



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**UMA VISÃO NEOPROCESSUAL DA  
EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL  
CIVIL**

**por**

**MARCOS VINÍCIUS MANSO LOPES GOMES**

**ORIENTADOR: RONALDO CRAMER**

**2009.1**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **UMA VISÃO NEOPROCESSUAL DA EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**por**

**MARCOS VINICIUS MANSO LOPES GOMES**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica  
do Rio de Janeiro (PUC-  
Rio) para a obtenção do  
Título de Bacharel em  
Direito.

Orientador:      Ronaldo  
Cramer

**2009.1**

## DEDICATÓRIA

Esse é um momento especial da minha vida. A elaboração do presente trabalho não foi realizada somente por mim. Certamente, amigos, professores, familiares e Deus guiaram minha caneta na feitura desse trabalho de final de curso, que foi elaborado com extrema dedicação e amor. É justamente para essas pessoas que quero dedicar essa monografia.

Amigos: Quando entramos na faculdade, nos sentimos um pouco perdidos diante de uma nova realidade. Mas, certamente, aos poucos nos identificamos com algumas pessoas, formamos vínculos afetivos e ganhamos a confiança daqueles que nos acompanharam durante a nossa trajetória de cinco anos pelo curso de Direito. Sua importância é crucial tanto nos momentos mais felizes quanto nos momentos mais tormentosos, eis que são eles que nos estendem os braços para que possamos nos apoiar e seguir a nossa caminhada.

Professores: De fato, o bom professor possui seu valor. Não só como profundos conhecedores do Direito, mas também como amigos, nossos professores além de nos transmitir com maestria os conteúdos jurídicos, nos dão conselhos cruciais para o mercado de trabalho e para os Tribunais da vida. Em especial, ao Dr. Ronaldo Cramer, meu orientador, que chegou a abdicar de seu descanso para ministrar aulas aos seus alunos em curso de férias, e ao Dr. Marcos Juruena Villela Souto, ex-chefe, jurista e amigo que não só me ensinou o “ser” do Direito, mas também o “dever-ser” da vida.

Família: Sem dúvida, a família é o pilar de sustentação de toda nossa caminhada. Nosso porto-seguro nos permite caminharmos firmes em busca dos nossos sonhos. Somos a semente mais pura que nossos pais plantaram. Não podemos duvidar que, o impossível, seria o mínimo que eles fariam para nos dar um futuro digno. Agradeço a Deus por poder debater assuntos jurídicos no café da manhã, no almoço e no jantar com meu irmão, Alan

Gomes, minha mãe, Yone Manso e meu pai, Afonso Gomes, todos seguidores do ramo jurídico e conscientes de suas funções sociais.

Deus: Tudo que vem dele é bom. Até mesmo quando por um momento não pareça. A cada obstáculo superado, outros aparecerão. Por isso, procuro sempre construir pontes para novas pontes. A força que tenho para alcançar meus objetivos não vem do lado ou de trás, mas sim de cima. Então, com fé, erguemos as nossas cabeças aos céus para que as trevas caiam atrás de nós, pois, assim, conseguiremos tudo aquilo que desejamos na vida profissional.

## RESUMO

A presente monografia pretende elaborar uma nova análise da execução no Direito Processual Civil, atualmente inserida em um cenário marcado por mudanças e incertezas. Analisa as principais interpretações e técnicas processuais à luz do neoconstitucionalismo, relacionando-as com pertinência e adequação a teoria dos direitos fundamentais e à nova concepção de jurisdição. Busca-se, então, uma ética procedimental coerente e segura, não mais distanciada da realidade e da Constituição, para que se tenha uma perspectiva neoprocessual da execução no Direito Processual Civil.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo – Positivismo – Direitos Fundamentais – Devido Processo Legal – Jurisdição – Execução – Efetividade – Neoprocessualismo.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO GERAL:	
É tempo de mudanças.....	07
CAPÍTULO I:	
Neoconstitucionalismo: a superação do positivismo e a nova interpretação constitucional.....	09
CAPÍTULO II:	
A importância dos direitos fundamentais no processo.....	15
CAPÍTULO III:	
O devido processo legal como um direito fundamental.....	20
CAPÍTULO IV:	
Uma perspectiva neoconstitucional da jurisdição.....	24
CAPÍTULO V:	
Uma visão neoprocessual da execução civil.....	29
5.1 Novo conceito de execução.....	29
5.2 Efetividade e execução.....	31
5.3 O objetivo das últimas reformas processuais.....	35
5.4 Uma execução neoprocessual: execução equilibrada.....	39
5.5 O maior cuidado a ser observado.....	42
CONCLUSÃO:	
Neoprocessualismo.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

## INTRODUÇÃO GERAL: É TEMPO DE MUDANÇAS

Estamos em constante mudança. Em especial, nos últimos 50 anos, entramos em um impressionante processo de transformação social. O ritmo de vida aumentou drasticamente. Com o advento da ciência, as mudanças foram ainda mais estimuladas. Basta um simples olhar nos centros urbanos para observarmos a rapidez dos passos, das refeições, das conversas, das informações, etc. Sem dúvidas, nossas atitudes, nossos gostos, nossos trabalhos e nossas culturas estão em constante mutação. “Tais alterações vêm exigir de nós mudanças rápidas de posicionamento, que, por conta da própria celeridade da vida contemporânea, não são, em geral, refletidas, digeridas, estudadas”.<sup>1</sup> Nota-se, então, um cenário de incertezas e alterações que exigem de todos uma constante adaptação ao meio social.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Direito não fica para trás. As constantes evoluções nos pensamentos jurídicos demonstram que vivemos em uma época de quebra de paradigmas e de propositura de novas soluções. A superação de dogmas antidemocráticos<sup>2</sup> pressupõe uma busca permanente de novas decisões. Tanto nossas doutrinas quanto nossos Tribunais revelam que a comunidade jurídica não está anestesiada diante das mazelas sociais que surgem nesse novo cenário. Buscam-se, incessantemente, medidas inovadoras capazes de superar os diversos problemas que surgem e atormentam a sociedade hodierna.

Nesse sentido, não podemos ficar inertes frente a um turbilhão de transformações. Essa incrível evolução da sociedade faz com que os juristas se esforcem cada vez mais na tentativa de uniformizar pensamentos acerca

---

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson, *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 2 p.

<sup>2</sup> Confirmando essa idéia, podemos retirar da obra BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 242p, que “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos

dessas mudanças. Entrementes, como poderá ser observado adiante, o excesso de sugestões e interpretações sobre certas questões, muitas vezes, pode gerar soluções díspares e visões contrastantes acerca de determinados problemas.

Por isso, em geral, as interpretações devem ser coerentes e precisas. É justamente nesse aspecto que se enquadra o presente trabalho. É imperiosa uma unificação de pensamentos acerca das novas soluções, buscando-se uma ética procedimental segura, não mais afastada da realidade e da nossa Carta Maior. Sendo assim, os operadores do Direito devem evitar que, após sairmos de uma vala contrária ao Estado Democrático de Direito que perdurou durante centenas de anos, caiamos em outra, marcada pela insegurança jurídica<sup>3</sup>. Posto isso, no atual cenário, almeja-se um Direito coerente e seguro, a luz dos imperativos constitucionais, que garanta a solução mais justa e segura em relação aos anseios dos jurisdicionados.

