que acelerou o abuso sobre os menos favorecidos e o surgimento do Estado como instrumento de opressão política e econômica”⁷ naquela sociedade eminentemente industrial vivenciada no século XIX, as pessoas mostraram-se insatisfeitas com as desigualdades sociais e os estudiosos do direito iniciaram uma busca por um meio de transformação daquele ambiente.

Esse Estado intervencionista abandonou a posição de espectador e tornou-se uma espécie de construtor do bem-estar da sociedade, criando meios compensatórios para manter o controle das massas (emprego e renda em troca da passividade dos cidadãos).

Nesse contexto, os pensadores do direito, mais preocupados com a realidade social, enxergaram nos institutos jurídico-processuais uma forma de mitigar a lógica liberal da liberdade do jogo de forças políticas e econômicas (privilégios da classe abastada em razão da retórica igualdade formal), procurando viabilizar uma reformulação legislativa no campo do processo, começando a surgir a noção de um juiz construtor de igualdade entre os cidadãos, compensador dos disparates sociais com uma decisão considerada mais justa em contraposição à fórmula burguesa do direito processual, baseada na relação de trocas.

Nessa concepção, o juiz deveria auxiliar as partes no esclarecimento do caso concreto e o processo começara a ter finalidade econômica, social e política em razão da crise social vivenciada, que demandava maior atuação estatal na busca do bem-estar social. Os conflitos de interesses começaram a ser vistos como uma “chaga social que deveria ser extirpada por uma jurisdição salvadora, à qual caberia, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido”.⁸

E assim as legislações foram sendo paulatinamente alteradas e ensejaram, principalmente na primeira metade do século XX (mas com ressonâncias que puderam ser percebidas até a década de 1970, pelo menos), a reformulação dos sistemas processuais,

⁷ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 86.

que já enxergavam um órgão judicante mais ativo e a igualdade formal não mais como algo a ser efetivamente buscado (o processo com um viés paternalístico). Tais mudanças nos modelos processuais almejavam uma rápida resposta jurisdicional e também uma maior segurança para as pessoas, que começaram a ver no magistrado um órgão de cooperação no acerto dos fatos e na singularidade da norma jurídica aplicada no caso concreto (protagonismo judicial). Exemplos dessas legislações teoricamente socializantes são a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919 (chamada de *Constituição de Weimar*) e a Constituição Brasileira de 1934.⁹

Com o aumento dos poderes do juiz, a técnica procedimental primava pela oralidade, concentração dos atos e das provas, irrecorribilidade de decisões e exacerbação do princípio autoritário (autoridade das decisões emanadas do chamado Estado-juiz).

Nesse contexto jurídico-social é que foi disseminada a autonomia do estudo do direito processual, principalmente pela chamada teoria da relação jurídica processual, de Oskar von Bülow, com a publicação da obra “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”,¹⁰ com ênfase na figura do juiz e mitigação das vontades das partes, que seriam meros colaboradores da atividade jurisdicional. A partir da publicação da citada obra é que o processo começou a ser visto como instrumento de uma relação jurídica entre o juiz e as partes, ou seja, um vínculo subjetivo entre aquele que tem o direito de exigir (sujeito ativo) do outro que tem o dever (sujeito passivo) de cumprir determinada conduta.¹¹ Tal relação jurídico-processual dá destaque à posição de poder-dever do juiz em detrimento da posição de sujeição das partes.

A citada teoria parte do pressuposto de que o Estado deve ser o único detentor da jurisdição, tendo, portanto, a função de eliminar os conflitos de interesses, quando provocado, pois não age de ofício. O chamado Estado-juiz possui obrigações e é limitado por lei. A relação jurídico-processual nasce primeiramente entre autor e juiz, quando aquele exerce o direito de ação, e o réu, a partir da citação, passará também a fazer parte

⁹ “No Estado social da primeira metade do século XX, a cognição jurisdicional era uma atividade que pertencia exclusivamente ao juiz, que poderia livremente valorar e valorizar as provas, ainda que em prejuízo das partes, bastando apenas que se apoiasse na mítica ideia de interesse público. Se o Estado liberal se encarregou de mitificar a lei, o Estado social *mitificou o julgador*. Ainda hoje, mesmo com a alteração constitucional de paradigma, grande parte dos juristas e legisladores ainda é influenciada pelo Estado do bem-estar social, daí por que ser comum encontrar, quer seja em livros, quer seja em leis infraconstitucionais, nacionais ou estrangeiros, expressões do tipo ‘julgamento por equidade’, ‘interesse público’, ‘bem comum’, entre outras.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 95).

¹⁰ Campinas: LZN, 2005.

¹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 6, 2008, p. 133.

dessa relação jurídica. O Juiz deverá ser sempre imparcial, enquanto que as partes sempre parciais, pois o interesse em jogo é delas.

Percebe-se, no Estado Social, a colocação do juiz num ponto de protagonista do processo, podendo até mesmo criar o direito, como se fosse dotado de um sentimento superior capaz de absorver os anseios da sociedade (a personificação do juiz Hércules de Dworkin),¹² procurando fazer com que a população confiasse naquela figura de inteligência superior para a solução dos problemas sociais. E, para que essa socialização processual atingisse seu ponto máximo, era preciso que se viabilizassem maiores oportunidades de acesso à jurisdição, culminando num envolvimento de vários países por maior acesso à justiça (*rectius*, jurisdição), que idealizava a assistência judiciária integral e gratuita, a tutela dos interesses coletivos, a simplificação dos procedimentos e a utilização de formas privadas de solução de conflitos.¹³ O órgão jurisdicional era superdimensionado, e o juiz, representante de um Estado preocupado com o bem-estar coletivo, deveria fazer valer seu conhecimento e senso de justiça para corrigir os desequilíbrios sociais, mesmo que contra a lei,¹⁴ sendo-lhe autorizado lançar mão de argumentos metajurídicos no exercício de sua função judicante.

Os sistemas processuais dessa época, sempre direcionados a um processo socializante, absorviam finalidades políticas, morais, econômicas e culturais, igualmente socializantes, pelo menos em teoria.

Nesse contexto histórico, e sob a sombra do Ato Institucional n. 5 de 1968 e da Constituição antidemocrática de 1967 (alterada em 1969), é que foi outorgado o Código de Processo Civil de 1973, cujo conjunto normativo encadeia um discurso de “completa cooptação do processo pela jurisdição e dessa pelo aparelho executivo do Estado”,¹⁵ fazendo com que o processo civil fosse visto como um instrumento que o Estado pôs à disposição dos interessados para que, assim, pudesse administrar uma justiça jurisdicional que só o próprio representante estatal poderia compreender.¹⁶

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165-203.

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 115-116.

¹⁴ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28.

¹⁵ GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção da relação entre as concepções de Estado e processo. *In*: Processo e jurisdição [recurso eletrônico on-line] / organização: CONPEDI/UFF; coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Aires José Rover. ISBN 978-85-7840-092-7. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 118.

¹⁶ Na exposição de motivos do CPC/1973, redigida pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, está destacado que “o processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”.

Todavia, tal como no Liberalismo processual, a socialização processual também começou a demonstrar seus problemas a partir da crise do *Welfare State*, pela incapacidade do Estado de cumprir com tudo com o que se comprometera perante os cidadãos.

1.3.1 A crise do Estado Social e sua projeção para o direito processual

O modelo de Estado intervencionista e promotor de políticas públicas começou a entrar em crise no final da década de 1970. Crise esta caracterizada pela transformação da sociedade em uma sociedade de massas e pelo consumismo exagerado, culminando na tentativa de desregulamentação do direito e esvaziamento do papel do Estado. Podem ser destacados como principais fatores da crise do Estado de Bem-Estar Social a má gestão do dinheiro público, a exacerbação da burocracia estatal, a má qualidade dos serviços públicos oferecidos e, no campo processual, a explosão das demandas reprimidas.

Diante desse panorama, os juristas se viram num momento de tensão entre as perspectivas paternalistas do Estado Social e discriminatórias do Estado Liberal, sendo obrigados a buscar soluções que não resgatassem os superados liberalismo e socialismo jurídicos.

No campo processual também foi percebida a disputa entre as duas perspectivas, “de um lado, as socializadoras de acesso à Justiça e, de outro, as de garantia de não intervenção, do liberalismo”.¹⁷

Surgindo então, da busca por um processo que ultrapassasse tal insatisfatório panorama, um modelo procedimental democrático e reflexivo da tensão entre as perspectivas liberais e sociais, fazendo com que a prevalência da autonomia privada ou da autonomia pública seja verificada caso a caso, tanto no discurso de justificação (devido processo legislativo) quanto no discurso de aplicação das normas (devido processo legal), garantindo, assim, participação privada e estatal nas decisões jurídicas.

Tal modelo procedimental permite melhor racionalização discursiva do sistema processual, oferecendo maior legitimidade às decisões emanadas dos órgãos públicos, pois o que se busca é uma estrutura normativa que assegure um espaço-tempo procedimental concatenado logicamente para que todos os interessados no pronunciamento estatal percebam sua participação no ato decisório.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 135.

Além disso, é importante destacar que esse modelo procedimental, que mantém a tensão entre argumentos liberais e sociais, supera a fracassada teoria do processo como relação jurídica. Na teoria da relação jurídica há que se admitir que um sujeito possa exigir do outro determinada prestação (uma conduta), ou seja, que haveria um sujeito passivo de determinada prestação, ou prestações, mas, no processo da atualidade, foi percebido que uma parte não poderia exigir da outra o cumprimento de uma conduta, pois a situação de direito material (o substrato do conflito de interesses) não se confundia com o processo, pois é o Estado é que detém, substitutivamente, o caráter da imperatividade.

No processo, não há vínculo de subordinação entre partes, ou mesmo entre as partes e o juiz, pois não há como impor a outrem a prática de qualquer ato processual (procedimental). Não há imposição jurídica de vontades, uma vez que pode qualquer sujeito processual definir seus deveres e faculdades da forma que lhe aprouver, desde que suporte os efeitos decorrentes de seus atos.¹⁸

Na mesma linha de raciocínio, Eduardo Couture¹⁹ tece críticas negativas à noção de processo como relação jurídica, expondo que

“A doutrina dominante concebe o processo como uma relação jurídica. Diz-se que o processo é relação jurídica enquanto vários sujeitos, investidos de poderes conferidos por lei, atuam com vistas à obtenção de um fim. Os sujeitos são o autor, o réu e o juiz; seus poderes são as faculdades conferidas pela lei para a realização do processo; sua esfera de atuação é a jurisdição; o fim é a solução do conflito de interesses. Pode-se afirmar que a tese do processo como relação jurídica é a que teve mais adesões em nosso tempo, apesar de algumas dissidências. Contra essa teoria existe a seguinte argumentação. É certo que a sentença, e, mais precisamente o seu efeito, a coisa julgada, é o fim do processo; é igualmente certo que, de acordo com algumas teorias, a sentença tem a eficácia de um negócio jurídico material, ou seja, é capaz de alterar as relações jurídicas materiais. Mas, mesmo que essas teorias tenham fundamento, a rigor caberia atribuir aos atos processuais a qualidade de negócios jurídicos, não de uma relação jurídica. O fato jurídico que produz uma relação jurídica não é, por essa só circunstância, uma relação jurídica, mesmo que latente.”²⁰ (Tradução livre)

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83-86.

¹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma), reimpressão inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 132-133.

²⁰ Texto no original: “La doctrina dominante concibe al proceso como una relación jurídica. El proceso es relación jurídica, se dice, em cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan em vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso, su esfera de actuación el la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses. Puede afirmarse que la tesis de la relación jurídica procesal es la que há contado con más adhesiones en nuestro tiempo a pesar de ciertas autorizadas disidencias. En contra de esta teoría se hace la siguiente argumentación. Es cierto que la sentencia, y, más exactamente, su efecto, la cosa juzgada, es el fin del proceso; es igualmente cierto que, según algunas teorías, la sentencia tiene la eficacia de un negocio jurídico material, es decir, la de alterar las relaciones jurídicas materiales. Pero aun cuando estas

As degenerações desse modelo processual que se dizia social, mas que, na verdade, mostrava-se como instrumento de dominação, desnaturou as perspectivas socializantes de garantia de aplicação do direito em larga escala (amplo acesso à jurisdição), fazendo surgir as decisões-modelo (padronizadas), que não cuidavam de analisar detidamente os casos concretos, apenas reproduzindo outras decisões anteriormente já proferidas. Esse arquétipo do processo como edificante de bem-estar social, por intermédio da atividade criadora dos órgãos jurisdicionais, favoreceu o aparecimento de decisões judiciais fundamentadas em finalidades metajurídicas, uma vez que a vontade do agente estatal privilegiado é que prevalecia (o processo reduzido a mero instrumento da jurisdição, que, por sua vez, era produto da atividade solitária do julgador).

Mas a neutralidade e a abstração do esquema da relação jurídica processual, centrada na jurisdição e desprezando a realidade concreta das partes, esconde todas as formas de dominação, uma vez que o Estado, por sua vez, não é neutro e os agentes estatais procuram realizar os projetos e valores almejados por eles mesmos. A ideia da relação jurídica se opõe à noção de legitimidade do procedimento ou mesmo de legitimidade do pronunciamento estatal, pois legitimidade²¹ não combina com abstração e neutralidade.

Diante de todo esse quadro da evolução da ciência processual, identificadas as mazelas do liberalismo processual e do socialismo processual,²² com o objetivo de manter em tensão tais perspectivas, mas evitando suas degenerações, os estudiosos do direito processual buscaram melhorar a estruturação básica dos procedimentos no sentido de garantir a todos os interessados no pronunciamento estatal dele participarem ativamente, num espaço-tempo procedimental adequado, fazendo uma releitura dos direitos processuais fundamentais.

teorías tuviesen fundamento, en rigor cabría atribuir a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, mas no la de una relación jurídica no es, por esa sola circunstancia, una relación jurídica ni siquiera latente.”

²¹ Pode-se definir o termo *legitimidade* como sendo um atributo do Estado que consiste na observância, pelo menos em uma parcela significativa da população, de um grau de consentimento capaz de assegurar o acatamento das decisões sem a necessidade de se recorrer ao uso da força, justificando a razão de ser de o ato de poder buscar alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando o que seria obediência em adesão. A legitimidade é o elemento que proporciona a integração entre o Estado e o povo na relação de poder, legitimando, assim, o exercício das atividades políticas no Estado Democrático de Direito.

²² “O Estado Democrático de Direito não possui as mesmas vestes do Estado Liberal (assegurador das individualidades) ou Social (comunitarista e tradutor do bem-comum).” MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 143.

Assim, com a tendência à constitucionalização dos direitos humanos na segunda metade do século XX, os pensadores do Direito enxergaram uma prospecção para que se consolidasse um modelo de Estado de Direito Democrático,²³ principalmente pela fundamentalização dos direitos humanos, fazendo com que os modelos processuais começassem a se preocupar com a democratização do processo, na qual o amplo diálogo entre os interessados e destinatários no pronunciamento estatal fosse condição legitimadora da decisão.

Estando aí as bases para o início dos estudos de um modelo democrático de processo, sustentado, principalmente, sobre princípios²⁴ constitucionais.

1.4 Democratização do processo civil: o processualismo constitucional democrático e a contribuição de Elio Fazzalari

Não é objetivo deste trabalho dissertar acerca da conceituação de democracia, entretanto, não há como se chegar ao entendimento do atual processo constitucional democrático se não traçarmos uma noção contemporânea de democracia. Sendo que, para tal mister, faremos uso, principalmente, da obra de Simone Goyard-Fabre,²⁵ que cuidou detidamente de analisar de forma crítica os escritos de diversos autores importantes que trataram o tema, perpassando por Aristóteles, Cícero, Maquiavel, Bodin, Hobbes, Spinoza, Locke, Montesquieu, Hume, Rousseau, Kant, Sieyès, Tocqueville, Nietzsche, Weber, Kelsen, Carré de Malberg, Schmitt, Arendt, Rawls, Dworkin e Habermas.

²³ Ressaltamos desde já que não é foco deste trabalho debater a celeuma criada sobre as distinções entre as locuções “Estado Democrático de Direito” e “Estado de Direito Democrático”, uma vez que adotaremos tais expressões como equivalentes, e com preferência pela primeira, por assim constar no art. 1º da CRFB.

²⁴ A propósito dos princípios, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, apoiados em Dworkin, afirmam que, “num modelo de comunidade *de fato*, em que as pessoas não se sentem vinculadas por nenhuma responsabilidade em especial, e num modelo de comunidade *de regras*, em que a responsabilidade recíproca se baseia em meras convenções contratuais, o tipo de vínculo existente entre os cidadãos e de responsabilidade exigível da comunidade não remete necessariamente a princípios de conteúdo moral. A postura adotada pelos membros da comunidade de fato pode ser puramente estratégica; na comunidade de regras, o puro pragmatismo é balizado por acordos de tipo contratual, vistos como *limites* à ação; apenas numa comunidade de princípios as normas estabelecidas podem ganhar conteúdo universal e serem vistas como condição de possibilidade para a liberdade e a igualdade, para além de limites convencionais, e passam a requerer integridade na compreensão de seus princípios” (*Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-82).

²⁵ *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

A democracia, ao lado da pessoa humana e do estado de direito, tornou-se um valor universal e permanente, cravando-se na história como patrimônio da humanidade. Tais valores universais (pessoa humana, estado de direito e democracia)

“Nascem em algum período da vida da sociedade e só depois são devidamente justificados e aceitos. O que lhes dá o caráter de permanência é justo a fundamentação que mereceram e o seu reconhecimento universal, pelo menos no âmbito de uma cultura. Isto não significa que mesmo depois de reconhecidos os valores não possam continuar a ser examinados e novas razões apontadas para sua validação.”²⁶

O primeiro valor moral desse tronco ético da cultura ocidental é a pessoa humana, cujos estudos e debates foram amplamente disseminados no período medieval, quando as questões humanas começaram a ser submetidas ao crivo da razão (tais como liberdade, vontade e livre arbítrio). O segundo valor moral desse tronco ético é o estado de direito,²⁷ assentado nas liberdades fundamentais (liberdade pessoal, política e econômica). E o terceiro pilar desses valores permanentes da cultura ocidental é a democracia, sustentada sobre as liberdades política e participativa, a igualdade e o desfazimento do absolutismo.²⁸

A par disso, é bom que se diga que existem três modelos principais de governo oriundos da tradição grega: a monarquia (governo de um só), a aristocracia (governo dos poderosos) e a democracia (governo popular). Mas dizer simplesmente que a democracia é o governo do povo é muito pouco, pois poderemos estar camuflando uma tirania disfarçada. Qualquer desses “três regimes, ao se degradarem, dão origem à tirania de um só, à opressão de alguns e à anarquia engendrada pela licenciosidade de todos”.²⁹

Além disso, nos Estados modernos, a chamada social-democracia (adotada pelo Estado-Providência) mescla o público e o privado e as subvenções estatais proliferam de todos os lados, fazendo com que esse inter-relacionamento se dê em forma embaralhada por diversas considerações políticas e econômicas (privatizações, por exemplo), gerando uma infinidade de normas que têm de conviver harmoniosamente. A democracia hoje é

²⁶ CARVALHO, José Maurício de. *Ética*. São João del-Rei: UFSJ, 2010, p. 20-21.

²⁷ O Estado de Direito, para Selvino Antônio Malfatti, está sustentado sobre os seguintes pilares: “1º Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com leis gerais disponíveis ao poder judiciário. 2º Propriedade privada, liberdade de mercado e livre concorrência. 3º Garantias sociais, com proteção aos menos favorecidos. 4º Organização e estrutura política que garantam o funcionamento do sistema representativo” (Moralidade e política no totalitarismo. In: CARVALHO, José Maurício (Org.). *Poder e moralidade: o totalitarismo e outras experiências antiliberais na modernidade*. São Paulo: Annablume; São João Del Rei: UFSJ, 2012, p. 21).

²⁸ MALFATTI, Selvino Antônio. *Moralidade e política no totalitarismo*, p. 20-23.

²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 104.

confusa, uma vez que “o privado não se contrapõe ao público em nome do liberalismo, assim como tampouco o público se contrapõe ao privado em nome do socialismo”,³⁰ fazendo com que pareça uma insegurança sobre seu futuro. Isto sem falar na hipertrofia administrativa, que gera uma burocracia perturbadora da legitimidade do Estado de Direito. A esse respeito, destacamos que

“O pontilhismo das decisões legislativas adotadas numa pressa parlamentar hipersensível aos ataques de febre sociopolítica provoca o olvido dos princípios fundamentais da ordem jurídica. Assiste-se então ao inchaço burocrático, estatal e paraestatal, que responde à vontade de autoridade criativa dos tecnocratas e dos magistrados; ela prefigura a tirania da administração e o ‘governo dos juizes’”.³¹

Além disso, é preciso não nos iludirmos com a retórica da ideologia da democracia, pois, quando tratamos da ciência jurídica (ou ciência do Direito), não há espaço para ideologia, uma vez que ciência e ideologia são reciprocamente excludentes. Pensar na democracia somente como governo da maioria³² é fazer pouco dessa conquista teórica alcançada com muita dificuldade (sem falar que democracia mesmo ainda é um projeto que está caminhando, pois não é até o momento amplamente vivenciada por todos os cidadãos). E tal projeto será melhor operacionalizado quando inserido numa Constituição, que poderá assegurar a todos (maioria e minoria) o exercício da democracia. A democracia constitucional é um vínculo jurídico-político que qualifica os cidadãos como construtores do ordenamento jurídico.³³

De fato, resultou da vivência democrática do século XX o nivelamento por baixo para as questões de cultura, de educação e até mesmo de inteligência, já que pudemos verificar que a tirania do consumo, desencadeada por práticas publicitárias, descomedimento dos empréstimos bancários e a insuflação da moda e da tecnologia, disfarçando a demagogia da igualdade (geralmente do poder de compra e dos direitos), fez

³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 300.

³¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 318.

³² Historicamente, a exacerbação da vontade da maioria como critério decisório de verdade ensejou governos ditatoriais. É equivocado pensar em democracia a partir do consenso, pois democracia significa exatamente o contrário, ou seja, o direito ao conflito e o respeito à divergência.

³³ De acordo com Giovanna Borradori, “em uma democracia constitucional a lei é autorizada porque representa a vontade dos cidadãos. No caso de um sistema político não-democrático, a autorização corresponde à autoridade incontestável de um chefe absoluto ou de um partido no poder. No entanto, em ambos os casos, o elo entre imposição e lei permite a distinção entre lei como força autorizada e violência como força não-autorizada” (*Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 173).

com que os pontos positivos da democracia se transformassem também nos pontos negativos do crescimento intelectual e científico das sociedades.

Mas a democracia, mesmo com suas mazelas, é ainda a melhor forma de governo, pois instala no Estado a autonomia dos cidadãos, uma vez que as normas editadas pela autoridade política não lhes são impostas por coerção, e esses mesmos cidadãos são os autores e destinatários das normas que regularão suas condutas, validando a produção da normatividade jurídica, o que resulta na afirmação de que a democracia, além de uma forma de governo, é também uma questão de direito.

Por isso é que a democracia, com seus primados de cidadania, soberania popular, representação, sufrágio universal e regra majoritária, quando bem utilizada, sob as cautelas de uma Constituição³⁴ legitimada, fomenta o reconhecimento consciente do bem-estar social. Em outras palavras, a democracia, hoje, é afetada profundamente por outros três vocábulos: liberdade, autonomia e participação.

“A liberdade democrática não equivale à independência anárquica dos indivíduos *ut singuli* e que, portanto, ela necessita, política e socialmente, de diques e de parapeitos sem os quais ela se perde numa espécie de loucura existencial. Portanto, é preciso saber compreender que a liberdade só ganha sentido numa democracia dentro dos limites da natureza humana e que, como tal, ela se situa sob o signo do realismo e da finitude. Liberdade-autonomia ou liberdade-participação, ela faz parte apenas do campo limitado da existência humana. Ela termina para uns ali onde começa a dos outros. Ela sempre comporta, ademais, fatores de desequilíbrio na medida em que é preciso levar em conta as vontades contraditórias que também procuram se exprimir”.³⁵

Refletindo sobre os temas democracia, autoconhecimento e liberdade, e fazendo uma confluência entre eles, Giovanna Borradori, interpretando Habermas, expõe que a democracia propicia um modelo de emancipação que estimula as pessoas e as instiga a experimentar uma interdependência entre o autoconhecimento e a liberdade, uma vez que, “quanto mais discursivamente nos examinamos, por meio da conversa e do diálogo, mais livremente podemos pensar e agir”.³⁶

³⁴ A democracia constitucional tem por finalidade a proteção da sociedade, impedindo, por intermédio do discurso constitucional, que a vontade da maioria se sobreponha à lei ou às minorias, tendo a Constituição a função de retirar do âmbito político certas decisões, fazendo com que alguns direitos se posicionem acima da vontade da maioria, o que é viabilizado por um conjunto de direitos fundamentais que serve como critério superior de validade da ordem jurídica.

³⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 348.

³⁶ *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, p. 57.

Deslocando tais considerações para o campo do direito processual,³⁷ é possível afirmar que o processo democrático, que também deve pautar-se por liberdade, autonomia e participação (discurso autocrítico), tem a tarefa de alcançar a legitimação dos atos estatais. Todas as construções jurídicas começam a apontar para um caminho de reflexão consigo mesmas, desfazendo-se de dogmatismos e sujeitando-se a ininterruptas revisões quanto à legitimação dos atos de poder. Uma vez que o coautor e destinatário do pronunciamento estatal (lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional) toma consciência (percebe) de que, por sua liberdade individual (autodeterminação), coparticipou do pronunciamento estatal, o direito discutido já estará justificado autocriticamente. Nesse sentido, se o juiz, ao prolatar a sentença, fizer constar em suas fundamentações as alegações expendidas nos autos por ambas as partes, demonstrando que contribuíram para a construção da decisão, tal ato estatal terá muito mais legitimidade.

Tais ideias se aproximam das lições de Jürgen Habermas³⁸ do “princípio do discurso” e do “agir comunicativo”, quando tenta resgatar a legitimidade no acordo intersubjetivo expressado na comunicação voltada para o entendimento, procurando garantir que as pessoas reconheçam as instituições criadas com base no consenso havido no discurso.³⁹ Alberico Alves da Silva Filho, fazendo explanação acerca da *Teoria da ação comunicativa* de Habermas, expõe que “toda tradição cultural passa a constituir-se de modo reflexivo consigo mesma, obrigando-se a despojar-se de todas as formas de dogmatismo, além de sujeitar-se a contínuas revisões de suas legitimações”.⁴⁰ Porém, tal aproximação tem de ser vista com reservas, tendo em vista que até mesmo pela multiplicidade cultural das atuais sociedades, nenhum consenso representaria a obtenção de uma opinião pública homogênea que desprezaria as concepções de vida de todos os envolvidos. Para reforçar nossa precaução em aproximar inadvertidamente as concepções habermasianas do processo democrático experimentado hodiernamente, adiantamo-nos em

³⁷ A ciência do direito processual, enquanto atividade produtora de conhecimento, não se presta a simplesmente organizar a atividade jurisdicional ou a criar órgãos jurisdicionais ou mesmo regular o exercício dos remédios jurídicos destinados a efetivar o ordenamento jurídico, porque, para além disso, tem a finalidade de conferir significado às situações produzidas pelos fatos e atos que são valorados normativamente quando compreendidos em seu objeto de investigação.

³⁸ *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I*, p. 142-168.

⁴⁰ Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17.

afirmar que “há uma grande parcela de ilusão em acreditar que a razão comunicacional é ‘conciliadora’ e que, portanto, democracia e ‘consenso’ se identificam”.⁴¹

É óbvio que o profícuo estudo de Habermas pode, e deve, ser utilizado, mas não sem comedimento, pois não é ele um jurista e muito menos um processualista. O que se tem feito, com proveitosas apropriações, é fazer uso da filosofia habermasiana ressemantizando-a para as concepções contemporâneas do direito, principalmente do direito processual, com ênfase para o direito processual brasileiro.

Então, transportando tudo isso para o campo do processo é que podemos falar na democratização do processo civil. Atualmente, o direito processual democrático busca a interseção entre democracia e processo, fazendo com que os pronunciamentos estatais se mostrem legitimados somente quando os autores e destinatários do ato estatal se sentirem como copartícipes do ato que encerra o procedimento (administrativo, legislativo ou jurisdicional). E mais, esses mesmos copartícipes do pronunciamento estatal (o povo) não podem ser proibidos de fiscalizar as atividades dos agentes políticos, uma vez que os representantes eleitos, bem como os agentes estatais concursados (no que se incluem os magistrados), não são indefectíveis intérpretes da consciência popular. Assim, a fiscalidade popular não pode ser vedada no direito democrático, pois é o povo que detém a titularidade de construir, modificar ou até destruir a ordem jurídica, e é o próprio povo que edifica as estruturas do Estado.⁴²

Essa cooperação mútua entre a democracia e o processo se fez possível pela intimidade experimentada entre o direito constitucional e o direito processual, pois os direitos fundamentais (dentre eles vários afetos ao processo: devido processo, contraditório, ampla defesa, reserva legal, juízo natural, acesso à jurisdição, fundamentação racional das decisões jurisdicionais e duração razoável do procedimento), a partir das Constituições modernas (incluindo-se a brasileira), não mais constam somente de algumas declarações esparsas, já que passaram a compor os ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito. Assim é que podemos dizer que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a manutenção das disposições normativas do Código de Processo Civil de 1973 (o qual, como já dito acima, foi redigido e outorgado sob a égide do regime militar), acabou resultando numa teratologia jurídica, pois perpassou por todo o período de redemocratização do país sem alterações contedísticas fundamentais em seu

⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 336.

⁴² MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção do estado democrático de direito*, p. 23.

arcabouço principiológico, fazendo com que a jurisdição, a partir de então desatrelada da função executiva,⁴³ se imiscuisse do papel de guardião do interesse público por intermédio do intérprete solitário e onipotente da lei.

Enxergando o processo desgarrado das concepções de dominação de outrora, numa perspectiva democrática garantidora dos direitos fundamentais, permitindo um freio às atividades abusivas de todos os sujeitos processuais e permitindo a coparticipação e a influência argumentativa de todos os envolvidos nas decisões tomadas, tudo isto sustentado por uma Constituição que servirá de balizamento e limitação das atitudes processuais, é que se pode falar num processualismo constitucional democrático.

Esse atual panorama do processo democrático assevera que

“Qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais seria inconstitucional, por impedir a participação e o debate processual na formação dos provimentos, além de cancelar as variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais, etc.)”.⁴⁴

É esse arcabouço interpretativo do direito processual, em que o impacto da implementação dos direitos fundamentais permite a obtenção de resultados mais eficientes e legitimados para os cidadãos que suplicam pelo acesso à jurisdição estabilizado por um Estado Constitucional Democrático, que faz da contribuição do italiano Elio Fazzalari⁴⁵ uma ferramenta de grande importância para o desenvolvimento do processo civil hodierno.

No Brasil, a contribuição científico-processual de Fazzalari do processo como uma espécie de procedimento, desenvolvido em contraditório e caracterizado pela participação dos interessados na preparação do pronunciamento estatal, foi amplamente divulgada pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves,⁴⁶ que servirá de suporte para as explanações neste tópico expendidas.

Ao estabelecer a noção de processo como procedimento em contraditório, fazendo do contraditório o elemento distintivo de processo e procedimento, Fazzalari minou a força

⁴³ Importante destacar que, à época do regime militar em que outorgado o CPC/1973, a jurisdição não era autônoma em relação ao governo executivo, pois eram reconhecidos ao Presidente poderes amplos para adotar quaisquer medidas destinadas a preservar a integridade e a independência do país e o livre funcionamento dos poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção, conforme previsto no artigo 153, § 3º, da Constituição de 1967 (alterada em 1969).

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 199, p. 52, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

⁴⁵ *Instituições de direito processual* [Istituzioni di diritto processuale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁴⁶ *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

da retrógrada teoria da relação jurídica processual que sustenta a instrumentalidade do processo, capitaneada no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco,⁴⁷ que se tornou incapaz de dar respostas satisfatórias aos reclamos processuais e aos problemas sociais, por não haver vínculo de subordinação/subjugação entre as partes no processo, ou seja, não há qualquer relação jurídica vinculativa e as condutas das partes são exigíveis tão-somente por obediência às normas.⁴⁸ Essa proposta do processo como procedimento em contraditório alavancou os estudos científicos do pensamento jurídico-processual pela condução dialética⁴⁹ e democrática do procedimento, aparecendo o contraditório como elemento distintivo e caracterizador do processo. Tal estrutura dialética do procedimento superou as antigas definições de processo que afirmavam, genericamente, que onde existisse conflito de interesses existiria processo.

Inclusive, acerca dessa visão arcaica do processo como instrumento da jurisdição, em que o juiz é autorizado a buscar fundamentos de decidir distanciando-se do ordenamento jurídico (“o que há de mais importante é a destinação social e política da jurisdição”⁵⁰), é bom que se diga que tal posicionamento está consentindo na mutação do magistrado em legislador, tendo em vista que essa chamada engenharia social é problema do legislador, que é representante do povo, e não problema do juiz, que é representante do Estado. Os tais *escopos* metajurídicos da jurisdição, além de vedarem ao próprio destinatário a compreensão racional da resposta jurisdicional (tornando o magistrado o intérprete solitário do sentido da decisão), não devem ser problema do processualista, ou do processo jurisdicional, mas sim do procedimento legislativo (preocupação com os métodos de elaboração das normas), pois tais eventos sociais vêm antes da instauração do procedimento judicial, tendo relação com o chamado direito material, e não com o direito processual. Portanto, em suma, a noção do processo como instrumento contraria a concepção estruturante do Estado Democrático de Direito.

Voltando a tratar da contribuição fazzalariana, a partir da divulgação de sua obra, para que se identificasse um conjunto de procedimentos regidos pelo Estado como sendo um processo, seria fundamental a participação dos destinatários da decisão em contraditório paritário. Para Aroldo Plínio Gonçalves, “contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na

⁴⁷ *A instrumentalidade do processo*. - 14 ed. - São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 83-86.

⁴⁹ Dialética no sentido de confronto de argumentos, refutação, e não no sentido de harmonizar os contrários (seguindo o princípio aristotélico da não contradição), uma vez que, como já dito, democracia e consenso não necessariamente se identificam.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 374.

liberdade de todos perante a lei”.⁵¹ Assim, a exteriorização do contraditório se opera de duas formas, a primeira consiste no dever de informação, para que sejam oportunizadas as posições jurídicas diante das normas⁵² processuais, e a segunda consiste na reação, revelada pela possibilidade de movimentação processual, o que se constitui em uma liberdade-ônus da parte. Daí surgindo a noção de simétrica paridade, que vincula todos os sujeitos processuais (partes, juiz, intervenientes e ministério público), que atuam em iguais condições e oportunidades. O que mais uma vez importa em um contraponto à noção instrumental do processo baseada na relação jurídica, pois garante a dialética participação não só das partes (autor e réu), principais destinatários do pronunciamento estatal, mas também dos demais envolvidos na atividade jurisdicional, pois todos são partícipes do procedimento.

Portanto, a partir dessas noções, e com a intercomunicação com a Constituição democrática, o processo deve ser percebido e praticado como uma garantia constitucional, que não se instaura em razão de um ilícito, mas sim por ser o direito de ação constitucionalmente assegurado. Em outras palavras, o processo, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser um instrumento da jurisdição e passa a ser visto como condição para a legitimidade da própria atividade jurisdicional.⁵³ Afinal, na sociedade contemporânea, os juristas precisam conciliar os sistemas jurídicos de forma a garantir a igualdade (não meramente formal) e extirpar as diferenças, sempre buscando a confecção coparticipada, pelos respectivos destinatários, das respostas estatais aos reclamos das pessoas do povo.

Nessa perspectiva democrática, auxiliada pela concepção estruturalista de Fazzalari, o processo deve garantir a construção de um espaço discursivo-procedimentalizado de oferta aos destinatários do provimento (resposta estatal) de garantia de simétrica paridade durante todo o percurso procedimental (contraditório, ampla defesa, isonomia e reserva legal). Isto porque, “no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva”.⁵⁴ Então, fazendo a interface dessa perspectiva diferenciada de processo e de procedimento com a teoria do direito democrático, torna-se

⁵¹ *Técnica processual e teoria do processo*, p. 109.

⁵² Ressaltando-se que, para Fazzalari, segundo Aroldo Plínio Gonçalves, a norma jurídica define o lícito, que é o cânone de conduta, pois “a conduta é valorada pelo lícito, e o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever” (*Técnica processual e teoria do processo*, p. 135).

⁵³ MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas, p. 150.

⁵⁴ SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 92.

“essencial o questionamento de que, se todos são iguais perante a lei, o Estado-juiz não pode ser mencionado em primeiro lugar nem a jurisdição colocada como centro da teoria processual na atualidade”.⁵⁵

1.5 Obsolescência da aposição das normas processuais como secundárias ou instrumentais

Importante destacar, depois das conclusões descritas acima, que não mais faz sentido a antiga e constante diferenciação que é feita entre as normas processuais (que seriam meramente formais, secundárias ou instrumentais) e as normas materiais (que seriam as normas substantivas, ou primárias).

Por questões didáticas, é possível manter a tradicional distinção entre direito material e direito processual, sendo o primeiro o corpo de regras e princípios que disciplinam os fatos e as relações que regem a vida das pessoas,⁵⁶ e o segundo como conjunto de normas que organizam e disciplinam a técnica de aplicação do direito pelo Estado,⁵⁷ por meio dos órgãos jurisdicionais e administrativos, mas não mais aceitar acriticamente, neste momento de profícuo desenvolvimento do direito processual, que se coloquem as normas⁵⁸ processuais numa posição de inferioridade em relação às chamadas normas materiais, principalmente pelo fato de existir entre elas uma óbvia relação de complementaridade, de ambas disciplinarem condutas das pessoas e por estarem inseridas num mesmo ordenamento jurídico.

Aliás, é bom que se diga desde já que o direito processual (normas processuais) está expressamente incluído no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira em vigor, sem qualquer distinção hierárquica de tratamento entre as normas processuais e as normas materiais, portanto, direitos materiais e direitos processuais são apenas direitos provenientes de uma mesma matriz jurídica, e a distinção que se pode fazer

⁵⁵ SOUZA, Márcia Angela de. Os princípios constitucionais processuais da isonomia, igualdade e paridade de armas – por uma aplicação adequada no processo penal e na execução penal. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 255.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo I*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 266.

⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 38.

⁵⁸ Sendo conveniente elucidar que neste trabalho a noção de norma jurídica abarca a ideia de regras e princípios, com base em estudo feito por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, forte nas lições de Jean Boulanger, Josef Esser, Robert Alexy e Ronald Dworkin (*Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 103-110). Tal distinção será retomada em ponto posterior desta dissertação.

é apenas com relação às condutas que disciplinam, algumas tratando das relações intersubjetivas (entre particulares, entre particulares e o Estado ou entre entes estatais) e outras cuidando das condutas e relações havidas depois da instauração de um procedimento (administrativo, legislativo ou jurisdicional). Assim, a peculiaridade que se mantém entre elas é em relação ao conteúdo que comportam, e não pela referibilidade a alguma hierarquia.⁵⁹

Já no que se refere especificamente à noção do termo *norma*, chama-se a atenção para o fato de que não necessita ser obrigatoriamente algo escrito, pois se apresenta como

“Categoria intelectual que, inferida do texto da lei, indica o padrão de licitude adotado pelo Estado na criação e disciplinação de direitos. A norma, portanto, é categoria de logicidade de todo o sistema jurídico com um único corolário, que é a fixação hermenêutica da licitude como síntese de permissão, dever e vedação”.⁶⁰

A distinção de conteúdo que se mantém entre elas e que realmente importa é em relação à conduta das pessoas frente à própria norma. As normas chamadas de materiais destinam-se a valorar as condutas como lícitas ou ilícitas diante das situações jurídicas das quais decorrem direitos e deveres, e as normas chamadas de processuais disciplinam o exercício da atividade jurisdicional e o arcabouço técnico-procedimental pelo qual a jurisdição se manifesta, o processo.

Por isso é que já foi dito que “as normas processuais estabelecem critérios de proceder para todos e especialmente para os que exerçam a jurisdição em nome do Estado”.⁶¹

O que nos impede de abonar manifestações recentes de autores brasileiros que se mostram ainda presos ao atavismo da imanência entre normas de direito material e normas de direito processual, colocando estas como instrumentais daquelas, como se o direito de ação só pudesse ser exercido por quem demonstrasse de plano que uma lei lhe daria guarida. Neste sentido, podemos dar vulto ao que Paulo Roberto de Gouvêa Medina denomina de *natureza da norma processual*, com os seguintes dizeres:

“O Direito Processual é um direito instrumental, no sentido de que tem por escopo servir de instrumento à aplicação das normas de outros direitos – os direitos substanciais ou materiais -, em Juízo. Não constitui o

⁵⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 41.

⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 124-125.

⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 127.

Direito Processual um fim em si mesmo. Cumpre, ao revés, papel subsidiário, como disciplina de uma atividade-meio, qual seja a de regular a atuação da vontade concreta da lei, mediante o exercício da jurisdição. Daí, pois, a *natureza instrumental* da norma processual”.⁶²

Tal ponto de vista em relação à norma processual, além de ultrapassado, por colocar o processo como dependente das normas materiais, vinculando o direito de ação ao chamado direito material, dispensa um tratamento privilegiado à jurisdição, colocando-a numa posição que sobrepuja até mesmo o próprio direito processual. Sendo que, logo abaixo, e no decorrer de todo este trabalho, demonstraremos que, por outorga constitucional, não pode haver condicionantes ao direito de ação e, além disso, não pode mais o processo ser mais interpretado como um utensílio (instrumento) para que o órgão jurisdicional realize uma pretensa, ilusória ou retórica pacificação social.

Dessa forma, qualquer diferenciação que possa ser feita entre as normas processuais e as chamadas normas materiais será meramente convencional ou didática, mas não mais podendo ser estabelecida uma hierarquia entre elas, pois em qualquer em qualquer dos campos, processual ou substancial, a disciplina estatuída serve para conformar as condutas dos destinatários normativos ao ordenamento jurídico em vigor.

1.6 Direito de ação, ação e pretensão

Entendemos também conveniente traçarmos nosso entendimento acerca dos temas direito de ação, ação e pretensão, mesmo que de forma direta e sem maiores aprofundamentos, até mesmo porque não é o objetivo desta pesquisa, em razão de tais institutos aparecerem recorrentemente no decorrer do texto.

Em função da profusão de ideias, definições e conceitos que foram construídos ao longo da história do direito processual relativamente a esses três assuntos, replicamos aqui as concepções que consideramos de melhor cunho científico e que edificaram nosso conhecimento a respeito.

Há muita confusão nos autores de direito processual a respeito dos termos direito de ação e ação, muitas vezes identificando-os, mas, para nós, há diferença entre direito de ação e ação, embora reconhecamos que a linha de distinção entre eles é tênue e exige um

⁶² *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 55.

pouco mais de incursão científica. Enrico Tullio Liebman fez distinção entre a ação como garantia constitucional, que é um direito indeterminado e inexaurível assegurado a todos de levar suas pretensões ao conhecimento do Estado, independentemente da resposta que receberão, e a ação como instituto do direito processual, que é condicionada e vinculada a uma pretensão concreta deduzida em juízo, estando essa ação como instituto disciplinado em nível de direito processual presa às chamadas “condições da ação”, que aproximariam o exercício eficaz da ação com a pretensão de direito material.⁶³

Eduardo Couture, por sua vez, identificou três acepções principais em que o termo ação era usado no direito processual: como sinônimo do próprio direito manifestado, como sinônimo de demanda (ação = demanda) e como faculdade de provocar a atuação do judiciário, tendo aprofundado suas pesquisas sobre esta última. Para ele, a ação seria um poder jurídico autônomo que pode ser admitido independentemente do direito material referente àquilo que nos pertence ou que nos é devido.⁶⁴ Por ter alçado o direito de ação ao plano dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, enxerga-se na obra de Couture percepções democráticas bem definidas, mesmo estando à sombra do Estado Social de Direito. Neste sentido, “a transcendência constitucional do direito de ação pode ser entendida no pensamento de Couture como condição de possibilidade de um Estado republicano, como condição de possibilidade de uma forma democrática de governo”.⁶⁵

É claro que, apesar de profícuas e muito aproveitáveis, as ideias de Couture ficaram limitadas pelo contexto histórico em que viveu, pois não teve oportunidade de vivenciar um Estado de Direito Democrático, por isso ainda lidava com as concepções de poder das pessoas (ação como poder jurídico autônomo). Logo, e principalmente a partir do modelo Constitucional Democrático de 1988, o foco das atenções do Direito deixou ser o sujeito (o indivíduo ou o Estado) e passou a ser a norma, uma vez que tais entes não possuem mais poderes intrínsecos para tomada de atitudes. E, com relação ao Estado, só está autorizado a agir depois de conferidas pela normatividade as competências de poder para atuar por meio de seus agentes políticos. Assim, o exercício legitimado de poder é garantido por atribuição legal nas atuais sociedades civilizadas, ou seja, a norma regula os poderes do Estado e permite que as pessoas não sejam privadas de suas liberdades e de seus bens senão de acordo com o próprio ordenamento jurídico. Portanto, a ação não pode

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004, p. 223-228.

⁶⁴ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 57-88

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 196.

mais ser concebida como um poder jurídico porque as pessoas (físicas ou jurídicas) não detêm poder, e sim direitos, faculdades ou ônus.⁶⁶

Mas ainda fazendo uso das proveitosas lições de Eduardo Couture,⁶⁷ entendemos que o *direito de ação* é espécie do gênero *direito de petição*. Para esta pesquisa, o direito de ação é o direito fundamental e incondicionado de movimentar a jurisdição no sentido de fazer valer o ordenamento jurídico. O direito de petição⁶⁸ (gênero) é assegurado a qualquer do povo, conforme enunciado normativo do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição em vigor, e o direito de ação (espécie), que também não pode sofrer restrições, está previsto no enunciado normativo do artigo 5º, inciso XXXV, também da Constituição brasileira de 1988.⁶⁹ O mexicano Héctor Fix-Zamudio,⁷⁰ em 1974, apoiando-se nos estudos de Eduardo Couture, asseverou que os cidadãos latino-americanos já contavam com um direito constitucionalmente estabelecido que lhes permitia acudir aos tribunais para dirimir suas controvérsias jurídicas, com independência e autonomia em relação aos direitos subjetivos ordinários correspondentes (implicando na transcendência⁷¹ entre direito e ação).

O direito de ação implementa o exercício da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”,⁷² pois muitos deles (os chamados direitos fundamentais materiais) dependem, para sua efetivação, do direito de ação. Assim, “o direito de ação, depois de exercitado, desencadeia uma série de garantias constitucionais, de sorte que apenas o exercício de todas elas, na sua plenitude, é que permite a afirmação de que o direito de ação foi assegurado”,⁷³ sobressaindo-se, portanto, que é ele “o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles”.⁷⁴

⁶⁶ Apesar de adotar um referencial teórico distinto, Vicente de Paula Maciel Júnior chega a conclusões semelhantes às que aqui expusemos, como se confere do livro *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 117-130.

⁶⁷ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 74-79.

⁶⁸ Direito pessoal e político de interpelar o poder público com o intuito de levar-lhe uma reivindicação, uma informação, queixa ou mesmo uma simples opinião acerca de algo relevante para o interesse próprio, de um grupo ou de toda a coletividade, que tem como exemplos de outras espécies típicas o pedido de certidão aos entes públicos para o esclarecimento de situação de interesse particular ou a denúncia perante órgão do Ministério Público dando conta de uma ilegalidade praticada pela administração pública.

⁶⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 82.

⁷⁰ *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: UNAM, 1974, p. 59.

⁷¹ Transcendência como antônimo de imanência.

⁷² “O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. (...) O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 208-209).

⁷³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, vol. 1*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 112.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 209.

Então, como foi dito que o direito de ação é uma espécie do gênero direito de petição, buscando trazer cientificismo ao texto, e a fim de evitar que mais de um termo ou expressão possuam o mesmo significado sem a devida explicação, oportuna se torna a especificação da noção do termo ação, diferenciando-o da expressão direito de ação, ou seja, pretendemos traçar sucintamente linhas divisórias entre a noção do que seja *direito de ação* e a noção do que seja *ação*. E, como já retratamos o entendimento do direito de ação, falta-nos exprimir nossas concepções acerca da ação.

O tema é tão desconcertante que releva enfatizar que até os melhores processualistas vez ou outra, em seus textos, não distinguem os termos em discussão (ação e direito de ação), entretanto, esse aspecto terminologicamente plurissignificativo traz problemas para a ciência processual, fazendo com que existam inúmeras concepções distintas acerca de um mesmo assunto, ou assuntos, o que deve ser evitado, sempre que possível. Por isto, entendemos que deve haver distinção entre os citados termos, uma vez que ação não pode significar o direito de acionar o órgão jurisdicional, pois se identificaria com o que expomos a respeito do direito de ação, isto é, ambos os termos teriam o mesmo sentido, ou significariam a mesma coisa. Desse modo, para esta pesquisa, o termo *ação*, em sentido estrito e destacado da expressão *direito de ação*, deve ser entendido como o exercício real e concreto do direito de ação, ou seja, a ação é o ato acionar o judiciário, uma vez que o direito constitucional de ação pode ou não ser exercitado.

Assim, procurando dissociar o vocábulo *ação* do viés eminentemente constitucional que grande parte dos autores lhe imprime e trazendo-o para uma noção vinculada ao direito processual, e evitando dogmatizá-lo, teremos que o termo ação, em sentido estrito, isolado do *direito de ação* e dentro da ciência processual, é o efetivo exercício do ato de fazer a jurisdição desempenhar sua função, pelo que, quando é dito por um advogado, na praxe forense, que ele irá, em nome do cliente, propor uma ação demarcatória (conforme nomenclatura expressa nos artigos 946 a 966 do CPC/73), na verdade o que deve ser entendido é que o interessado está acionando o Estado-jurisdição exigindo-lhe que instaure o procedimento⁷⁵ para apuração do pleito de demarcação

⁷⁵ Cabendo ser ressaltado que o termo *procedimento* será trabalhado em momento próprio, apenas sendo conveniente anotar desde já que procedimento é “uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequencia de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 87).

conduzido pela petição inicial e deduzido pela pretensão manifestada pelo autor em sua petição.

Com o intuito de complementar este pequeno estudo sobre a ação, vemos como apropriada a contribuição de Flaviane de Magalhães Barros,⁷⁶ que, trabalhando tal instituto num viés fortemente processual na obra de Elio Fazzalari, assevera que a ação não deve ser entendida como exclusivamente a possibilidade de o interessado instaurar o procedimento (ou movimentar a jurisdição: direito de ação), pois, inseridos na noção de ação, estão compreendidos diversos poderes, deveres e faculdades que as partes possuem ao longo do trâmite procedimental até a conclusão do procedimento (provimento final: sentença). Assim, a ação (como exigência de atuação jurisdicional pelo procedimento já instaurado pela petição inicial) deve ser compreendida como uma série de posições processuais de todos os sujeitos processuais (e não só do autor), uma vez que todos possuem legitimação para agir,⁷⁷ processualmente falando. E a distinção que se pode fazer da atuação das partes para a atuação do órgão jurisdicional é que o ente estatal possui uma função de natureza pública (abrangendo a realização de atos e cumprimento de deveres, todos previamente descritos em lei), e não ação, em sua acepção técnica, não podendo o juiz fazer uso de faculdades ou direitos, cabendo-lhe tão-somente fazer cumprir o ordenamento jurídico.

Dessa feita, sucintamente explicadas as noções de direito de ação e ação para esta pesquisa, resta-nos trabalhar, também de forma direta e breve, a noção de pretensão, que servirá de base para futuras menções que faremos.

Mas trabalhar uma noção segura de pretensão também não é tarefa simples, pois é inegável o confronto metodológico dos autores a respeito, resultando em intrincados desvios conceituais daqueles que se propuseram a trabalhar o tema, principalmente por ser afeto tanto ao direito processual civil quanto ao direito civil. Francesco Cernelutti entende a pretensão como um ato jurídico que se liga à situação material das partes, sendo mesmo um direito subjetivo material (“exigência de subordinação do interesse de outrem ao interesse próprio”⁷⁸), que não se vincula ao direito de ação, que, por sua vez, é o direito da parte ante o órgão jurisdicional.⁷⁹ E Jaime Guasp elabora um trinômio (ação-pretensão-demanda) para fazer a diferenciação dos conceitos, dizendo que

⁷⁶ O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Revista Eletrônica VirtuaJus*. Belo Horizonte, ano 2, número 1, agosto de 2003, p. 26.

⁷⁷ O chamado direito de agir, é “o direito de estar em juízo, apurável no procedimento instaurado pelo direito-de-ação” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 291).

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil, vol I*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.

⁷⁹ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo, vol. V*, p. 172-184.

“Ação é o direito de formular pretensões perante os Tribunais de Justiça; pretensão é a reclamação (manifestação de vontade), de um sujeito frente a outro sujeito, de qualquer bem da vida; e demanda é o ato que dá início ao processo que terá como objeto determinada pretensão”.⁸⁰

Ao que nos parece, o vocábulo demanda utilizado por Jaime Guasp possui a mesma conotação da ação por nós delineada anteriormente, uma vez que se identifica com o ato da parte interessada em dar início à metodologia normativa que resultará na resposta jurisdicional reclamada ao Estado. Mas tal jurista faz uma distinção entre pretensão material (descrita acima) e pretensão processual, asseverando que esta “pode ser definida como aquela atividade que origina, mantém e conclui um processo com seu próprio nascimento, manutenção e conclusão”.⁸¹ Logo, existiria, para ele, uma pretensão pré-processual (de direito material) e uma pretensão endoprocessual (ou, de acordo com este estudo, depois da instauração do procedimento), que seria o objeto do processo, isto é, uma declaração de vontade perante um órgão jurisdicional solicitando-lhe uma atuação frente a uma pessoa determinada e distinta desse pretendente.⁸² Entretanto, essa concepção de pretensão processual não nos parece acertada e consentânea aos estudos do processo democrático, uma vez que a jurisdição é uma das funções primordiais do Estado, que, depois de provocado, não pode se recusar a dar resposta às solicitações das partes em juízo, tendo o órgão jurisdicional o dever de atuar independentemente de solicitação do interessado nesse sentido.⁸³

Releva destacar, inclusive, que o vocábulo pretensão, neste trabalho, não tem nada a ver com o direito subjetivo público e abstrato de ação, chamado por diversos autores de *anspruch*.⁸⁴ O que se pode afirmar é que, tal como previsto no artigo 189 do Código Civil em vigor, a pretensão é o interesse daquele que teve direito seu potencialmente violado de exigir do causador do dano a devida recomposição. A pretensão revela-se, portanto, como um interesse de exigir de outrem determinada conduta ou sua omissão, mas não um poder

⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. VI, p. 139.

⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. VI, p. 143.

⁸² LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. VI, p. 140-145.

⁸³ “A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas poder-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93).

⁸⁴ Esse é, por exemplo, o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, para quem a pretensão “é o espelho do direito de ação” (*Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 568).

de exigir de outrem certa conduta,⁸⁵ haja vista que, no Estado de Direito, apenas o próprio Estado é que detém o poder, e em nome do povo.

Como observado por Cândido Rangel Dinamarco,⁸⁶ enxergar a pretensão como um poder de exigir de outrem determinada conduta é repriminir a *actio* romana, em que só se poderia acionar o Estado-juiz se se ostentasse um direito plenamente admissível em juízo (imanência entre direito e ação).

Para Humberto Theodoro Júnior, ação e pretensão, embora intimamente coligadas, não podem ser confundidas, “visto que a pretensão se situa, com propriedade, como o objeto da atividade processual que o direito de ação força o Estado a apreciar, manipular e remediar”.⁸⁷

Eduardo Couture⁸⁸ salienta que a sinonímia entre os vocábulos ação e pretensão provocou uma confusão difícil de ser superada, já que, apesar de distintos, relacionam-se, sendo a ação o poder jurídico do autor de fazer valer a pretensão. Para o autor, a pretensão é somente um estado de vontade jurídica, mas não um poder jurídico, por isso é que existirá pretensão infundada, que será rechaçada pelo juiz, mas não uma ação infundada, pois a ação, concebida por ele como direito de ação, é o direito de todos de acudir à jurisdição.

A pretensão é, portanto, de natureza pré-processual, pois o conflito de interesses antecede o início do procedimento, apresentando-se mesmo como efeito da incidência da norma constitucional que coloca o sujeito de direito em uma situação ativa em relação ao órgão estatal. Contudo, se a pretensão é exercida perante o Estado-juiz, ter-se-á por configurado o pressuposto fático para a incidência das normas processuais, instaurando-se, a partir de então, o procedimento que desencadeará a solução da controvérsia, por meio da sentença.

Também assentindo que a pretensão exsurge antes do início do procedimento, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias dá como certo que

“A ação é proposta de forma conectada ou coligada a uma pretensão, colocada à apreciação do Estado pelo autor, por meio de processo constitucionalmente instaurado e desenvolvido, mediante pedido formulado na petição inicial, cuja entrega ao Estado inicia o processo, quase sempre contestada a pretensão pelo réu, daí possível afirmar-se que

⁸⁵ Essa noção arbitrária da pretensão como “um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão” pode ser colhida, por exemplo, de Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro, vol. I: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 474).

⁸⁶ *Fundamentos do processo civil moderno, tomo I*, p. 378.

⁸⁷ *Curso de Direito Processual Civil, vol I*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85.

⁸⁸ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 66-68.

a contestação, tecnicamente, em síntese, significa pretensão resistida, devendo o órgão jurisdicional lhe dar uma resposta decisória na forma de sentença de mérito”.⁸⁹

A ação, como exercício real e concreto do direito incondicionado de acesso à jurisdição, é a conexão existente entre a pretensão e o procedimento jurisdicional (que é o espaço normativo, cognitivo e argumentativo de solução de controvérsias), que, por sua vez, é direcionado e limitado pela própria pretensão deduzida na petição inicial, tudo devidamente regulado pelo devido processo legal. Em razão dessas considerações, podemos afirmar que a violação de um interesse (ou direito) resguardado pelo ordenamento faz nascer para o titular a pretensão (artigo 189 do Código Civil). Esquema: violação → direito → pretensão → exercício do direito de ação (= ação) → procedimento.

Pelo que, pode-se dizer que a pretensão significa a providência requerida ao Estado pelo autor (o pedido), de acordo com os fatos e fundamentos jurídicos narrados por ele na petição inicial (a causa de pedir), almejando o pronunciamento jurisdicional (a sentença). Quando o autor deduz sua pretensão em juízo, procura demonstrar que narrou os fatos respaldado pelo chamado direito material, postulando uma providência do Estado, ou seja, propondo sua ação, está o autor deduzindo sua pretensão processualmente. O réu, por sua vez, quando deduz sua pretensão em sentido contrário àquela manifestada pelo autor (o que faz ao defender-se), opondo resistência (deduzindo fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, também respaldado pelo direito material), está provocando a chamada *pretensão resistida*.⁹⁰

Fazendo a confluência dos termos, podemos dizer que o *direito de ação* é o direito incondicionado de submeter o Estado (jurisdição) à *pretensão*, o que é concretizado pela ação (direito de ação efetivamente exercitado), momento em que será iniciado o procedimento técnico-normativo adequado, buscando uma resposta decisória (sentença).

Por fim, é necessário dizer que, havendo pretensão passível de debate jurídico, ainda que tenha sido rejeitada uma outra anteriormente deduzida, não pode a segunda ser descartada de pronto pelo órgão jurisdicional, por ser o direito de ação incondicionado e irrestringível. Exemplo claro se dá quando ocorrida a rejeição da execução de um cheque, por prescrito (que se consubstancia em decisão de mérito), mas ainda sendo possível o

⁸⁹ *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 80.

⁹⁰ SOARES, Carlos Henrique; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 5.

ajuizamento da monitória ou até da denominada ação de locupletamento, prevista na chamada lei do cheque (artigo 61 da Lei n. 7.357/85).⁹¹

⁹¹ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 229.

CAPÍTULO II

PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

2.1 O processo constitucional

No atual momento da evolução humanística e tecnológica das ciências sociais, destacadamente o Direito, com ênfase ao constitucionalismo, principalmente o constitucionalismo brasileiro, as discussões acadêmicas voltam-se para o *Processo Constitucional*, que é o implementador de legitimidade de construção de sociedades democráticas, exigindo-se estudos reiterados e revigorados dos institutos processuais que possam efetivamente garantir a percepção e a vivência dos direitos fundamentais preconizados nos textos constitucionais.

É importante demonstrar que o processo constitucional é indispensável para a garantia dos direitos fundamentais e até da própria estrutura processual planejada pelo texto constitucional. Somente viveremos verdadeiramente os direitos fundamentais enquanto tivermos o resguardo de um modelo de processo constitucionalmente adequado e estruturado.

O termo *Estado Democrático de Direito* foi cunhado após a Segunda Guerra Mundial em contraposição aos Estados totalitários que predominavam até então, sendo este último aquele Estado em que a soberania era centrada na figura do governante, que tinha a imanente (providencial) função de promover o bem-estar e a felicidade dos súditos. Assim, tal configuração de Estado concentrava todo o poder nas mãos do soberano que, mesmo sem uma racionalidade teórica, detinha todo o comando do ordenamento jurídico. Tal modelo de Estado, vivenciado ainda durante os regimes nazifascistas, reificava e instituía o que Max Weber⁹² chamou de dominação pura (autoritária), em que a tradição, o mito e o direito impõem seus próprios significados, mas de forma inesclarecida.

Mas, antes da compreensão do que seja propriamente o Estado Democrático de Direito, é preciso entender a concepção do Estado de Direito, ou *Estado Iluminista*, que implica na substituição do fundamento religioso pelo fundamento racional na organização do poder estatal, correspondendo a uma insurgência contra as monarquias absolutistas e privilégios medievais resistentes desde a primeira metade do século XIX, compondo-se da limitação ao arbítrio do poder político, da submissão de todos ao princípio da legalidade

⁹² WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber – Sociologia*. 7. ed., 6ª impressão - São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 128-141.

(sem privilégios), da organização do Estado e da separação de suas funções (legislativa, administrativa e jurisdicional) e da estabilidade dos direitos e garantias individuais.

Cumprindo-nos destacar que esse Estado de Direito também não se coaduna com as concepções do Estado Social, sendo este último o que deu início a uma reestruturação das Constituições dos países ocidentais a partir do término da Revolução Francesa, onde o Estado tinha a função de estimular e promover diversas atividades públicas (educação, saúde, cultura, família e outras questões sociais) e o juiz era o guardião do direito, assumindo papéis primordiais no desenvolvimento da sociedade, até mesmo fazendo as vezes do legislativo e do executivo. Tal dimensionamento do órgão jurisdicional acabou por levar “ao entendimento de que ao juiz, representando um Estado preocupado com o bem-estar coletivo, caberia supor seu conhecimento e *sensu de justiça* para corrigir as agruras dos desequilíbrios sociais, ainda que tal implicasse inobservância dos textos legais”,⁹³ ou seja, o juiz poderia ultrapassar suas funções meramente jurisdicionais, lançando mão de argumentos (escopos) metajurídicos para exercer seu *munus* de julgador.

Esse Estado Social, como já dito anteriormente, não foi satisfatório para o Direito, pois acabara conferindo poderes excessivos aos agentes públicos (principalmente aos magistrados), que acabavam usurpando suas funções, fazendo com que o arbítrio e o subjetivismo imperasse diante dos fatos analisados casuisticamente. Diante dessa nova concepção, começou-se a conceber a existência do Estado vinculado ao Direito, quando tal modelo de Estado, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, louvando-se em lições de Carré de Malberg,

“Nas relações com seus súditos e para garantia deles, submete-se, ele próprio, a um regime de direito, segundo o qual suas atividades são regidas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado.”⁹⁴

Nesse sentido, para que todos ficassem vinculados a esse reconhecimento jurídico-formal (aqui se incluindo o poder estatal e as garantias fundamentais das pessoas), surgiu o constitucionalismo, concebendo-se a Constituição como a escritura máxima de toda a comunidade política organizada sobre determinado território e de seus agentes

⁹³ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28.

⁹⁴ *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 96.

políticos, que também ficam submetidos à ordem jurídica estruturada por leis (leis essas editadas por aqueles legitimados a tanto pelo povo, por isto democráticas), surgindo, por consequência, entrelaçado técnica e harmoniosamente com o Estado de Direito, um Estado Constitucional (organizado por uma Constituição) e um Estado Democrático (em que a democracia legitima o poder), o que resultou na configuração do Estado Democrático de Direito.

Esse novo Estado, empregado nos textos jurídicos como um paradigma,⁹⁵ é dimensionado por princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, uma vez que, em todos os atuais ordenamentos constitucionais, a única fonte de legitimação de exercício do poder é o povo (comunidade política composta de pessoas livres e dotadas de direitos-poderes subjetivos).

Nessa perspectiva, Estado Democrático de Direito é aquele em que o povo exerce o poder diretamente ou por meio de representantes escolhidos em eleições periódicas e livres, pelo voto direto e secreto, para mandatos periódicos, possuindo como fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a supremacia da Constituição, a conformação das decisões emanadas dos órgãos estatais à legalidade e aos direitos fundamentais e a separação das funções do Estado, tudo de acordo com os mandamentos previamente acertados no respectivo texto constitucional.

Nesse sentido, o democrático na expressão Estado Democrático de Direito significa um modelo de Estado não dogmático, por fazer uso da ciência discursiva do direito – o processo – em todas as bases de produção, construção e aplicação dos provimentos (executivos, legislativos e jurisdicionais).

Dessarte, além de se poder confirmar que “a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado”,⁹⁶ cabe-nos também destacar a importância desse Estado em que o direito é democrático, pois o

“Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda

⁹⁵ O vocábulo *paradigma*, conforme reprodução das concepções de Thomas Khun feita por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, deve ser “entendido como um conjunto de hipóteses científicas gerais e de leis e diretrizes técnicas necessárias à sua aplicação, assim adotado por uma comunidade científica, verdadeiras realizações científicas reconhecidas em âmbito universal, as quais, durante certo tempo, na busca da resolução de determinados problemas, fornecem soluções modelares para os praticantes de determinada ciência” (*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 55).

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 89.

das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito.”⁹⁷

A grande guinada do Direito Processual ocorreu após o trauma totalitário que culminou com a última Guerra Mundial, impondo necessária revisitação dos textos legais, o que fez Humberto Theodoro Júnior destacar:

“A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca antes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.”⁹⁸

Dessa feita, já se sabendo que todos os valores e princípios contidos em uma Constituição são importantes para conferirem legitimidade às regras infraconstitucionais, ora orientando ora limitando o legislador e o aplicador da lei, aclara-se que o texto constitucional vincula as atividades judicial, administrativa e legislativa do Estado.

Os princípios constitucionais e as garantias individuais desempenham um importante papel para o Direito, na medida em que conferem unidade ao sistema jurídico, especialmente para nossa Constituição, que congrega normas que conformam um Estado neoliberal e um Estado relativamente intervencionista (com ênfase na atividade econômica), fazendo com que o intérprete constitucional busque a unidade lógica do texto.

E dentre as garantias previstas na Constituição está a incondicionalidade do direito de ação e o processo, entendido “como um paradigma linguístico-autodiscursivo (teórico-fundante-operacional) de um sistema jurídico co-institucionalizado (constitucionalizado)”,⁹⁹ ou, na locução de André Del Negri, o processo torna-se

“A construção de um *locus* normativo-linguístico assegurador de um *status* democrático (Estado democrático) aberto a todos nos âmbitos de produção, aplicação, modificação, e extinção de direitos, de salutar

⁹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 70.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 234.

⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 286.

importância, porque o Estado (*status, locus*, local lógico de incidência normativa compartilhada e fiscalizada) na Democracia, só pode ser visto e entendido como uma das instituições que se *legitima* na Constituição, isto é, um local *estabilizador* dos atos produzidos na *esfera pública* (rede comunicativa processualizada).¹⁰⁰

Assim, esse local estabilizador dos atos públicos, previsto textualmente na Constituição – o processo constitucionalizado – dota o sujeito constitucional (coautor dos provimentos) na construção da narrativa vivencial onde se veja como protagonista jurídico do seu destino no discurso constitucional, podendo se insurgir, processualmente (pelo devido processo: fala lógica e dialógica em espaços procedimentais pré-definidos), contra a imposição da vontade do agente público (legislador, administrador ou juiz), pois reconhece sua identidade no próprio texto coproduzido.

De fato, esse local estabilizador dos atos produzidos na esfera pública, que se legitima na Constituição, é o *Processo Constitucional*, reconhecido por José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰¹ como a via que visa a proteger o princípio da supremacia constitucional, abrigando os direitos fundamentais e possuindo várias ações e recursos inseridos nessa esfera protecionista e garantista. Chegando o renomado jurista a afirmar que o processo constitucional é “uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais”.¹⁰² Até porque a tão-só autoproclamação em um texto constitucional de que determinado Estado é um Estado Democrático de Direito não assegura a proteção dos direitos fundamentais por si só, sendo imprescindível para tal mister a institucionalização do processo a partir de uma matriz normativa de compreensão efetivamente democrática.¹⁰³

Pelo que, até mesmo as leis (provimento legislativo), para que sejam consideradas democraticamente legitimadas, necessitam perpassar por esse espaço público linguístico autodiscursivo (o processo constitucional legislativo). Nesse sentido, Del Negri¹⁰⁴ se adiantou em afirmar que a existência desse novo âmbito de apreciação normativa (a *legitimidade*) tornou-se um recente eixo de cogitação do Direito e só se tornando possível pelo diálogo contraditado no espaço de discursividade processualizado, passando pela

¹⁰⁰ *Processo constitucional e decisão interna corporis*. – Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28.

¹⁰¹ *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. – Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45-52.

¹⁰² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 47.

¹⁰³ GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção da relação entre as concepções de Estado e processo, p. 106.

¹⁰⁴ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 110-112.

interpretação jurídico-principiológica que consiste na reflexão da legitimidade do texto jurídico a partir do estudo do controle de legitimidade constitucional das leis.

Nessa perspectiva, revisitando diversos institutos da teoria do processo, Rosemiro Pereira Leal concluiu que

“Tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos, jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador-construtor (parte) e aplicador-julgador (juiz), sendo que ambos são figurantes da estrutura procedimental que é o espaço democrático sempre aberto (direito de petição) de instalação estrutural do contraditório, isonomia e ampla defesa como direitos constitucionalmente fundados em nome do processo institucional de discussão, afirmação e produção jurídica permanente.”¹⁰⁵

Tratando desse processo que é constitucional, surgiu o chamado *modelo constitucional de processo*, expressão cunhada por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera,¹⁰⁶ suprimindo, como ressalta Flaviane de Magalhães Barros,¹⁰⁷ a dicotomia entre os intitulados direito processual constitucional e direito constitucional do processo, uma vez que existe apenas uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo (contraditório, ampla argumentação, fundamentação racional das decisões e participação de terceiro imparcial), tanto em razão de fundamentação quanto em razão de estrutura, pois todo processo é constitucional e visa à constituição de garantias dos direitos fundamentais das pessoas.

Portanto, o processo constitucional pode ser manejável por qualquer pessoa na defesa de seus direitos fundamentais, pois constituído por um sistema de garantias processuais indestrutíveis pela vontade dos agentes estatais, constituindo-se mesmo na interseção entre a democracia e o ordenamento jurídico, sendo que “suas instituições estruturais (*jurisdição, ação e processo*) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.”¹⁰⁸ Daí chegarmos à conclusão de que o processo constitucional é formado por uma série de princípios conectados, norteados, por um sistema jurídico democrático, alcançando o estado (*status*) de norma impositiva.

¹⁰⁵ *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

¹⁰⁶ ANDOLINA, Ítalo; Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 9-11.

¹⁰⁷ O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333-336.

¹⁰⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, 1999, p. 119.

E, antes de encerrarmos este ponto, é importante a advertência no sentido de que, como ressaltado por Dhenis Cruz Madeira,¹⁰⁹ não é simples o alinhamento das noções de Processo, Constituição e Estado Democrático de Direito, fazendo com que existam até mesmo ideias díspares, mas revelando-se essencial tal compreensão para todo jurista que se proponha a compreender e fazer uso da democracia. Neste sentido, o Processo Constitucional “ainda é uma proposta teórica em construção, sendo esse um dos motivos pelos quais ainda existe muita divergência e incompreensões entre os processual-constitucionalistas que tratam do tema”,¹¹⁰ o que o torna ainda mais auspicioso e instigante, fomentando sua continuada revisitação.