Nessa perspectiva, para alcançarmos os objetivos desta monografia, buscaremos fazer uma análise do caminho percorrido do positivismo até o neoconstitucionalismo, ressaltando, nesse contexto, a importância dos direitos fundamentais, com ênfase no devido processo legal. Em seguida, serão observados aspectos da nova jurisdição, inseridos no cenário de uma nova interpretação constitucional. Por fim, faremos um estudo da execução no direito processual civil, destacando com pertinência e adequação as interpretações e técnicas processuais inseridas em um contexto neoprocessual.

---

e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”.

<sup>3</sup> Sobre o tema, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 474 p, ressaltam que “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.

# CAPÍTULO I: NEOCONSTITUCIONALISMO: A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na ciência jurídica, esse novo momento, muitas vezes, é expresso pelos prefixos “neo” e “pós”. Esse, de origem latina, exprime a noção de posterioridade no tempo ou no espaço. Aquele é um prefixo que sinaliza um “novo” renascimento de uma forma ou de um antigo. Ambos representam uma nova fórmula, geralmente, marcada pela superação de paradigmas e pela propositura de idéias originais<sup>4</sup>.

Durante anos, ficou enraizada em nosso Direito a idéia do positivismo jurídico, marcado pela teoria pura de Kelsen. Nesse diapasão, excluía-se elementos valorativos na aplicação do Direito, o qual era somente fato e norma. Assim, praticamente até nossa Carta Maior de 1988, reinou a idéia de que o juiz era a boca da lei, isto é, dá-me os fatos que te darei o direito. Interpretam-se os fatos de acordo com uma regra posta, assim como se aplica um método de uma ciência da natureza. Nesse sistema, que parte de um critério pré-determinado, a lógica é um juízo de encaixes, isto é, subsunção de um fato a uma regra abstrata<sup>5</sup>. Por isso, utilizam-se métodos como o da indução, da dedução e da analogia como técnicas de estudo e à coordenação lógica de proposições. O rigor desse raciocínio, qual seja, da objetividade da observação dos fatos sociais e

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, vale transcrever as lições de BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 de outubro, 2008: “Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”.

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso, em sua obra BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. 297 p, aduz que “A interpretação jurídica tradicional, portanto, desenvolve-se pelo método subjuntivo, fundado em um modelo de regras que reserva ao intérprete um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada”

concordância com os enunciados normativos, é que vai legitimar a aplicação do Direito, eis que a neutralidade da lei e de sua aplicação se justificaria pelo fato dela representar a vontade do povo<sup>6</sup>.

Porém, o positivismo jurídico foi e é duramente criticado, principalmente, pelos novos constitucionalistas, os quais pregam que os métodos da natureza passaram a ser insuficientes para a interpretação do Direito. Miguel Reale sustenta que, contemporaneamente, se há algo que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de “formalismo”, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana<sup>7</sup>. No cenário jurídico atual, essas expressões simbolizam, dentre outras coisas, a necessidade de valoração da norma a luz dos fatos sociais. Logo, em qualquer causa, deveríamos levar em conta um juízo de constitucionalidade – principiológico -, potencializando a aplicação da lei<sup>8</sup>. Assim, na interpretação e aplicação do Direito, os seus operadores não podem prescindir de uma interpretação que leve em consideração os princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Diante desse cenário de constante evolução e transformações, de quebra de paradigmas e da superação do positivismo jurídico, o professor Luís Roberto Barroso informa que: o novo direito constitucional ou o neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a constituição de 1988. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos

---

<sup>6</sup> Sobre o positivismo jurídico, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Vol. 01*. 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 29p, nos ensina que a “idéia de que o direito se resume a lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”.

<sup>7</sup> Conforme REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Capítulo VIII: Metodologia da Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1995. 85 p. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7093171/Miguel-Reale-Licoes-Preliminares-de-Direito>>. Acesso em: 28 de maio, 2009.

<sup>8</sup> Em sentido semelhante, a passagem de GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. 27 p: “O Direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A

valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Continua ressaltando que essa idéia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.<sup>9</sup>

Com esse impressionante processo de transformação social, o neoconstitucionalismo aparece como um instrumento de quebra de paradigmas que não deve se tornar meramente decorativo, situado à margem do direito. Esse instrumento possibilita novas interpretações, reforçando o elo entre a Constituição e o mundo prático. A nossa Carta Magna de 1988, sem dúvidas, é uma arma de defesa do Estado de Direito, direcionando valores que devem se coadunar com a realidade, protegendo a sociedade contra os abusos do Estado, não devendo, por isso, ser um livro sem utilidade. O grande desafio não é inserir o homem no meio do “novo”, mas sim tirar o “velho” da cabeça homem. Somente com uma mudança cultural, na qual os operadores do direito passem a se valer de uma consciência neoconstitucional e neoprocessual é que poderemos alcançar as soluções adequadas ao turbilhão de novos problemas que surgem diariamente nas sociedades hodiernas<sup>10</sup>.

Observa-se, assim, que a Constituição, possuidora de supremacia<sup>11</sup> em relação às demais normas jurídicas, deve ser o núcleo do ordenamento

---

“completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 de outubro, 2008.

<sup>10</sup> Nesse sentido, CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008, citando Cândido Rangel Dinamarco.

<sup>11</sup> Abordando o tema da supremacia da Constituição, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 299 p, ressalta que “Em síntese: a especificidade da interpretação constitucional decorre, em primeiro lugar, da supremacia da Constituição, cujas normas condicionam a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico”.

jurídico, irradiando preceitos e valores a serem utilizados na aplicação e interpretação do Direito. Deve-se utilizar da consciência, formada a partir

de uma visão constitucional, principalmente a partir da utilização dos princípios e direitos fundamentais emanados pela Constituição. A segurança que se busca deve ser feita com valorações que garanta uma ética procedimental não mais distanciada da realidade.

Por isso, podemos vislumbrar, então, inúmeros princípios constitucionais que, por óbvio, devem ser levados em consideração na aplicação do direito infraconstitucional. Logo, não podemos prescindir de uma interpretação e aplicação do Direito conforme a Constituição<sup>12</sup>, visto que nela estão os conteúdos prognósticos dos quais os operadores devem se agarrar para chegar a um direito democrático.

Essas normas genéricas e abstratas devem nortear o juiz na prestação da tutela adequada, efetiva e célere. Posto isso, a técnica processual deve estar atenta a três fatores interpretativos: a convenção, a constituição e o pragmatismo. Deve-se auferir o propósito da norma dentro de uma perspectiva constitucional, observando-se o que se espera dela em uma realidade prática, de modo a garantir a tutela efetiva dos direitos envolvidos.