2.1.1 O processo constitucionalizado como garantidor dos direitos fundamentais

A acepção *direitos fundamentais* deve ser entendida como sendo aqueles direitos universais (não singulares) que abrangem todos que são dotados do *status* de pessoa. São aqueles direitos inalienáveis, intransmissíveis, invioláveis e invariáveis (não nos tornamos mais ou menos livres, somos apenas livres), pelo que, do gênero direitos fundamentais decorre as espécies direitos civis, direitos públicos e direitos políticos. Por essas compreensões é que já se fez questão de distinguir os direitos humanos dos direitos fundamentais, porque estes são os direitos humanos expressamente declarados no ordenamento jurídico-constitucional.¹¹¹

Tais direitos somente podem ser limitados por disposição constitucional expressa (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição (restrição mediata).¹¹² Os direitos fundamentais têm sua razão de ser como resultado da concretização de valores elementares da vida, tais como liberdade, igualdade e dignidade.

Sendo, portanto, conveniente registrar que

¹⁰⁹ O nascimento do Processo Constitucional na América. In: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Coords.). *Direito processual civil latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 36-37.

¹¹⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. *O nascimento do Processo Constitucional na América*, p. 37.

¹¹¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 111.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28.

“O *constitucionalismo democrático* não é apenas uma conquista do século XX, mas um *programa para o futuro*, possuindo um *sentido duplice*: i) os direitos fundamentais, previstos nas Constituições modernas e nos Tratados internacionais de Direitos Humanos, devem ser garantidos e concretamente realizados; ii) o paradigma da democracia constitucional é ainda *embrionário*, podendo ser alargado em três direções: a) assegurar a realização de todos os direitos, não somente os de liberdade, mas também os sociais (construção de um *constitucionalismo social*); b) fazer respeitar os direitos fundamentais não somente no confronto com os poderes públicos, mas também dos poderes privados, sejam eles nacionais ou transnacionais (construção de um *constitucionalismo privado*); c) ampliar os direitos humanos-fundamentais, no âmbito internacional, respeitando-os não apenas no interior de cada Estado (construção de um *constitucionalismo internacional*).”¹¹³

Com apoio no que foi afirmado por Vinícius Lott Thibau,¹¹⁴ ressaltamos que é o devido processo¹¹⁵ uma instituição jurídica integrante do conceito de Estado Democrático de Direito, que, sustentado por seus princípios estruturais (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação racional das decisões e direito à defesa técnica), garante a implementação dos direitos fundamentais, no que se inclui a previsibilidade decisória dos discursos de produção e aplicação das normas jurídicas. Sendo fato incontroverso daí decorrente que os direitos fundamentais têm de ser o núcleo da proteção que a jurisdição constitucional perfaz no âmbito do controle de constitucionalidade e do próprio ordenamento jurídico.¹¹⁶

Por tais razões, é possível estabelecer que o processo constitucional é indispensável para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, principalmente em razão da constante tensão inerente ao Estado de Direito, estando de um lado o constitucionalismo e de outro a democracia, o que gerou a percepção científica de que a democracia tem de ser caracterizada por uma perspectiva inclusiva, dialógica, aberta e incompleta, e a Constituição não mais como um texto restrito a definir a estruturação do Estado e um rol fechado de garantias privadas aos indivíduos, mas como um projeto

¹¹³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 107-108.

¹¹⁴ THIBAU, Vinícius Lott. O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – considerações sobre a procedimentalidade brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 315-316.

¹¹⁵ Aproveitando-nos da manifestação de Dhenis Cruz Madeira (*Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 123), não estamos adotando a divisão existente entre “devido processo constitucional (principiologia constitucional e direitos fundamentais) e devido processo legal (modelos procedimentais traçados previamente pela lei)”, fazendo uso apenas da locução devido processo, abarcando tanto as garantias constitucionais quanto os modelos procedimentais. A propósito de tal dicotomia, cita-se André Del Negri (*Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 112-120), Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 32-41) e Rosemiro Pereira Leal (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 51-55).

¹¹⁶ LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP Ed., 2009, p. 30.

inacabado, de contínua aprendizagem de uma sociedade aberta e plural que busca “a inclusão de todos por meio de procedimentos da gênese democrática do Direito, fundada na ideia de igual consideração de todos os envolvidos e na busca da mais ampla liberdade de participação de todos os interessados nas tomadas públicas de decisão”.¹¹⁷

Reforçando essa criação teórica de projeto inacabado da Constituição, o discurso constitucional procura superar tanto a concepção republicana quanto a concepção liberal de processo político, articulando-se discursivamente para a interpretação do sistema de direitos fundamentais e apresentando condições procedimentais necessárias às formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma.¹¹⁸

E, no Brasil, considerado como um país de modernidade tardia,¹¹⁹ onde os direitos fundamentais não foram ainda totalmente implementados, fica ainda mais destacado o papel do processo constitucional como instituição constitucionalizada capaz de promover tais direitos, indispensáveis a uma almejada transformação social, o que somente ocorrerá se o Estado-judiciário se enxergar como corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais, atuando em estrito respeito ao texto constitucional.

Portanto, por parte dos sujeitos de direitos, houve uma adesão ao que se convencionou chamar, a partir de Habermas, de *patriotismo constitucional*,¹²⁰ tratando-se, como ressalta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,¹²¹ de uma adesão às instituições político-constitucionais justificada racionalmente, e não ensejada pela carga emotiva que os citados institutos carregam, demonstrando lealdade política e consciente das pessoas à Constituição democrática, remetendo-nos novamente à relação interna entre Estado de Direito e democracia, como já explicitado anteriormente neste trabalho.

Assim, há mesmo uma indiscutível interseção (um entrelaçamento) entre o processo constitucionalizado e os direitos fundamentais, fazendo com que um instituto dependa do outro, na medida em que tais direitos encontram no processo (jurisdicional,

¹¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 71 – n. 2 – ano XXVII, abril/maio/junho 2009, p. 83.

¹¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 257.

¹¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 181-182.

¹²⁰ PASSOS DA SILVEIRA, Jacqueline. Direitos humanos e patriotismo constitucional. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 51, p. 153-173, jul.-dez., 2007.

¹²¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-252.

administrativo ou legislativo)¹²² o mecanismo próprio para garanti-los, protegê-los e até efetivá-los, quando necessário.

Não é mais possível reduzir os estudos do Direito Processual a uma relação jurídica existente entre pessoas que não se entendem, como se o processo fosse um instrumento em que o Estado pudesse por em prática sua superioridade (supremacia) em relação ao jurisdicionado, relegando o debate processual a plano inferior e podendo o magistrado *descobrir* a verdade fazendo uma interpretação técnica e dogmática das peculiaridades processuais e do contexto fático de aplicação do direito.

O processo, agora constitucionalizado, já se desgarrou dessa concepção de mero mecanismo de dominação (no sentido empregado por Max Weber) e pode ser percebido numa perspectiva democrática garantidora de imunidade contra arbitrariedades e subjetivismos provenientes dos agentes estatais, permitindo que todos os que serão influenciados pelo resultado das decisões possam apresentar seus argumentos, e que tais argumentos sejam realmente apreciados.

Diante dos referenciados dogmas do protagonismo judicial (estatal), que não dão respostas satisfatórias aos problemas de ineficiência do sistema judiciário, de deslegitimidade normativa e de desrespeito aos direitos fundamentais preconizados constitucionalmente, surgiu o denominado *processualismo constitucional democrático*, que enxerga no texto constitucional um constante aprimoramento do Direito, de forma que todos os envolvidos possam participar das decisões que lhes digam respeito, passando o processo a ser realmente uma garantia aos jurisdicionados (ao povo), e não mais um entrave à efetivação dos direitos (já que foi este o legado nefasto do processualismo exercido até poucas décadas atrás).

Não mais tem cabimento pensar no magistrado como um ser iluminado e sensível que capta, sem se definir como, os valores compartilhados pelos indivíduos que vivem em sociedade (como se isso fosse possível, pois há que se duvidar da existência de valores homogeneamente compartilhados por todas as pessoas), e decide conforme sua consciência. Ora, toda a normatividade processual esculpida e inculpada na Constituição tem a finalidade de garantir que as decisões estatais se deem em participação de todos os interessados e que os direitos fundamentais lá expressos sejam verdadeiramente fruídos.

¹²² Sendo importante explicitar que “o processo legislativo vincula-se aos discursos de justificação normativa, que não se prendem ao contexto histórico das decisões, como ocorre com os discursos de aplicação no processo jurisdicional, que têm por finalidade reconstruir o Direito à luz de casos concretos” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000, p. 164).

Dessa forma, podemos afirmar haver uma inter-relação entre os direitos fundamentais e o processo constitucional, sendo mesmo um dependente do outro. Sempre que falarmos em direitos fundamentais iremos, incontinenti, reportarmo-nos ao processo constitucional, e vice-versa, pois todas as vezes que alguém for impedido de vivenciar, aplicar, construir ou reconstruir os direitos fundamentais far-se-á uso do processo constitucional como mecanismo de garantia; ao passo que, sempre que mencionarmos o processo constitucional para garantia de direitos que sejam fruíveis, construíveis e vivenciáveis constitucionalmente, encaminharemos nossos pensamentos para os direitos fundamentais.

Sendo que esse processo só poderá atingir satisfatoriamente seus desideratos se possuir uma estrutura firme e estável de construção e reconstrução dos direitos lesados ou ameaçados, razão pela qual se arrima no devido processo legal (procedimentos previamente estabelecidos), no contraditório, na ampla defesa, na isonomia, no irrestrito acesso ao judiciário, na fundamentação racional das decisões (fundada na reserva legal), no juízo natural e no direito ao advogado, tudo de acordo com a respectiva moldura constitucional.

2.2 Devido processo constitucional e legitimidade normativa

Para tratarmos de legitimidade normativa precisamos retomar, mesmo que perfunctoriamente, o tema democracia, pois há que se destacar que o voto é apenas uma parcela mínima da democracia, uma vez que, além dos direitos políticos, somos incluídos no sistema jurídico pela vivência e o cumprimento de vários outros direitos fundamentais, que são exercitáveis pelo devido processo constitucional (construção, reconstrução, fiscalização e desfazimento da normatividade). Por isto, cidadania não é só capacidade eleitoral ativa ou passiva (exercício do voto e direito de se candidatar a órgão eletivo) ou a participação em mobilizações sociais sazonais e efêmeras que procuram provocar transformações na estrutura política da sociedade, mas, acima disso, “cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou”,¹²³ assim, a cidadania é mesmo um dos fundamentos da hodierna

¹²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.

democracia, ao lado da soberania popular, da representação, do sufrágio universal e da regra majoritária, como já discorrido no item “1.4” acima.

Dessa forma, ao aceitarmos que a sociedade não está praticando democracia, estamos confessando que os operadores do sistema jurídico (pessoas e instituições constitucionalizadas) estão se omitindo ou falhando na execução do projeto democrático traçado pelo texto constitucional. Ora, só haverá percepção efetiva de democracia quando a Constituição for observada por todos, sem exceções, ou, pelo menos, exista a ilimitada (alargada) possibilidade de exigência de inclusão das pessoas no ordenamento jurídico-constitucional pela via das denominadas ações constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança e ações de inconstitucionalidade).

Além disso, mesmo a vontade majoritária não pode ser vista de forma acrítica como critério decisório de verdade, pois pode repristinar um totalitarismo legitimado democraticamente, mascarando a fonte ou o fundamento do exercício do poder (neste caso, poder de legislar próprio dos órgãos legiferantes). Sendo por isso que devemos duvidar e contestar a autoridade dogmática da lei de isolar e/ou destacar, mediante a retórica (ou a falácia) do contrato social, o fato de que ninguém está obrigado a obedecer às leis acerca das quais não teve a oportunidade de manifestar conformidade ou desconformidade.¹²⁴

As pessoas, como destinatárias das atividades estatais, é que possuem legitimidade para determinar quais os procedimentos (normatizados) que serão válidos e institucionalizados, fazendo com que a relação interna entre direito e democracia esteja adstrita a uma ordem jurídico-política estabelecida pela vontade do povo, que é o destinatário das normas vigentes, que, ao mesmo tempo, tem de reconhecer-se como coautor dessas mesmas normas.

O Direito não pode mais ser visto sob a ótica simplista de se constituir sobre normas positivadas com um caráter coercitivo impingido pelo Estado, pois, na atualidade, o papel legitimador das normas pela via de um procedimento discursivo e racional (priorizando a soberania popular e os direitos fundamentais) encontra amparo no princípio da democracia. Portanto, não se alcança a legalidade de forma legitimada se os respectivos procedimentos não forem adotados de modo racional, pois a legitimidade do pronunciamento estatal se dá pela verificação da racionalidade do procedimento adotado (administrativo, jurisdicional ou legislativo), a fim de garantir que todos os interessados participem, discursivamente, da construção da normatividade. Nessa reflexão, ao

¹²⁴ CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. - 1ª reimpressão. - Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 95.

aproximarmos a aplicação do princípio do discurso ao princípio da democracia,¹²⁵ cercados por uma dinâmica constitucional, alcançaremos o princípio democrático, que se torna aberto a todos os tipos de argumentos (políticos, no âmbito legislativo; e de princípios, no âmbito jurisdicional).

Fazendo a confluência de todas essas ideias e fazendo-as atuar, ou seja, fazendo-as efetivas, aparece o devido processo constitucional (principiologia constitucional reafirmada como garantia fundamental), apresentando-se como uma “matriz principiológica a vincular o exercício da jurisdição”.¹²⁶ A partir do momento em que o processo possui lugar assegurado no texto democrático-constitucional, possuindo como lugar devido de sua criação a lei constitucional, tornando-se fonte para a atuação jurisdicional (confinando-a à legalidade) e garantia das pessoas contra as arbitrariedades e subjetivismos dos agentes estatais, não permitindo a reconstrução do direito por atividade solitária do intérprete, podemos falar de um devido processo constitucional.¹²⁷

Então, após o advento do Estado Democrático de Direito, mesmo que a sociedade brasileira não tenha ainda realmente experimentado tal avanço jurídico-político,¹²⁸ não há mais como nos conformarmos com a simplista e absoluta vontade do soberano. O povo, autor e destinatário da normatividade, tem de participar do procedimento de elaboração das normas que regularão sua convivência, cristalizando o princípio da legalidade. Não podendo ser diferente com o procedimento jurisdicional, uma vez que é a jurisdição a função estatal monopolizada de realizar o ordenamento jurídico quando as partes não o fazem voluntariamente. Surgindo daí o incondicionado direito de ação das pessoas em face

¹²⁵ De acordo com Lúcio Antônio Chamon Júnior, no *princípio do discurso* (aplicável tanto às normas morais como às jurídicas), as normas válidas são apenas aquelas que todos que possam por elas ser afetados tenham oportunidade de prestar sua concordância como participantes dos discursos racionais, e o *princípio democrático* refere-se a como “institucionalizar a vontade política mediante um sistema de direitos que assegure, a cada um, igual participação no processo de produção normativa” (*Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 164-165).

¹²⁶ LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis. *Revista do Curso de Direito*. Belo Horizonte: Unicentro Isabela Hendrix, v. 2, 2º sem. 2003, p. 17.

¹²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 52.

¹²⁸ Exemplo concreto desse déficit de vivência democrática é a não cassação, pela Câmara dos Deputados, em votação vexatoriamente secreta ocorrida em 28/08/2013, do Deputado Federal Natan Donadon, condenado pelo Supremo Tribunal Federal a uma pena de treze anos de prisão por peculato e formação de quadrilha (inclusive com indicação expressa de cassação do próprio STF à Câmara dos Deputados), configurando manifesta deficiência de nossa democracia representativa. Por isso, e talvez ainda mais em razão de vermos casos como este ainda acontecendo, mostra-se deveras importante ressaltar que, se ainda não conseguimos perceber em plenitude a democracia, necessitamos, pelo menos, de insistir na introjeção do princípio democrático, da vivência democrática, em nosso intelecto, a fim de que não deixemos repristinar as experiências antidemocráticas pelas quais a humanidade já passou. Para tanto, precisamos não fazer uso das expressões Estado Democrático de Direito, soberania popular e princípio da legalidade de forma demagógica ou retórica, mas sim como algo tangível, e não remotamente.

do Estado, fazendo com que o acesso à jurisdição seja instituto de direito público e esteja à disposição de todos os cidadãos (art. 5º, inciso XXXV, CRFB).

E, como corolário do devido processo constitucional, pensa-se na ideia do devido processo legal,¹²⁹ que consiste, de forma sintética, na oportunidade que se dá às partes de esgotar todas as medidas e providências procedimentais previamente postas às suas disposições com vistas à plenitude do direito de defesa (art. 5º, inciso LIV, CRFB). O que o aproxima, pelo próprio texto constitucional, do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que os três princípios processuais-constitucionais compareçam, necessariamente, no discurso dialético-democrático de construção dos provimentos (pronunciamentos jurisdicionais), garantindo que o procedimento jurisdicional de aplicação do direito seja isento de arbitrariedades e possibilitando aos interessados esgotarem os meios e recursos idôneos para demonstrar suas pretensões. Mas esse mesmo discurso dialético-democrático tem de estar presente também quando da fundamentação da norma,¹³⁰ durante o procedimento legislativo e anteriormente ao seu ato conclusivo, que é a lei.

Pela tecnicidade e cientificidade do texto, conveniente reproduzir o que ressaltou Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sobre o tema ora dissertado, para quem

“O devido processo legal, principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este a principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) – direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) – garantia do juízo natural; c) – garantia do contraditório; d) – garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou de defensor público; e) – garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) – garantia de um processo sem dilações indevidas.”¹³¹

Diante de todas essas considerações, concluímos que, para o atendimento do devido processo constitucional deverá o ordenamento jurídico garantir, sem restrições: 1) o

¹²⁹ O devido processo legal está consagrado no texto constitucional a fim de evitar que o legislador, ou até o órgão jurisdicional, eventualmente suprimam tal garantia deliberadamente, fazendo com que somente a sua previsão expressa na Constituição imprima segurança jurídica suficiente para que logre cumprir o seu desiderato.

¹³⁰ O que importa em um discurso de justificação (ou de fundamentação) é a determinação do conteúdo semântico da norma a ser produzida, a fim de que traduza valores generalizantes (ou universais) passíveis de aceitação por todos os interessados e destinatários, em circunstâncias gerais e previsíveis.

¹³¹ *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 125.

direito público e incondicionado de ação, para que os interessados deduzam suas pretensões em juízo; 2) um julgamento por órgão jurisdicional pré-constituído e regularmente investido no cargo (juízo natural); 3) observância impostergável do contraditório e da ampla defesa em todas as fases procedimentais; 4) instrução processual ampla (possibilidade de comprovação dos fatos e fundamentos deduzidos em juízo); 5) fundamentação jurídico-racional das decisões, delimitada pela reserva legal; e 6) meios imperativos e coercitivos previamente previstos no ordenamento jurídico para fazer cumprir o quanto decidido.¹³²

Assim, na contemporaneidade, é o devido processo, instituto constitucionalizado, que assume o compromisso de realizar a legitimidade da construção da legalidade por meio da crítica ampla e irrestrita exercida pela comunidade político-jurídica, movimentando o sistema democrático.¹³³ Por isto é que a lei emanada da função legiferante do Estado (Legislativo) tem de ser ofertada à crítica incessante por intermédio de procedimentos previamente estabelecidos e à disposição de qualquer do povo (devido processo), almejando, sempre, a supressão da hipertrofia da autoridade do intérprete cognoscentemente privilegiado e a constante viabilidade de fiscalização dos comandos normativos pelos seus destinatários. Neste sentido, a inobservância do devido processo (legislativo) “torna a norma jurídica obscura e incompreensível, estimulando o aparecimento de um espaço (não-fiscalizável) do soberano”.¹³⁴

Esse arcabouço constitucional-processual (devido processo) obriga a sujeição das decisões oriundas de nossas casas legislativas a um direcionamento bifurcado: mérito político e estrito cumprimento dos procedimentos previamente existentes (regimentos internos) para a construção do pronunciamento legislativo (lei), o que pode ser chamado de devido processo legislativo. Sendo que, caso tal direcionamento não seja observado, o que gerará uma ilegitimidade normativa (em razão do monopólio do sentido legal pela autoridade criadora da lei, camuflando o retorno ao positivismo jurídico), possível será a qualquer interessado recorrer ao Estado (judiciário) para a retificação da norma defeituosamente elaborada.

¹³² Cumprindo ser ressaltado desde já que o tema *devido processo legal* será retomado em momento posterior desta dissertação, pelo que traçamos, neste ponto, apenas nossas primeiras impressões.

¹³³ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93.

¹³⁴ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção do estado democrático de direito*, p. 45.

Por assim ser, no momento evolucionário em que vivemos, chamado de pós-modernidade¹³⁵,

“A incidência do instituto do *devido processo* na atividade legislativa implica no fato de o legislador agir somente no sentido positivo da Lei. Assim, o *procedimento legislativo* para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à *Lei Constitucional*, regenciadora da estrutura normativa (procedimento) e dos atos do legislador que, interessado no provimento final (lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do *processo*.”¹³⁶

Releva ainda ressaltar que, como dito acima, o princípio democrático torna o discurso aberto a todos os tipos de argumentos (políticos, no âmbito legislativo; e de princípios, no âmbito jurisdicional). Por isso, no âmbito estritamente legislativo, com apoio nas percepções do filósofo contemporâneo Michael J. Sandel,¹³⁷ não consideramos correto ignorar as convicções morais e religiosas de nossos compatriotas, incluindo-se os legisladores, na condução da vida pública da sociedade (o que configuraria uma neutralidade moral), pois tal evasiva revela um respeito espúrio, suprimindo as divergências morais em vez de evitá-las, o que pode provocar ressentimentos e retrocessos democráticos, produzindo um discurso público empobrecido, que se mostra preocupado apenas com as questões que têm destaque midiático (escândalos, trivialidades e sensacionalismos). Quando há um comprometimento público maior com as divergências morais, o resultado é uma base mais sólida para o respeito mútuo.

Essa fraca perspectiva de neutralidade moral no discurso de justificação da norma pode gerar enfraquecimento do discurso dialético político-democrático, camuflando intenções degenerativas por legisladores atados a concepções morais e religiosas fundamentalistas. O melhor, para que tenhamos legitimidade normativa de acordo com o processo constitucional, é que, no campo legislativo, o discurso seja o mais aberto

¹³⁵ O pensamento pós-moderno pode ser qualificado como aquele em que “a busca decisiva pela verdade está obrigada a ser tolerante em relação à ambiguidade e ao pluralismo; seu resultado necessariamente será um conhecimento relativo e falível, em vez de absoluto e seguro. Por esse motivo, a busca pelo conhecimento deve ser interminavelmente auto-revisada. Deve-se tentar o novo teste experimental e explorador contra as consequências subjetivas e objetivas, deve-se aprender com os próprios erros, não se deve confiar em nenhum pressuposto, tratar a todos como provisórios, não pressupor nenhum absoluto” (TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*. Tradução de Beatriz Sidou. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 423).

¹³⁶ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 94.

¹³⁷ *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 330.

possível, a fim de que a norma (resultado do procedimento legislativo) traduza o sentimento de todos aqueles que serão seus coautores e destinatários.

Tal pretensão se torna ainda mais evidente ao pensarmos que,

“Se deliberar sobre o que é bom para mim envolve refletir sobre o que é bom para as comunidades às quais minha identidade está ligada, talvez a ideia de neutralidade seja equivocada.

(...)

Uma política sem um comprometimento moral substancial resulta em uma vida cívica pobre. É também um convite aberto a moralismos limitados e intolerantes. Os fundamentalistas ocupam rapidamente os espaços que os liberais têm receio de explorar.”¹³⁸

Até porque é a tensão proveniente das relações intersubjetivas que garantirá eficácia às normas ulteriormente positivadas pelo discurso democrático. Então,

“A precedência da intersubjetividade juridicamente processualizada criadora de normas e decisões a partir do paradigma (proposição normatizada do exercício crítico) do *devido processo constitucional* já legalmente implantado é que vai conferir qualidade de direito democrático às concreções realizadas como instância contínua e discursiva para legitimar a integralidade normativa do ordenamento jurídico.”¹³⁹

O que deve ser evitado é, quando já do discurso de aplicação da norma, que o julgador decida com base em suas convicções morais ou religiosas, pois aí estará atuando para além da legitimidade democrática, uma vez que sua decisão não passou pelo crivo do princípio democrático e do discurso dialético. Cumprindo ser repisado que o julgador não pode investir-se da autoridade de intérprete cognoscente privilegiado da norma, fazendo-a atuar a seu “prudente critério”¹⁴⁰, pois o modelo constitucional de processo incita a fiscalização incessante dos comandos normativos pelos seus destinatários. Até porque não é possível afirmar uma realidade interpretativa solitária e subjacente que sirva de base para uma representação da verdade, isto é, nenhuma interpretação do texto normativo pode

¹³⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*, p. 296-297.

¹³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 102.

¹⁴⁰ Expressão evasiva contida no § 3º, do art. 475-A, do CPC/73, passível de críticas negativas por autorizar o magistrado a decidir de forma solitária.

reclamar uma autoridade definitiva, porque o que está sendo interpretado contém inevitavelmente contradições que podem prejudicar a própria coerência.¹⁴¹

2.3 O acesso processualizado à jurisdição como direito fundamental

Certo é que não há como se conceber um Estado Democrático de Direito se não houver empenho em garantir ao povo o exercício efetivo dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.¹⁴²

Inserido no elenco dos direitos fundamentais está o direito a postular do Estado a resposta jurisdicional pelo processo (o acesso processual à jurisdição), que só se legitima pela conformação às normas constitucionais. Nesta concepção, afirma-se que

“Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade forma, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvimento, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. (...) Quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações.”¹⁴³

Mas também não é qualquer resposta jurisdicional o que se almeja, afinal, o que se busca é uma legitimada e democrática reação do Estado à ação (como ato de agir) do jurisdicionado quando requer a instauração de um procedimento. Por isso,

“Revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante a implementação dos

¹⁴¹ “O paradigma pós-moderno é fundamentalmente subversivo em relação a todos os paradigmas, pois em sua essência está a consciência de que a realidade é ao mesmo tempo múltipla, local e temporal”, sendo que, nessa configuração, “como não há nenhuma fundamentação indubitável para o conhecimento humano, o maior valor para qualquer perspectiva é sua capacidade de ser temporariamente útil, edificante, emancipatória ou criativa” (TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*, p. 429 e 427).

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 601.

direitos fundamentais, que balizariam a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão os discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritário, de viés positivista ou axiológico.

Nessa acepção, tal desiderato poderá ser implementado mediante a leitura forte e dinâmica dos princípios formadores do modelo constitucional de processo, procedimentalmente analisados, que serviriam como balizas normativas da tomada de decisões e que cobram corresponsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes.”¹⁴⁴

Essa reação jurisdicional reclamada ao Estado, ou jurisdição, é a função estatal de fazer atuar a norma jurídica que disciplina determinada situação jurídica, a fim de dirimir a controvérsia estabelecida perante o órgão jurisdicional, isto é, possui o magistrado a função de realizar o ordenamento jurídico.

Com efeito, como “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CRFB), estando tal preceito inserido na categoria interdependente dos direitos fundamentais, reafirma-se que as decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais só serão consideradas legitimadas e soberanas se se constituírem em externada manifestação dos reclamos de liberdade e racionalidade dos coautores e destinatários da norma/provimento (o povo). Até porque,

“A constituição formal, por conquista teórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete (interpretação conforme a constituição), como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social) do aplicador da norma.”¹⁴⁵

Indo mais além, cumpre-nos relembrar que a Constituição não é um estatuto pronto e acabado, quanto mais as leis infraconstitucionais existentes, não disciplinando todos os entraves e controvérsias da vida cotidiana da atual sociedade pluralística, fazendo com que mais e mais se torne imprescindível o devido processo implementador dos direitos fundamentais, a fim de impedir provimentos desconectados às conquistas normativas teórico-democráticas alcançadas até o momento pela humanidade. Sobre essa definição de projeto inacabado de nossa Constituição, destaca-se que

¹⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 223.

¹⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 53.

“Somente a ideia de constituição-moldura, em que nem tudo está predefinido, que não pretende ser o estatuto total da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado, pode garantir o espaço vital, o espaço aberto em que as relações interprivadas podem se desenvolver, com base, sobretudo, na autonomia da vontade. Ao mesmo tempo, somente a ideia de direitos fundamentais que sejam, em sua grande maioria, princípios e, nesse sentido, sem a necessidade de constituir uma ordem de valores totalizante, sejam capazes de constituir uma força contrária à autonomia privada para a garantia dos participantes nas relações entre particulares. É no equilíbrio dessas duas forças, que sempre terá que ser medido com base nas variáveis do caso concreto, que se encontra o ponto de partida para um modelo adequado.”¹⁴⁶

Portanto, é o devido processo o método garantidor de implementação dos direitos fundamentais previstos textualmente na Constituição, que poderá fazer atuar a jurisdição, sempre que houver lesão ou ameaça a direitos consignados no ordenamento jurídico, insistentemente possibilitando a refutação, no sentido de Karl Popper,¹⁴⁷ de entendimentos antigos (dogmáticos) para solucionar problemas atuais (democráticos). Mas, para não degradar tal concepção teórica, no sentido de conceder poderes excessivos aos juízes, é importante também que se delimite a atuação dos agentes públicos, em todas as esferas, principalmente os magistrados, a fim de que suas convicções morais, subjetivas e religiosas não sobrepujem a normatividade quando do ato de julgar (pois isso contrariaria o modelo de processo eleito pelo próprio povo), haja vista que o instituto do devido processo foi inserido em nossa Constituição para assegurar a aplicação da reserva legal quando do julgamento realizado por órgão jurisdicional.

Mas, para que todas as pessoas alcancem essa propalada implementação dos direitos fundamentais, necessário se faz que façam uso de uma instituição pública que possa decidir inclusive contrariamente aos interesses do Estado e dos agentes políticos. Tal instituição é a jurisdição, que nada mais é do que uma das funções do Estado, com a particularidade de realizar o ordenamento jurídico diante do conflito de interesses posto em apreciação. Sendo que, como muitos autores insistem em dizer, equivocadamente, que o processo é instrumento da jurisdição,¹⁴⁸ é conveniente destacar que, a partir da concepção democrática de processo apresentada a partir da Constituição de 1988, publicizou-se o

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. – 1. ed., 3ª tiragem – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126.

¹⁴⁷ “Com efeito, uma teoria que mereceu ampla corroboração só pode ceder passo a uma teoria de mais alto grau de universalidade, ou seja, a uma teoria passível de submeter-se a melhores testes e que, além disso, abranja a teoria anterior e bem corroborada – ou, pelo menos, algo que se lhe aproxime muito.” (POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 303).

¹⁴⁸ Nesse sentido é também, a título de exemplo, a concepção de Luiz Guilherme Marinoni, para quem o processo é “um instrumento através do qual o Estado exerce o poder-dever de dar proteção jurisdicional aos direitos” (*Teoria geral do processo*, p. 413).

direito processual, deslocando o foco de suas atenções da jurisdição para a normatividade processual, até porque, na verdade, como ressaltado por Rosemiro Pereira Leal,¹⁴⁹ a jurisdição é instituto da Teoria do Estado e não da Teoria do Processo.

Aliás, o termo *instrumento* presente na expressão *o processo é instrumento da jurisdição* gera um autotelismo à toda prova, dificultando sobremaneira uma refutação jurídica crítico-científica da assertiva. Na citada expressão, o sujeito fala consigo mesmo como se fosse o portador e destinatário único do conhecimento (saber autotélico¹⁵⁰), ou seja, a definição desse *instrumento* está velada, sendo mesmo um ponto enigmático do que seria um discurso (o termo não tem fim ou objetivo para fora de si mesmo), gerando um monologismo¹⁵¹ infundado (apenas a mente inteligente descobre o sentido, como que insuflando o saber recôndito do julgador sábio). Como não explicita seus fundamentos, o termo autotélico *instrumento* provoca uma racionalidade autoimunizante, produzindo um dogmatismo infundado, uma vez que apenas a autoridade deteria a cognoscibilidade necessária para o desvelamento do sentido teórico daquilo que está escrito.

Por consequência, poucos termos ou expressões da ciência processual tradicional nos parecem tão peremptos quanto a acrítica afirmação de ser o processo um instrumento a ser manejado pelo órgão jurisdicional na *descoberta* da verdade dos acontecimentos reconstruídos nos autos.

Há ainda aqueles que confundem a chamada *instrumentalidade das formas*¹⁵² com *instrumentalidade do processo*.¹⁵³ Ora, o fato de o ato processual alcançar a finalidade mesmo tendo sido praticado de forma diferenciada daquilo que está descrito em lei, e isso ser considerado válido, é a perfeita dicção da finalidade das formas (alcançar o resultado útil ao processo), que está prevista inclusive no próprio Código de Processo Civil (art. 244,

¹⁴⁹ “A jurisdição, sob ângulos de jurisdiciedade ou jurisdicionalidade geral, é atividade e instrumento do Estado, submetidos à principiologia do processo como pressuposto inarredável de garantia máxima de direitos fundamentais na Sociedade Democrática de Direito” (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 65-66).

¹⁵⁰ “Autotélico: que não apresenta qualquer finalidade ou objetivo fora ou para além de si mesmo (p.ex., a arte pela arte)”. (Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0. Editora Objetiva Ltda., 2001).

¹⁵¹ No sentido de falar consigo próprio; dizer só para si, em solilóquio.

¹⁵² Nomenclatura também reprovável, pelos mesmos motivos acima expostos. A melhor denominação é *princípio da liberdade das formas*, que “enuncia que os atos processuais não dependem de formas” ou *princípio da finalidade*, que “enuncia que os atos processuais que forem praticados de forma diversa da estabelecida em lei e mesmo assim atingirem a finalidade a que ele se destina, devem ser considerados válidos” (SOARES, Carlos Henrique; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 359).

¹⁵³ “Ele é instrumento da jurisdição. Por isso, embora a lei imponha a obediência a determinadas formas, o ato processual será válido, a despeito de sua inobservância, desde que tenha atingido o resultado para o qual foi previsto” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de processo civil, vol. 1: teoria geral e processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.)

CPC/73), mas em nada se relaciona com a equívoca concepção do processo como instrumento da jurisdição.

Torna-se então evidente que a atividade estatal denominada jurisdição é que se subordina à principiologia processual-constitucional, e não o contrário (culto a autoridades supostamente salvíficas). Tanto é que não é o órgão jurisdicional que autoriza qualquer dos interessados na decisão a coparticipar da construção daquele provimento, mas sim os conteúdos normativos processuais já previamente definidos no ordenamento jurídico em vigor.¹⁵⁴

Sendo que, para apreciarmos a ideia da jurisdição (ou acesso processual à jurisdição) como direito fundamental, importante delinear o que entendemos por direitos fundamentais. Tal expressão, direitos fundamentais, revela uma relação direta entre uma Constituição e os direitos humanos nela positivados, o que implica dizer que aqueles direitos humanos (relacionados com a dignidade, a liberdade, a igualdade e a vida das pessoas) que não se encontram positivados no corpo do texto constitucional não são direitos fundamentais, apesar de não deixarem de figurar no campo dos direitos humanos.¹⁵⁵

Acentuando esse caráter fundamental dos direitos humanos reconhecidos constitucionalmente, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias observa que

“Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado.”¹⁵⁶

Somando-se a tais considerações o fato de que não existem condicionantes ao direito do jurisdicionado de buscar resposta estatal aos conflitos de interesses advindos das relações intersubjetivas, pode-se dizer que os direitos fundamentais e o hodierno Estado de

¹⁵⁴ Ora, “só as instituições jurídicas é que dessacralizam e impessoalizam o exercício do Direito e enxotam o paternalismo estatal (executivo, jurisdicional e legislativo) e das corporações que tanto vêm estiolando o homem na busca da cidadania plena e da Democracia Jurídica na edificação dos direitos fundamentais à vida, igualdade e dignidade mínima, e à fiscalidade processual como irrestrito e incessante controle de constitucionalidade e legitimidade das leis.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 67).

¹⁵⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 703.

¹⁵⁶ *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 70.

Direito são interdependentes, pois só serão os atos emanados do poder público (leis, decisões jurisdicionais e atos administrativos) considerados soberanos se consentâneos às exigências externas de racionalidade e liberdade dos participantes de cada um desses provimentos, e não a uma retrógrada vontade arbitrária dos detentores de poder.¹⁵⁷

A jurisdição, como um dos fundamentos do Estado de Direito, “deve ser tida como direito do cidadão (do ponto de vista individual/particular) ou do povo (perspectiva coletiva/social) e garantia fundamental de responsabilidade do Estado”.¹⁵⁸ José Alfredo de Oliveira Baracho já falava do acesso incondicionado à jurisdição há mais de dez anos, manifestando que

“O direito à jurisdição, relacionado com o direito de ação, incorpora os elementos clássicos do direito de pedir. Tem-se o direito de reclamar a efetivação do direito, por meio de um processo judicial, que consolida e concretiza as garantias. Esses pressupostos vinculam-se a outras garantias processuais, como a defesa em juízo e o *due process of law*. Esse *livre acesso* envolve discussões sobre legitimação processual e representação. Exercer a atividade judicial pressupõe um procedimento que culmina com a sentença.”¹⁵⁹

Assim é que a jurisdição, como serviço público essencial e ininterrupto, deve ser prestada com a maior eficiência possível pelo Estado, num espaço-tempo procedimental hábil e suficiente para o diálogo e a refutação democráticos, resultando na responsabilidade objetiva do Estado quando defeituosa ou ineficiente.¹⁶⁰ Além disso, até mesmo o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito passa pelo acesso processualizado à jurisdição, pois é o processo constitucionalizado a instituição capaz de proporcionar a fiscalidade e o controle pelas pessoas dos atos estatais quando ofensivos ao rol dos direitos e garantias fundamentais. Afinal, “a jurisdição deve ser exercida em nome do povo, para o povo e pelo povo”.¹⁶¹

¹⁵⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 24.

¹⁵⁸ SANTOS, Adriano Lúcio dos. Do acesso e da administração da justiça. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 12.

¹⁵⁹ Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 118, 1º e 2º sem. 1999.

¹⁶⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁶¹ SANTOS, Adriano Lúcio dos. Do acesso e da administração da justiça, p. 12.

Há quem diga que o destinatário principal da norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição é o legislador,¹⁶² transparecendo que somente o corpo legislativo é que não poderia criar obstáculos ao acesso, com o que é difícil de concordar, pois o conteúdo das normas constitucionais é abstrato, atingindo todos que estão sob a guarda do diploma Constitucional. Ora, o acesso à jurisdição atinge todos indistintamente, não podendo o legislador, assim como o administrador e o julgador, limitar ou impedir que as pessoas compareçam em juízo para deduzir uma pretensão. Ademais, convém deixar claro que o termo *lei* contido nos incisos II e XXXV da Constituição “tem o sentido técnico-jurídico de *ordenamento jurídico*, na sua total extensão, ou seja, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro”.¹⁶³

Releva acentuar que os pronunciamentos jurisdicionais são atos estatais de conteúdo imperativo “que refletem manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo. Daí porque este poder jamais poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio”¹⁶⁴ de qualquer órgão estatal encarregado da função judicante.

Em arremate conclusivo, expomos que o acesso processualizado à jurisdição é direito fundamental positivado em nossa Constituição (artigo 5º, inciso XXXV), restando a jurisdição posicionada como força moral normativa constitucionalmente organizada, vinculada e controlada pelo arquétipo do Estado Democrático de Direito, que exige reflexão jurídico-racional dos paradigmas que informam a própria emanção das decisões jurisdicionais. Isso porque

“A pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigente, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais”.¹⁶⁵

Assim, os agentes políticos (e aí não só os órgãos jurisdicionais, mas também os administradores e legisladores) só servirão verdadeiramente ao povo, enquanto intérpretes

¹⁶² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. - 8.ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

¹⁶³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 71.

¹⁶⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 74.

¹⁶⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. - Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 143.

e executores da lei no Estado democrático, se permanecerem subservientes à principiologia processual-constitucional previamente estabelecida no ordenamento jurídico.

Por isso é que, além da reserva legal, fez-se questão de inserir no texto constitucional a fundamentação das decisões jurisdicionais, a fim de que seja evitada (e até rechaçada) a arbitrariedade do julgador, que não pode fazer uso de escopos metajurídicos para fundamentar suas decisões. Nesse sentido, cumpre-nos dar ênfase ao fato de que,

“No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido.”¹⁶⁶

O que nos força a criticar a redação do artigo 17 do Projeto do novo Código de Processo Civil,¹⁶⁷ por fazer nítida ofensa à Constituição quando impõe limitação expressa ao direito de ação,¹⁶⁸ uma vez que está previsto que, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Entretanto, é preciso repisar que não pode haver impedimento a que as pessoas busquem ver seus direitos confirmados ou negados pelo órgão jurisdicional, uma vez que a Constituição não impõe limites técnico-procedimentais ao direito de ação (art. 5º, XXXV CRFB), entendendo-se neste estudo que direito de ação, por extensão interpretativa, é o direito do jurisdicionado de estar (participar) do devido processo; e somente participará do procedimento aquele que tem acesso a ele. Até porque os citados interesse e legitimidade serão apuráveis no próprio procedimento, depois de instaurado, isto é, tais requisitos podem até ser exigíveis, mas para se alcançar um resultado favorável na demanda, e não para o exercício do direito de ação.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17.

¹⁶⁷ Sendo de bom alvitre ressaltar que a redação de tal artigo está de acordo com o texto final aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014. Não só este como vários outros dispositivos do Projeto, quando do retorno ao Senado Federal, poderão sofrer ainda modificações, em razão da necessidade de nova aprovação naquela Casa Legislativa.

¹⁶⁸ Recordando que, para nós, o direito de ação é o direito fundamental e incondicionado de movimentar a jurisdição no sentido de fazer realizar o ordenamento jurídico.

2.4 Processo e procedimento no Estado Democrático de Direito

Depois de todas as considerações expendidas anteriormente, chega o momento de traçar nosso entendimento a respeito das concepções de processo e de procedimento no paradigma do Estado Democrático de Direito buscado a partir do texto constitucional de 1988. Para tal desiderato, vamos considerar como referenciais teóricos a chamada *teoria constitucionalista do processo*, propagada por José Alfredo de Oliveira Baracho,¹⁶⁹ com acréscimos da chamada *teoria do processo como procedimento em contraditório*, elaborada por Elio Fazzalari e difundida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves.¹⁷⁰

Tais considerações tomam importância especialmente pelo momento histórico-processual que vivenciamos, com a tramitação final do pretense novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010, que contou com mais de 900 propostas de emendas ao texto original), a fim de que façamos a análise da aplicação e da importância do direito processual a partir do modelo constitucional de processo, que se torna um pressuposto importantíssimo e até imprescindível.

A principiologia processual-constitucional forjou “um renovado formalismo constitucional”,¹⁷¹ provocando a manutenção apenas dos procedimentos e técnicas que respeitem os direitos e as garantias processuais das partes. Constatação clara desse dimensionamento do processo é a aposição do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação racional das decisões e da reserva legal como pressupostos legitimantes das decisões, fazendo com que se exija o respeito ao direito dos interessados de influírem e não serem surpreendidos pelo pronunciamento estatal, bem como que seja explicitada a fundamentação desse pronunciamento, principalmente pelo esclarecimento de eventuais conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de cláusulas gerais.

Tudo isso com a finalidade de se “combater com veemência um ativismo judicial inventivo e intervencionista (decisionismo)”,¹⁷² mas, em contrapartida, obrigando, de acordo com o modelo constitucional de processo, o órgão jurisdicional a implementar ou

¹⁶⁹ *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984 e *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

¹⁷⁰ *Técnica processual e teoria do processo*. - 2. ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹⁷¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos (UFMG)*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010, p. 72.

¹⁷² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos, p. 82-83.

garantir a fruição dos direitos fundamentais. Aliás, o ativismo judicial,¹⁷³ que se mostra como “um fenômeno que indica um problema da relação Estado-sociedade e das fases críticas do ente estatal”,¹⁷⁴ está totalmente desconectado do princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito.

Sendo mesmo a partir dessa concepção processual constitucional democrática que devemos problematizar, visitar e revisar as antigas concepções teóricas de processo (liberalismo processual e socialismo processual) e evidenciar o papel do processualismo constitucional democrático como legitimador da estrutura formadora das decisões. Arcabouço jurídico no qual desponta o processo constitucional, que rechaça os pronunciamentos jurisdicionais solitários e também as formalidades desnecessárias e inúteis.

Desse modo, não é exagero afirmar que o *processo*, presente no artigo 5º da Constituição, é uma instituição¹⁷⁵ jurídico-constitucional impostergável que assegura a criação de um espaço procedimental de construção dos provimentos, permitindo que tal construção seja compartilhada, o que representa uma conquista dos cidadãos contra eventuais arbitrariedades dos entes públicos e políticos. Ressaltando-se que a principiologia constitucional do devido processo compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, regendo, axialmente, as estruturas procedimentais de todos os segmentos do Estado.¹⁷⁶

Esse processo constitucionalizado não provém da caridade de uma autoridade (legislativa ou jurisdicional), mas de um arcabouço teórico-jurídico que não permite a derrogação dos fundamentos constitucionais que garantiram a processualização da atividade estatal, fazendo com que os procedimentos se tornassem a cada dia mais democráticos e, conseqüentemente, os resultados dessa atividade mais legítimos.¹⁷⁷

¹⁷³ No qual o processo é enxergado numa perspectiva de poder ser manejado como meio de formação do direito (instrumento da jurisdição), onde o juiz tem a possibilidade da ousadia criativa sem limites, sob o álibi (retórico) da discricionariedade.

¹⁷⁴ LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*, p. 44.

¹⁷⁵ O termo instituição deve ser entendido como “organismo público ou privado, estabelecido por meio de leis ou estatutos, que visa atender a uma necessidade de dada sociedade” (Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0. Editora Objetiva Ltda., 2001), ou, mais especificadamente, como um conjunto de princípios e institutos processuais afins (democráticos e discursivos), implicando dizer que o processo abriga direitos e garantias como fontes legitimadoras do exercício da normatividade.

¹⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 85.

¹⁷⁷ “O estudo concreto dos institutos processuais, a partir da Constituição, inaugura uma nova disciplina, denominada *Direito Processual Constitucional*. Está preocupada, de um lado, com a tutela constitucional do processo, a qual inclui o direito de acesso à justiça (ou de ação e de defesa) e o direito ao processo (ou as garantias do devido processo legal), e, de outro lado, com a jurisdição constitucional” (CAMBI, Eduardo.

Na intenção de problematizar e revisitar as concepções conceituais de processo, percebe-se que normalmente os autores processualistas permanecem definindo o *processo* como instrumento da jurisdição, ou seja, quase sempre colocam a atividade jurisdicional no centro e a instituição constitucionalizada (o processo) na periferia, como se o julgador permanecesse com a autoridade de resolver os problemas sociais fazendo uso de um método de meras formalidades a serem cumpridas para se alcançar o resultado já previamente solucionado na atividade intelectual do juiz.¹⁷⁸ Assim, citamos três exemplos com a finalidade de ilustrar nossas afirmações, pois já se disse que, por ser “o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei, (...), converte-se, assim, o processo num instrumento de justiça nas mãos do Estado”,¹⁷⁹ e, no processo, “a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”,¹⁸⁰ bem assim ainda havendo conceituações do processo como sendo “um instrumento através do qual o Estado exerce o poder-dever de dar proteção jurisdicional aos direitos”,¹⁸¹ ou, além de colocá-lo como instrumento, fazendo confusão científica entre processo e procedimento (afirmando um pelo outro), registrando que, “como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”.¹⁸²

É claro que respeitamos as concepções desses e de outros vários renomados processualistas, inclusive porque, em vários outros pontos e posicionamentos, suas obras são excelentes, de ótimo cientificismo e de leitura indicável a todos os que estudam o processo civil, entretanto, suas impressões conceituais acerca de *processo* e *procedimento*, ao que nos parece, ainda estão atadas, mesmo que eles não o assumam, à ultrapassada teoria da relação jurídica, de Oskar Bülow, que desenvolveu seus estudos há quase cento e cinquenta anos, o que, por si só, já indica defasagem e necessidade de revisão.

Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, p. 35).

¹⁷⁸ O que favorece uma atitude comum na prática, mas altamente reprovável, que acontece quando o juiz lê a petição inicial, desde logo formando sua opinião a respeito do caso, e, então, faz uso daquele *método de atuação* apenas para justificar ou convalidar suas percepções já previamente definidas. Ou seja, diante do caso concreto, o juiz faz um pré-julgamento e, então, usa de um engodo para justificar a decisão emanada conforme sua consciência (atribuindo concepções metajurídicas: morais, políticas, sociais), manipulando leis ou princípios. Mas se esquece de que, no Estado Democrático de Direito, o processo é pressuposto jurídico de legitimidade decisória, portanto, o magistrado não pode mais julgar solitariamente, pois necessita da coparticipação dos interessados no pronunciamento estatal, em irrecusável observância do devido processo legal.

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 56-57.

¹⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 64.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 413.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59.

Por isso, é importante frisar, e repisar, que o direito processual não pode apresentar-se como aplicador de sanções, eliminando garantias do devido processo e deixando a cargo do julgador efetivar normas jurídicas pretensiosamente dispostas em súmulas, exercendo o que se convencionou chamar de conflitos de massa. No espetacular momento de evolução da ciência processual-democrática que estamos experimentando, o processo (administrativo, legislativo ou jurisdicional) tem por obrigação se apresentar como uma construção compartilhada de decisões, as quais não se legitimam como meros atos advindos de uma autoridade, mas por meio de procedimentos discursivo-dialógicos, nos quais todos os afetados pelo provimento (pronunciamento estatal) tenham tido iguais oportunidades de manifestação.¹⁸³

Inquestionável, depois das conquistas das garantias constitucionais, que o mais alto grau de racionalidade jurídica atingido pelos ordenamentos jurídicos importa na superação do critério de aplicação do direito inspirado apenas nas qualidades inatas e individuais do julgador, como se fosse um ser de sensibilidades extremadas e que conseguisse, com seu intelecto, apreender todos os anseios da comunidade política, o que foi chamado de “Fenômeno Magnaud”¹⁸⁴ por Aroldo Plínio Gonçalves.¹⁸⁵

Atuações jurisdicionais dessa estirpe fizeram com que fossem criados, nos ordenamentos jurídicos, os procedimentos normativos (considerados como atos sequenciais e concatenados em que o subsequente depende do antecedente, com a finalidade de se alcançar o provimento final), evitando-se decisões discricionárias que não fossem fundamentadas racionalmente e de acordo com o próprio ordenamento. Nesse sentido, a ciência do direito processual desenvolveu suas técnicas para investigar seu próprio objeto, que é constituído por normas disciplinadoras e organizadoras da técnica de aplicação do direito pelo órgão estatal, legitimando o ato final de julgar os conflitos intersubjetivos.¹⁸⁶

¹⁸³ “O legitimado ao processo no paradigma do Estado brasileiro é o que tem acesso (*pro-acesso – processo*), por um direito fundante de seu próprio sujeito, à fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja auto-includente, como parceiro (parte), de um sistema normativo” (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; AMORIM MACHADO, Felipe Daniel (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 290-291).

¹⁸⁴ *Magnaud* foi um juiz francês do fim do séc. XIX e início do XX que se notabilizou por suas decisões discricionárias, baseadas em sua “bondade”, em que os conteúdos da lei eram desprezados em primazia de seu favorecimento aos hipossuficientes e em detrimento daqueles considerados por ele como privilegiados. Em suma, tal magistrado comportava-se como se fosse ele mesmo a encarnação do direito.

¹⁸⁵ *Técnica processual e teoria do processo*, p. 37.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 38.

A ciência do direito processual não se presta a simplesmente organizar a atividade jurisdicional ou a criar órgãos jurisdicionais ou mesmo regular o exercício dos remédios jurídicos destinados a efetivar o ordenamento jurídico, porque, como atividade produtora de conhecimento, tem a finalidade de conferir significado às situações produzidas pelos fatos e atos que são valorados normativamente como compreendidos em seu objeto de investigação.

E a ciência processual, aliada à ordem jurídica constitucional instituída, legitima o Estado a exercer as funções denominadas administrativa, legislativa e jurisdicional. Sendo óbvio que o Estado, enquanto representante do povo (sociedade politicamente organizada pelo Direito), “assume o poder em nome da nação, legisla, estatutando deveres, garantindo direitos, ordenando a vida social, administra, gerindo os negócios públicos e exerce a função jurisdicional, pela qual reage contra o ilícito e promove a tutela de direitos”.¹⁸⁷ Até mesmo o litígio ensejador da instauração do procedimento só existe pelo fato de se conformar ao ordenamento jurídico demarcado pela ordem constitucional, em que as situações e os conflitos exigem a existência de um elemento que dirima a controvérsia: o processo.

Quanto mais o Estado se organiza juridicamente maior é a necessidade de avocar para si a repressão dos atos considerados como repudiados pelo grupo social,¹⁸⁸ valorando algumas condutas negativamente, qualificando-as como ilícitas, e tomando as providências jurídicas a partir daí decorrentes.¹⁸⁹ Nesse sentido é que se desenvolveram as análises e os conceitos, com base na racionalidade constitucional, tratando da configuração do Estado contemporâneo com base na legitimação pelo procedimento, onde a democracia, como espaço de liberdade, não anula, mas sim permite a manifestação de conflitos, exigindo reflexão jurídica. Sendo exatamente nesse ponto que houve o desenvolvimento do contraditório como elemento diferenciador fundamental para o conceito de processo.

Assim é que a instituição denominada *processo* já não pode ser vista como que disciplinada (como instrumento da) pela jurisdição, pois apresenta, no plano teórico, reflexões mais profundas e contemporâneas, propondo tratamento diferenciado entre o que se considera como *procedimento* e o que se considera como *processo*. O próprio Código de

¹⁸⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 41.

¹⁸⁸ A jurisdição, portanto, como atividade exercida pelo Estado em nome do povo, tem por função a proteção dos direitos e das liberdades das pessoas em conformidade com a ordem jurídica instituída, quando houver a inobservância de uma conduta valorada como devida.

¹⁸⁹ Necessário ressaltar que a observância do direito prescinde da sanção, pois, nos atos lícitos (que ocorrem cotidianamente em quantidade muito superior aos ilícitos), também se observam efeitos jurídicos, que se desenvolvem e se esgotam sem a intervenção jurisdicional.

Processo Civil em vigor, que é um diploma arcaico (1973), não cuidou de fazer essa distinção técnica, pois confunde procedimento com processo, como se observa dos seus artigos 270 e 271, uma vez que os termos citados parecem dispostos indistintamente ou, pelo menos, sem rigor técnico. Há, inclusive, confusão quanto aos institutos até mesmo no texto constitucional, que faz distinções entre normas processuais e normas procedimentais (como se processo e procedimento fossem compartimentos estanques da ciência processual), dizendo ser competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, I) e ser competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

No entanto, processo e procedimento possuem íntima relação, tendo em vista que,

“Em uma concepção de procedimento que comporta o processo, a diferenciação teórica entre normas de procedimento e normas de processo perde todo o significado, mesmo diante das disposições constitucionais referidas. O processo será uma espécie de procedimento, e assim se poderá compreender que a matéria processual sobre que incide a competência concorrente é a matéria do Direito Processual, enquanto norma que disciplina o processo jurisdicional”¹⁹⁰.

Portanto, processo é uma espécie do gênero procedimento, que se distingue de quaisquer outros procedimentos por seu elemento diferenciador, que é o contraditório. Tratando o tema e apoiando-se em preceitos constitucionais,¹⁹¹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sustenta que o contraditório tem de estar presente em qualquer processo, sendo mesmo uma das vigas-mestras do devido processo legal, juntamente com a ampla defesa, a fundamentação das decisões jurisdicionais e a reserva legal.¹⁹²

O mesmo autor fez uma interessante e sintética incursão na evolução do contraditório na ciência processual, colacionando argumentos de *Adolf Wach*,¹⁹³ *Piero Calamandrei*¹⁹⁴ e *José Frederico Marques*,¹⁹⁵ para mostrar que já há mais de um século realçava-se a natureza eminentemente contraditória do processo, centrada na antítese

¹⁹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 48.

¹⁹¹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos II, LIV e LV.

¹⁹² *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 93.

¹⁹³ Nascido na Alemanha, viveu de setembro de 1843 a abril de 1926, tendo passado o final de sua vida em Leipzig. Formou-se em Direito em Heidelberg, Berlim. Publicou, em 1885, o *Manual de direito processual civil alemão*.

¹⁹⁴ Nascido em Florença, Itália, viveu de abril de 1889 a setembro de 1956. Foi jornalista, jurista, político e professor universitário. Formou-se em Direito na Universidade de Pisa, em 1912; lecionou de 1924 até sua morte a cátedra de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Florença.

¹⁹⁵ Nascido em 1912, na cidade de Santos, morreu em 1993. Foi jornalista e jurista, tendo se formado em Direito em 1933. Em 1938 foi nomeado juiz substituto em São Paulo. Em 1962 aposentou-se como desembargador do TJSP. Foi autor de diversas publicações na área jurídica, dentre as quais destacamos suas *Instituições de direito processual civil*, publicadas pela primeira vez em 1958.

gerada pela petição inicial, passando o princípio, já na segunda metade do século XX, a ser entendido como diálogo permanente entre os litigantes (sendo mesmo o eixo central do processo); bem assim, já às vésperas da promulgação da atual Constituição brasileira, o princípio era visto como integrante essencial do devido processo legal.¹⁹⁶

A importância do contraditório tem de ser destacada numa abordagem técnica e adequada em razão de seu prestígio perante a democracia constitucional. É o contraditório que propicia atuação em igualdade pelos partícipes do procedimento, possuindo ampla conexão com outros princípios processuais-constitucionais de grande importância, tais como a isonomia (igualdade temporal de fala) e a fundamentação racional das decisões judiciais, fazendo com que o pronunciamento judicial obedeça à reserva legal e se pautem pelos argumentos e questões debatidas pelas partes e também pelos fatos por elas reconstruídos nos autos.¹⁹⁷

Fazendo questão de dar realce ao que ele nomina de “trinômio estrutural do contraditório – informação-reação-diálogo”, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assevera que a dinâmica instalada no procedimento pelo contraditório ocasiona um inter-relacionamento (conexão) do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Sendo exatamente essa estruturação procedimental que “legitima o conteúdo das decisões judiciais proferidas ao seu final, fruto da participação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditoras), gerando a implementação técnica de direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes.”¹⁹⁸

É claro que Elio Fazzalari¹⁹⁹ não delineou sua teoria do *processo como procedimento em contraditório*²⁰⁰ inspirado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, pois viveu e desenvolveu seus estudos sob o contexto constitucional do Estado Social, portanto, não conseguiu extirpar totalmente “a questão da jurisdição como atividade estatal centrada no julgador”,²⁰¹ pois, para ele, os provimentos ainda seriam

¹⁹⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 94-95.

¹⁹⁷ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 77.

¹⁹⁸ *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 101.

¹⁹⁹ André Cordeiro Leal ressalta que Fazzalari percebeu que todo provimento estatal teria origem no procedimento ou no processo que o prepararia, sendo isso de fundamental importância para o deslocamento do enfoque do processo como tendo por eixo a jurisdição, afastando o critério teleológico do processo (“tão caro à denominada Escola Instrumentalista do Processo”) e adotando o critério lógico, que distingue processo e procedimento (*Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 112).

²⁰⁰ Ponto importantíssimo da teoria fazzalariana é ter colocado o processo como atividade jurisdicional preparatória (praticada pelo juiz e por todos os afetados pela decisão), abandonando a concepção de que o juiz teria o poder de dizer o direito (desconsiderando a visão de uma jurisdição *a priori*).

²⁰¹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*, p. 116.

“emanações de vontade dos órgãos públicos”.²⁰² Todavia, sendo sua teoria considerada fundamental para os estudos do Direito Processual atual, importante fazermos a devida adaptação para o modelo constitucional democrático de processo instituído pela Constituição brasileira de 1988. Desta feita, entendemos que a participação das partes em simétrica paridade na teoria de Elio Fazzalari é atualmente sustentada normativamente, ou seja, é uma relação processual internormativa regulada pelo princípio da legalidade. Por isso é que o procedimento é uma “estrutura técnico-jurídica fundamental para afastar da prática dos atos procedimentais valorações subjetivas e sociológicas do juiz”,²⁰³ com o desiderato de que os interessados na decisão possam controlar (fiscalizar) a atividade jurisdicional, legitimando-a. Ou, em outras palavras, apresenta-se o contraditório como um dos requisitos primordiais de validade das decisões jurisdicionais.

Portanto, não nos olvidando da tensão existente entre a pretensão de legitimidade e a positivação do direito, e que deságua no exercício da função jurisdicional, é que podemos afirmar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, um procedimento decisório será legitimado à medida que efetivar a participação dos afetados pelo ato estatal na elaboração da decisão (devido processo), o que somente será concretizado se garantidos os princípios institutivos do processo (isonomia, contraditório e ampla defesa). Sendo certo que “o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito visa a institucionalizar as condições necessárias para a participação dos agentes sociais no processo decisório do Estado (construção, interpretação e fiscalização)”.²⁰⁴ Aliás, a própria Constituição brasileira em vigor já prevê normas que funcionam como mecanismos de fiscalização e controle dos pronunciamentos jurisdicionais, o que é uma das funcionalidades dos princípios da legalidade, da publicidade e da fundamentação das decisões (artigos 5º, II, 37 e 93, IX).

Sendo que, em razão de todas as considerações que fizemos até agora, é que repudiamos, com veemência, afirmações antidemocráticas como as contidas na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, no sentido de que, ao instituir o Estado Democrático de Direito no artigo 1º da Constituição, “inovou o legislador ao inserir o

²⁰² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 441.

²⁰³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: CRV, 2012, p. 135.

²⁰⁴ SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*, p. 87-88.

adjetivo democrático, dotado de tanta força simbólica, de tanta metáfora”,²⁰⁵ ou que “a sentença, do latim *sententia*, de *sentire*, sentir, ter uma opinião”, como resultado final do procedimento discursivo, sofreria “as influências do sentimento de mundo do magistrado, de acordo com suas experiências, sua cultura, suas paixões, sua visão objetiva e emocional da vida”.²⁰⁶ Ora, o paradigma do Estado Democrático não é uma metáfora, e sim uma escolha do povo brasileiro,²⁰⁷ além disso, a sentença jurisdicional, nesse mesmo Estado Democrático, não é simplesmente um *sentire*, ou dar uma opinião, mas sim a conclusão de um procedimento encerrado de acordo com o devido processo previamente delineado pelo ordenamento jurídico.

Afinal, “o conteúdo material da Constituição, de seu sistema de valores e de sua pretensão de validade, ao lado das competências que os textos constitucionais outorgam aos tribunais, permite compreender o alcance e a importância atual da judicatura.”²⁰⁸ Pelo que, não há como também não dar destaque negativo ao voto proferido pelo ministro Dias Toffoli no *habeas corpus* n. 103.412-SP,²⁰⁹ que fundamentou a concessão da ordem ao paciente com base na astrologia, o que também repelimos, pelos mesmos motivos acima expendidos.

Inclusive, sendo atualmente o processo pressuposto jurídico de legitimidade decisória,²¹⁰ certo é que a legitimidade da fundamentação das decisões pressupõe contraditório, ampla defesa e isonomia, consideração dos argumentos das partes e

²⁰⁵ Comentário feito pelo juiz do trabalho Luiz Otávio Linhares Renault (*Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 209-219, jan./jun. 2007, p. 219).

²⁰⁶ HORTA, Denise Alves. *Obra de arte e sentença: a expressão do sentire do artista e do juiz.* (*Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 163-172, jan./jun. 2007, p. 165).

²⁰⁷ Em outras palavras, “o Estado Democrático de Direito é aquele democraticamente legítimo pela sua formação e pelo seu conteúdo. (...) A Constituição, portanto, quando menciona a expressão *Estado Democrático de Direito* opta por conformar as estruturas do poder político segundo a medida do direito, isto é, regras, formas, que excluem o arbítrio e a prepotência, o que vem garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, com a sua autonomia perante os poderes públicos. Reconhece o texto constitucional que o Estado de Direito só se realiza quando democraticamente legitimado, da mesma forma que o Estado Democrático tem a sua organização e o seu funcionamento assentados no direito e não na prepotência” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*, p. 665).

²⁰⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Orgs.). *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 488.

²⁰⁹ *Habeas Corpus* n. 103.412-SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 19.06.2012, publicação DJe 23.08.2012. Voto do ministro Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. (...) É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes” (p. 14 do citado acórdão).

²¹⁰ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 40-45.

demonstração racional da adequabilidade da decisão ao caso concreto. As garantias processuais-constitucionais é que conferem legitimidade às decisões, que têm de ser construídas de forma coparticipada, fazendo com que o Estado (pelo exercício da função jurisdicional) cumpra o ordenamento jurídico, e não simplesmente diga o direito, pois não é dado ao julgador, no Estado Democrático de Direito, o poder de dizer o direito, principalmente fazendo uso simplesmente de suas convicções morais, subjetivas e/ou discricionárias.

Diante dessas modernas concepções de processo, com vistas “a uma decisão não mais como ato de vontade ou inteligência superior das intrinsecidades do ser-judicante, mas como ato processualmente construído num espaço jurídico-discursivo”,²¹¹ houve, por parte daqueles que estão elaborando o texto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010) a preocupação de dar destaque, nos artigos 7º²¹² e 10º²¹³, à imprescindível participação das partes na construção dos provimentos jurisdicionais, sob pena de nulidade processual.²¹⁴

À guisa de resumo, o procedimento (estrutura técnico-jurídica normativa) é gênero do qual o processo é espécie, qualificada por seu elemento diferenciador, que é o contraditório. Com efeito, o procedimento processualizado (jurisdicional) torna-se um mecanismo pacífico de debate dialógico entre as partes contraditoras e o juiz com a finalidade de evitação da imposição ilegítima de poder de qualquer dos sujeitos processuais, servindo igualmente para evitar sacrifícios de direitos ou garantias em prol de uma verdade unilateral e subjetiva. Em outras palavras, em direito democrático não há como ser concebida uma decisão acertada que seja autojustificadora “ante a ausência de procedimento processualizado, que é o elemento teorizador de legitimidade do sistema jurídico constitucionalmente acolhido”.²¹⁵

Cumprindo ser lembrado que

“Exercer jurisdição sem procedimentação é abolir a prova legal de existência do *devido processo*, porque, para existir processo, é preciso produzir procedimento (espaço-tempo-formalizado), segundo a lei asseguradora da ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao

²¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 140.

²¹² Art. 7º: “É assegurado às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

²¹³ Art. 10: “Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

²¹⁴ De acordo com o texto final aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014.

²¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 112.

advogado e gratuidade dos serviços judiciários na defesa de direitos fundamentais”.²¹⁶

Por tudo isso, afirmamos que não pode haver jurisdição sem processo.

²¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 207.

CAPÍTULO III

OBSERVÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL- CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

3.1 Nota introdutória

Antes de iniciarmos o terceiro capítulo deste estudo, entendemos ser apropriado insistirmos na afirmação de que utilizamos a nomenclatura *processo de execução* por uma questão de tradição e também pelo fato de o Código de Processo Civil em vigor fazer alusão a *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*, mas, diante de tudo o que foi manifestado até aqui acerca das concepções contemporâneas da ciência processual com relação aos termos *processo* e *procedimento*, o mais correto é separar os compartimentos que definem regras procedimentais próprias em procedimento cognitivo, procedimento executivo e procedimento cautelar.

Por isso, e para que não haja obscuridade, o certo é que trataremos, a partir de agora, da principiologia processual-constitucional direcionada ao procedimento executivo.

Para tanto, cuidaremos de procurar aproximar o tradicionalmente chamado processo de execução da normatividade constitucional posta, isto é, procuraremos repensar o procedimento executivo redefinindo-o num sentido processual atualizado teoricamente, inserindo-o no contexto do Estado Democrático de Direito, “de sorte a permitir, a um só tempo, garantir a efetividade processual,²¹⁷ o adimplemento da obrigação e a garantia da dignidade da pessoa humana”.²¹⁸

3.2 A atuação jurisdicional na execução

No Brasil, ainda está em vigor a classificação tradicional do procedimento que varia conforme a solicitação de pronunciamento jurisdicional, que, por sua vez, varia de acordo com a atividade e finalidade buscadas nos autos, que podem recair sobre as provas

²¹⁷ Ressaltando-se que essa *efetividade processual* não é apenas fazer uma correlação entre tempo procedimental e custo/benefício do processo, pois isso resultaria em mera mercantilização do acesso processualizado à jurisdição. Efetividade é a busca da melhor e mais ágil estrutura discursiva procedimentalizada para a construção coparticipada dos pronunciamentos jurisdicionais.

²¹⁸ SOARES, Carlos Henrique; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 639.

(procedimento cognitivo), sobre os bens (procedimento executivo) ou sobre a necessidade de asseguramento de provas e bens (procedimento cautelar), de acordo com o que se encontra disposto no Código de Processo Civil em vigor (1973).

Sendo que, com relação ao procedimento executivo, os autores clássicos, principalmente pelo fato de não terem ainda se desgarrado da concepção instrumentalista do processo (em que a jurisdição está em posição de proeminência),²¹⁹ continuam afirmando que tal procedimento é instaurado em atenção ao exequente²²⁰ e que consiste na sua satisfação.²²¹ Mas tal noção apresenta-se “bastante individualista e antidemocrática do procedimento executivo, uma vez que a atividade jurisdicional existe em razão do devido processo, e não o inverso”.²²²

Ora, depois de tudo o que já afirmamos anteriormente, e também em razão dos postulados do princípio do devido processo legal, da reserva legal, dos princípios institutivos do processo²²³ (contraditório, ampla defesa e isonomia) e do princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito,²²⁴ é óbvio que o procedimento executivo não pode ser enxergado como um instrumento de poder do Estado, que faz dele uso no exercício da função jurisdicional com vistas à satisfação de um resultado prático desejado por uma das partes, pois a finalidade dos procedimentos normativos está muito mais relacionada com valores políticos e jurídicos da sociedade do que com o interesse particular.

E o mesmo raciocínio pode-se fazer com outra terminologia recorrente nos processualistas que escrevem sobre a execução, que é a chamada *tutela jurisdicional executiva*,²²⁵ como é o caso de Cassio Scarpinella Bueno.^{226 227} A tão só manutenção do

²¹⁹ Concepção essa recepcionada pelo CPC/73, conforme previsto em seu artigo 612.

²²⁰ Preferimos o termo *exequente* em vez de *credor* porque não só o credor tem interesse em dar início ao procedimento executivo, bem como quanto ao seu encerramento. Além disso, nem sempre a conclusão do procedimento será favorável ao suposto credor, uma vez que o procedimento executivo se apresenta tão abstrato (no sentido e não haver imanência entre o direito substancial e o direito de ação) quanto o procedimento cognitivo.

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55-56.

²²² VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 15, n. 30, p. 84-118, jul./dez. 2012, p. 86.

²²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 94-111.

²²⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 114-115.

²²⁵ Cumprindo-nos destacar que não fazemos distinção entre as noções clássicas de *tutela jurisdicional executiva* (= resultado da execução) e *atividade jurisdicional executiva* (= meios para alcançar tal resultado), uma vez que a terminologia Execução alberga toda a atuação procedimental, desde os meios até o resultado.

²²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3: tutela jurisdicional executiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

vocábulo tutela,²²⁸ além de novamente colocar a jurisdição numa posição de proeminência em relação ao processo e às partes, ressoa no Estado Social, quase que o reprimando, ou seja, traz a impressão de que o Estado necessita tutelar o cidadão, como se a cidadania não fosse uma autoinclusão²²⁹ no sistema jurídico-normativo.²³⁰ O certo é que o Estado deve prolatar a resposta jurisdicional (observado o devido processo), que tem de ser construída em conjunto com aqueles que sofrerão seus efeitos (levando seus argumentos em consideração quando do ato de decidir), não tendo mais sentido, portanto, fazer uso da expressão tutela jurisdicional executiva, que deve ser substituída simplesmente por procedimento executivo.