Assim, com o processo de redemocratização, marcado pela Constituição de 1988, com a superação do positivismo jurídico e o reconhecimento da força normativa da constituição, atrelada à difusão da jurisdição constitucional e ao desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, a Constituição sobe ao palco central do

---

<sup>12</sup> Em relação aos princípios de interpretação constitucional, conforme aduzido por MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 113 p, “Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre as diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do Constituinte”.

ordenamento jurídico nacional e assume o papel de protagonista na interpretação jurídica<sup>13</sup>.

Conforme as lições de Daniel Sarmento<sup>14</sup>, a Constituição brasileira de 1988, à semelhança de outras cartas contemporâneas, reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Ressalta, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Gilmar Ferreira Mendes, nesse diapasão sustenta que:

“Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”<sup>15</sup>.

Logo, as idéias de direitos fundamentais e democracia representam duas importantes conquistas da moralidade política em todos os tempos<sup>16</sup>. Indubitavelmente, a conclusão inafastável que podemos chegar é que eventuais desvios em relação à proteção da dignidade do jurisdicionado face ao Estado ou qualquer medida estatal que não seja no sentido de assegurar os seus direitos constitucionalmente previstos consubstanciam em nefastas agressões ao Estado Democrático de Direito. Evidente, então, que é imprescindível uma ética procedimental não mais desgarrada dessa realidade, aonde toda e qualquer interpretação que venha a ser dada na aplicação do Direito deve ficar atenta a tais conquistas, sob pena de a interpretação dada ser de constitucionalidade duvidosa.

---

<sup>13</sup> Assim explica sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 243 – 138 p.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª Edição, Segunda Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 57 – 77 p.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 139 p.

<sup>16</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 49 p.

Segundo Barroso<sup>17</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe valores civilizatórios inerentes a toda humanidade, dele se extraindo o sentido nuclear dos direitos fundamentais para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.

Resta saber se tais direitos fundamentais almejados pelo povo serão respeitados e garantidos ou se essa conscientização será deixada de lado pelos nossos pretórios, marcando mais uma página antidemocrática do ordenamento jurídico, onde a palavra dignidade ficará como muitas outras: somente no papel.

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 253 p.

## CAPÍTULO II: A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO

Como visto anteriormente, o pensamento jurídico passou por relevantes mudanças nas últimas décadas. Seguindo esse raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes ressalta que:

“O avanço que o Direito Constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”<sup>18</sup>.

Assim, é certo que os direitos fundamentais devem receber uma proteção adequada pelos ordenamentos jurídicos. Isso porque tais direitos abrangem valores estruturais de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, citando Ingo Wolfgang Sarlet, sustenta que a Constituição Federal confere proteção especial aos direitos fundamentais infirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), e inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60 da CF)<sup>19</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, após considerar que existe uma dificuldade em encontrar um fundamento último para os direitos humanos e um conceito que possa defini-lo de forma precisa<sup>20</sup>, ressalta que os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 221 p.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Vol. 01*. 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 66 p.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 225 p.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 227 p.

Por isso, sustenta-se que “para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentalidade material, é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, da circunstância de conter, ou não, uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade”<sup>22</sup>. Assim, vale ressaltar que o art. 5º, §2º da CF, ao preceituar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, permitiu a previsão de outros direitos fundamentais além dos contidos no Título II da Carta Maior. A idéia da não taxatividade dos direitos fundamentais do rol previsto nesse título pode ser facilmente constatada na previsão de direitos fundamentais referentes aos limites do poder de tributar (art. 150 e seguintes da CF) e direitos fundamentais referentes ao meio ambiente (art. 225 CF)<sup>23</sup>.

Esses direitos, em um primeiro momento, apareceram como limites à atuação abusiva do Poder Público, restringindo o âmbito de atuação do Estado na esfera privada. Todavia, após as grandes guerras mundiais, com um constitucionalismo dirigente, o Estado se propôs a intervir de forma mais consistente na sociedade, deixando de ser um Estado-Liberal para ser um Estado-Social. Nesse sentido, Marinoni nos diz que:

“os direitos fundamentais foram vistos, à época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, apenas como o direito de o particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, como direitos de defesa. Porém, passam a ser relevantes, agora, os chamados direitos a prestações, ligados às novas funções do Estado diante da sociedade”<sup>24</sup>.

Ressaltando, ainda, a finalidade dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes, citando Canotilho, nos mostra que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva:

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, Vol. 01. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 67 p.

<sup>23</sup> Nesse ínterim DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional: Série leituras jurídicas: provas e concursos* – vol. 01. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. 113 p.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, Vol. 01. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 73 p.

“(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o dever de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”<sup>25</sup>.

Como podemos notar, a sociedade está em constante mudança. Isso nos leva a crer que os direitos fundamentais devem se adaptar no tempo e no espaço. Com isso, devemos considerar incapazes de se adaptar a essa evolução jurídica quaisquer pensamentos que não estejam fundados na abstração dos princípios<sup>26</sup>, que nos permitem que o Direito seja aplicado de acordo com a realidade em que se vive.

Nesse ponto, vale destacar alguns ensinamentos trazidos por Marinoni acerca do pensamento de Robert Alexy sobre a matéria<sup>27</sup>. Destaca aquele autor que esse defende que os direitos fundamentais devem ser institutos, devendo seu conteúdo normativo ser interpretado axiologicamente e tendo como característica marcante a ponderação, concluindo que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores.

Passadas essas premissas acerca dos direitos fundamentais, nos interessa, agora, demonstrar como o estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O Direito Processual Civil volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional, mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. 25 p.

<sup>26</sup> Citando Robert Alexy, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 208 p, nos revela que “Por isso se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese”.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 01*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 69 p.

<sup>28</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 27 p.

Com esse raciocínio, a divisão entre direitos fundamentais subjetivos e objetivos permite demonstrar como tais direitos permeiam-se no âmbito do direito processual. Por isso, os direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico<sup>29</sup>. Assim, fundam princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico, iluminando as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos, implicando em uma valoração de ordem objetiva e estabelecendo ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais<sup>30</sup>.

Tendo por base essa divisão, Fredie Didier Jr<sup>31</sup> assevera que “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”. Continua dizendo que “no primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (...)”. Ressalta, ainda que “no segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório”. Por fim, o renomado autor, tendo em vista a dimensão objetiva, tira as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este imposta pelo respeito a outros direitos fundamentais.

---

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, Vol. 01. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 71 p.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, Vol. 01. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 71 - 72 p.

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 28 p.

Assim, na busca do direito fundamental à tutela devida, a atuação do juiz se torna cada vez mais complexa, eis que deverá sempre buscar conferir maior efetividade as suas decisões através de técnicas processuais constitucionalmente adequadas e com valorações não distanciadas da realidade.

## CAPÍTULO III: O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que legitima o Estado, impõe limites à sua atuação. Nas lições de Guilherme Peña de Moraes, “os princípios gerais são desdobramentos dos princípios fundamentais, que são irradiados pelo ordenamento constitucional, com o objeto de limitar o poder imanente ao Estado”<sup>32</sup>. Nessa esteira, Luís Roberto Barroso sustenta que “figuram dentre os princípios gerais os que se seguem: legalidade, igualdade, inafastabilidade do controle judicial e o devido processo legal”<sup>33</sup>.