O exercício da função jurisdicional, como uma das funções do Estado,²³¹ objetiva realizar o que o texto constitucional e as leis infraconstitucionais impõem para concretizar o projeto jurídico idealizado pelos indivíduos em determinada sociedade, tudo orientado pelo processo constitucional, que visa à consecução do “princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais”.²³²

Sendo exatamente nesse ponto que o devido processo toma dimensão de maior relevância, pois não haverá pronunciamento jurisdicional legitimado se o órgão julgador não tiver observado o percurso procedimental previamente definido em lei para chegar

²²⁷ Fazemos questão também de ressaltar que não estamos aqui desconsiderando a obra do renomado processualista acima destacado (e também os demais confrontados neste ensaio), que possui diversos livros publicados e de leitura necessária, mas apenas discordamos de alguns de seus pontos de vista.

²²⁸ “Tutela: proteção exercida em relação a alguém ou a algo mais frágil” (Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0. Editora Objetiva Ltda., 2001).

²²⁹ Interpretando a cidadania em conformidade com o paradigma de Estado Democrático de Direito, é possível afirmar que o cidadão não precisa mais ser tutelado pelo Estado, como acontecia no *Welfare State*, pois há mesmo uma emancipação entre os dois entes (Estado e cidadão), o que é reforçado pela circunstância de o ordenamento jurídico colocar à disposição das pessoas diversos mecanismos protetivos para que possam fazer uso no resguardo de seus interesses e direitos.

²³⁰ A legitimidade do pronunciamento estatal, sob a ótica democrática, está assentada na vontade popular, e os princípios constitucionais, no paradigma do Estado Democrático de Direito, norteiam a procedimentalidade, garantindo a irrestrita participação do interessado. A autoinclusão do cidadão no sistema é o que lhe permite fiscalizar todos os atos emanados dos agentes estatais, no que se inclui o provimento judicial, permitindo-lhe exigir que a fundamentação da decisão seja construída sob os fundamentos paradigmáticos do Estado Democrático de Direito, sob pena de anulação da decisão prolatada.

²³¹ “São três, então, as funções desempenhadas pelo Estado democraticamente legitimado, a saber, a função legislativa (consistente em legislar, fiscalizar contábil, financeira, orçamentária e patrimonialmente o Executivo), a função administrativa-governamentativa (baseada na prática de atos de gerenciamento de Estado, chefia de governo e atos de administração) e a função jurisdicional (observar o Devido Processo Legal e o Princípio da Legalidade na (re)construção dialógica e incidência de normas jurídicas nas relações privadas e públicas e accertamento, cumprimento e proteção de direitos afirmados como violados ou ameaçados)” (TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A codificação no direito e a temática recursal no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Coords.). *Reforma do processo civil – perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 245).

²³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 45.

àquele resultado, tudo sob o crivo do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Porém, é claro que a jurisdição não pode ser entendida como apenas “uma função estatal equivalente a uma mera produtora e repetidora de decisões (proferidas em sentido lato), mas, sim, como órgão corresponsável pela luta em oferecer melhorias técnicas e substantivas ao sistema processual vigente”.²³³

Assim também tem de ser no procedimento executivo, pois o magistrado não pode agir de forma solipsista, sem fundamentar de forma completa e compreensiva todos os aspectos da causa e de suas decisões, inclusive pelo fato de os interessados possuírem o direito fundamental de obterem respostas adequadas às suas alegações e provas. E, se assim não for, estaremos assentindo com o afrontamento aos conteúdos normativos previstos nos artigos 93, IX, e 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito,

“Permito-me insistir neste ponto: em tempos de aposta no ‘livre convencimento’, é preciso trabalhar o *grau de legitimidade do provimento jurisdicional* (resultado do processo). E este se mede (pelo menos) de duas formas:

Primeiro, pela exigência de que o provimento seja efetivamente influenciado pela argumentação dos interessados (cláusula do contraditório como *garantia de influência*);

Segundo, pela necessidade de que a decisão seja compatível, de modo substancial, com a Constituição (a decisão deverá ser e estar integrada, validamente, na história institucional do Direito).

A questão central passa, pois, pela inexorável exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja ‘ampla’, abrangendo não só a versão ‘aceita’ pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta. (...)

De mais a mais, estou convencido de que é a partir do fiel cumprimento deste *dever fundamental de fundamentar decisões* (produzidas em contraditório) que deve ser equacionada a *questão da democracia* que subjaz ao processo”.²³⁴

Assim, expressões como “a seu prudente critério” (art. 475-A, § 3º, CPC/73), “preço vil” (art. 692, CPC/73), “pode conceder” e “quando o reputar menos gravoso” (art. 716, CPC/73), todas presentes nos compartimentos destinados ao procedimento executivo na atual legislação processual, atraem a patológica deficiência democrática que acomete o sistema processual brasileiro, ainda atado ao *Welfare State*. Tais permissões ao órgão jurisdicional para atuar subjetivamente (ou solitariamente), que reforçam a

²³³ TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A codificação no direito e a temática recursal no Projeto no novo Código de Processo Civil brasileiro, p. 250.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Coords.). *Reforma do processo civil – perspectivas constitucionais*, p. 68-69.

discricionariedade disfarçada sob o eufemismo do chamado livre convencimento, fazem com que a emanção da decisão se coloque fora da cadeia da integridade do direito, o que não pode mais ser aceito.

O Código de Processo Civil, que é de 1973, não foi elaborado tendo como lócus jurídico de construção o modelo teórico do Estado Democrático de Direito, portanto, seu paradigma interpretativo originário foi o Estado Social de Direito (centralização de poder nas mãos da autoridade), o que faz com que suas estruturas procedimentais estejam em desconformidade com o paradigma interpretativo do atual texto constitucional, obrigando-nos a fazer adaptações de seu texto para o modelo constitucional-democrático hodiernamente vivenciado.

E no procedimento executivo tal verificação torna-se ainda mais evidente, pois o executado fica numa posição de inferioridade (ou subordinação) em relação ao julgador, que pode fazer uso da força (sanção-coerção) arbitrariamente, sem a prévia observância do devido processo legal (espaço-tempo argumentativo construtor das decisões de forma participada entre todos os sujeitos processuais), o que descaracteriza o paradigma de Estado exposto na Constituição de 1988.

Uma vez que muitos autores processualistas preferem partir do Código de Processo Civil para, depois, procurarem fazer uma relação com a Constituição, é possível perceber uma nítida aproximação entre jurisdição e execução, quando percebemos que chegam a dizer que “a execução forçada,²³⁵ a ser realizada por obra dos juízes e com vista a produzir a satisfação de um direito,²³⁶ tem sua razão de ser quando há o inadimplemento por parte do obrigado, ou então que “a tutela jurisdicional oferecida mediante a execução forçada consiste na *satisfação* do credor e de seu direito, sendo esse o resultado específico dessas atividades jurisdicionais”,²³⁷ sempre colocando a jurisdição numa posição de proeminência e o executado como se estivesse continuamente agindo de forma reprovável (quase como se criminoso condenado fosse), mas se esquecem de que o executado não se encontra, no procedimento democrático constitucionalizado, numa posição de inferioridade frente à jurisdição ou ao exequente, mas sim em posição de desvantagem, única e exclusivamente, frente à norma, ou seja, cabe ao órgão julgador avaliar as posições de vantagem ou de desvantagem de acordo com a normatividade posta, e não atuar direcionando seu julgamento para a satisfação do exequente.

²³⁵ A própria expressão execução “forçada” já traz uma carga reprovável de arbitrariedade (poder) nas mãos do órgão jurisdicional.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*, p. 31.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*, p. 56.

Assim, apesar de vermos recorrentemente a atividade executiva centralizada no representante do Estado (o juiz), que poderia, segundo disposições do Código de Processo Civil e dos autores tradicionais, desenvolver suas atividades de forma solitária e até autoritária, o certo é que o processo, diante da cientificidade do Direito Processual contemporâneo, estruturado pelos procedimentos estatuídos, é uma instituição garantidora da realização do ordenamento jurídico e a jurisdição é a atividade que coloca em prática as normas preexistentes. Portanto, torna-se importante afirmar, de maneira categórica, que

“A jurisdição executiva não pode ser mais compreendida como jurisdicional, mas como processual, vez que *instrumentada* pelos ditames do *devido processo legal*. Assim, os atos das partes estão previstos na lei (princípio da reserva legal) e não no *arbitrio* do julgador. O ‘executar’, nesse novo vertente interpretativo, se expressa na prática de atos prescritos na lei, que tem por escopo fazer cumprir determinada obrigação, outrora inadimplida”.²³⁸

Sob tal enfoque, é importante frisar que a concretização da função jurisdicional, de onde são emanados atos estatais imperativos, reflete manifestação do poder político do Estado, o qual não pode ser arbitrário ou interpretado sob uma referência hermenêutica que olvide o texto constitucional, pois tal função estatal somente é exercitável porque foi constitucionalmente definida e organizada, uma vez que pode ser regularmente controlada pelas diretrizes preponderantes do Estado Democrático de Direito, ao qual a jurisdição nunca poderá se desvincular.²³⁹

Dessa forma, e objetivando superar os equívocos epistemológicos praticados pela dogmática tradicional, é preciso traçar uma atualizada concepção de jurisdição executiva, calcada no devido processo legal, pois não podemos mais aceitar que a execução seja simplesmente um *instrumento* de atuação da vontade solitária do julgador (jurisdição sem processo), uma vez que o procedimento executivo, “enquanto atividade normativa de

²³⁸ SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, vol. 5, n. 14, p. 244-268, jan./mar. 2011, p. 255.

²³⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 418.

prática de atos executivos previstos em lei,²⁴⁰ é um direito dos próprios destinatários normativos, assegurando a legitimidade das decisões jurisdicionais na execução.

Dessume-se, então, que o que se pode afirmar na execução é que o exequente possui uma posição de vantagem frente à norma, mas nada além disso, pois todos os argumentos e pretensões serão verificáveis no procedimento. Pelo que, devemos entender que a instauração de qualquer procedimento executivo cria uma obrigação processual no tocante a uma prestação (supostamente inadimplida), mas que a técnica executiva superará a relação obrigacional e criará uma obrigação processual, que será resolvida de forma participada entre o órgão julgador e os interessados no desfecho do procedimento.

3.3 O direito à execução como direito constitucional de ação

Como já delineado anteriormente, o direito incondicionado de ação, entendido como direito de fazer atuar a jurisdição, está previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CRFB). Assim, importante tratarmos, mesmo que sucintamente, do direito à execução como direito constitucional de ação.

De antemão, repisamos que não há como o legislador ou o órgão jurisdicional impor condicionantes ao exercício do direito de ação, como poderia ser o entendimento se se aceitássemos a retrógrada concepção da existência das condições da ação (legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir). Com efeito, esse raciocínio também se estende à execução, isto é, não pode haver condicionantes ao exercício do direito de movimentar a jurisdição por meio dos procedimentos executivos previstos.

Por assim ser, como acolhemos a premissa de que os procedimentos normativos constituem-se como atos sequenciais e concatenados em que o subsequente depende do antecedente, com a finalidade de se alcançar o provimento final, podemos inferir que qualquer abrasão às matérias de processo (incluindo-se os princípios processuais aplicáveis e o próprio procedimento) será causa impeditiva de existência de um resultado válido juridicamente, pois que viciado, invalidando toda a estrutura procedimental. Por isso, não há como existirem condicionantes para o exercício da instauração do procedimento executivo.

²⁴⁰ SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito, p. 255.

Cabendo-nos também mencionar que a equivocada terminologia das *condições da ação* poderia ser também substituída pela expressão pressupostos para o exame do mérito da causa. Mas aí surge um outro impasse, que é a dúvida acerca da existência ou não de mérito na execução. Primeiramente, devemos definir o que entendemos por mérito, que se relaciona com o conflito de interesses que é precedente à instauração do procedimento, ou seja, é o objetivo perseguido pelo litigante (definido pelo pedido constante da petição inicial), pois “diz respeito aos fatos e ao direito material relatados pelo autor como fundamento para justificar sua pretensão. Mérito é a lide, nos limites do pedido mediato”.²⁴¹ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, mérito é o “espaço jurídico-processual de discussão do objeto mediato do pedido”.²⁴² Portanto, não há como não aproximar o mérito da pretensão, uma vez que “é a *pretensão* que consubstancia o mérito, de modo que *prover sobre este* significa estabelecer um preceito concreto destinado a dar àquela um desfecho favorável ou desfavorável (procedência, improcedência)”.²⁴³

A par disso, podemos afirmar que quaisquer matérias dialogicamente debatidas no procedimento serão consideradas como questões meritórias, mesmo que encaminhem uma resposta jurisdicional terminativa, pois, “se mérito é o espaço de discussão, tudo o que for debatido no procedimento é mérito”,²⁴⁴ não havendo como se falar em julgamento sem resolução do mérito,²⁴⁵ mesmo que a decisão se fundamente nas equivocadamente chamadas *condições da ação*, uma vez que todas as alegações das partes serão discutidas e verificadas no espaço procedimental jurídico-discursivo, o que ensejará uma resposta jurisdicional meritória.

Como bem ressalta Cândido Rangel Dinamarco,²⁴⁶ é um preconceito, fundado no fato de que, em rigor, a correção ou incorreção da execução será decidida nos embargos do executado ou na impugnação ao cumprimento da sentença,²⁴⁷ afirmar que inexistente mérito

²⁴¹ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 451-452.

²⁴² *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 307.

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, p. 323.

²⁴⁴ SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito, p. 250.

²⁴⁵ A única real possibilidade de extinção do procedimento sem resolução do mérito, na concepção trabalhada nesta dissertação, reside na hipótese de se verificar a ausência de pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do procedimento (art. 267, IV, CPC/73), porque aí o espaço procedimental jurídico-discursivo nem existiu legalmente.

²⁴⁶ *Fundamentos do processo civil moderno*, I, p. 329-330.

²⁴⁷ Ou seja, o juiz não se pronuncia sobre a viabilidade da execução nos autos do próprio procedimento executivo instaurado, mas em autos apartados (arts. 475-L, 475-M, 736, parágrafo único e 745 do CPC/73).

na execução. E assim também se posicionava Eduardo Couture,²⁴⁸ manifestando que os órgãos jurisdicionais não perdiam, em nenhum momento dentro da atividade executiva, a atividade cognoscitiva, pois execução é também atividade jurisdicional. Segundo o autor, execução sem exercício de cognição é arbitrariedade e conhecimento sem possibilidade de execução significaria resultados ilusórios para os fins da atividade jurisdicional.

Ora, uma vez que o processo é um só,²⁴⁹ independentemente do número de procedimentos instaurados (ou autos apensados), mesmo que as questões meritórias do procedimento executivo sejam apreciadas em autos apartados daqueles em que tramitam o próprio procedimento executivo (ação de execução fundada em título executivo extrajudicial ou o cumprimento da sentença), não significa inexistir mérito na fase de execução. Então, se a pretensão executiva foi deduzida por uma petição inicial (execução por título extrajudicial – artigos 614 e seguintes do CPC/73) ou mediante requerimento de cumprimento da sentença (artigo 475-J do CPC/73), não faz diferença se o órgão jurisdicional apreciar a viabilidade da execução em autos apartados, pois todos os autos se referem ao mesmo processo, ou seja, “o fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos ou a da impugnação) não significa que *mérito* inexista naquele processo”.²⁵⁰

Até porque o mérito da execução, de acordo com os artigos 475-L, inciso VI, e 745, inciso V, do Código de Processo Civil em vigor, conduzirá a uma decisão de procedência ou de improcedência da própria execução (mesmo que tal declaração não fique expressamente grafada na decisão), isto é, a procedência dos embargos ou da impugnação implicará na improcedência da execução e, a *contrario sensu*, a procedência da pretensão executiva (declarada nos mesmos mecanismos procedimentais) implicará na improcedência dos embargos ou da impugnação. Isso sem falar que, no caso de execução de título judicial, deferido o efeito suspensivo mediante oposição da impugnação ao cumprimento da sentença, todas as matérias suscitadas pelas partes serão resolvidas no próprio procedimento executivo, sem haver necessidade de abertura de novos autos (artigo 475-M, § 2º, CPC/73), reforçando o argumento de que existe mérito na execução.

Inobstante isso, é inquestionável que o próprio Código de Processo Civil em vigor aproxima o julgamento meritório do procedimento cognitivo do julgamento meritório do procedimento executivo (artigos 269, I e 794, I), pois a satisfação da obrigação é da

²⁴⁸ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 443-444.

²⁴⁹ É preciso especificar que a unicidade do processo não implica necessariamente unidade de ação ou unidade de procedimento (autos).

²⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, I, p. 331.

essência do pedido do exequente, que não poderá mais exigir do executado o cumprimento daquela obrigação constante do título executivo, uma vez que a sentença a reconheceu como satisfeita. E isso é, sem dúvida, julgamento de mérito. Nesse mesmo sentido, há também aproximação dos méritos (na cognição e na execução) quando o executado obtém a remissão da execução por transação, tal como acontece quando as partes transigem no procedimento cognitivo (artigos 269, III e 794, II). Bem assim, quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação ou o exequente renunciar ao crédito, teremos julgamentos meritórios equivalentes (artigos 269, V e 794, III).

Portanto, é notório que em todas as hipóteses contempladas no artigo 794 há um denominador comum, que é a possibilidade de extinção, pela decisão judicial (artigo 795), das obrigações substanciadas na relação de direito material havida entre exequente e executado, ensejando a sentença que extingue a execução o encerramento do vínculo obrigacional que ligava a prestação exigida pelo exequente à responsabilidade patrimonial que recaía sobre os bens do executado, ou seja, trata-se de sentença definitiva incidente sobre relação jurídica de direito material (julgamento de mérito), cujos efeitos tornar-se-ão imutáveis a partir da ocorrência da coisa julgada.

E, pensando no julgamento com resolução de mérito quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição (artigo 269, IV, CPC/73), fica claro também que o reconhecimento dos institutos citados, mesmo na fase executiva, trata-se de julgamento de mérito. Lembrando que a prescrição e a decadência podem ser alegadas em qualquer fase procedimental (artigos 193 e 211 do Código Civil).

Sob esse raciocínio, podemos arrematar a questão do mérito assegurando afirmativamente existir, sim, mérito na execução. Ora, se tudo o que for debatido no procedimento pelos sujeitos processuais é mérito, não há como negar que no procedimento executivo as matérias debatidas pelo exequente e pelo executado são também questões meritórias, até porque os direitos dos contraditores serão aferíveis naquele espaço procedimental processualizado. Sendo de rigor reiterar que o direito de ação é um direito ao procedimento, e não um direito a um resultado prático favorável, isto é, um direito ao meio (instauração do procedimento) e não um direito ao fim (resultado esperado).

Retomando o tema equivocadamente chamado condições da ação, ressaltamos que é somente depois de instaurado o procedimento processualizado que é possível ser apurado o direito da parte de estar ou permanecer atuando naquela estrutura procedimental, portanto, o direito, ou os direitos, das partes somente serão aferíveis no próprio procedimento, depois de verificado o preenchimento dos pressupostos processuais de

constituição e desenvolvimento do procedimento juridicamente válido. Por isso, vê-se que a ciência processual atual já rompeu com a retrógrada concepção das condicionantes ao direito de ação há muito tempo. Aliás, como já ressaltado em outro ponto desta dissertação, o direito de ação é incondicionado, irrestrito e impostergável.

O que pode, e deve, existir são os chamados “condicionadores de operacionalidade técnica da ação executiva”,²⁵¹ que podem ser entendidos como requisitos que assegurarão às partes o direito de estar no procedimento, e, aí sim, ser realizada a verificação da regularidade processual para se alcançar o resultado procedimental esperado (que em nada se identifica com o resultado prático almejado pelas partes), nunca inobservando o devido processo legal. Com efeito, “a falta de qualquer desses requisitos leva à inexistência da obrigação (e não da ação) naquele procedimento, pronunciamento que, de acordo com o exposto acima, é, sem dúvida, de mérito”.²⁵²

Volvendo as atenções ao título deste tópico, *o direito à execução como direito constitucional de ação*, desde já destacamos que o direito de promover a execução, ou seja, de provocar a jurisdição no sentido de fazer atuar o procedimento destinado a fazer cumprir a obrigação constante do título executivo, possui também o mesmo significado do direito da parte de exigir a instauração do procedimento por intermédio da petição inicial no procedimento cognitivo. Promovendo a ação executiva, o exequente “exercita a ação que o título executivo lhe atribui, que é a ação de execução, que, baseada nesse título, nasce do inadimplemento do devedor”.²⁵³

A instauração da ação de execução (esta fundada num título executivo extrajudicial) ou o requerimento de cumprimento da sentença, mesmo que não inaugurem uma cognição nos mesmos moldes do procedimento cognitivo, apresentam-se também como o espaço dialógico-procedimental apto à formação de um discurso, resultando num objetivo previamente delineado pelo ordenamento jurídico.

Aproveitando-nos das lições de Araken de Assis,²⁵⁴ e fazendo as devidas adaptações, consolidamos que o procedimento executivo se origina da pretensão executiva (pré-processual) e é instaurado pela petição provocadora da resposta jurisdicional (direito

²⁵¹ SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito, p. 252.

²⁵² SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito, p. 252.

²⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211.

²⁵⁴ *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173-174.

de ação), resultando que é a ação promovida (procedimento) que exige uma resposta do Estado, o qual tem de ser construída de forma coparticipada, ou seja, o direito à execução, tal qual o direito à cognição, é autônomo, incondicionado e independente do direito material que deu sustentação à relação intersubjetiva havida entre exequente e executado, mesmo no caso da execução por título judicial, pois o só fato de não haver nova citação não implica em inexistência de novo e distinto procedimento.

Dando prosseguimento a tal raciocínio, como consideramos o direito à execução idêntico ao direito constitucional de ação, e em razão de irrecusável reverência aos princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia), tem de ser proporcionado ao réu-executado direito paralelo ou simétrico ao direito do autor-exequente de defender-se, ou de opor-se à execução da forma que entender devida,²⁵⁵ desde que idônea.

Por fim, temos de fazer uma aproximação entre o direito de ação (ou à execução) e a cidadania, vista como um dos fundamentos da democracia, pois qualquer do povo é agente legitimado a fazer exercer a atividade procedimental reconstrutiva dos fatos. Por isso é que já foi dito que o direito de ação é uma “expressão da soberania popular (cidadania) no âmbito da produção e aplicação de normatividade jurídica”.²⁵⁶

Certo é que um dos pressupostos do texto constitucional democrático é que possa ser realizado pelos cidadãos, o que implica na conclusão de que os mesmos destinatários das normas são também “responsáveis por promover a fiscalidade dos direitos no âmbito de criação e aplicação de normatividade jurídica”,²⁵⁷ o que é possibilitado pelo devido processo, viabilizador de procedimentalidade isonômica e aberta aos destinatários normativos, promovendo “a rearticulação dos elementos cidadão-democracia-direito-Estado”.²⁵⁸

3.4 Os princípios como normas jurídicas

O homem, como ser social, necessita viver em sociedade, e, para regular as condutas de todos que dela participam são inevitáveis os comandos sociais, a fim de impor

²⁵⁵ NEVES, Lucas Cruz. *Execução e principiologia do processo democrático: ação e defesa no cumprimento de sentença*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007, p. 80.

²⁵⁶ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 90.

²⁵⁷ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 91.

²⁵⁸ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 90.

limites às vontades de todos e minimizar as hipóteses de surgimento de conflitos, bem como para resolvê-los, quando inevitáveis. A norma jurídica surge, portanto, da necessidade de direitos e deveres que visem ao harmônico convívio social.

Por isso, a norma jurídica torna-se um comando (um cânone de licitude inferido do ordenamento jurídico), uma exortação à licitude dirigida às ações das pessoas naturais, das pessoas jurídicas e demais entes que fazem parte da sociedade, sendo mesmo uma concepção de conduta social aceita naquele determinado momento, cuja “finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário”.²⁵⁹

Mas, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, de que a normatividade serve para restringir direitos, na verdade a norma tem como uma de suas funções legitimar, ou reforçar, os direitos individuais, reconhecendo, inclusive, outras fontes de regulação de conduta que não a lei positivada, o que decorre da subdivisão da norma, como gênero, em suas espécies: princípios e regras. Os princípios (positivados ou não) são cânones de valoração das condutas induzidos e indutores do direito, informando e completando o sistema jurídico, “como se fossem os alicerces de sua estrutura”,²⁶⁰ já as regras são as normas jurídicas positivadas (regras e preceitos expressamente definidos no sistema jurídico), sendo que a maior diferenciação que se pode fazer entre regras e princípios não é de importância, mas de qualidade,²⁶¹ isto é, uma discriminação axiológica, pois os princípios possuem uma dimensão de valor que não se encontra presente nas regras.

Assim sendo, no momento em que vivemos (o pós-positivismo), houve a difusão da noção de que as normas jurídicas podem ser divididas em dois tipos diferentes entre si: as regras (dotadas de maior grau de concreção) e os princípios (dotados de um grau maior de abstração). Enquanto as regras, cuja construção reúne o pressuposto fático e a consequência jurídica de sua ocorrência, podem admitir que o procedimento normativo se subsuma aos fatos concretos, os princípios, por não possuírem a mesma estruturação, transpõem para o mundo jurídico um valor, dotando-o de positividade, ou seja, os princípios são normas que traduzem a realização de valores.²⁶²

²⁵⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 179.

²⁶⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 103.

²⁶¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*, p. 67.

²⁶² A propósito de tal distinção entre regras e princípios, podemos citar também Kildare Gonçalves Carvalho (*Direito Constitucional*, p. 645-652).

Dessarte, como em sua concepção mais geral os princípios possuem tríplice função: informadora,²⁶³ supletiva²⁶⁴ e interpretativa²⁶⁵,²⁶⁶ é possível dizer que permitem uma estabilização do discurso jurídico, na medida em que auxiliam, na dialogicidade procedimental, a construção de pronunciamentos estatais legítimos.

E a Constituição, no Estado Democrático de Direito, preenche um espaço muito relevante quando se fala em princípios jurídicos, pois, apesar de não poder ser vista como seu único repositório, cumpre a missão primordial de expor e resguardar aqueles princípios considerados mais relevantes pelo ordenamento jurídico em vigor.²⁶⁷

Sendo exatamente por isso que os princípios processuais contidos no texto constitucional assumem o tônus da indelebilidade, principalmente por ser a Constituição o local de estabilização hermenêutica da atividade jurídica.

Com efeito, o texto constitucional apresenta-se como “articulador (não-mítico) dos objetivos comuns (falseáveis e abertos à crítica), institucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões, o que torna o discurso jurídico linguisticamente viável”.²⁶⁸

Merecendo evidência também o fato de que, diante do constitucionalismo contemporâneo, não é mais possível falar em princípios absolutos ou supremacia de princípios. Todos os princípios constitucionais (a principiologia constitucional) são mais ou menos fluídos e passíveis de se inter-relacionar reciprocamente, sem que uns anulem outros, ou seja, há uma convivência harmônico-constitucional dos princípios, sem qualquer possibilidade de supremacia absoluta.²⁶⁹

O que pode ocorrer, quando da apreciação de um caso concreto, é o intérprete, diante das circunstâncias fáticas, dar mais valia a um ou outro princípio, mas sem derogar completamente os demais, sendo que, quando da realização de tal interpretação por um órgão jurisdicional, deverá expor às partes os critérios que utilizou para dar preferência ao

²⁶³ Servindo de fonte de inspiração e delimitação do legislador, servindo também de fundamentação para a própria normatividade, uma vez que os princípios estão na base de sustentação do sistema jurídico.

²⁶⁴ Servindo como fonte normativa subsidiária, em situações de omissão ou lacuna de regras, possibilitando o intérprete fazer uso da proposição fundamental contida no princípio para solucionar o caso concreto.

²⁶⁵ Servindo como critério orientador para os intérpretes e aplicadores das normas, pois são a essência integradora do direito.

²⁶⁶ A propósito de tais funções exercidas pelos princípios, podemos citar também Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 106-108).

²⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999, p. 205.

²⁶⁸ MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*, p. 126.

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil, p. 246.

princípio que fundamentou sua decisão, a fim de possibilitar aos destinatários da resposta estatal a estabilização do argumento e a possibilidade de discordar (viabilizando o contraditório, a ampla defesa e o direito ao recurso).²⁷⁰

3.5 Dignidade da pessoa humana

Tratar de princípios jurídicos é dissertar sobre a realização de ideais de grupo, o que só é conseguido plenamente com liberdade (*lato sensu*). Por isso, inferimos que é preciso considerar a liberdade como inserida em uma nova concepção do direito, na qual as estruturas jurídicas relacionam-se intimamente com a sua função social. O direito, na atualidade, tem como eixo fundamental a realização dos interesses da pessoa humana, portanto, não deve e não pode tender à limitação da liberdade com argumentos juridicamente insubsistentes de ordem pública e bons costumes, tanto é que tem havido uma retração da ingerência do Estado na autonomia privada, provocando uma reversão da ultrapassada vocação de limitar a liberdade, apresentando-se a revalorização desse direito como uma tendência das constituições dos países democráticos.

O preceito essencial do *laissez faire* da Revolução Francesa repercutiu nas constituições atuais, onde é possível observar a redução da esfera de atuação do Estado e de sua ingerência nos negócios e na vida privada a um mínimo absolutamente necessário.

No atual momento da evolução humanística, principalmente numa sociedade científica, pluralista e moralmente heterogênea, os direitos fundamentais, considerados como princípios jurídicos que não podem ser abolidos (art. 60, § 4º, IV, CRFB), especialmente a dignidade humana, a igualdade e a liberdade, “são válidos enquanto corresponderem às *exigências morais* sentidas em um período específico”,²⁷¹ sendo mesmo autoaplicáveis a partir do momento em que o direito positivado não é mais capaz de dar respostas objetivas às complexas controvérsias morais, políticas e jurídicas oriundas das relações humanas.

Direito e moral devem, então, se complementar mutuamente, até porque possuem inúmeros pontos de interseção, a todo instante buscando a inclusão social (pluralismo

²⁷⁰ Sobre estabilização do argumento, ver MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. *JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 47-65, jul./dez. 2011, p. 50-51.

²⁷¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 134.

jurídico), onde a dignidade humana tem ligação direta com a liberdade individual de se autodeterminar, não sendo aceito que o Estado intervenha ou imponha valores ideológicos, religiosos ou morais, porque todos são iguais e livres em sua consciência (art. 5º, *caput* e incisos IV, VI, VIII, IX e XVI da CRFB), desde que a esfera jurídica de outras pessoas não seja prejudicada, o que acabaria por ofender a igualdade. Liberdade sem igualdade não possibilita a construção de uma sociedade livre e pluralista, senão oligárquica, enquanto a igualdade sem liberdade conduz ao despotismo, não à democracia, submetendo a maioria às vontades de quem detém o poder.²⁷²

No caminho percorrido entre a Idade Média e a pós-modernidade, a ideia de dignidade do homem foi-se desvinculando dos seus laços de origem externa (da sociedade medieval de ordens e estamentos, em que a dignidade humana era atrelada à imagem de Deus ou vista como honra em razão de cargo ou título que o titular portava na vida social) e foi sendo cada vez mais direcionada para a capacidade do ser humano de desenvolver as virtudes da própria condição humana, aparecendo neste ponto a razão (faculdade de raciocinar) como o grande fundamento hermenêutico dessa evolução.²⁷³

Decerto, diante de tais considerações, o direito à liberdade de consciência (previsto no corpo da Constituição e inserido no rol dos direitos subjetivos de personalidade),²⁷⁴ possui estreita e íntima relação com a dignidade humana, exprimindo-se como um predicado exercitável pelo titular a qualquer momento (inclusive fora do âmbito dos tribunais), pois se consubstancia numa expressão positivada enunciativa de princípios que emprestam coerência para a aplicação e concretização de direitos fundamentais, de acordo com a respectiva conformação legislativa. Concepção esta que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, pois todos os direitos, liberdades e garantias individuais possuem como fonte moral a dignidade do ser humano, numa amplitude abstrata e abrangente.²⁷⁵

Por isso é que devemos ter o cuidado de não relegar a liberdade e a dignidade a um plano inferior em razão de o espectro do Direito, cada vez mais complexo e maior,

²⁷² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 142-143.

²⁷³ OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5, Porto Alegre: IHJ, 2007, p. 160-161.

²⁷⁴ Ressalvando-se que, quando se fala em de direitos de personalidade, cabe ao Estado tão-somente reconhecê-los (em nível constitucional ou infraconstitucional), dotando-os de proteção própria.

²⁷⁵ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Liberdade de consciência: a autodeterminação como corolário da dignidade da pessoa humana. In: BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles (Orgs.). *Direitos humanos: um debate contemporâneo*. Raleigh, Carolina do Norte (EUA): Lulu Publishing, 2012, p. 412-413.

tender a disciplinar as condutas por meio de suas normas e a modelar a sociedade desejada pelo próprio povo, objetivando conter as tensões sociais. Esse é o caminho que tem de ser buscado para o alcance do bem-comum em meio à multiplicidade das relações jurídicas existentes no atual momento histórico-constitucional, continuamente superestimando os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a liberdade tem de ser indissociada da dignidade humana,²⁷⁶ pois integrantes do núcleo primordial da Constituição Federal de 1988, alçando a primeira posição de proeminência em relação às demais normas valorativas, particularmente no que se refere à sua utilização como critério de interpretação das restantes. A liberdade como valor terá ainda mais projeção quando se adentra no âmbito da consciência e da crença individual, e em seus componentes lógicos, que é a liberdade de expressão e a autodeterminação do indivíduo para fazer suas escolhas existenciais.

No atual momento histórico, em que desejamos ver reconhecido o exercício da democracia plena,²⁷⁷ assegurar a inviolabilidade da dignidade humana é assegurar o pleno exercício da cidadania. E é a liberdade a condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas trajetórias por onde transita a qualidade de vida das pessoas componentes da comunidade afetada por determinado ordenamento jurídico.

Assim, foi nossa intenção demonstrar existir relação de pertinência dialética entre direito e liberdade, em que a dignidade se completa com a autodeterminação da pessoa humana, estando na reflexão intelectual entre direito e liberdade a distinção entre arbítrio e legalidade.

Isso porque não se consolida uma sociedade democrática sem a presença dos direitos fundamentais, por suas próprias funções protetivas. Em consequência, para uma compreensão do Estado Democrático de Direito, tem-se que o papel de algumas dessas funções é concebido pela liberdade, como núcleo central do sistema jurídico, assegurando

²⁷⁶ “Firma-se, então, a certeza de que os direitos fundamentais são a concretização da dignidade humana dentro da ordem constitucional, concretização esta que é evidenciada sob o aspecto de informadora de todo o ordenamento jurídico. (...) Cada direito fundamental, outrossim, explicita e projeta a dignidade, posto que é a origem do seu despertar” (DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o contraditório. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*, p. 296).

²⁷⁷ Divorciando-se da chamada “democracia relativa”, que foi o modelo dito democrático utilizado pelo Regime Militar brasileiro, que enxergava a democracia na visão simplista da capacidade do Estado de atender à demanda interna de bem-estar dos cidadãos, resultando na implantação do regime totalitário para superar os entraves no caminho do desenvolvimento econômico proposto pelas classes dominantes; assim, se o estoque de retorno de bem-estar não fosse suficiente para atender a todos, seria necessário que a elite se comportasse como a transmissora de uma mensagem que fosse a base do sentimento da nação, no sentido de conter as demandas e as expectativas do povo, para que aceitasse o possível, mas sempre tal entendimento sendo feito pelo intérprete privilegiado (ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *O processo político no Brasil: estado e classes sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 232-233).

a todos o livre exercício da consciência na defesa da própria dignidade. Fazendo uma confluência de democracia, legitimidade, dignidade e constitucionalismo, Paulo Bonavides entende que o percurso doutrinário da democracia envidou esforços para instaurar uma convivência política “elevada ao mais alto grau de legitimidade e assentada sobre um respeito superlativo à dignidade da pessoa humana, convertida em pedestal ético do constitucionalismo na travessia do segundo ao terceiro milênio”.²⁷⁸

Volviendo essas compreensões para o direito processual constitucionalizado, que é o foco principal deste trabalho, ressaltamos que os direitos fundamentais (dentre eles o do acesso processualizado à jurisdição) possuem o atributo de edificar a dignidade humana. A ampla defesa, o contraditório, a isonomia, o devido processo, a fundamentação racional das decisões jurisdicionais e quaisquer outros direitos ou garantias processuais fazem com que a dignidade humana seja hipertrofiada, principalmente pelo fato de que “cada direito fundamental é elemento estreitamente ligado à edificação da dignidade, que consiste em princípio embarador da ordem jurídica”,²⁷⁹ sendo mesmo fonte e inspiração dos direitos fundamentais.

Portanto, podemos mesmo afirmar existir nítida conexão entre dignidade humana e princípios processuais, uma vez que o aviltamento de qualquer um deles importará em violação de vivência digna da pessoa. Isto é, a inobservância, nos procedimentos, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do devido processo, importará no impedimento de participação igualitária na construção compartilhada do provimento jurisdicional, usurpando a dignidade daquele que suportará os efeitos da decisão.

Certo é que o modelo democrático de Estado exposto em nossa Constituição está alicerçado sobre princípios que visam a garantir a existência digna dos membros da sociedade. Por isso, a inobservância dos princípios processuais constitucionais anteriormente declinados, ou mesmo a sobreposição dos interesses de um litigante em detrimento do outro (como pregado pela já rechaçada teoria da relação jurídica), sem a viabilização do contraditório em condições isonômicas, ofenderá a dignidade daquele que postula em juízo e, conseqüentemente, a Constituição Federal.

Toda a principiologia processual constitucional, conectada indissociavelmente à dignidade humana, tem de ser soerguida como comando institucional emanado da própria ordem jurídica. Bem por isso,

²⁷⁸ *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 510.

²⁷⁹ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o contraditório, p. 292.

“O acolhimento do princípio da dignidade na maioria das ordens constitucionais contemporâneas dos Estados, como no caso brasileiro é, sem dúvida, uma conquista que inaugura um momento ímpar para o Direito, que passa a ser construído pelos paradigmas principiológicos. A consolidação do processo como garantia constitucional também tem assento nas Constituições do século XX, mediante a consagração dos princípios do direito processual em seus textos”.²⁸⁰

Por tais motivos, então, podemos concluir que dignidade humana e processo (direito processual) caminham lado a lado como coconstrutores das sociedades democráticas.

3.6 Devido processo legal

Como dito alhures, cumpre-nos ressaltar que não adotamos, nesta dissertação, a dicotomia que alguns autores propugnam entre o devido processo constitucional e o devido processo legal, definindo o primeiro como sendo a principiologia estabelecida constitucionalmente somada aos direitos fundamentais, e o segundo como sendo o conjunto das estruturas normativas procedimentais dispostas em lei para a solução dos casos concretos. Para este estudo, as locuções se equivalem e se complementam, até porque, por tudo o que já dissemos a respeito do processo, asseveramos que todo processo já nasce constitucional, trazendo em seu arcabouço todas as garantias constitucionais e também os modelos procedimentais. Portanto, sempre que fazemos alusão às expressões *devido processo legal* ou simplesmente *devido processo* estamos fazendo uso dessas compreensões conjuntamente.

Sendo certo que a manifestação democrática da soberania popular é exercida indiretamente por meio das funções estatais, no que se inclui a função judiciária (que se projeta no pronunciamento jurisdicional), é óbvio que “tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica”,²⁸¹ que é o processo constitucional. Por isso, toda decisão jurisdicional deve ser construída tendo como base a estrutura normativa metodológica previamente definida em lei (o devido processo legal), que determina que a

²⁸⁰ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o contraditório, p. 301.

²⁸¹ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 86 e *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 35.

decisão tem de ser construída por meio de argumentos realizados em contraditório por aqueles que tenham interesse na resolução da lide, pois, assim, estarão na posição de destinatários e coconstrutores do ato decisório, suportando seus efeitos e cooperando para a sua preparação.

Bem por isso, o devido processo pode ser visto também, por decorrência lógica, “como um sistema de limitações ao exercício do poder pelos agentes estatais”.²⁸² Nesse sentido, ele veda que o sentido normativo seja imposto pela autoridade do destinador da norma (legislador ou juiz) ou pela subjetividade dos destinatários (autor e réu), bem como veda qualquer interpretação extrassistêmica. O texto constitucional (reserva legal) torna o direito acessível à crítica e testificável o ordenamento jurídico no âmbito da produção (devido processo legislativo) e no âmbito da aplicação (devido processo legal) das normas.²⁸³

Por conseguinte, está a jurisdição, e conseqüentemente o Estado, submetida à principiologia processual constitucional “como pressuposto inarredável de garantia máxima de direitos fundamentais na Sociedade Democrática de Direito.”²⁸⁴ Esta principiologia constitucional do devido processo, que compreende os princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia), a reserva legal (que tem como corolário a garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais), a duração razoável dos procedimentos e o direito ao advogado (ou ao defensor público), deve ser enxergada como “referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição”.²⁸⁵

Nesse sentido, o princípio do contraditório assegura aos sujeitos processuais e principais interessados na solução judicial da lide a garantia de que o processo, em seu itinerário procedimental, será revelado de forma igualitária e participativa, perfazendo a concretização de um dos fundamentos do Estado Democrático, que é a busca constante de implementação da democracia participativa, na medida em que, “no campo judicial, a surpresa é circunstância que sugere o arbítrio”.²⁸⁶

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo I, p. 767.

²⁸³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística*, p. 85.

²⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 65.

²⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 85.

²⁸⁶ DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando *et alli* (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 377.

Destaque-se também a importância de o processo constitucional ser regido pela ampla defesa, que é a viabilização aos sujeitos processuais da oportunidade de utilizar todos os meios legais para a defesa de seus interesses, desde que respeitados os prazos definidos em lei. Sendo que, para que os sujeitos processuais possam utilizar-se de uma defesa técnica para a construção de seus argumentos, há que lhes ser assegurada a representação por advogado (ou defensor público), a fim de ser efetivada a igualdade de posições. Destarte, a ampla defesa é a garantia de produção irrestrita de provas em espaço procedimentalizado, que assegure a todos os copartícipes a simétrica paridade (isonomia: igualdade de espaço e tempo nos procedimentos) e a garantia do contraditório.

Nessa pauta interpretativa, está o direito democrático conjecturado por conteúdos lógicos, argumentativos e processuais em que a “liberdade é o exercício da ampla defesa por uma regra suprema (*devido processo*) que proíbe a vedação do exercício argumentativo para todos desde a produção das leis à sua atuação ou modificação (extinção)”²⁸⁷.

Na dicção de Dhenis Cruz Madeira,²⁸⁸ o devido processo é fator hermenêutico de cognição, no que quer dizer que a construção dos direitos não é concedida ou ofertada aos agentes públicos (legisladores e juízes) por um dom divino ou por uma suposta (recôndita) superioridade intelectual, mas sim pela conclusão de um debate democrático (discursividade dialógica) que se prospecta por diante de uma interpretação constitucional das normas, tanto no plano da justificação quanto no plano da aplicação.

Ainda repercutindo as conclusões do citado processualista, é oportuna a seguinte reprodução:

“A cognição jurisdicional, enquanto atividade compartilhada de valoração das provas e argumentos esboçados nos autos (cartulares ou eletrônicos), encontra, no devido processo (base principiológica e vinculante da função jurisdicional que abriga modelos procedimentais esculpidos em lei), seu fator hermenêutico e delimitador. Nada pode escapar ou agredir a principiologia constitucional”.²⁸⁹

Existindo também quem diga que o devido processo legal seria um supra princípio, já que os demais princípios atinentes ao processo seriam a “exigência de que o processo deve ser conduzido de acordo com a forma prevista em lei, não se admitindo a prática de

²⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195.

²⁸⁸ *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*, p. 122-128.

²⁸⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*, p. 123.

atos – em prejuízo a uma das partes – não previstos em norma legal ou por ela vedados”.²⁹⁰ Logo, resta claro que o devido processo legal está presente desde a instauração até o último ato do procedimento, já na fase executiva. Desse modo, a imperatividade presente na lei processual de preenchimento de requisitos mínimos na petição inicial, de citação válida, de oportunização ao direito de defesa e à produção probatória, do direito a uma decisão fundamentada e de sua revisibilidade defluem exatamente do princípio do devido processo.

É mesmo somente com o devido processo constitucionalizado que nos é concedida a “reserva espaço-temporal de indagar sobre os defeitos, as falhas, os vícios (os vazios) dos conteúdos de decisibilidade que orientam a vigência, validade e legitimidade do ordenamento jurídico”.²⁹¹

Portanto, a resposta jurisdicional só será acertada e válida quando fundamentada na verdade, mas não numa verdade absoluta ou natural, dada pelas idiosincrasias da autoridade, e sim uma verdade alcançada a partir de uma norma que está sustentada por um procedimento discursivo anterior, em que os possíveis afetados (destinatários normativos) tenham tido oportunidade de debater todas as circunstâncias atinentes ao caso e o resultado tenha sido fruto do melhor argumento, mesmo que não obtido consenso. Isto é o respeito ao devido processo, pois tal atitude permite testificar a coerência das normas válidas no sistema jurídico, uma vez que consenso, por si só, pode implicar simples resignação, sem construção coparticipada do ato decisório.

Indubitavelmente, o Código de Processo Civil em vigor (1973), editado sob o contexto do Estado Social de Direito, apresenta-nos um discurso anacrônico diante da ordem constitucional instituída a partir de 1988, o que nos obriga a fazer sua releitura a partir do paradigma democrático-constitucional atualmente vivenciado. Deste modo, as decisões jurisdicionais não serão consideradas democraticamente racionais simplesmente por serem amparadas por outras que embasaram casos supostamente análogos (jurisprudência) ou fundadas em leis vigentes que tiveram o respectivo procedimento legislativo deficitário, pois a legitimidade dos provimentos está em terem sido respeitados os princípios processuais constitucionalizados (*direito incondicionado de ação, contraditório, ampla defesa, isonomia, duração razoável dos procedimentos, fundamentação racional das decisões e reserva legal*), alçados à categoria de direitos

²⁹⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

²⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 229.

fundamentais pelo texto da Constituição Federal em vigor, sem prejuízo da estrita observância do devido processo legal.

Ecoando esse dimensionamento do devido processo para o procedimento executivo, desde já assentamos que todo resultado a ser dado à execução, mesmo na busca por celeridade, não pode ser desassistido da racionalidade constitucional, pois não pode ser extirpada a possibilidade de o executado oferecer defesa ampla durante o procedimento executivo (judicial ou extrajudicial), devendo sempre o chamado processo de execução ser enxergado com lentes voltadas para os fundamentos constitucionais da execução civil.

Nesse sentido, não há mais como ser aceita a afirmação de que, na execução, “os postulados do contraditório e da ampla defesa estão presentes, mas voltados basicamente ao controle da regularidade e adequação dos atos executivos”,²⁹² ou que não seria a execução um procedimento dialético, pelo fato de não se mostrar voltado para o contraditório,²⁹³ pois tal visão está totalmente afastada da principiologia processual constitucional e ainda atada à ideia de que o magistrado se encontra no centro da chamada relação jurídica processual, o que reforça a equívoca denominação da atividade executiva como *tutela jurisdicional executiva*, que continua percebendo como finalidade primordial a satisfação do direito do exequente, em noção bastante individualista e antidemocrática do procedimento executivo, pois, como já dissemos, é a atividade jurisdicional que existe em razão do devido processo, e não o devido processo que se sustenta em razão da jurisdição.

Mesmo que aceitemos que o procedimento executivo se distingue do cognitivo, ou que a execução é uma outra invocação da atividade jurisdicional, não mais com a finalidade de “resolver a lide de pretensão resistida, mas a lide de pretensão insatisfeita”,²⁹⁴ certo é que o direito de ação tem de ser amplamente ofertado aos destinatários da atividade jurisdicional (direito à execução como direito constitucional de ação), exigindo-se ampla abertura a todos os meios de defesa lícitos existentes no ordenamento jurídico.

Assim, a execução pressupõe um processo (nos termos desenvolvidos nesta dissertação), sempre em estrita observância dos seus princípios institutivos, da dignidade humana, da reserva legal e de toda a principiologia que acompanha o devido processo, o que nos força a repisar que o julgador não pode ser mantido no centro de gravidade do

²⁹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 610.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. II*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 408.

²⁹⁴ NEVES, Lucas Cruz. *Execução e principiologia do processo democrático: ação e defesa no cumprimento de sentença*, p. 92.

direito processual, por ser apenas mais um dos sujeitos processuais, compondo a estrutura normativa construtora dos pronunciamentos estatais provenientes da função jurisdicional.

3.6.1 O destaque ao contraditório além do ordenamento jurídico brasileiro

Não é foco deste trabalho fazer pesquisas de direito comparado, no entanto, vemos como contributivas as manifestações de autores estrangeiros sobre a importância do contraditório em ordenamentos jurídicos diferentes. E, por óbvio, não temos qualquer intenção de esgotar tal pesquisa, até porque, com certeza, há um sem número de autores que tratam o tema e que não foram objeto deste trabalho.

Também sendo certo que os autores aqui destacados não partem do mesmo referencial teórico utilizado nesta dissertação para chegarem às suas conclusões, até porque não inseridos no Estado Democrático de Direito definido em nossa Constituição, mas, mesmo assim, suas concepções são passíveis de trazerem aportes teóricos para a presente pesquisa, o que justifica as respectivas menções.

Inicialmente, tratando do procedimento probatório no processo, o uruguaio Eduardo Couture fez questão de destacar a importância do contraditório para a validade da prova e do próprio pronunciamento judicial, ressaltando que

“O contraditório é produzido antes, durante e depois da produção da prova, de acordo com as formas definidas no direito positivo. Sua infração é sancionada em alguns textos legais com a nulidade da prova. Mas, mesmo sem texto expresso, deve ser admitida, em princípio tal conclusão. (...) Mais que uma conclusão unânime, cabem neste caso conclusões particulares inerentes a cada processo. Se nelas o contraditório foi possibilitado, a prova deve ser reputada válida; do contrário, a prova carecerá de valor de convicção. E, mesmo nos casos em que são admitidas comprovações por simples presunções, deve sempre haver possibilidades de fiscalização dos atos praticados pelo magistrado”.²⁹⁵

²⁹⁵ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 254-256. Tradução livre. Texto no original: “el contradictorio se produce, pues, antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo. Su infracción se sanciona en algunos textos legales con nulidad de la prueba. Pero aun sin texto expreso debe admitirse, en principio, esta conclusión. Más que una conclusión unánime, caben en este caso conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción. Y aun en el caso de que se admitan sin más eficacia que la de simples presunciones de hombre, en todo caso las posibilidades de fiscalización deben ser tenidas en cuenta por el magistrado, llamado a actuar en el nuevo juicio.”

O problema das conclusões de Couture é que o contraditório é visto por ele apenas parcialmente, pois trabalhado somente em relação aos fatos, sem demonstrar implicação no direito envolvido, deixando transparecer que só o julgador saberia o direito, por isso se torna uma visão insuficiente, pouco científica diante do desenvolvimento da ciência processual referenciada nesta dissertação. Além disso, é bom repisar que Eduardo Couture não vivenciou o Estado Democrático de Direito, razão pela qual suas observações ficam limitadas pelo contexto histórico-jurídico em que se encontrava submetido.

Para o italiano Nicola Picardi, sustentando seu posicionamento nas lições de Elio Fazzalari, tem de existir nos procedimentos “uma efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, realizada por meio da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicadas entre si”.²⁹⁶ Bem assim, pensando o procedimento sob a ótica do juiz, como sujeito processual, “o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes”.²⁹⁷ Nesta perspectiva atualizada da ciência processual, apresenta-se o contraditório “deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável”.²⁹⁸

Para o português José Lebre de Freitas, o contraditório possui uma noção bem lata de contraditoriedade, sendo mesmo uma garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todos os atos procedimentais havidos na lide, mediante a possibilidade de “influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”.²⁹⁹ Mais à frente, tratando do que ele denomina como *proibição da chamada decisão-surpresa*, o autor expõe que, “no plano das questões de direito, o princípio do contraditório exige que, antes da sentença, às partes seja facultada a discussão efectiva de *todos os fundamentos* de direito em que a decisão se baseie”.³⁰⁰

Também na mesma medida de dar sobressaltada relevância ao contraditório, está o conjunto normativo que rege a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata de processos transnacionais. A esse respeito, assevera Ricardo Monterisi,³⁰¹ quando trata do

²⁹⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

²⁹⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, p. 142.

²⁹⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, p. 143.

²⁹⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 108-109.

³⁰⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, p. 115.

³⁰¹ MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1. ed. La Plata: Platense, 2009, p. 330 e 336-337.

tema *exceções processuais* no procedimento previsto para a investigação de eventuais transgressões a direitos humanos perante aquela Corte internacional, que o respeito ao contraditório tem de ser pleno, por se tratar de um postulado que é da essência de todo o sistema racional acusatório, o que possibilita às contrapartes apresentarem suas alegações escritas sobre as exceções preliminares opostas, no prazo de trinta dias a partir da comunicação, podendo referir-se tanto ao mérito das exceções opostas quanto à sua admissibilidade. Logo após, dando destaque ao tema *oferecimento da prova*, o autor, novamente fazendo alusão ao procedimento da Corte, ressalta que a oportunidade de oferecimento da prova se estabelece com pleno respeito ao contraditório, uma vez que as provas só serão aceitas sob rigoroso controle da parte contrária, objetivando manter intacta a igualdade de armas e o equilíbrio processual.

3.6.2 O contraditório no procedimento executivo

Como já dito no primeiro capítulo, o processo, nos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito, possuía finalidades e resultados bastante diferentes daqueles que são buscados hoje, no Estado Democrático de Direito. No Estado Liberal, o processo era delineado numa perspectiva embasada pela passividade judicial e pelo protagonismo individual de cada uma das partes. Já no Estado Social, vivenciando uma tendência socializadora do Direito, o processo tinha como protagonista o julgador, que tinha a atribuição de equiparar as deficiências de igualdade material, com ênfase em procedimentos marcados pela oralidade.

Pensando especificamente no princípio do contraditório no Estado Social, é certo que “o ativismo judicial neutralizou o papel das partes e o contraditório permaneceu à margem do fenômeno processual, posto que, com o intuito de garantir a igualdade, o juiz realizava uma função eminentemente assistencial”,³⁰² ou seja, a ideia da superioridade da figura do juiz esvaziou o contraditório, pois o magistrado detinha amplos poderes na condução do processo.

Mas, diante do atual paradigma de Estado Democrático de Direito, o contraditório foi revalorizado, apresentando-se mesmo como o componente procedimentalizado

³⁰² SOUSA, Kelen Cristina Fonseca de. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do estado democrático de direito*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009, p. 40.

garantidor de participação na construção da decisão por parte daqueles que serão por ela atingidos.

Certamente, na atualidade democrático-jurídica constitucional, o contraditório deixou de ser apenas a simples manifestação de uma parte para contradizer endoprocessualmente a manifestação contrária e passou a ser uma garantia processual que possui cinco funções importantíssimas, que são: 1) faculdade de dizer e contradizer; 2) oportunidade de se manifestar no prazo estipulado pela lei; 3) possibilidade de participar do discurso em igualdade de condições com os demais sujeitos processuais; 4) influenciar no resultado do provimento final proveniente do órgão estatal; e 5) evitar que as partes sejam surpreendidas por uma decisão sustentada por uma questão de um argumento que não foi objeto de prévio debate (evitação da chamada *decisão surpresa*).

Por isso, inquestionável é a aproximação, pelo sistema constitucional, do contraditório com a necessidade de fundamentação das decisões jurisdicionais, uma vez que os argumentos das partes (as razões de justificação), que discutem as questões controvertidas em contraditório, constituirão as bases racionais da decisão judicial, produzindo um pronunciamento jurisdicional participado, democrático e legitimado.³⁰³

Deslocando essas considerações para o procedimento executivo, torna-se evidente que aqui também o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, não pode olvidar-se dos princípios institutivos (ou regentes) do processo: ampla defesa, contraditório e isonomia, sob pena de nulidade dos atos processuais e conseqüente nulidade da constrição e alienação dos bens do executado. Na execução, tanto por título judicial quanto por título extrajudicial,³⁰⁴ onde já foi previamente acertada a melhor pretensão direito material, existindo o requerimento do exequente de providências executivas, o processo se encaminhará para a realização do direito já acertado ou certificado, o que poderá dar-se por meio de atividade jurisdicional coercitiva. Então, principalmente em razão dessa coercitividade, que incidirá sobre o patrimônio do executado, mostra-se ainda mais impreterível a oportunização aos sujeitos processuais de diálogo anterior à conclusão da atividade jurisdicional.

³⁰³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 132.

³⁰⁴ Essa divisão entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais, de forma geral prevista nos artigos 475-N e 585 do CPC/73, não é sem razão de ser, pelos efeitos jurídicos que resultam de cada uma destas categorias. Os títulos judiciais, nos quais a própria formação pressupõe prévia participação dos interessados na construção do provimento (sentença), ostentam maior probabilidade e segurança jurídicas, pois já passaram pelo crivo do devido processo legal, já os extrajudiciais, advindos de negócios jurídicos realizados de forma particular e extrajudicialmente, apresentam maior sujeição aos vícios negociais, por isso não protegidos pela coisa julgada, motivando a existência de um rol de defesas mais vasto que os anteriores, de acordo com o que se encontra descrito nos artigos 475-L e 745 do CPC/73.

Sérgio Cruz Arenhart, apesar de se pautar por um referencial teórico distinto daquele que dá embasamento ao presente trabalho e demonstrar uma visão do procedimento executivo também não coincidente com a que evidenciamos, igualmente ressaltou que o contraditório não pode ser uma regalia constante tão-somente do procedimento cognitivo, assim se manifestando:

“A ação processual executiva parece ser um agir do Estado para a satisfação do exequente que concomitantemente agirá em juízo. A conduta do Estado-juiz será baseada na lei e o princípio contraditório constitui garantia efetiva de imparcialidade do magistrado. Seria um erro crer que o contraditório constituísse privilégio do processo de cognição”.³⁰⁵

Dessa feita, não podemos mais enxergar a execução como um amontoado de regras que definem direitos, deveres, faculdades e poderes das partes e do juiz em que o exequente estaria no pólo ativo, o executado no pólo passivo e o julgador seria o dirigente e árbitro do duelo de pretensões, pois tal concepção revigoraria a ultrapassada teoria da relação jurídica, uma vez que manteríamos o vínculo jurídico de constrangimento e autoridade (tirania) de um sujeito processual sobre outro, resultando na mitigação de toda a principiologia processual-constitucional.

Logo,

“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 do 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”.³⁰⁶

Além disso, é importante também lembrar que a execução é um procedimento (procedimento executivo) e, como tal, para que exista nele processo, é imprescindível a verificação de seu elemento diferenciador, que é exatamente o contraditório. Portanto, para que haja processo no procedimento executivo, necessário será que os atos emanados do órgão jurisdicional tenham sido fruto de debate discursivo entre os litigantes e o Estado na

³⁰⁵ A defesa do executado pela via recursal. In: NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 984.

³⁰⁶ NEVES, Lucas Cruz. *Execução e principiologia do processo democrático: ação e defesa no cumprimento de sentença*, p. 62.

reconstrução do caso concreto (observância do devido processo), onde houve uma pretensão insatisfeita.

O contraditório, visto como a garantia da obrigatoriedade da informação por parte do órgão jurisdicional e da facultativa participação por parte dos litigantes, também possui função primordial no procedimento executivo. A inobservância do contraditório por parte do órgão estatal causará o impedimento de controle pelos destinatários dos atos executivos praticados pelos órgãos judiciários, chegando mesmo a resultar em vício do procedimento executivo, principalmente se os atos executivos chegarem a impor ao executado uma sujeição capaz de ultrapassar a obrigação constante do título, caso em que estará também configurada mácula ao devido processo legal.

Bem por isso, haverá igualmente ferimento à isonomia, princípio institutivo do processo e que compõe a estrutura do devido processo legal, se o Estado determinar qualquer ato construtivo tão-só pelo requerimento do exequente, sem consulta prévia também ao executado, desequilibrando a relação entre os sujeitos processuais.

Por isto, os atos típicos do procedimento executivo, como nomeação de bens à penhora, avaliação de bens penhorados, substituição de bens penhorados, dispensa ou ampliação de penhora, remoção de bens penhorados e alienação de bens não podem prescindir da participação do executado, sob pena de ferimento às garantias do contraditório e da isonomia e, conseqüentemente, de ofensa ao arcabouço jurídico do devido processo, resultando em inconstitucionalidade.

Tanto é assim que, por força de interpretação da norma contida na própria lei infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 9º, inciso II, de acordo com o que preceitua o artigo 598 do mesmo diploma legal, se o executado for citado por edital, fica o órgão jurisdicional obrigado a nomear curador para defender seus interesses, o que reforça o argumento de que o contraditório não pode ser desprezado em qualquer que seja o procedimento adotado, no que se inclui o executivo.

Ficando claro ainda que a incidência do contraditório não se limita à formação do título executivo judicial (em razão de a obrigação ter sido construída pelas partes no procedimento cognitivo), pois não há impedimento a que exequente e executado tenham construído discursivamente a obrigação constante do título extrajudicial no âmbito extraprocessual, isto é, cada um teve a oportunidade de se manifestar antes da feitura do título a fim de evitar quaisquer imposição de vontades.

E, como o devido processo (que contém o contraditório) não se trata de despicienda formalidade, por ser uma garantia concedida aos litigantes por mandamento

constitucional (artigo 5º, LIV e LV), é indiscutível que o ataque aos bens do executado, em razão da incidência da responsabilidade patrimonial, somente ocorrerá se devidamente observado o devido processo (legal e constitucional) e toda a principiologia dele derivada.

Bem assim não há também como aceitarmos a proposição de contraditório postergado ou diferido, que se consubstanciaria no direito de reação do executado, isto é, o contraditório estaria presente apenas quando o executado opusesse sua defesa. Ora, como já dissemos, é o contraditório uma garantia de influência e não surpresa, implicando em que ele tem de ser observado antes da decisão, a fim de que possa o executado influenciar e participar da construção da decisão judicial e também para que não seja surpreendido por ela, o que deverá igualmente ser percebido na sentença de extinção do procedimento executivo (artigos 794 e 795 do CPC/1973). Além disso, na prescrição constitucional que menciona o princípio em foco, não há qualquer menção a essa potencialidade de observância do contraditório *a posteriori*.

Dessarte, nessa concepção de procedimento executivo como processo, resta evidenciada a norma constitucional que disciplina que ninguém será privado de seu patrimônio sem o devido processo (artigo 5º, LIV), ou seja, é a presença do contraditório condição de validade e eficácia do procedimento, que não pode ser postergado ou diferido, principalmente se o pronunciamento jurisdicional puder resultar na afetação e alienação de bens do executado.

Isso porque a garantia de participação dos afetados pela decisão na sua construção trará sempre mais legitimidade, aceitação e respeitabilidade quanto ao resultado do procedimento, inclusive possibilitando uma maior probabilidade de cumprimento daquilo que proveio do pronunciamento estatal. Neste sentido,

“No Estado Democrático de Direito, a execução deixa de ser apenas procedimento que busca a satisfação do credor, mediante atos executivos, exclusivos, seja dentro do processo de execução ou no processo de conhecimento, para se tornar a materialização legitimadora da decisão jurídica, na qual os interessados participaram em contraditório”.³⁰⁷

Diante dessas percepções, fica claro que o contraditório não pode ser combatido, ainda que no procedimento executivo, pois, para que pudesse haver tal restrição à norma constitucional, seria necessário existir lei impondo algum tipo de limitação ao contraditório na execução, diminuindo a informação e a possibilidade de reação do executado, mas não há. Assim sendo, não havendo essa necessária restrição legal, não podemos inferir

³⁰⁷ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*, p. 641.

qualquer referência a contraditório diferido, eventual, parcial, postergado ou atenuado na execução.

3.7 Reserva legal

Tratar do princípio da reserva legal, ou princípio da legalidade, com vistas ao direito processual, é uma tarefa que exige rever também a questão da fundamentação das decisões jurisdicionais. A fundamentação jurisdicional tem de ser racional, o que implica em afirmar que o juiz não pode desconsiderar o problema de sua autolimitação funcional, diretamente sintonizada com sua legitimação para decidir no controle dos atos dos agentes públicos contrários à efetivação dos direitos fundamentais.³⁰⁸

A reserva legal é princípio constitucional que conforma a racionalidade das decisões jurisdicionais, vinculando-as ao Estado Democrático de Direito. Neste sentido,

“Tais considerações indicam que os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrinjam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional”.³⁰⁹

Neste ponto importante refutar os artigos 4º e 5º da chamada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro,³¹⁰ que possibilitam ao julgador fazer uso de fundamentação metajurídica para decidir o caso concreto (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”). Ora, tais razões de decidir são incompatíveis com a Constituição, pois afrontam a reserva legal e o devido processo (art. 5º, incisos II, LIV e LV da CRFB), inviabilizando a

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6, Porto Alegre: IHJ, p. 163-205, 2008, p. 197.

³⁰⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 118-119.

³¹⁰ Nomenclatura dada pela Lei n. 12.376/2010 à antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

imprescindível discursividade pré-julgamento, pois é a reserva legal que demarca o espaço discursivo do devido processo.³¹¹

De há muito já foi dito que o judiciário, “como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo”,³¹² em conformidade com os procedimentos normativos previamente definidos. Logo, como corolário da ampla defesa, da motivação racional das decisões e da duração razoável dos procedimentos, não é permitido ao magistrado decidir conforme sua consciência, pois estará relegando a segundo plano o princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito³¹³ quando do discurso de aplicação da norma jurídica.

Sendo esse também o entendimento de Andréa Alves de Almeida, para quem costume, equidade, analogia, princípio não legislado e juízos de adequabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderação e reserva do possível “são metajurídicos e não permitem a demarcação da discursividade porque são colhidos no âmbito da subjetividade ou do consenso coletivo”.³¹⁴

Releva destacar que esses mecanismos de interpretação do direito, quando projetados para o sistema jurídico anglo-saxônico, conhecido como *common law*, são aplicados e até estimulados, mas não no sistema jurídico romano-germânico³¹⁵ (*civil law*) no qual estamos inseridos, pois o julgador não tem poder criativo. Nesse sentido, Pedro Braga assevera que,

“Quando se trata de fazer justiça efetivamente, os magistrados podem recorrer ao procedimento a que Norberto Bobbio refere-se como ‘juízos

³¹¹ Com o claro propósito de fazer uma refutação crítica à manutenção do instrumentalismo no Projeto do “novo” CPC, Sérgio Tiveron expõe que, “no marco teórico de Estado de Direito Democrático, não se autoriza mais, por observância ao princípio da reserva legal (CB/88, art. 5º, II), o preenchimento ideológico da lei pelo *intérprete-decisor* ou que analogias sejam subtraídas do ordenamento jurídico a pretexto de uma harmoniosa sistematicidade só apreensível pelo talento do juiz. A chamada lacuna da lei (*aporia*) não é defeito do Direito escrito que se resolva pela habilidade dogmática ou sensibilidade do juiz hauríveis fora do ordenamento jurídico, mas ‘espaço jurídico de liberdade processual isocrítica’ (direito de todos de arguir, debater e impugnar a lei), isso porque a norma só se torna exigível se o seu destinatário também for o seu próprio autor” (A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no Novo CPC: apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*, p. 604-605).

³¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1999, p. 97.

³¹³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 114-115.

³¹⁴ *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*, p. 54.

³¹⁵ O sistema jurídico brasileiro é legicêntrico, ou seja, a lei é a matéria prima do direito, pelo que, é a partir da lei que as construções ou interpretações jurídicas podem ser feitas, e não ao livre alvedrio do intérprete pretensamente privilegiado (o juiz).

de equidade'. Chamam-se 'juízos de equidade' aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. E ainda: 'O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores'. E conclui que tal juízo é 'sempre excepcional'. O juízo de equidade (também chamado de *Direito judiciário*) seria, em definitivo, uma forma de heterointegração, ao lado do costume e da doutrina. Essa maneira de operar o Direito torna-se mais fácil em países onde o sistema seja o da *Common Law*, em que o poder criativo do juiz é mais amplo, derivando esse poder de outras fontes, além da lei escrita, como o costume ou o precedente jurisprudencial".³¹⁶

Feitas essas observações, não há como não tecer considerações crítico-negativas a alguns dispositivos no Projeto do novo Código de Processo Civil, que recentemente foi aprovado na Câmara dos Deputados,³¹⁷ sem qualquer intenção de esgotar o assunto ou mesmo as críticas ao citado Projeto.

Chama atenção no Projeto a permanência de poderes excessivos conferidos ao magistrado, dotando-o ainda de discricionariedade e/ou subjetividade, com dispositivos infensos ou refratários ao Estado Democrático de Direito, que é aquele em que se percebe o inter-relacionamento harmonioso entre o *Estado de Direito* (que possui as seguintes premissas básicas: 1) a lei, como pronunciamento externado da vontade dos cidadãos por intermédio de seus representantes eleitos, tem de ser um ato formal proveniente da função legislativa; 2) a divisão das funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária; 3) um vasto e indelével elenco de direitos e liberdades individuais; e 4) a atuação do Estado, em todas as suas esferas, em estrito acatamento à legalidade, ou seja, a limitação do poder estatal) e o *Estado Constitucional Democrático* (cujas premissas básicas são: 1) a democracia como forma de governo e de Estado e também como fonte originária de legitimação do exercício do poder pelos agentes políticos; 2) o poder do Estado assentado na vontade do povo – “todo poder emana do povo” – assegurando a garantia de que apenas a lei pode delimitar ou demarcar nossa liberdade; e 3) empenho estatal para assegurar aos coautores e destinatários das normas o efetivo exercício dos seus direitos e garantias já positivadas num texto constitucional).³¹⁸

O que implica afirmar que todos os atos jurisdicionais têm de ser justificados em consonância com o ordenamento jurídico em vigor, exatamente em razão da teorização do Estado Constitucional contemporâneo, que possui traços de universalidade, na medida em

³¹⁶ *Crime e Sociedade*. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2008, p. 167.

³¹⁷ Mais uma vez fazendo alusão ao texto final aprovado em março de 2014.

³¹⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 48-65.

que estão inseridos em seu arcabouço todos os direitos fundamentais de que se tem notícia, os quais, por sua vez, estão sustentados no binômio liberdade e igualdade (material).

Acerca desse excesso de poderes conferidos ao magistrado pelo citado Projeto, sobressai a afirmação do Ministro Luiz Fux,³¹⁹ para quem

“O anteprojeto, abandonando a velha postura burocrático-judicial do juiz, o investe dos poderes do magistrado do sistema anglo-saxônico, dotando-o do *imperium iudicii* da vetusta figura do pretor romano, habilitando-o a expedir ordens, medidas mandamentais capazes de assegurar a efetivação da justiça prestada no caso concreto”.³²⁰

Como se denota, o próprio Presidente da Comissão elaboradora do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil admite, de forma expressa, que o “novo” CPC pode estar retornando à época romana, em que os pretores (magistrados) decidiam da forma que melhor lhes aprouvesse, esposando qualquer argumento, mesmo que distante do sistema jurídico. Ora, isso é uma incontestável afronta à Constituição Federal, bastando fazer o raciocínio de que está inserido no elenco dos direitos fundamentais o direito de postular ao Estado a resposta jurisdicional³²¹ pelo processo, que só se legitima pela conformação às normas constitucionais. Com efeito, é conveniente reafirmar que as decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais só serão legitimadas e soberanas se se constituírem em externada manifestação dos reclamos de liberdade e racionalidade dos coautores e destinatários da norma/decisão, o que implica no impedimento de motivação jurisdicional fundada em subjetivismos ou discricionariedades, pois a lei democrática é cláusula de vedação de busca da verdade pelo subjetivismo do aplicador da norma.³²²

Pela interpretação das palavras de Luiz Fux acima transcritas, a intenção é um retorno à época em que a jurisdição atuava sem processo, gerando o monopólio do sentido da lei pela *autoritas*, impossibilitando aos demais intérpretes a fiscalização irrestrita dos atos jurisdicionais. Esse aparente retorno à *actio* romana e sua sobrenaturalidade coloca o

³¹⁹ Designado pelo Senado Federal para presidir a comissão que elaborou o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010).

³²⁰ FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21.

³²¹ A jurisdição é a função estatal de fazer atuar a norma jurídica que disciplina determinada situação jurídica, com a finalidade de realizar o ordenamento jurídico, mediante procedimentos previamente estabelecidos.

³²² VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Estrutura técnica e sistemática do novo Código de Processo Civil (Projeto aprovado no Senado): aspectos positivos e negativos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 201-215, jan./mar. 2013, p. 208.

processo como um direito adjetivo em relação a um direito substantivo que o precede em existência e evidência, gerando um problemático círculo vicioso e negando vigência ao incondicionado direito de ação constitucionalmente assegurado.