Fredie Didier Jr. nos ensina que o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Ensina-nos que trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher<sup>34</sup>.

O princípio fundamental do devido processo legal, que foi consagrado na nossa Carta Maior no art. 5º, inciso LIV, da CF e prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, representa a base sobre a qual todos os outros princípios processuais se sustentam<sup>35</sup>. Assim, deve abranger direitos que se protraem durante todo o processo, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV da CF com a seguinte redação: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

---

<sup>32</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2004. 105 p.

<sup>33</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2004. 105 p. citando BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros in Revista Trimestral de Direito Público, ° 1, 1993 p. 175

<sup>34</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. I*. 10ª Edição – Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 40 p.

Explica Eduardo Cambi:

“Com isso, o processo estará voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, no contraditório efetivo e equilibrado e na ampla defesa”<sup>36</sup>.

Continua o ilustre autor aduzindo que:

“o processo, tanto administrativo quanto o judicial, atua como um direito de valor, eminentemente, democrático, devendo, por isso, ser instrumentalizado de modo justo e ético, superando os limites dos interesses individuais das partes e compreendendo todas as garantias processuais, localizados na nossa Carta Magna”<sup>37</sup>.

Não temos dúvidas que a garantia do devido processo legal configura uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se consideramos sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material<sup>38</sup>. Como se observa nessa lição, o devido processo legal possui um sentido material e um sentido formal.

Seguindo as lições de Alexandra Câmara, o devido processo legal substancial deve ser entendido como uma garantia ao trinômio “vida-liberdade-propriedade”, por meio do qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem estar de acordo com os anseios sociais, demonstrando assim sua finalidade social<sup>39</sup>. “É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade,

---

<sup>35</sup> Conforme JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. 25 p.

<sup>36</sup> Sobre o tema: CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008, citando Cândido Rangel Dinamarco.

<sup>37</sup> Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, página 227.

<sup>39</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Vol I*. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 35 p.

aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno”<sup>40</sup>. Nesse diapasão, tais princípios possuem valores subjacentes, tais como a racionalidade, a justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos<sup>41</sup>.

A magnitude desse princípio está no fato de poder se amoldar as transformações sociais. Nossos valores e anseios estão em constante alteração, o que faz com que o Direito se adapte as inúmeras transformações sociais. O devido processo legal, assim, também é um instrumento que vai ao encontro das quebras de paradigmas, se adaptando as novas teorias e evoluções no pensamento jurídico, justamente pelo fato de ser uma cláusula aberta e de grande flexibilidade.

Já o devido processo legal em sentido formal, “segundo a doutrina, é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio”<sup>42</sup>. Nota-se que o devido processo legal abrange inúmeras garantias de forma geral. Por isso, o devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias. É por isso que em muitos julgados os magistrados limitam-se a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes<sup>43</sup>.

Valiosa lição sobre o tema foi trazida pelo jurista Alexandre Freitas Câmara, em que, mergulhado nas doutrinas de Mauro Cappelletti e Kazuo Watanabe acerca do acesso à ordem jurídica justa, sustenta que “a preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas

---

<sup>40</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 34 p.

<sup>41</sup> São as lições de BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 259 p.

<sup>42</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. I*. 10ª Edição – Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 39 p.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 603 p.

lamentações e pretensões”. Ainda nesse sentido, conclui o autor na crença de um devido processo legal “como um processo justo, isto é, um processo em que seja assegurado um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo”<sup>44</sup>.

Sem dúvidas, portanto, esse complexo direito fundamental se compromete com os objetivos do processo, dentro de uma realidade neoconstitucional. Está antenado com a realidade e umbilicalmente ligado à instrumentalidade do processo. É nele, primeiramente, que temos que nos agarrar para almejarmos um processo cada vez mais ético e justo, que instrumentalize uma jurisdição capaz de tutelar e satisfazer de forma plena aquele que tem direito.

---

<sup>44</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Vol I. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 39, 41 e 42 p.

## CAPÍTULO IV: UMA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO

Como observado, as constantes evoluções nos pensamentos jurídicos demonstram que vivemos em uma época de quebra de paradigmas e de propositura de novas soluções. Hodiernamente, a constitucionalização do Direito nos proporciona uma releitura dos institutos à luz de um novo pensamento.

Nessa perspectiva, “a idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”<sup>45</sup>. Assim, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas levando em consideração os fins e valores da nossa Carta Magna, que passou a adquirir uma supremacia tanto formal quanto material. Por isso, os princípios e direitos fundamentais ganham especial relevo na aplicação do direito.

Gustavo Binenobjm ressalta que a crise do Estado Liberal-burguês, a ascensão do Welfare State, o aumento da jurisdição constitucional e a expansão das tarefas das Constituições contemporâneas foram fatores que contribuíram para deixar em evidência a ascensão de um novo paradigma jurídico, apontando como conseqüência uma valorização dos princípios constitucionais e a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanitários, tal como a dignidade da pessoa humana. Concluindo, o ilustre autor diz que tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, implica no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição,

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 351 – 352 p.

que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o interprete no equacionamento de qualquer questão jurídica<sup>46</sup>.

Em sintonia com o exposto, Barroso sustenta que toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional, podendo a Constituição ser aplicada diretamente (pretensão que se funda em uma norma do próprio texto constitucional) e indiretamente (ao aplicar a norma, o interprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais e, antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição)<sup>47</sup>. Um exemplo dessa aplicação seria a possibilidade do exegeta preterir uma interpretação mais evidente do texto, em benefício de outra, menos óbvia, sempre que a primeira revelar-se em descompasso com a Constituição, e a segunda não importar em violência à letra do ato normativo sob exame<sup>48</sup>.

Por isso, todo ordenamento infraconstitucional, inclusive o Direito Processual deve estar em sintonia com essa nova forma de pensar o Direito. Assim, alguns autores como Fredie Didier dizem que “já se fala, neste novo contexto, de um Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico”<sup>49</sup>.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional<sup>50</sup>.

Tomando por base tais argumentos, podemos vislumbrar uma efetiva evolução da concepção de jurisdição. Para melhor visualizarmos o caminho

---

<sup>46</sup> Pensamento extraído do livro BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 61 – 69 p.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 363 p.

<sup>48</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 67 p.

<sup>49</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 28 p.

<sup>50</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008, citando Cândido Rangel Dinamarco.

percorrido pela jurisdição ao longo dos anos, mister se faz uma análise crítica e comparativa de seus conceitos clássicos e contemporâneos.

Alexandre Freitas Câmara, limitando sua exposição às mais relevantes e conhecidas posições doutrinárias acerca do conceito dessa função jurisdicional, nos revela alguns conceitos<sup>51</sup>: informa que para Chiovenda, pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. Além disso, ressalta que outra concepção bastante conhecida sobre o tema é a de Carnelutti, que defendia ser a jurisdição uma função de busca da justa composição da lide.