Por isso não sendo exagerado reafirmar que a principiologia constitucional do devido processo compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, regendo, axialmente, as estruturas procedimentais de todos os segmentos da Administração (*lato sensu*),³²³ não podendo haver mais livre convicção do magistrado no ato de julgar que escape do ordenamento jurídico em vigor (motivação metajurídica), pois não pode desprezar os argumentos levados para o procedimento pelas partes.³²⁴ Destarte, “a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes”,³²⁵ ou seja, a resposta estatal (jurisdicional) só será válida e eficaz, no paradigma democrático hodiernamente vivenciado, se construída processualmente num espaço jurídico-discursivo condicionado pela estrutura procedimental legitimadora da decisão.³²⁶

Outro ponto também negativo a se apontar e que se enquadra nestas considerações é a indisfarçável intenção de, potencialmente, impedir o jurisdicionado de debater sua pretensão e ver seu direito pronunciado por um órgão jurisdicional. O artigo 333 do Projeto, que inicia o capítulo intitulado “da improcedência liminar do pedido”, autoriza o juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido sem necessidade de citação do réu, desde que se fundamente em matéria exclusivamente de direito que contrariar súmula do STJ ou do STF, que contrariar acórdão prolatado por esses dois tribunais em julgamento de recursos repetitivos, que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, que for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico e que contrariar enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.

Com efeito, talvez com exceção à redação do inciso IV do citado dispositivo, tais previsões no novo Código igualmente afrontam a Constituição (art. 5º, LV), fazendo com que o contraditório seja negligenciado, pelo que, a condicionalidade contida no artigo 10 do mesmo diploma legal deixa de ter razão de ser e não ameniza a inconstitucionalidade

³²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 85.

³²⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado: exame técnico e constitucional. In: ROSSI, Fernando *et alli* (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 562-563.

³²⁵ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 106.

³²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 125.

aqui apontada. Cabendo ser destacado também que, por mais que seja essa a intenção dos legisladores (obstaculização do acesso ao judiciário), enquanto existirem os advogados, sempre será possível à parte discutir qualquer súmula ou decisão que entenda não estar subsumida ao seu caso.

O que se pode aceitar, e como excepcionalidade, é uma cognição restrita em relação ao objeto da causa, como quando é o caso de cautelar antecedente, em que o contraditório deverá restringir-se aos elementos imprescindíveis para a concessão da cautelar, não sendo possível a discussão acerca do mérito da ação principal que virá em seguida, mas nunca a completa extirpação do contraditório para a coconstrução do pronunciamento jurisdicional.

Sob essa perspectiva democrático-constitucional, convém relembrar que os antigos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius* (o juiz conhece o direito e dá-me os fatos que te darei o direito) não mais devem ser aplicados,³²⁷ pois contrariam princípios indelévels almejados pela humanidade e alocados em nossa Constituição (isonomia, reserva legal, fundamentação racional das decisões e, principalmente, o contraditório). É indiscutível, hodiernamente, que a construção das decisões jurisdicionais há de ser fruto de uma cooperação entre partes e juiz, reciprocamente considerando todas as matérias fáticas e jurídicas expostas nos autos,³²⁸⁻³²⁹ não sendo, portanto, uma decisão solitária, subjetiva e autoritária, desdemocratizadora do procedimento, inclusive por afrontar as disposições dos artigos 141 e 502 do próprio Projeto (arts. 128 e 460 do CPC/73).

Do que não destoia o processualista português José Lebre de Freitas, que preleciona que “a decisão judicial deve, no seu conteúdo, respeitar o princípio da legalidade (art. 203 da Constituição da República) e, na sua forma, o princípio da fundamentação (art. 205-1 da Constituição da República)”.³³⁰

Transportando essas considerações para o procedimento executivo, também haveria ressalvas a serem feitas ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, como, por exemplo, nos títulos que tratam “da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação

³²⁷ Nesse sentido, ver LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 13, n. 26, jul./dez. 2010, p. 99-115.

³²⁸ DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando *et alli* (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*, p. 391-392.

³²⁹ Comungando do mesmo entendimento está OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em <www.abdpc.org.br>, acesso em 14.02.2013.

³³⁰ *Introdução ao processo civil*, p. 82.

financeira”, em que, no artigo 870³³¹ do Projeto que chegou à Câmara dos Deputados, estava autorizado o juiz a determinar a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado sem dar-lhe conhecimento prévio da constrição, mas tal redação foi alterada antes do retorno ao Senado Federal (em março de 2014), fazendo constar no texto que tal indisponibilidade financeira se dê somente após sentença, e “da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel”, pois, no artigo 883 do Projeto citado, está previsto que “o juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado”, em inegáveis acintes ao devido processo, portanto, novamente contrariando o arcabouço jurídico-constitucional, pois coloca a atividade jurisdicional em posição de superioridade em relação às partes, pois o juiz colherá do seu saber solitário o que é melhor para todos.

Da forma como previsto no Projeto, os dispositivos autorizam o órgão jurisdicional a mandar que as apreensões sejam realizadas sem prévia consulta a um dos destinatários da decisão (o executado), renunciando ao devido processo, isto é, sem dar aos litigantes a possibilidade de coconstruir o provimento jurisdicional (sem oferta do contraditório) e também sem possibilitar ao executado defender-se adequadamente antes de ter bem seu constrito (sem oferta da ampla defesa), pois, após a penhora formalizada, facultar às partes tais princípios institutivos do processo é o mesmo que mitigá-los, uma vez que já terá havido restrição ao compartilhamento argumentativo da decisão.

Na execução, como em qualquer outro procedimento, os atos têm de ser rigorosamente fundamentados, observando-se, sempre, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da reserva legal, por exigência Constitucional (artigo 5º, II e LV, e artigo 93, IX).³³²

À guisa de conclusão quanto a este segmento, consignamos que o Estado, no exercício da função jurisdicional, quando provocado, tem por dever realizar o ordenamento jurídico, aplicando processualmente, de acordo com o procedimento normativo próprio, as

³³¹ Redação anterior do art. 870: “Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.”

³³² BALEOTTI, Francisco Emílio. Extensão dos poderes do juiz na execução. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 199, p. 134-135, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

normas pertinentes à solução das situações submetidas à sua apreciação, em estrita observância do devido processo e da reserva legal.³³³

³³³ TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A codificação no direito e a temática recursal no Projeto no novo Código de Processo Civil brasileiro, p. 245.

CAPÍTULO IV

RESPOSTAS DO EXECUTADO

4.1 Nota introdutória

O instituto da defesa, ao lado dos institutos do processo e da ação, configuram-se como as principais unidades sistemáticas da ciência processual. Aliás, em verdade, é sobre tais institutos que atuam todos os princípios primordiais do direito processual, definindo preceitos fundamentais dispostos principalmente na Constituição, visando a concretizar e delimitar a atuação dos sujeitos processuais, destacadamente o órgão julgador.

Se pensarmos na isonomia (igual oportunidade, num tempo finito disposto em lei, para as partes se manifestarem), poderemos perceber o equilíbrio entre ação (no sentido de instauração do procedimento pelo requerente) e exceção (defesas possibilitadas pelo requerido). Se pensarmos no contraditório, diante de tudo o que já expomos sobre ele, idem, ou seja, resultará na igualdade de participação no processo e na construção da decisão. Se pensarmos na ampla defesa, chegaremos à mesma conclusão. Bem assim se pensarmos no devido processo legal, isto é, seus efeitos incidem desde o ajuizamento da demanda até o encerramento definitivo da lide, perpassando por todos os atos procedimentais, tanto do autor como do réu. Assim, há, sem dúvida, uma interseção, ou um inter-relacionamento, entre o direito de ação, a ação (como incitação ao Estado para instauração do procedimento), a defesa e o processo, resultando na resposta jurisdicional, tudo submetido à principiologia processual-constitucional que rege a ciência processual.

Por isso, cuidaremos de encerrar este trabalho tratando da defesa do executado, ou, mais especificamente, da possibilidade de insurgência por parte do executado a partir do momento em que iniciado contra ele um procedimento executivo, o que se dará por intermédio das respostas possíveis a serem opostas por ele à obrigação até então dita como inadimplida.

Sendo certo que faremos a exposição dos meios impugnativos à execução que se encontram à disposição do executado sempre tendo em mira o texto constitucional, que possui um arcabouço principiológico muito superior ao do Código de Processo Civil, possibilitando às partes influenciar ativamente no discurso de aplicação das normas.

4.2 Espécies

De acordo com o que prevê o Código de Processo Civil de 1973, existem duas espécies de resposta do executado passíveis de serem manejadas, que são a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos do devedor.

No caso da impugnação ao cumprimento de sentença, deve ser entendida como meio processual próprio para que o executado demonstre sua pretensão contra a execução fundada em título judicial, a partir da apreensão judicial de seus bens, que se sujeitaram à atividade executiva em razão da responsabilidade patrimonial. E, como peça endoprocedimental que é, salvo quando desassistida do efeito suspensivo (artigo 475-M, § 2º, CPC), deve ser entendida como defesa do executado contra a pretensão do exequente, até porque, no modelo constitucional de processo exposto nesta dissertação, não faz sentido a norma exigir que o executado, intencionado a reagir contra a execução já iniciada, tenha novamente de romper a inércia da jurisdição (novo exercício do direito de ação) para fazer valer seus argumentos. Portanto, “a hipótese é, claramente, de *defesa* e não de *ação*. *Reage-se; não se age*”.³³⁴ Além disso, o Código de Processo Civil também trata a impugnação como um incidente processual, e não como uma ação incidental, uma vez que disciplina que a decisão que a resolve é interlocutória, desde que não importe em extinção do próprio procedimento processual executivo (artigo 475-M, § 3º, CPC/73).

Quanto aos fundamentos legais que dão suporte ao processamento da impugnação ao cumprimento de sentença, as hipóteses estão contempladas no rol descrito no artigo 475-L do Código de Processo Civil, sendo importante destacar que, no *caput* do citado dispositivo processual, há o advérbio *somente*, que implica na delimitação das matérias que poderão ser deduzidas na impugnação, ficando o impugnante adstrito às hipóteses ali previstas.

Outro ponto a se dar nota quanto à impugnação é que o quadro hipotético previsto no artigo 475-L é mais sucinto que o quadro hipotético previsto no artigo 745, que trata dos embargos à execução. Sendo tal aparente descompasso plenamente justificável, pois a impugnação é defesa do executado nos casos de execução fundada em título judicial, em que a formação do próprio título executivo pressupõe prévia, regular e constitucionalizada participação dos interessados na construção do provimento (sentença), razão pela qual não pode o executado reacender discussões já debatidas e encerradas no procedimento

³³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3: tutela jurisdicional executiva*, p. 539.

cognitivo, entendido como a fase procedimental de acerto do direito, cabendo à fase executiva consequente a realização do direito já devidamente acertado.

Quanto aos embargos do devedor (artigos 736 a 740, CPC), podemos considerá-los como gênero, do qual são espécies os embargos à execução contra a Fazenda Pública (artigos 741 a 743, CPC), os embargos à execução (artigos 744, 745 e 747, CPC) e os embargos contra a adjudicação, a alienação e a arrematação (artigo 746, CPC), também chamados de embargos de segunda fase. Isto, é claro, excluindo-se o caso da execução por quantia certa contra o devedor insolvente e também da existência típica na Lei n. 6.830/1980 dos embargos em face da execução fiscal, que demandariam tratamento próprio e, portanto, não serão aqui tratados.

Os embargos à execução (ou embargos do executado) podem ser entendidos como o meio processual próprio para que o executado demonstre sua pretensão contra execução fundada em título extrajudicial, a partir da juntada do mandado citatório aos autos (artigo 738, CPC). Os processualistas tradicionais sempre consideraram os embargos à execução como *ação* cognitiva autônoma e incidental oposta à pretensão executiva manifestada no chamado processo de execução (ou, melhor dizendo, no procedimento executivo),³³⁵ objetivando desconstituir a obrigação constante do título executivo ou até a declaração judicial de sua nulidade ou inexistência, justificando tal posicionamento pelo fato de que na execução seriam apenas praticados atos instrumentais que procurariam conferir ao credor a satisfação do seu direito, não cabendo a análise de fatos para o acerto do conflito de pretensões, em razão de uma suposta incompatibilidade de convivência dos atos executivos com os atos cognitivos. Motivações essas, inclusive, que justificariam, para aqueles ainda vinculados à ideia de execução como procedimento meramente jurissatisfativo (em acatamento à literalidade da redação do artigo 612 do CPC/73), o deslocamento das garantias do contraditório e da ampla defesa para outro compartimento procedimental, que seria autônomo em relação ao procedimento originário (com cognição e sentença próprias), e sendo tal procedimento incidental à execução porque se qualificaria

³³⁵ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 1.081; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. II*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 411; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 746-748; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas, SP: Bookseller, 2003, p. 296; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, vol. 2*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 466; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 612; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil, vol. 2*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 155; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. II*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 408; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 631.

como uma causa prejudicial, pela possibilidade de colocar fim à demanda executiva, caso a pretensão do executado seja acolhida.

Porém, como já dizia Enrico Tullio Liebman, não há como dissociar totalmente cognição e execução, uma vez que provêm de um mesmo tronco principal (o direito processual), por isso sempre haverá conexão entre os procedimentos e sempre haverá percepção cognitiva por parte dos sujeitos processuais, enfaticamente pelo órgão jurisdicional, na construção coparticipada das decisões.³³⁶

Nessa perspectiva, podemos dizer que os embargos do devedor não são apenas uma resistência à execução (como se dá com a contestação no procedimento cognitivo), uma vez que o embargante assume verdadeira posição ativa na defesa de seus interesses, exercitando mesmo seu direito de ação e vislumbrando a possibilidade de uma resposta do Estado que desconstitua a obrigação definida no título que instrumentalizou a execução ou que declare sua nulidade.³³⁷

Ratificando tal entendimento, já foi afirmado que, diante do ajuizamento dos embargos, o que se espera é um regular “acertamento acerca do direito contraditado, assumindo, por isso, o caráter de pretensão resistida – lide”.³³⁸ E esse é até um raciocínio lógico, uma vez que entre os embargos do devedor e a execução que lhes antecedeu há estreita relação, apesar de serem processados em autos apartados, pois o resultado dos embargos refletirá diretamente no desfecho da execução manejada.

Bem por isso não há como não abonarmos a abalizada manifestação de Cassio Scarpinella Bueno, para quem os embargos trazem uma concepção de defesa (tema fundamental do processo civil, como já destacado acima), não sendo mais possível sustentar, de forma inesclarecida, que os embargos seriam uma ação, dando início a um novo e diverso processo, pois se trata do direito de ação que já foi exercitado pelo exequente e que está sendo continuado pelo executado, haja vista que este está apenas

³³⁶ *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*, p. 293-294.

³³⁷ Releva explicar que a nulidade processual não se confunde com a nulidade do direito civil, pois nulidade é sanção, pelo que, não há como conceber que a nulidade seja inerente ao vício, como se dele decorresse automaticamente, uma vez que a nulidade passa a existir no mundo jurídico a partir de sua declaração judicial. Portanto, “não *existe* processo nulo antes da aplicação da nulidade, ou seja, antes do pronunciamento judicial que extingue os efeitos dos atos que compõem o procedimento” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 12).

³³⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial – lei n. 11.382/2006. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciano Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*, p. 35.

exercitando em juízo sua defesa. Portanto, “trata-se, justamente por força deste seu objetivo principal, de *defesa* do executado em face do exequente. Não *ação*”.³³⁹

Então, como já existe procedimento instaurado, e sendo os embargos meio técnico de reação do executado contra a execução fundada em título extrajudicial, não há como desconsiderarmos serem os embargos verdadeiro meio de defesa exercido pelo executado, viabilizando ao órgão jurisdicional o conhecimento de questões que poderão obstaculizar o reconhecimento da pretensão executiva manifestada pelo exequente.

De qualquer forma, sob o ponto de vista da principiologia constitucional, não importa serem os embargos ação autônoma ou defesa, pois o que realmente deve ser prestigiado é a oportunização ao executado de discutir e questionar a formação, a regularidade ou a continuidade do procedimento executivo (tanto no plano processual quanto no plano material), inclusive pela força do argumento de que, na execução, não são apenas praticados atos instrumentais objetivando a satisfação da pretensão do exequente.

Nesse sentido, há outra possibilidade endoprocedimental, não prevista na legislação, mas aceita e muito utilizada no direito processual pátrio, que é a chamada exceção de pré-executividade.

Apesar de poder ser considerado um excesso semântico, há uma distinção entre objeção de executividade e exceção de executividade, pois, para quem faz tal diferenciação, a *objeção* cuidaria de matérias de ordem pública (norma cogente), como a falta das chamadas condições da ação ou dos pressupostos processuais, e a *exceção*, por sua vez, seria utilizada quando houvesse discussão de questões na esfera privada, como quando houve pagamento, novação, compensação, prescrição e transação.

Mas o importante mesmo para o direito processual constitucionalizado é que a exceção de (pré)executividade é um incidente endoprocedimental que representa um meio de reação do executado contra a pretensão executiva do exequente, independentemente de segurança do juízo, tendo cabimento quando o executado pretender discutir qualquer matéria ligada à admissibilidade ou continuidade da própria execução, mas não se coadunando com eventual dilação probatória, por exigir a verificação de plano do direito manifestado pelo executado.³⁴⁰ Até mesmo porque “a nulidade da execução não se

³³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3: tutela jurisdicional executiva*, p. 571-572.

³⁴⁰ Nesse sentido, ver STJ, REsp n. 794.698-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 15.02.2007, publicação DJ de 22.03.2007, p. 292.

convalida, ainda que deferida. Nesse caso, a qualquer momento, antes de sua extinção, o juiz poderá reconhecer a nulidade e declará-la”.³⁴¹

A exceção de pré-executividade representa manifesta vantagem para o executado, pois, diante da principiologia constitucional, não pode “ser encarada como expediente pernicioso ou maligno. Ao contrário, presta-se admiravelmente para impedir o prosseguimento de execuções inúteis”,³⁴² possibilitando ao órgão jurisdicional evitar dano injustificável ao executado, bem como possibilitando que a resposta do Estado seja a mais acertada possível.

Se não bastasse, há ainda a oportunidade de manejo da exceção quando o executado perdeu o prazo para opor os embargos, uma vez que não se pode concordar com a sujeição patrimonial (atos de penhora) se a execução não tiver real viabilidade, além daquilo que já manifestamos diversas vezes neste texto, isto é, não pode haver exclusão da apreciação do órgão judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito. Neste panorama, seria um contrassenso exigir, por exemplo, que o executado fosse submetido a algum ato executivo de sujeição patrimonial para poder afirmar que aquele ato não poderia ter sido praticado. Portanto, comungamos da opinião de que “qualquer execução pode ser questionada por meio de exceção de pré-executividade, seja fundada em título extrajudicial ou em sentença”.³⁴³

Por fim quanto à exceção de pré-executividade, vemos como importante explicar sua atual aplicabilidade, mesmo após a edição das leis 11.232/2005 e 11.382/2006, por existirem entendimentos no sentido de que, depois que os embargos deixaram de ter natureza suspensiva como regra, a exceção de pré-executividade não se faz mais necessária, ou, pelo menos, teve reduzido significativamente seu campo de atuação,³⁴⁴ opinião com a qual não comungamos. É indiscutível que a exceção amplia a possibilidade de discussão processual, trazendo maior possibilidade de verificação do contraditório e da ampla defesa, e, além disso, é óbvio que ao executado interessa discutir o pretense crédito antes que ocorra efetivamente qualquer constrição em seu patrimônio, uma vez que a oportunidade de oferecimento da impugnação pressupõe a existência da penhora (art. 475-J, § 1º, CPC/73), no caso da execução fundada em título judicial. Assim, entendemos como possível o manejo da exceção nos casos em que o executado pretenda se defender alegando

³⁴¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, vol. 2: execução e processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

³⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1070.

³⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 471.

³⁴⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, p. 611.

defesa material (prescrição ou decadência, por exemplo), sendo, no nosso entender, insustentável que necessite aguardar a constrição de seu patrimônio para se insurgir contra os atos executivos.

Bem assim, no que concerne à execução por título extrajudicial, apesar de o legislador ter abolido a obrigatoriedade da garantia do juízo para o oferecimento dos embargos, de acordo com o artigo 739-A, § 6º, do CPC/73, a execução, com a sujeição patrimonial, terá prosseguimento contra o executado mesmo que tenha oposto embargos e ainda que o juiz tenha concedido o efeito suspensivo previsto no art. 739-A, § 1º, do mesmo diploma legal, subsistindo, portanto, o interesse do executado de impedir a realização dos atos constitutivos por meio de exceção de pré-executividade, o que lhe possibilita demonstrar possuir relevantes fundamentos para arrefecer a pretensão executiva do exequente.³⁴⁵

4.2.1 Insuficiência dos meios impugnativos previstos no Código de Processo Civil

Sendo apenas dois os meios procedimentais colocados à disposição do executado para defender-se, demonstra a legislação processual uma deficiência do direito de defesa no procedimento executivo, principalmente levando-se em consideração a multiplicidade de relações vividas atualmente na sociedade pós-moderna.

Em outras palavras, tratando-se das chamadas execuções sincréticas (execução como fase continuativa da cognição), a forma tecnicamente prevista para a defesa do executado é a impugnação ao cumprimento da sentença, que instaura um procedimento cognitivo anexo ao procedimento executivo já instaurado, conforme previsto no artigo 475-J, e seguintes, do CPC. Quanto à ação de execução propriamente dita, direcionada às execuções fundadas em título extrajudicial, prevê o Código que a defesa do executado se dará mediante embargos (art. 736, e seguintes, CPC). E em qualquer dos dois procedimentos será possível a utilização dos chamados embargos de segunda fase (previstos no art. 746, CPC).

Mas tais previsões legais podem apresentar-se insuficientes, porque o mais importante para o direito processual constitucionalizado é a construção coparticipada das decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais, e, se o executado não tiver ampla

³⁴⁵ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional, p. 105.

possibilidade de se insurgir contra a pretensão executiva manifestada pelo exequente, este arcabouço processual resultará combalido.

Por isso, não obstante existirem tais meios descritos na legislação procedimental, não pode haver impedimento a que o executado lance mão de meios de oposição à execução avulsos e/ou não previstos expressamente no Código de Processo Civil, uma vez que a Constituição não impõe limites técnico-procedimentais ao direito de ação e obriga a concretização do devido processo para a licitude da privação de bens do executado (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB). Sendo importante reiterar que entendemos como direito de ação o direito incondicionado das pessoas de participar do (estar no) devido processo. E somente participará do procedimento quem tem amplo acesso a ele, não sendo possível ao legislador infraconstitucional enfraquecer um direito fundamental.³⁴⁶

Aliás, é em razão dessa deficiência defensiva no procedimento executivo que o direito brasileiro já incorporou a viabilidade da chamada exceção de pré-executividade, explicitada anteriormente.

Nesse conduto de ideias, é importantíssimo não perdermos de mira o fato de que a Constituição assegura que nenhuma ameaça ou lesão a direito será subtraída da apreciação do judiciário, o que implica em dizer que não será a ausência de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento da sentença que irá afastar a possibilidade de defesa do executado, principalmente por conta de uma preclusão ocorrida no procedimento executivo (ausência do meio tipificado na legislação).

Ora, o direito de amplo e irrestrito acesso ao judiciário reclama que se assegure tal garantia em condições de plena fruição, não sendo concebível sua morte num prazo de 15 (quinze) dias ditado por lei infraconstitucional em razão de uma limitação endoprocedimental, que é a preclusão (art. 183, CPC/73). Até porque a preclusão opera efeitos meramente endoprocedimentais, não possuindo o condão de impedir que o executado busque outros meios para demonstrar a irregularidade da execução.

Mais ainda, se nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do judiciário, qualquer potencial lesão ao direito do executado na execução também não poderá ser desprezada, principalmente pelo fato de que na execução não ocorre o acerto cognitivo de direitos, não incidindo contra o executado, então, a barreira da coisa julgada.

³⁴⁶ “Numa Sociedade Aberta (sociedade democrática em que há uma discursividade reconstrutiva incessante das normas), não há que se falar na existência de leis sem que sobre elas paire uma incontinua interpretação (e revisitação) principiológica-constitucional. A norma infraconstitucional não existe por si só, devendo ser incessantemente joeirada, via discurso processual, pelas normas constitucionais” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*, p. 212).

Por assim ser, limitar os meios de oposição disponibilizados ao executado seria no mínimo vedar a validade do texto constitucional e um contrassenso, uma vez que estaríamos dando à preclusão uma força maior até que a da coisa julgada, que, a rigor, pode mesmo ser rescindida (ou relativizada).

Em conclusão, na realidade constitucional brasileira hodierna, o executado pode se opor ao procedimento executivo por qualquer forma lícita existente no ordenamento, seja pelos meios típicos previstos no Código de Processo Civil ou até por intermédio das chamadas defesas autônomas (ou heterotópicas), o que será tratado ulteriormente nesta dissertação.

4.2.2 Outorga constitucional para a utilização das defesas atípicas (heterotópicas)

Como já suscitado no item anterior, não é permitido ao órgão jurisdicional, ao legislador, ou qualquer outro agente estatal, obstar a que o executado procure contrastar a execução por outro meio que não a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos de devedor, o que poderá se efetivar por via de uma ação prejudicial autônoma (cognominada de defesa heterotópica), desde que a pretensão do interessado ainda não tenha sido atingida pela prescrição.

Em consequência, o cabimento de defesa heterotópica se concretiza em nível de preceitos e garantias constitucionais, em função do direito de ação e do irrestrito direito de amplo acesso ao judiciário, como retratado no artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, da Constituição Federal.

Dessarte, por todas essas razões, podemos concluir que não pode haver impedimento a que o executado, caso não tenha conseguido embargar a execução a tempo e modo, possa deduzir sua defesa em demanda autônoma, que deverá ser distribuída por dependência à execução. A propósito, a melhor solução será, interpretando a normatividade constante do Código de Processo Civil de forma sistemática, supletiva e extensiva (por força dos artigos 272, parágrafo único, e 598), a suspensão da execução até a decisão final da demanda movida pelo executado, inclusive com a reunião dos feitos, por conexão, a fim de serem evitadas decisões contraditórias acerca das mesmas pretensões em debate.

Quanto às defesas heterotópicas, ou mesmo ao que entendemos por heterotopia, limitando a enunciação às manifestações contidas neste estudo, expomos que significa a

possibilidade de utilização de normas que possuem origens distintas daquelas que são comuns a determinado compartimento procedimental, a determinado sistema jurídico-procedimental. Assim, como estamos tratando neste tópico de defesas do executado, iremos dissertar sobre a viabilidade de serem opostos meios defensivos que possuem origens distintas do Código de Processo Civil, que limita a atuação do executado.

Essa possibilidade de utilização desses procedimentos autônomos (ações autônomas), que terão incidência direta ou indireta sobre o procedimento executivo originário (execução por título judicial ou execução por título extrajudicial), possui a finalidade de evitar a ocorrência de danos às partes, principalmente ao executado, ou a frustração da efetividade e validade do processo. Em outras palavras, a aceitação das defesas heterotópicas é a concretização da busca pela melhor e mais segura estrutura discursiva procedimentalizada para a construção coparticipada dos pronunciamentos jurisdicionais exarados nos procedimentos executivos.

A normatividade constante do próprio Código de Processo Civil (1973), mesmo que implicitamente, parece reconhecer a possibilidade de oposição de defesa heterotópica, uma vez que, no artigo 585, § 1º, está previsto que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”, ou seja, se fala em qualquer ação relativa ao débito, fica nítido que o sistema procedimental não repele totalmente a possibilidade de oposição à execução por meios impugnativos não dispostos expressamente no Código.

No mesmo raciocínio, se o ajuizamento de qualquer demanda pelo devedor da obrigação executiva não poderá inibir o possuidor do título de promover a execução, certamente o ajuizamento da ação executiva não poderá impedir o (a partir de então) executado de exercer o direito constitucional de ação intentando a declaração de nulidade do título, de inexigibilidade ou inexistência da obrigação, ou qualquer outra pretensão que possa ser deduzida, seja em embargos, seja por outra via procedimental aceita pelo ordenamento jurídico, desde que possa apresentar seus argumentos em juízo.

Tornando-se tais fundamentos ainda mais pertinentes e hodiernos quando vemos que há juristas, ainda na atualidade democrático-constitucional, que querem fazer *tabula rasa* do direito constitucional de ação, como ocorreu quando da elaboração do Projeto originário do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), em que, no seu artigo 839, § 2º, constava o seguinte enunciado: “a ausência de embargos obsta à propositura de ação autônoma do devedor contra o credor para discutir o crédito”, em manifesta desconsideração a todo o arcabouço principiológico vinculado ao Estado Democrático de

Direito. Ora, por tudo o que já foi exposto nesta dissertação, não pode haver, em hipótese alguma, qualquer limitação ao direito de ação, principalmente se o interessado não teve oportunidade de ver sua pretensão submetida à apreciação do judiciário, que é o caso em destaque.

Como já dito, enquanto não prescrita a pretensão da parte interessada, não pode a lei privá-la do direito fundamental de acesso à jurisdição.³⁴⁷ Inclusive, fazendo-se uma interpretação sistemática do próprio Projeto original (PLS 166/2010), é possível identificar contradições internas, uma vez que, no seu artigo 1º, estava prescrito que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição”, bem como que, no artigo 710, parágrafo primeiro, o Projeto, repetindo o texto normativo constante do artigo 585, § 1º, do CPC/73, destacava que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”. Sendo que tal possibilidade foi mantida no Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014, conforme redação atualizada do artigo 800, parágrafo primeiro, o que resulta no silogismo de que o futuro Código de Processo Civil também admitirá a possibilidade de o executado defender-se pela via das ações heterotópicas, pois a ausência de embargos ou impugnação não pode dar ensejo à supressão de um direito fundamental.

Mas, felizmente, com as várias discussões havidas a respeito do novo Código de Processo Civil desde a publicação do citado Projeto originário, essa aberração antidemocrática foi retirada, já não constando mesmo do texto final aprovado, aludido várias vezes nesta dissertação, essa vedação à propositura de ação autônoma por parte do executado.

Dessa forma, já que a Constituição Federal não impõe óbices ao direito de ação e não restringe a possibilidade de o executado opor-se à execução tão só pelos meios impugnativos previstos no Código de Processo Civil, bem como que o próprio Código acena com tal possibilidade, é interessante tratarmos por fim nesta dissertação das defesas heterotópicas (ações autônomas)³⁴⁸ propriamente ditas, o que faremos logo abaixo, mesmo

³⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal (PLS 166/2010). In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*, p. 282.

³⁴⁸ Nas ações autônomas (defesas heterotópicas), é possível até que o executado obtenha do judiciário uma resposta declarando nulo o processo. Aroldo Plínio Gonçalves destaca nesse sentido que “a causa da nulidade do processo pode ainda ser dada pela inexistência de um ato considerado essencial na formação do procedimento regular. Deve ser lembrado que o ato inexistente, aquele não realizado, ou aquele realizado sem os requisitos mínimos de sua configuração legal, não poderia ser alcançado pela nulidade, pois não se

que sem qualquer intenção de esgotarmos todas as possibilidades de oposição à execução, até porque não é possível prevermos todas as situações e circunstâncias que envolverão os casos concretos advindos da intersubjetividade.

As defesas heterotópicas devem ser tratadas como eficientes meios autônomos de impugnação das decisões judiciais, pois suas variantes de aplicabilidade são abundantes e profícuas, gerando constantes reavaliações de posições doutrinárias e jurisprudenciais retrógradas e não consentâneas a um Estado onde o processo é constitucionalizado. Sobretudo porque, repise-se, não pode haver impedimento a que a parte lance mão de meios de oposição à execução avulsos ou não previstos expressamente no Código de Procedimentos, uma vez que a Constituição, que é repositório normativo hierarquicamente superior, não prescreve a atividade técnico-procedimental para que o interessado tenha acesso ao direito de ação, mas sim submete a licitude da privação de bens dos litigantes à efetivação do devido processo (artigo 5º, incisos XXXV e LIV).

Também releva destacar que há uma distinção técnico-procedimental em relação aos tipos de defesas heterotópicas. Quanto ao momento de oposição da defesa, elas podem ser antecedentes, quando ajuizadas anteriormente ao início do procedimento executivo, ou incidentais, quando propostas pelo executado depois do início da execução. Quanto ao efeito imediato das defesas sobre a execução, podem elas ter efeito inibitório, quando visam a impedir a realização de atos executivos que possam causar prejuízos ao executado (uma decisão liminar em mandado de segurança diante de uma execução fiscal, por exemplo), ou suspensivo, quando o executado pede ao juízo da execução, por meio de uma ação autônoma, a suspensão do procedimento executivo. Quanto ao objeto da defesa, podem elas ser formais, quando atacam diretamente aspectos ou requisitos do título executivo ou buscam desfazer algum ato da execução (como é o caso da exceção de pré-executividade), ou causais, quando a defesa se sustenta na inexistência de causa que dê suporte à continuidade dos atos executivos ou da própria execução (como é o caso da ação declaratória de inexistência de relação jurídica).

Ressalvando-se, ainda, que essa distinção criteriológica não implica que alguma ou algumas das defesas heterotópicas não possam apresentar-se sob mais de um critério, ou um mesmo tipo de defesa pode, em determinado caso, mostrar-se enquadrada em determinado critério e, em outro caso, em critério distinto.

anula o que não existiu. Mas o ato inexistente, se, logicamente, não pode atrair a nulidade sobre si, pode, indubitavelmente, provocar a declaração de nulidade do processo” (*Nulidades do processo*, p. 17).

4.3 A ação rescisória

Como já dito, as defesas heterotópicas podem ter por finalidade combater a execução ou a pretensão ali exercida (ação impugnativa autônoma) e também podem ter por fundamento outras utilidades ou vantagens processuais, tendo como consequência de seu processamento a inviabilidade jurídica da execução, que é exatamente o que ocorre com a ação rescisória.

Além de inúmeros outros casos que podem emergir das relações intersubjetivas, basta-nos pensar nas hipóteses em que o executado promove ação rescisória contra uma sentença que está sendo executada e que é contrária a uma outra, já transitada em julgado e não rescindida, na qual restou declarada a inexigibilidade do título, ou seja, estando aquela sentença exequenda em confronto com a coisa julgada (art. 485, IV, CPC), ou até no caso de rescisória promovida em face de sentença condenatória que serviu de título executivo contra o executado, sob o fundamento de que há documento novo que comprova a quitação da obrigação (art. 485, VII, CPC), caso em que a rescisória poderá ter por finalidade tanto a anulação do título executivo quanto o reconhecimento da insubsistência da dívida.

É possível também pensarmos na hipótese de a rescisória procurar desconstituir sentença prolatada no procedimento dos embargos à execução, produzindo efeitos reflexos na execução em curso, possuindo, então, nítido caráter prejudicial à execução.

Além disso, chamamos a atenção para o fato de que, em razão dos procedimentos serem inconciliáveis, não será possível a reunião (apensamento) dos autos processuais (execução e rescisória), até porque uma tramitará no primeiro grau de jurisdição e a outra no segundo, via de regra, razão pela qual nos parece possível, mediante requerimento fundamentado do executado e autor da rescisória, que o tribunal conceda a suspensão do procedimento executivo até decisão final da ação rescisória. Até porque a ação rescisória poderá constituir-se em causa prejudicial extintiva da execução, momento em que a defesa heterotópica irradiou seus efeitos para o procedimento executivo, evitando a realização de atos executivos que pudessem dar ensejo à responsabilidade patrimonial.

Assim, como visto, o manejo da ação rescisória pode trazer diversos benefícios ao executado, pois, mesmo sabendo que o ajuizamento da rescisória não impedirá o cumprimento da sentença rescindenda (artigo 489, 1ª parte, CPC), é possível que o executado consiga a suspensão do processamento da execução, a título de requerimento de decisão liminar formulado na petição inicial da própria rescisória (art. 489, 2ª parte, CPC),

demonstrando, portanto, real utilidade para o executado em utilizar a ação autônoma ora comentada.

4.4 A ação anulatória

É óbvio que, pensando no ordenamento jurídico constitucional, não opostos os embargos à execução, ou sendo estes liminarmente rejeitados, possível será a propositura de demanda cognitiva autônoma pelo executado para questionar o objeto da execução, até porque, como ainda não houve pronunciamento judicial definitivo acerca das pretensões das partes, não pode o executado ser privado do direito constitucional de levar ao judiciário o conhecimento de sua pretensão.