Criticando a teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta da lei, Marinoni afirma que:

“se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma – mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição – para regular a situação litigiosa. (...) porque nessa época não se apresentava a idéia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típico do Estado Liberal”<sup>52</sup>.

Já em relação à teoria de Carnelutti, Marinoni expõe problemas semelhantes, nos mostrando que

“essa teoria aceita a idéia de que o juiz ao ‘compor a lide’, cria a norma individual que regula o caso concreto. (...) De modo que as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei. (...) Não podemos permitir a conclusão, encontrada por Kelsen, de que o juiz cria direitos. (...) Não podia sequer imaginar que um dia o juiz teria de “compreender” e atribuir ‘sentido’ e “valor” aos casos concretos”<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. 01*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 70 – 71 p.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 01*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 94 p.

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 01*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 94 – 95 p.

Então, para as duas teorias bastava um método de subsunção entre o fato e norma, sem qualquer espécie de valoração. Isso afasta o juiz da realidade social que, em constante mutação, faz com que o Direito necessite de interpretações conforme a situação que é dada ao juiz, o qual não pode prescindir de considerar as diretrizes axiológicas constitucionais.

A partir dessas análises, merece registro alguns conceitos contemporâneos acerca da nova jurisdição. Fredie Didier afirma que a jurisdição é uma função atribuída a terceiro imparcial para, mediante um processo, tutelar (reconhecendo, efetivando e resguardando) situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo e criativo em decisão insuscetível de controle externo e apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material<sup>54</sup>. Marinoni sustenta que a jurisdição tem a função de tutelar os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Continua no sentido de que quando se diz que a jurisdição tem o fim de dar tutela aos direitos se está muito longe das antigas concepções privatistas. Conclui dizendo que, ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição<sup>55</sup>.

Conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno,

“a análise do nosso ‘modelo constitucional’ revela que todos os ‘temas’ fundamentais do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais”<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 65 p.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 01*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 139 p.

<sup>56</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIE>

Em suma, entendemos que o conceito de jurisdição, hoje, não pode se limitar a declarar a vontade da lei ou a justa composição das lides, ficando subordinada a supremacia das leis. Assim, todo e qualquer conceito de jurisdição deveria abranger a idéia de “tutela de direitos”, a qual deve ser constitucional, concreta e pragmática.. No sentido dessas novas concepções, entendemos que o papel do juiz se torna mais complexo, visto que, em um cenário marcado pelo Estado Constitucional, o juiz não apenas declara o direito, devendo valorar à norma a luz dos fatos sociais, levando em conta um juízo de constitucionalidade e uma ética procedimental não distanciada da realidade. Como dito, essas normas genéricas e abstratas devem nortear o juiz na prestação da tutela adequada, efetiva e célere. Posto isso, a técnica processual deve estar atenta à convenção em torno da norma, aos vetores constitucionais e ao pragmatismo, que pressupõe o respeito das garantias constitucionais e a observação da realidade para que se possa alcançar uma maior efetividade na aplicação da norma<sup>57</sup>.

Portanto, deve-se auferir o propósito da norma dentro de uma perspectiva constitucional, observando-se o que se espera dela em uma realidade prática, de modo a garantir a tutela efetiva dos direitos envolvidos.

---

lTcG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUgcHJvY2Vzc28>.  
Acesso em 24 de maio de 2009.

<sup>57</sup> Nessa linha de raciocínio, sobre a instrumentalidade do processo, citando Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, AMORIM, Bruno Nascimento. *Prescrição em Perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781>>. Acesso em: 02 de junho de 2009, ressalta que “(...) a instrumentalidade do processo é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça. (...) A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária.”

# CAPÍTULO V: UMA VISÃO NEOPROCESSUAL DA EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

## 5.1 NOVO CONCEITO DE EXECUÇÃO:

O pensamento jurídico passou por uma enorme evolução ao longo dos anos. Ultrapassaram-se as fronteiras positivistas até chegar a uma concepção pós-moderna, neoconstitucional, onde a jurisdição não é somente a aplicação da lei ao caso concreto, mas sim a busca pela tutela dos direitos constitucionalmente previstos. A execução, como forma de jurisdição<sup>58</sup>, no mesmo compasso da evolução dessa, sofreu inúmeras mudanças em sua concepção, chegando, hoje, a um patamar em que se coaduna com o Estado Democrático de Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

Durante muito tempo, a execução foi tida como uma espécie de sanção. Liebman, nesse sentido conceituava execução como “atividade desenvolvida pelos órgãos judiciário para dar atuação à sanção”<sup>59</sup>. Como se pode observar, essa concepção possui um cunho nitidamente patrimonialista, em que a execução teria como escopo principal punir aquele que agiu contrário a lei, transferindo o patrimônio do devedor para o credor. Ou seja, se alguém descumpriu a lei, deve ser punido por isso<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 02. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 43 p, sustenta que “já se firmou acima o caráter jurisdicional da execução. Atualmente, está superada a idéia de que se trataria de atuação administrativa desempenhada pelo juiz, que chegou a ser tida como verdadeira em outras épocas. Dê um lado, havia o preconceito científico de que a atividade de jurisdição se limitaria apenas à cognição desenvolvida pelo juiz. Contribuía para tanto a própria origem etimológica da palavra (*júris-dicto*): o exercício da jurisdição se limitaria à afirmação do juiz acerca de quem tem razão.

<sup>59</sup>: ENRICO TULLIO LIEBMAN – Processo de Execução, 3ª Ed., n.º. 2, página 4 in Humberto Theodoro Júnior – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, 25ª Ed., página 44. Citado em <professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/13010/material/T%20-%20Teoria%20Geral%20da%20Execucao.doc> Acesso em: 28 de novembro de 2008.

<sup>60</sup> Muitos autores, hodiernamente, ainda possuem uma concepção de execução nesse sentido, conforme podemos extrair dos ilustres autores em: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA,

### Criticando essa idéia, Marinoni sustenta que

“a execução, no Estado constitucional, não pode ser reduzida a um ato de transferência de riquezas de um patrimônio a outro, devendo ser vista como a forma ou ato que, praticado sob a luz da jurisdição, é imprescindível para a realização concreta da tutela jurisdicional do direito, e assim para a própria tutela prometida pela Constituição e pelo direito material”<sup>61</sup>.

Logo, essa idéia demonstra que cognição e execução não podem ser analisados em separado, sendo que, hoje, ambas fazem parte de um mesmo processo sincrético. Tendo como base a concepção moderna, ilustrativamente, não haveria como se entender que a tutela que inibe a prática de ato contrário ao direito para, por exemplo, manter íntegra norma de proteção do meio ambiente ou de proteção à saúde, é “executada”. Nem mesmo seria “executada” a tutela de remoção do ilícito cujo objetivo é o de atuar ou fazer valer o desejo da norma de proteção de direito fundamental, eliminando ou removendo os efeitos concretos derivado da conduta (ilícita) que abre oportunidade ao dano<sup>62</sup>.

Assim, devemos ter na execução a idéia de satisfação e tutela do direito material. Logo, na esteira da nova concepção de jurisdição, “a unificação do conhecimento com a execução nada mais é do que uma imposição decorrente da compreensão da ação como direito à obtenção da tutela do direito material, para o que não basta a mera declaração, sendo imprescindível a execução<sup>63</sup>”. Então, certamente, uma das maiores preocupações que temos que ter em relação à execução seria em relação às formas de garantir a efetividade da tutela dos direitos, especialmente os fundamentais.

---

Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 02. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 40 p.

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo – Vol. 03. 2ª Edição* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 70 p.

<sup>62</sup> São exemplos práticos que fundamentam essa nova concepção previstos em MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 03. 2ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 03. 2ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 61 p.

## 5.2 EFETIVIDADE E EXECUÇÃO:

Hoje, diversos autores vêm a efetividade como uma característica que deve ser inerente à execução, ressaltando que são empregadas diversas nomenclaturas para se referir a esse caráter da satisfação do processo. Fredie Didier Jr. fala acerca de um direito fundamental à efetividade (à tutela executiva) ou máxima da maior coincidência possível<sup>64</sup>. Araken de Assis trata do assunto referindo-se ao princípio do resultado<sup>65</sup>. Luiz Rodrigues Wambier trata do tema no tópico relacionado ao princípio da máxima utilidade da execução<sup>66</sup>.

Para Cândido Dinamarco,

“a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes liberdade”<sup>67</sup>.

Luiz Rodrigues Wambier sustenta que

“a execução deve redundar, em proveito do credor, no resultado mais próximo que se teria caso não tivesse havido a transgressão de seu direito. Essa orientação, porém, não é mais do que desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, sintetizada na célebre afirmação de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXL)”<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 40 p.

<sup>65</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 101 – 102 p.

<sup>66</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol 02* 10ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. 151 – 152 p.

<sup>67</sup> Nesse sentido, Fredie Didier Jr. citando Cândido Rangel Dinamarco em: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 41 p.

<sup>68</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, Vol 02*. 10ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. 151 p.

Em uma análise concreta, Marcelo Lima Guerra sustenta que esse princípio significa: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva<sup>69</sup>.

Nas lições de Fredie Didier Jr.,

“As últimas reformas processuais deram muita importância a esse princípio, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos”<sup>70</sup>.

Nesse sentido, vale ressaltar diversas medidas empregáveis na execução, que especialmente se prestam a execução desse princípio, entre as quais<sup>71</sup>:

- 1) a previsão de multa diária (*astreintes*), na execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 644 e 645) e de entrega de coisa (art. 621, parágrafo único);
- 2) a execução provisória;
- 3) a própria antecipação de tutela, que abrange a possibilidade de antecipação do resultado da execução (arts. 273, 461 e 461-A);
- 4) a sanção ao devedor que age deslealmente: o art. 600 relaciona condutas do devedor atentatórias à dignidade da justiça (fraude à execução, oposição maliciosa ao andamento da execução,

---

<sup>69</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 41 p, citando GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

<sup>70</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 41 p.

<sup>71</sup> Exemplos extraídos do livro WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume .* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 152 p.

resistência injustificada às ordens judiciais, não-indicação dos bens sujeitos à execução, de sua localização e de seus respectivos valores), cuja prática pode acarretar a incidência de multa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução em curso (art. 601);

5) o arresto de bens do devedor não localizado (art.653) etc.

Observa-se, assim, que o princípio da efetividade<sup>72</sup>, corolário do direito fundamental ao devido processo legal, se preocupa com a tutela e satisfação do direito material do credor. Então, tal princípio pressupõe novas técnicas processuais não mais afastada da realidade prática do processo e buscando sempre proteger os direitos constitucionalmente assegurados.

Explicando,

“em uma ordem jurídica, deve-se entender, antes de tudo, que a Constituição contém as condições para a efetividade real de importantes institutos jurídico-privados e os protege de uma supressão ou de um esvaziamento por meio da lei, garantindo, orientando e impulsionando o seu desenvolvimento, porque as normas constitucionais, em razão da sua amplitude e generalidade possuem a condição para abarcar de forma mais rápida as transformações dos pressupostos e das exigências do que ocorre no âmbito do direito privado, podendo o direito constitucional, por meio da concretização da norma constitucional, atuar como impulsionador não só da legislação e da jurisprudência constitucional, porém também, da jurisprudência jurídico-privada”<sup>73</sup>.

Como exemplos práticos atuais, podemos citar a possibilidade de penhora em conta-salário de pessoas que recebem valores exorbitantes ou até mesmo a possibilidade de penhora de bem de família, cujo valor seja extremamente alto, sempre buscando ponderar os direitos fundamentais

---

<sup>72</sup> No plano de postulados normativos de interpretação constitucional, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 305 p, sustenta que “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

<sup>73</sup> SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica Constitucional*. Publicado originalmente na Revista Forense. v. 366, p. 370 – 385. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac\_direito/Hermeneutica.doc>. Acesso em: 01 de junho, 2009.

postos em litígio e levando em conta a peculiaridade de cada caso. Nesse sentido, vale a pena transcrever alguns julgados do STJ:

AgRg no Ag 952491 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0217838-9. PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA CORRENTE BANCÁRIA. POSSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. NÃO-OCORRÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIO, IN CASU. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão que considerou viável o bloqueio e posterior penhora de valores em contas correntes bancárias, a fim de viabilizar a execução. 3. Decisão a *quo* clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa aos arts. 165, 458, 535 do CPC quando a matéria é abordada no aresto a quo. 4. Esta Corte Superior firmou-se no sentido de restringir a penhora sobre valores existentes em conta corrente bancária, aceitando-a somente em casos excepcionais e devidamente fundamentados, mas não sobre qualquer importância existente em conta corrente da própria empresa executada ou de seus sócios, visto que tal procedimento constritivo poderá ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da parte devedora, conduzindo-a, compulsoriamente, ao estado de insolvência, em prejuízo de sua família, que dela depende para sobreviver. Para tanto, a jurisprudência do STJ acena na linha de que: - “admissível o bloqueio de valores em conta-corrente da executada somente após a constatação da inviabilidade dos meios postos à disposição do exequente para a localização de bens do devedor” (REsp nº 904385/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22/03/2007. Idem: REsp nº 832877/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2006); - “admite-se, excepcionalmente, a penhora de dinheiro em conta-corrente da executada ante, dentre outros requisitos, a comprovação da inexistência de outros bens suficientes à garantia da execução” (AgRg no REsp nº 734265/SP, 1ª Turma, Relª Minª Denise Arruda, DJ de 26/02/2007); - “em observância ao consagrado princípio favor debitoris (art. 620 do CPC), tem-se admitido apenas excepcionalmente a penhora do faturamento ou das importâncias depositadas na conta-corrente da executada, desde que presentes, no caso, requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam: a) realização de infrutíferas tentativas de constrição de outros bens suficientes a garantir a execução, ou, caso encontrados, sejam tais bens de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; c) manutenção da viabilidade do próprio funcionamento da empresa” (REsp nº 857879/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/09/2006. Idem: REsp nº 839954/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/08/2006); - “a penhora em saldo bancário do devedor equivale à penhora sobre o estabelecimento comercial. 3. Somente em situações excepcionais e devidamente fundamentadas é que se admite a especial forma de constrição” (REsp nº 863773/SP, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 03/10/2006.