Sendo exatamente esse o entendimento a consubstanciar a propositura da ação anulatória com fundamento no artigo 486 do Código de Processo Civil, em que o executado intentará a anulação de atos praticados pelas partes em juízo que independem de sentença (como declarações unilaterais de vontade) ou reclamam sentença meramente homologatória.³⁴⁹

A pretensão anulatória visa à desconstituição de ato das partes praticado no processo, seguido ou não de homologação. Não se destina a atacar ato praticado pelo órgão jurisdicional, pois este é insuscetível de desconstituição por esta via, por não se subordinar ao regime civilístico de invalidação dos atos (uma vez que a ação anulatória presta-se a atacar vícios que maculam o ato praticado previstos no âmbito do direito material, como os vícios de vontade, por exemplo). O objeto da ação anulatória não é uma sentença, mas um ato da parte, posteriormente homologado por sentença.

No que tange aos atos que não dependem de sentença, não pode haver dúvida de que não podem ser objeto de ação rescisória (que exige decisão judicial final), e a simples circunstância de estarem inseridos no processo não exclui a possibilidade de serem anulados por via autônoma. Portanto, a ação anulatória pode atacar atos meramente homologados por sentença judicial ou simplesmente atos praticados no processo que não necessitaram ser homologados por sentença.

³⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 449.

Quanto ao cabimento da ação anulatória relativamente às sentenças que homologam o que foi entabulado pelas partes, sem fazer qualquer juízo de mérito, fica claro não ser possível o seu ataque pela via da ação rescisória, por exigir decisão de mérito como pressuposto para seu ajuizamento. Portanto, a ação anulatória deve ser considerada a via correta para a desconstituição de transação homologada judicialmente, porquanto a simples homologação da transação extingue o litígio sem análise do mérito das pretensões deduzidas em juízo, mesmo diante da redação literal dos artigos 269, inciso III, e 485, inciso VIII, ambos do Código de Processo Civil. Não havendo contradição nessas concepções, posto que descabe o ajuizamento de ação rescisória para dissolver sentenças homologatórias que apenas autenticaram a vontade das partes, sem avaliação de fundo, remanescendo, para tais casos, a possibilidade do manejo da ação anulatória.

Para identificar o cabimento de uma ou outra, não se cogita sobre o tipo de procedimento, mas sim sobre a ocorrência, ou não, do exame do mérito. Assim, havendo apenas simples homologação da vontade das partes, que se limite a avaliar a regularidade formal da avença, o caso comportará ação anulatória. Ademais, a aceitação do manejo de ação anulatória no mesmo juízo da homologação só vem a tornar o judiciário mais acessível e a resposta jurisdicional mais efetiva para quem pleiteia anulação de transação por vício do chamado direito material, uma vez que, via de regra, tais ações exigem dilação probatória, o que é mais afeto ao primeiro grau de jurisdição.

Sendo também útil às nossas considerações, a previsão constante do artigo 352 do Código de Processo Civil, que autoriza expressamente o ajuizamento de ação anulatória quando a confissão for emanada pelo confitente eivada de algum vício do consentimento.

Quanto à utilização da ação anulatória de forma proveitosa para o executado, é possível fazermos a identificação de dois casos hipotéticos, sendo, o primeiro, quando a ação anulatória atacar ato viciado ocorrido no procedimento que gerou a sentença homologatória exequenda, ou, num segundo caso, quando o objeto da ação anulatória for a desconstituição de algum ato realizado no próprio procedimento executivo que foi apenas homologado pelo juízo, como a arrematação ou a adjudicação, por exemplo.

Aliás, se identificado um vício ensejador de anulação de algum ato no procedimento executivo depois de esgotados os prazos para eventuais recursos ou para a oposição de embargos ou impugnação ao cumprimento da sentença, em razão da incidência da preclusão, somente restará ao executado a possibilidade de desconstituir aquele ato viciado por meio da ação anulatória, a qual resultará ainda na viabilidade de interrupção dos atos executivos que estavam vinculados ao ato que se pretende anulação.

E, tal como dissemos com relação à ação rescisória, na anulatória é também possível, e até aconselhável, que seja concedida ao executado a suspensão da execução, o que pode se efetivar por meio de requerimento de antecipação de tutela contido na petição inicial da ação anulatória ou até por meio de requerimento contido em ação cautelar própria, demonstrando, mais uma vez, a utilidade para o executado em fazer uso das ações atípicas para deduzir suas pretensões em juízo e evitar uma injustificada incidência da responsabilidade patrimonial.

4.5 A ação declaratória de inexistência de relação jurídica

A ação declaratória de inexistência de relação jurídica se fundamenta no artigo 4º do Código de Processo Civil e é imprescritível.

A pretensão contida na ação declaratória em pauta é o reconhecimento, por sentença, da inexistência da obrigação contida no título executivo (judicial ou extrajudicial), o que resultará, por consequência lógica, na extinção do procedimento executivo, em caso de procedência, pois não haverá mais interesse de agir por parte do exequente.

As situações hipotéticas em que vislumbramos a utilidade desta ação declaratória de forma proveitosa ao executado são três. A primeira é quando verificada a ausência de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento da sentença (neste caso, quando declarada a revelia no procedimento cognitivo), a segunda é quando os embargos ou a impugnação foram rejeitados liminarmente pelo órgão jurisdicional, e a terceira é quando o objeto da ação declaratória for distinto do objeto dos embargos ou da impugnação, ou seja, no procedimento impugnativo típico à execução não constou a pretensão de reconhecimento da inexistência da relação jurídica que ensejou a execução.

Tal como nos itens anteriores, a prejudicialidade ocasionada pela ação declaratória ora versada impõe que se suspenda o procedimento executivo até que a demanda proposta pelo executado tenha sido definitivamente decidida, desde que apresente relevantes fundamentos e demonstre que o prosseguimento da execução poderá ocasionar-lhe dano de difícil reparação.

4.6 A ação declaratória de falsidade de documento

Esta é mais uma modalidade de ação declaratória autônoma que tem razão de ser diante da norma contida no artigo 4º do Código de Processo Civil, buscando a confirmação judicial de inautenticidade do título que sustenta o procedimento executivo.

É de rigor ressaltar que o reconhecimento judicial da falsidade documental pode se dar de três formas: pelo ajuizamento da ação declaratória autônoma ora em análise, pelo incidente de falsidade previsto no artigo 390 do Código ou no procedimento próprio da ação rescisória, como previsto no artigo 485, inciso VI, do mesmo diploma legal.

Sendo também importante definir o que seja o documento, que pode ser entendido como “uma representação material destinada a reproduzir, com idoneidade, uma certa manifestação do pensamento”.³⁵⁰ Bem assim, a falsidade “é revelada em tudo o que se faz ou se afirma, contrariando, no todo ou em parte, a verdade dos fatos ou das coisas”.³⁵¹ Portanto, a falsidade documental é a circunstância de não ter sido o documento produzido por aquele a quem se atribui a sua autoria. O que implica dizer que, na ação declaratória de falsidade documental, a pretensão da declaração da falsidade se circunscreve à materialidade do documento, não se estendendo à pretensão de reconhecimento de falsidade da declaração de vontade por vício do consentimento (simulação, por exemplo).

A pretensão de declaração da falsidade documental interessa ao executado na medida em que pode recair sobre o título executivo extrajudicial, mesmo que se reconheça a existência da obrigação representada no título, desde que não seja mais possível a oposição de embargos à execução ou no caso de não ter sido tal matéria suscitada naquele meio impugnativo típico.

Aliás, se o objeto dos embargos à execução versar unicamente a questão da falsidade do título executivo, com fundamento nos artigos 390 a 395, conforme autorização expressa contida no artigo 745, inciso V, todos do Código de Processo Civil, terá nítido caráter de demanda declaratória, no que se aproximará, inegavelmente, da ação declaratória em pauta. O que reforça a percepção de que, se o reconhecimento da falsidade do título executivo não foi arguida nos embargos à execução, é plenamente aceitável que seja suscitado por meio de ação declaratória autônoma, com fundamento nas disposições do artigo 4ª, inciso II, do Código de Processo Civil.

³⁵⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, s/d, p. 118.

³⁵¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, vol. I, p. 266.

E, com relação à suspensão da execução, aplicam-se os mesmos argumentos expostos nos itens anteriores.

4.7 A ação de prestação de contas

A ação de prestação de contas, prevista nos artigos 914 a 919 do Código de Processo Civil, pode também se tornar uma demanda prejudicial à execução, o que justifica sua aposição como uma defesa heterotópica à disposição do executado, no caso de execução por título extrajudicial ou em caso de declaração da revelia, por ausência de defesa, no procedimento cognitivo, segundo pensamos.

Em citada demanda, é possível que se intente a apuração da existência ou não de saldo credor a favor de uma das partes, sendo que a procedência da segunda fase da ação de exigir contas caracteriza-se como condenação a pagar o saldo credor apurado (artigo 918, CPC/73), ou seja, tal condenação apresenta-se como uma obrigação de pagar formalizada num título executivo judicial.³⁵²

Assim, transportando tais dimensionamentos para o procedimento executivo, se ainda não iniciado, é possível de ser confirmada ou negada judicialmente, na prestação de contas, a existência do futuro crédito a ser apontado pelo exequente. Tal procedimento poderá ter como resultado, depois de realizadas as operações de crédito e débito, a inexistência de saldo positivo a favor daquele que, na demanda executiva, comparecerá como exequente, ou, mesmo que se confirme a sua posição de credor, que o valor que realmente lhe compete é menor do que aquele apresentado no título executivo. Sendo que, em ambos os casos, a ação de prestação de contas poderá apresentar-se como um resguardo para o patrimônio daquele que comparecerá como executado no procedimento executivo.

Assim, a ação de prestação de contas, precedente à execução, pode ter por finalidade indireta demonstrar que o título executivo de posse do suposto credor é total ou parcialmente inexecutível, fazendo com que o procedimento executivo sofra, pelo menos, uma potencial limitação em relação ao crédito apurado ao final da prestação de contas.

É claro que a ação de prestação de contas não possui o condão de, tão só pelo ajuizamento, retirar os atributos de liquidez e certeza do título executivo, mas poderá causar, com a sua conclusão, uma minoração daquilo que poderá verdadeiramente ser

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, II, p. 1553-1554.

exigido do executado, o que novamente faz incidir o raciocínio da necessidade de suspensão do procedimento executivo até o trânsito em julgado da prestação de contas.³⁵³

Portanto, não sendo ainda possível a oposição de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento da sentença, a fim de demonstrar que o valor constante do título que será levado à execução não condiz com a realidade da relação jurídica que envolve exequente e executado, e em razão de tudo o que já dissemos acerca da incondicionalidade do direito de ação, apresenta-se a ação de prestação de contas como mais uma possibilidade procedimental apta a que o executado se oponha ao procedimento executivo, só que aqui de forma antecipada, livrando-se ou reduzindo o montante obrigacional, acobertando seu patrimônio da sujeição patrimonial.

4.8 O mandado de segurança

O principal traço distintivo desta defesa heterotópica prevista no texto constitucional em relação às anteriormente tratadas situa-se no campo da instrução probatória, porque aqui a possibilidade de produzir provas é bem mais objetiva, uma vez que o mandado de segurança não comporta dilação probatória, havendo mesmo necessidade de existirem provas pré-constituídas quando de sua impetração.

Inicialmente, cumpre observar que, para nós, o mandado de segurança é uma garantia constitucional, de cunho eminentemente processual, que tem como objetivo a correção de atos abusivos emanados por agente público (ou de emanção iminente), que só pode ser condicionada ou limitada pelos próprios pressupostos expressos no texto constitucional (artigo 5º, inciso LXIX).

Por isso, releva fazer uma interpretação dos incisos II e III, do artigo 5º, da lei n. 12.016/2009, diante do processo constitucionalizado apregoado pelo Estado Democrático de Direito e exaustivamente defendido neste estudo, pois vedam a impetração do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba a interposição de recurso ao qual pode ser atribuído o efeito suspensivo e de decisão judicial já transitada em julgado. Ora, com relação à decisão que ainda pode ser contrastada por recurso passível de receber efeito suspensivo, é bom que se diga que tal efeito não é, via de regra, concedido de forma automática, pois susceptível de indeferimento o pedido de suspensão dos efeitos da decisão

³⁵³ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*, p. 214.

se o órgão jurisdicional não se sentir suficientemente convencido da necessidade da suspensão. E, com relação à decisão já transitada em julgado, somente conseguimos assentir com a vedação legal se o impetrante, quando do procedimento cognitivo, participou legitimamente da construção da decisão jurisdicional, de acordo com a principiologia institutiva do devido processo constitucionalizado, do contrário não. Desta forma, se a decisão judicial que se pretende atacar não foi contrastada por qualquer recurso previsto no Código de Processo Civil, se ao recurso eventualmente interposto não foi atribuído o efeito suspensivo ou se a parte interessada não pôde impugnar os argumentos da parte contrária e a decisão judicial a tempo e modo, entendemos ser plenamente possível o ataque à decisão pela ação heterotópica ora comentada, salvo quando não comprovado que o ato judicial foi praticado com ilegalidade ou abuso de poder.³⁵⁴

Feitas essas considerações, vislumbramos duas hipóteses de impetração do mandado de segurança com irradiação de efeitos no procedimento executivo de natureza fiscal, uma antes da instauração da execução e outra após. A hipótese de impetração antes da instauração da execução fiscal (dimensionada pela lei n. 6.830/1980) ocorre quando praticado ato lesivo ao cidadão (que seria futuramente executado), lançando o ente público ilegal ou abusivamente a dívida fiscal, quando o mandado de segurança se constituirá como “meio idôneo para impedir ou barrar uma execução fiscal, caracterizando-se como uma ação antiexacional imprópria”,³⁵⁵ caso em que poderá o interessado até mesmo impedir a prática de qualquer ato na execução fiscal, quando em discussão a inexigibilidade do crédito tributário. Quanto à hipótese de impetração depois de instaurada a execução fiscal, basta pensar no caso de ter sido emitida a certidão de dívida ativa, que está sendo executada sem a necessária cientificação prévia do sujeito passivo da obrigação tributária (o executado), que apenas toma conhecimento da irregularidade quando de sua citação, caso em que, embora exista a previsão de oposição de embargos na própria lei de regência, poderá também optar pela impetração do mandado de segurança, sendo flagrante a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação e desde que não esteja ainda garantida a execução, uma vez que a lei de regência impõe, para a admissibilidade dos embargos, a formalização de garantia (artigo 16, § 1º, da Lei n. 6.830/1980).

³⁵⁴ Só não haverá interesse jurídico na impetração “quando o recurso sistematicamente cabível tiver condições de tutelar *eficaz e prontamente* o direito do recorrente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*, p. 480).

³⁵⁵ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*, p. 221.

Porém, além desses dois casos hipotéticos, específicos da execução fiscal, desponta ainda a hipótese da impetração quando praticado ato judicial com ilegalidade ou abuso de poder, o que irradia sua probabilidade para qualquer procedimento executivo, bastando que o executado comprove que o ato judicial pode lhe causar danos irreparáveis ou de difícil reparação. Assim é, por exemplo, quando o executado estiver na iminência de ser privado de seus bens sem ter sido observado o devido processo legal, e não dispondo mais de outro meio de defesa previsto na legislação procedimental.

4.9 Os embargos de terceiro

É pacífico que somente o patrimônio do executado é que se sujeita à execução (artigo 591 do Código de Processo Civil), no entanto, em alguns casos excepcionais, o patrimônio de terceiros não participantes da lide será alcançado (artigo 592 do mesmo código). Por isso, haverá casos concretos em que os atos executivos ultrapassarão os limites da responsabilidade patrimonial que estaria circunscrita à obrigação ajuizada, atingindo bens de terceiros ou do próprio executado, que ficarão prejudicados pelo esbulho judicial, casos em que será passível de oposição os embargos de terceiro.

No que se refere ao terceiro propriamente dito (não participante da lide), considerar-se-á legitimado “quem, cumulativamente: a) não estiver indicado no título executivo; b) não se sujeitar aos efeitos do título; e c) não integrar (ainda que ilegitimamente) a relação processual executiva”,³⁵⁶ por não ter tomado assento na relação jurídico-processual e por não poder suportar prejuízos se não lhe foram previamente resguardadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 472 do Código de Processo Civil).

Como é indubitável que o embargante não se transforma em parte do procedimento executivo pelo simples fato de ter oposto seus embargos de terceiro, concluímos que estes embargos representam um meio posto à disposição de quem não figura nos autos para desembaraçar bens seus irregularmente envolvidos no processo. Assim, apresenta-se como uma reação do terceiro com a pretensão de trazer controvérsia acerca do domínio ou da posse sobre um bem apreendido judicialmente.³⁵⁷

³⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1.199.

³⁵⁷ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional, p. 108.

Mas, além da hipótese de terceiro estranho à lide opor os embargos ora tratados, pela redação literal da lei, seria possível também que o próprio executado assim procedesse, uma vez que o permissivo legal contido na norma do artigo 1.046, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, equipara o executado ao terceiro embargante. Tal situação poderia se apresentar, por exemplo, quando alguns bens do executado que estariam imunes aos atos constitutivos da execução fossem penhorados,³⁵⁸ e desde que não houvesse mais tempo hábil para o executado ofertar seus embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento da sentença.

Mas, de nossa parte, divergimos daqueles que consideram o texto legal na literalidade, pois não é possível transformar o executado, que figura no título executivo e na execução, em terceiro, pelas razões neste segmento expostas. Aliás, como dito por Cândido Rangel Dinamarco, as hipóteses que poderiam ser suscitadas como exemplos de incidência do referenciado dispositivo legal (artigo 1.046, § 2º, CPC/73), acomodam-se melhormente na impugnação ao cumprimento da sentença ou nos embargos do executado, e não nos embargos de terceiro.³⁵⁹

Por fim, diante dessas considerações, não é possível considerarmos os embargos de terceiro propriamente como uma defesa heterotópica posta à disposição do executado, que não se transforma em terceiro se já constante do procedimento executivo ou sujeito a seus efeitos.

³⁵⁸ Neste caso, então, existiriam três formas de o executado se opor à penhora: por meio de embargos à penhora (em continuidade aos embargos à execução), por meio da exceção de pré-executividade ou por meio dos embargos de terceiro. Portanto, a escolha caberia ao executado.

³⁵⁹ *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*, p. 871.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois da institucionalização da democracia constitucionalizada, o modelo teórico do Estado Democrático tornou-se base interpretativa, inferindo-se que a legislação infraconstitucional necessita de releitura constitucional constante, com mais ênfase ainda o nosso Código de Processo Civil, editado ainda sob o contexto do Estado Social de Direito, possuindo um discurso retrógrado diante da nova ordem constitucional iniciada em 1988.

No Estado em que o Direito é Democrático, jurisdição e procedimentalização são atividades regidas pela Teoria do Processo, que se orienta pelos inafastáveis princípios processuais mencionados neste estudo, num espaço procedimental formalizado, o que garante a estabilização dos argumentos expostos pelos sujeitos processuais, sem prejuízo da necessária fiscalização dos atos emanados pelos representantes do Estado.

Em razão disso é que o sistema procedimental codificado não pode ser visto como um bloco fechado, sem possibilidade de discussão (aberta e incessante), principalmente pelo fato de que os cidadãos levam suas desavenças e inseguranças jurídicas para que sejam conhecidas e debatidas no judiciário, que tem a responsabilidade de julgar de acordo com a racionalidade jurídico-constitucional, uma vez que a única fonte de legitimação do exercício do poder é o próprio povo.

O processo, como instituição colocada à disposição de todos (cidadãos e Estado), é sustentado por uma base principiológica que atua no sentido de tornar eficazes e vivenciáveis os direitos e garantias fundamentais preconizadas pelo ordenamento jurídico. Por isso é tão importante a realização da normatividade, que se apresenta como o mais alto grau de manifestação da soberania popular.

O direito processual dos dias atuais deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo procedimental sem macular as garantias fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, para que as decisões emanadas dos agentes estatais sejam legitimadas, principalmente de quem é investido da jurisdição, é preciso que aqueles que são o componente humano do Estado (o povo) se vejam como coautores e, ao mesmo tempo, destinatários da decisão, o que nos força a reafirmar que as respostas dos órgãos jurisdicionais não podem mais ser construídas de forma solitária, como se o juiz fosse um ser de inteligência superior capaz de absorver no convívio social todos os anseios daqueles que buscam um resguardo estatal em razão de não terem conseguido resolver amistosamente seus conflitos de interesses.

Mas, para além disso, é imprescindível também que as decisões estatais obedeçam à principiologia processual-constitucional, donde se destacam os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, que se traduzem como a condição de ideal de fala no discurso processual, haja vista que são fruto da escolha político-constitucional do povo. Inclusive, a respeito do contraditório, é importante destacar que a superestimação do contraditório apresentada neste estudo é proposital, uma vez que poucos são os autores que consideram que tal princípio tem de ser verificado também no procedimento executivo, afinal, as decisões exaradas no procedimento executivo (inclusive a que o extingue), para conterem índole de legitimidade, necessitam de ter sido construídas por todos os sujeitos processuais, ou melhor, sem contraditório não processo. Sendo que tais argumentos podem ser estendidos a qualquer procedimento, seja ele cognitivo, cautelar ou executivo.

É a matriz principiológica do devido processo que regula a jurisdição e confere validade às decisões jurisdicionais, garantindo a imparcialidade (isonomia) do Estado no caso concreto, sobretudo quando estamos falando de atos executivos, em que o direito patrimonial do executado poderá ser cerceado.

Necessário também se faz afastarmos o feitiço de secundariedade imputado pelos autores processualistas ao procedimento executivo, a fim de que mereça a devida atenção, pelas simples razões de existir também processo na execução (inclusive cognição e mérito) e por sua importância, afinal, o ataque estatal ao patrimônio do litigante acontece em razão da existência das normas procedimentais executivas.

É claro que não há como discordarmos de que a eficiência de um sistema processual pode ser constatada pela versatilidade e utilidade de seus procedimentos executivos, porém, em contrapartida, não há como aceitarmos que tais atributos sejam verificados em detrimento da principiologia do devido processo.

A lide de pretensão insatisfeita (a execução) é instaurada no sentido de invocar a atividade jurisdicional executiva pelo exercício do direito de ação (direito à execução como direito constitucional de ação), que pode se dar pela instauração direta do procedimento executivo (execução por título extrajudicial), por meio do ajuizamento da ação de execução, ou em decorrência de procedimento cognitivo anterior (execução por título judicial), por meio do requerimento de cumprimento da sentença. E, em qualquer dos dois, deverá ser observado o devido processo, ensejando um direito de oposição análogo àquele permitido no procedimento cognitivo.

Por todos esses fundamentos, bem como diante de tudo o que foi expandido nesta dissertação, não hesitamos em afirmar que ao executado têm de ser dadas todas as oportunidades à sua disposição existentes no ordenamento jurídico para discutir, pela via do processo constitucionalizado, todos os direitos que entender potencialmente maculados (ou na iminência de o ser), com o mais amplo arcabouço jurídico possível, o que importa na impossibilidade de ser cerceado por técnicas procedimentais descritas no Código de Procedimentos, pois editado numa realidade distanciada do atual modelo de Estado Democrático de Direito, que preconiza como princípio fundamental a vinculação do próprio Estado (e da jurisdição, por consequência) a tal maquete democrática.

Por derradeiro, sempre mirando o paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito, rememoramos, sucintamente, alguns pontos destacados ao longo do trabalho:

1. O objeto principal da pesquisa foi o tratamento do procedimento executivo num viés constitucionalizado, tendo em vista que a maior parte dos pesquisadores do direito processual civil concentram suas pesquisas no procedimento cognitivo, o que resulta na manutenção das tradicionais concepções que enxergam o procedimento executivo como uma mera fase jurissatisfativa, colocando a jurisdição e o exequente no centro da atividade processual executiva e a principiologia processual-constitucional na periferia, normalmente fazendo uso primeiro das disposições do Código de Processo Civil para, residualmente, fazerem uso das normas constitucionais.

2. A intercomunicação entre Constituição e Processo fomentou o acesso incondicionado ao judiciário, fazendo com que o processo se tornasse uma garantia de construção de um espaço discursivo-procedimentalizado de oferta aos destinatários do pronunciamento estatal proveniente de um debate dialógico, resultando numa decisão compartilhada.

3. O processo constitucionalizado, que é regido pela estrutura do devido processo, rejeita qualquer imposição de vontade por parte do agente público, pois o destinatário da decisão tem de reconhecer sua identidade no texto coproduzido.

4. É o processo constitucional que assegura a previsibilidade decisória do discurso de produção e aplicação das normas jurídicas, garantindo a implementação dos direitos fundamentais.

5. O direito de ação é um direito ao procedimento processualizado, e não direito a um resultado esperado por qualquer dos litigantes, ou seja, é um direito ao meio (instauração do procedimento) e não um direito ao fim (resultado prático favorável).

6. Os procedimentos executivos reclamam a observância da mesma principiologia processual-constitucional presente nos procedimentos cognitivos, desde que respeitadas as distinções procedimentais de cada, por isso, a atuação jurisdicional na execução não pode ser enxergada apenas como homologadora da vontade do exequente.

7. O exercício do direito à execução inaugura também um espaço procedimental dialógico apto à formação de um discurso de construção do pronunciamento estatal.

8. A dignidade da pessoa humana possui nítida ligação com o direito processual, pois os princípios visam a garantir uma vivência digna a todos os membros da sociedade.

9. O devido processo legal é a estrutura normativa que possibilita que a resposta jurisdicional seja considerada legitimada.

10. A reserva legal, no o Estado Democrático de Direito, impõe a sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, o que é cláusula constitucional de vedação de decisão metajurídica, pois a lei democrática inibe a busca da verdade pelo subjetivismo do aplicador da norma.

11. O contraditório, nos procedimentos executivos, não pode ser postergado ou diferido, uma vez que ele faz parte da estrutura normativa do devido processo constitucionalizado, ou seja, sua negação ou a postergação ocasionará o impedimento de controle dos atos executivos por parte daqueles que são seus destinatários, assim, qualquer decisão judicial, na cognição ou na execução, só terá legitimidade se houver sido construída de forma coparticipada entre todos os sujeitos processuais.

12. O procedimento executivo é procedimento normativo, sendo que, para que seja considerado processual, é indispensável a verificação do elemento diferenciador, que é exatamente o contraditório, portanto, o resultado do procedimento executivo somente poderá ser considerado processualizado se as decisões tiverem sido fruto do debate dialógico entre exequente, executado e Estado.

13. Ao executado é disponibilizado todo o arcabouço jurídico para que possa debater, pelo processo constitucionalizado, sua oposição à pretensão executiva manifestada pelo exequente.

14. A aceitação de oposição à execução por meio de defesas autônomas e atípicas é a concretização da busca pela melhor e mais segura estrutura discursiva procedimentalizada para a construção coparticipada dos pronunciamentos jurisdicionais exarados nos procedimentos executivos

O que nos faz concluir que não pode haver óbices ao amplo exercício do direito constitucional de ação também nos procedimentos executivos, resultando na aceitação de oposição pelo executado à execução pela via das defesas heterotópicas, além daqueles meios de defesa contidos expressamente no Código de Processo Civil.

6 BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: CRV, 2012.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. A defesa do executado pela via recursal. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. – São Paulo: RT, 2001, p. 982-1005.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2008.

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

ARAÚJO, Luciano Vianna. O cumprimento da sentença no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 349-366.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALEOTTI, Francisco Emílio. Extensão dos poderes do juiz na execução. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 199, p. 134-135, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 118, 1º e 2º sem. 1999, p. 89-154.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Orgs.). *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 101, n. 380, jan./fev. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, jul./ago. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 56, p. 13-25, jul./set. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Revista Eletrônica Virtuajus*. Belo Horizonte: ano 2, número 1, agosto de 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional, p. 227-238. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 6, 2008, p. 131-148.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *A troca impossível*. Tradução Cristina Lacerda e Teresa Dias Carneiro da Cunha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução Francisco Carlos de Paula Xavier. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Tradução Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRAGA, Pedro. *Crime e Sociedade*. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 2008.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Presidência da República, Brasília, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973).

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Fraude no Processo Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 9, 2003.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e constituição*. São Paulo: RT, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 13, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 8, n. 15, p. 230-240, Belo Horizonte, 1º sem./2005.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Exame preliminar do projeto de novo código de processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAES, José Luis Bolzan de. (Coords.) *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado: exame técnico e constitucional. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 551-566.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos da nova execução, vol. 4*. São Paulo: RT, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais, vol 5*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva, vol 3*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LNZ, 2005.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. II*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos, fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil e procedimentos executivos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

CARPI, Federico. Alcune osservazioni sulla riforma dell'esecuzione per espropriazione forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LX, n. 1, Giuffrè Editore 2006, p. 215-224.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

CARVALHO, José Maurício de. *Ética*. São João del-Rei: UFSJ, 2010.

CARVALHO, José Maurício (Org.). *Poder e moralidade: o totalitarismo e outras experiências antiliberais na modernidade*. São Paulo: Annablume; São João Del Rei: UFSJ, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, ns. 5 e 6, 1º e 2º sem./2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma construção no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 6, 2008, p. 347-366.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; AMORIM MACHADO, Felipe Daniel (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* [Istituzioni di Diritto Processuale Civile]. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas por Enrico Tullio Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Fabrício Veiga. O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 13, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma), reimpressão inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, ano XXVII, abril/maio/junho 2009.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. *In: ROSSI, Fernando et al. (Coords.). O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 367-405.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV: Execução*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomos I e II*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o contraditório. *In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, direito e processo*. – Curitiba: Juruá, 2007.

DURELLO, Laura. L'audizione delle parti e degli interessati: attuazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXV, n. 3, Giuffrè Editore 2011, p. 863-883.

DWORKIN, R. M. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. M. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual* [Istituzioni di diritto processuale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso de processo de execução*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latino-América*. México: Unam, 1974.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. Le novità della riforma matéria di esecuzione forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXIV, n. 1, Giuffrè Editore 2010, p. 197-212.

FREITAS, José Lebre de. *O processo civil na Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FREITAS, José Lebre de. Os paradigmas da ação executiva na Europa. *Revista de Processo*, vol. 201, p. 129-145, São Paulo: Ed. RT, 2011.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXIII, n. 2, Giuffrè Editore 2009, p. 745-762.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. I: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de processo civil, vol. 1: teoria geral e processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção da relação entre as concepções de Estado e processo. *In: Processo e jurisdição [recurso eletrônico on-line] / organização: CONPEDI/UFF; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Aires José Rover. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 105-127.*

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOLM, Serge-Cristophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis. *Revista do Curso de Direito*. Belo Horizonte: Unicentro Isabela Hendrix, v. 2, 2º sem. 2003, p. 14-19.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 4, 2006, p. 353-410.

LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, 2007, p. 235-272.

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

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 533-547.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o *devir* processual democrático. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 581-594.

LEMOS, Jonathan Iovane de. O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação. *Revista de Processo*, vol. 200, p. 125-157, São Paulo: Ed. RT 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIGERO, Gilberto Notário. Desafios e avanços do processo de execução no Projeto de Código de Processo Civil (PLS 166/10). In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 209-226.

LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP Ed., 2009.

LIMA, Newton de Oliveira. *Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Edunb, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 141-156.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O Novo CPC e a leitura tardia de Liebman: a possibilidade jurídica como matéria de mérito. In: ROSSI, Fernando et al. (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-142.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. *JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 47-65, jul./dez. 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do Processo Constitucional na América. In: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Coords.). *Direito processual civil latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013, p. 15-37.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Giambattista Vico, a retórica e a tópica jurídica: reflexões sobre a ciência jurídica moderna e contemporânea. In: VILELA, Alexandra et al. (Orgs.). *Temas contemporâneos de direito: Brasil e Portugal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013, p. 99-120.

MALFATTI, Selvino Antônio. Moralidade e política no totalitarismo. In: CARVALHO, José Maurício (Org.). *Poder e moralidade: o totalitarismo e outras experiências antiliberais na modernidade*. São Paulo: Annablume; São João Del Rei: UFSJ, 2012, p. 15-35.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, vol. 3: Execução*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARSHALL, James. *Espadas e Símbolos*. Tradução José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, vol. 2*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, vol. 1*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1. ed. La Plata: Platense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, vol. 2: obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCOSI, Alessandro. Note sulla stabilità della distribuzione della somma ricavata in sede di espropriazione forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXV, n. 2, Giuffrè Editore 2011, p. 533-557.

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, vol. 4*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *A Constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Tradução Antônio Carlos Braga. 2. ed. São Paulo: Escala, s/d.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Propostas para um novo Código de Processo Civil: defesa do executado. *Revista de Processo*, vol. 186, p. 229-240, São Paulo: Ed. RT 2010.

NEVES, Lucas Cruz. *Execução e principiologia do processo democrático: ação e defesa no cumprimento de sentença*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos (UFMG)*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 41-82, São Paulo: Ed. RT, 2011.

NUNES, Rizzatto. *Manual da Monografia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Existe uma teoria geral do processo?. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5, p. 145-174, Porto Alegre: IHJ, 2007.

PASSOS DA SILVEIRA, Jacqueline. Direitos humanos e patriotismo constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 51, p. 153-173, jul.-dez. 2007.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, vol. 91, ano 23, p. 203-212, São Paulo: Ed. RT, jul./set. 1998.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PIRES, Jorge Antônio Cheim. Breves considerações acerca da nova execução provisória da sentença no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 169, p. 212-249, São Paulo: Ed. RT, 2009.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Edusp, 1987, v. 2.

POPPER, Karl R. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *O processo político no Brasil: estado e classes sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

ROSSI, Fernando; Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALEMME, Andrea Antonio. L'impiego dell'informatica nelle esecuzioni immobiliari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXIV, n. 4, Giuffrè Editore 2010, p. 1333-1351.

SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, vol. 5, n. 14, p. 244-268, jan./mar. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Adriano Lúcio dos. Do acesso e da administração da justiça. *In*: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Execução civil: estudos em homenagem do Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, vol. 2: execução e processo cautelar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6, Porto Alegre: IHJ, p. 163-205, 2008.

SAVIGNY, Friedrich karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2003, v. 3.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Repensando a cidadania no Brasil. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 13-28.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, vol. 2*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 4, 2006, p. 323-352.

SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Coords.). *Direito processual civil latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- SOUSA, Kelen Cristina Fonseca de. *O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do estado democrático de direito*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.
- SOUZA, Márcia Angela de. Os princípios constitucionais processuais da isonomia, igualdade e paridade de armas – por uma aplicação adequada no processo penal e na execução penal. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 255-279.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAES, José Luis Bolzan de. (Coords.) *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*. Tradução Beatriz Sidou. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.
- TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXIII, n. 1, Giuffrè Editore 2009, p. 63-92.
- TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, vol. 103, ano 26, p. 156-174, São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2001.
- TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006, p. 215-225.
- TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A codificação no direito e a temática recursal no Projeto no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Coords.). *Reforma do processo civil – perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Leud, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal (PL nº 166/10). In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 247-285.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro, o cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais: visão do Código atual e do Projeto 8.046/2010 da Câmara dos Deputados. *Revista de Processo*, vol. 201, p. 13-44, São Paulo: Ed. RT, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 2.

THIBAU, Vinícius Lott. O direito à prova no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito – considerações sobre a procedimentalidade brasileira. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no Novo CPC: apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 595-616.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 1, n. 1, p. 90-107, Belo Horizonte, 1º sem./1998.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A condenação civil e o cumprimento da sentença. *In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 271-292.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A singularidade interruptiva da prescrição civil. *In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 219-243.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 15, n. 30, p. 84-118, jul./dez. 2012.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Liberdade de consciência: a autodeterminação como corolário da dignidade da pessoa humana. *In: BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles (Orgs.). Direitos humanos: um debate contemporâneo*. Raleigh, Carolina do Norte (EUA): Lulu Publishing, 2012, p. 399-424.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Estrutura técnica e sistemática do novo Código de Processo Civil (Projeto aprovado no Senado): aspectos positivos e negativos. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 201-215, jan./mar. 2013.

XIMENES ROCHA, Fernando Luiz; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil: curso completo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 3*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In: COHN, Gabriel (org.). Max Weber – Sociologia*. 7. ed., 6ª impressão. São Paulo: Ática, 2004.