Idem: REsp nº 769545/SP, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 24/10/2005; REsp nº 557294/SP, 2ª Turma, DJ de 15/12/2003, Relª Minª Eliana Calmon); 5. *In casu*, à recorrente foi deferido plano de recuperação judicial e a constrição de dinheiro em conta-corrente irá comprometer toda a sua atividade econômica e o pagamento de sua folha de salários, assim como o referido plano de recuperação. Foram oferecidos bens imóveis em substituição à penhora em dinheiro. Tais condições afastam, nos termos da jurisprudência acima citada, a possibilidade, ao menos na hipótese versada, da penhora dos valores constantes na conta-corrente da executada. 6. Agravo regimental não-provido<sup>74</sup>.

Execução. Bem de família. Preclusão. Penhora de parte comercial do imóvel. Precedentes da Corte. 1. A Corte já assentou que indeferida a impenhorabilidade em decisão não atacada por recurso, sobre esta desce o manto da preclusão. 2. É possível a penhora da parte comercial do imóvel, guardadas as peculiaridades do caso, mesmo sem que haja matrículas diferentes. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 515.122/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 233<sup>75</sup>)

### 5.3 O OBJETIVO DAS ÚLTIMAS REFORMAS PROCESSUAIS

Alexandre Câmara, com precisão, sustenta que “a preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões”. Continua o ilustre autor ressaltando que vivemos em uma época em que os “estudiosos do Direito Processual de todo o planeta se preocupam em garantir uma maior satisfação do jurisdicionado com a pretensão da tutela jurisdicional, a qual deve ser efetiva e adequada a garantir a verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas”<sup>76</sup>.

O que se busca, então, são técnicas capazes de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Posto isso, toda interpretação referente às novas reformas processuais devem ser no sentido de observar: 1) os problemas

<sup>74</sup> STJ, AgRg no Ag nº 952491 / RJ, Rel. Ministro José Delgado, Brasília, 18 de mar. de 2008.

<sup>75</sup> STF, Resp nº 515.122/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 16. Dez. de 2003.

<sup>76</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Vol I* 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 39 – 41 p.

que as novas leis procuraram superar, tendo em vista a convenção em torno da lei; 2) o pragmatismo das normas processuais, principalmente no momento de sua aplicação; 3) a adequação entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e a aplicação da norma no caso concreto. Toda e qualquer interpretação que não leve em conta tais vetores interpretativos estão fadados a não garantir a tutela jurisdicional devida.

Cássio Scarpinella Bueno, abordando a importância das reformas sustenta que

“as Reformas, é isto que importa acentuar, não se limitam a alterar meras técnicas processuais para obtenção de melhores resultados sensíveis no plano do processo. Elas são mais profundas. Elas tiveram o condão de trazer novos temas, novas estruturas, novos desafios, enfim, ao ambiente daquele Código impondo, conseqüentemente, a busca de novos paradigmas capazes de dar à interpretação das mais recentes normas jurídicas, em convívio com as antigas, um senso de unidade e de operacionalidade. Não que a coerência seja necessária para a existência de um sistema jurídico mas ela é necessária para o adequado funcionamento desse mesmo sistema. O ‘modelo constitucional do direito processual civil’ tem o condão de mostrar-se norte interpretativo seguro para o atingimento dessa finalidade”<sup>77</sup>.

Um dos exemplos que mais evidenciam tal preocupação com as técnicas processuais adequadas é a consolidação, por meio das Leis nº 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, do sincretismo processual, em que se juntaram dois tipos de atividade jurisdicional em um mesmo processo: cognição e execução. Assim, afirma Marinoni que,

“com a eliminação da ação de execução de sentença (arts. 461, 461-A e 475-J do CPC) e com a introdução da técnica de antecipatória, o processo de conhecimento, concebido para o juiz exercer somente atividade intelectual, sem ‘sujar as mãos’, com aspectos práticos necessários à efetivação da sua decisão, transformou-se em local em que se misturam as atividades cognitiva e executiva”<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIEltcG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUGcHJvY2Vzc28>. Acesso em 24 de maio de 2009.

Certamente, com base nesse raciocínio, podemos citar julgado do STJ (REsp 954859 - 2007/0119225-2 - 27/08/2007), no sentido de considerar desnecessária a intimação pessoal do devedor ou do seu patrono para fins de efeito da multa do art. 475-J, cabendo ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. Ademais, imperiosa é a transcrição do brilhante voto do Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, intimamente ligado com o exposto nesse trabalho<sup>79</sup>:

A questão é nova e interessantíssima. Merece exame célere do Superior Tribunal de Justiça porque tem suscitado dúvidas e interpretações as mais controversas.

Há algo que não pode ser ignorado: a reforma da Lei teve como escopo imediato tirar o devedor da passividade em relação ao cumprimento da sentença condenatória. Foi-lhe imposto o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso.

Certamente, a necessidade de dar resposta rápida e efetiva aos interesses do credor não se sobrepõe ao imperativo de garantir ao devedor o devido processo legal.

Mas o devido processo legal visa, exatamente, o cumprimento exato do quanto disposto nas normas procedimentais. Vale dizer: o vencido deve ser executado de acordo com o que prevê o Código. Não é lícito subtrair-lhe garantias. Tampouco é permitido ampliar regalias, além do que concedeu o legislador.

O Art. 475-J do CPC, tem a seguinte redação:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A Lei não explicitou o termo inicial da contagem do prazo de quinze dias. Nem precisava fazê-lo. Tal prazo, evidentemente, inicia-se com a intimação. O Art. 475-J não previu, também, a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença.

A intimação - dirigida ao advogado - foi prevista no § 1º do Art. 475-J do CPC, relativamente ao auto de penhora e avaliação. Nesse momento, não pode haver dúvidas, a multa de 10% já incidiu (se foi necessário penhorar, não houve o cumprimento espontâneo da obrigação em quinze dias).

Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as Documento: 712934 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/08/2007 Página 3 de 5 Superior Tribunal de Justiça publicações é o advogado.

---

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, Vol. 03. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 56 p.

<sup>79</sup> STJ. REsp 954859/RS. Rel.Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília 27, Ago. de 2007.

O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os Arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação.

Se o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo.

O excesso de formalidades estranhas à Lei não se compatibiliza com o escopo da reforma do processo de execução. Quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará com acréscimo de 10%.

Para espancar dúvidas: não se pode exigir da parte que cumpra a sentença condenatória antes do trânsito em julgado (ou, pelo menos, enquanto houver a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo).

O termo inicial dos quinze dias previstos no Art. 475-J do CPC, deve ser o trânsito em julgado da sentença. Passado o prazo da lei, independente de nova intimação do advogado ou da parte para cumprir a obrigação, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação.

Se o credor precisar pedir ao juízo o cumprimento da sentença, já apresentará o cálculo, acrescido da multa.

Esse o procedimento estabelecido na Lei, em coerência com o escopo de tornar as decisões judiciais mais eficazes e confiáveis. Complicá-lo com filigranas é reduzir à inutilidade a reforma processual.

Nego provimento ao recurso especial ou, na terminologia da Turma, dele não conheço”.

Nesse sentido, “o grande desafio do legislador e do juiz, na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é a construção de técnicas processuais capazes de tutelarem os direitos materiais”<sup>80</sup>.

Ademais,

“trata-se de construir — a bem da verdade, reconstruir — o pensamento do direito processual civil daquela ótica, contrastando a legislação processual civil a todo o tempo com o ‘modelo constitucional’, verificando se e em que medida o ‘modelo’ foi ou não alcançado satisfatoriamente. Trata-se, vale a ênfase, de apontar a necessidade de uma alteração qualitativa e consciente na interpretação e na aplicação da legislação processual civil que não pode se desviar daquele ‘modelo’”<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008.

<sup>81</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIElt>

Diante do exposto, observa-se uma grande preocupação dos processualistas na busca da efetividade do processo, buscando técnicas processuais adequadas e harmônicas com a realidade da justiça no país. Busca-se, então, que a instrumentalidade seja adequada à Constituição e a concretude dos casos levados a juízo.

#### **5.4 UMA EXECUÇÃO NEOPROCESSUAL: EXECUÇÃO EQUILIBRADA.**

A execução no Direito Processual Civil, assim como outros institutos do Direito, rompeu a barreira da concepção positivista e alcançou patamares por muitos inimagináveis. Marcado por uma interpretação constitucional, a execução civil, assim como a fase cognitiva, deve ser abraçada pelas diretrizes dos direitos fundamentais, principalmente pelo princípio do devido processo legal. Assim, o juiz, durante essa fase, deve estar atento à realidade e às peculiaridades do caso concreto, almejando sempre uma execução equilibrada, isto é, que possa satisfazer o credor sem tornar a execução abusiva em favor do autor.

Sem dúvidas, o devido processo legal, tanto no sentido formal (garantias mínimas processuais) quanto no sentido substancial (proporcionalidade), deve se prostrar durante todo o processo, estando, pois, presente na execução. Sendo assim, retiramos dessa assertiva que toda interpretação não deve ser voltada somente à um método de subsunção, onde o juiz segue friamente os procedimentos previstos em lei.

Assim, uma das principais conseqüências é a insuficiência do princípio da tipicidade na fase de execução. Fala-se que “o executado tem o inequívoco direito de ver seu patrimônio, composto de bens materiais e

imateriais, retirado de sua esfera jurídica com a estrita observância das prescrições do procedimento antecipadamente previsto em lei”<sup>82</sup>.

Entretantes, talvez, essa estrita “observância das prescrições antecipadamente previstas em lei”, muitas vezes, não seja o processo devido, tanto para quem executa quanto para quem é executado. Sobre o tema, Guilherme Marinoni ressalta que, no Estado Liberal, a grande preocupação era proteger a esfera jurídica de liberdade do cidadão contra o uso indevido do poder jurisdicional do Estado, que era visto como inimigo público, o que acarretou na restrição do poder do juiz aos meios de execução, dando origem ao princípio da tipicidade dos meios executivos, considerado um princípio cardeal do velho processo de execução. Continua o autor sublinhando que o Estado passou, hodiernamente, a ser visto como alguém que deve zelar pela tutela dos direitos, o que rompeu com o engessamento do poder executivo do juiz, dando-lhe mobilidade necessária para prestar tutela efetiva aos direitos<sup>83</sup>. Exemplificando, o autor aduz que “em razão dos arts. 461 e 461-A, o juiz está autorizado a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto”. Ressalta, ainda, que “a elasticidade à multa, que pode ser fixada em montante adequado (...) a regra contida no §5º do art. 461 afirma expressamente que o juiz pode determinar a ‘medida necessária’ (...)”.

Assim, para assegurar um processo devido, o juiz deve ter maior liberdade na sua atuação, devendo sempre estar atento ao caso concreto e aos direitos envolvidos na execução. “À concreta compatibilização dos dois princípios fundamentais no curso do procedimento executivo dá-se o nome de execução equilibrada”<sup>84</sup>. O juiz, então, deve interpretar a lei, valorando-a de acordo com o caso concreto, buscando sempre aplicar aquele princípio envolvido com maior peso no caso concreto.

---

<sup>82</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 120 p.

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 03*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 50 – 51 p.

Ilustrando,

“retome-se ao exemplo da faculdade que tem o devedor, no processo de execução do Livro II do Código, de requerer a substituição do bem penhorado por outro (art. 668) – expressão do princípio do menor sacrifício possível. O art. 655, qual toma em conta, sobretudo, o princípio da máxima utilidade da execução (deu-se preferência ao dinheiro e, na ótica do legislador, aos bens mais fáceis de serem alienados). Eventualmente, o devedor sugere a substituição do bem sem respeitar rigorosamente a regra prevista. Nem por isso, necessariamente, será desprezado pleito de substituição do devedor. Se concretamente for verificado que a penhora de outro bem, anterior na ordem legal de preferência, redundaria em graves prejuízos ao devedor (exemplo: penhora do dinheiro destinado às despesas mínimas e essenciais para que o estabelecimento comercial da sociedade executada continue funcionando), poderá ser desconsiderada a hierarquia prevista no art. 655. Nesse exemplo, teria prevalecido, na medida do necessário e útil ao processo, o princípio do menor sacrifício do devedor”<sup>85</sup>.

O escopo de uma interpretação neoprocessual não é dar amplo e irrestritos poderes ao juiz, mas sim que esse, fundamentadamente, possa tomar a decisão que é mais adequada ao caso concreto, sempre tendo como parâmetros a Constituição, o caso concreto e uma ética procedimental que busque a solução proporcional ao caso concreto.

Observa-se, portanto, que as reformas processuais, em muitas passagens, abraçaram a teoria do neoconstitucionalismo, por meio da aplicação de princípios como o da efetividade, proporcionalidade, razoável duração do processo e outros, tudo derivado do devido processo legal, que tem como fundamento os direitos fundamentais previstos na nossa Carta Maior. É nesse sentido que devemos analisar a nova jurisdição e, por conseguinte, a nova execução.

---

<sup>84</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 02. 10ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 156 p.

<sup>85</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 02. 10ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 156 p.

## 5.5 O MAIOR CUIDADO A SER OBSERVADO

A idéia aqui exposta, certamente, poderá ser alvo de críticas no sentido de poder gerar um reducionismo legal e acarretar na arbitrariedade do juiz diante do caso concreto. Então, alguns pontos devem ser ressaltados para que possamos evitar eventuais problemas.

O que se busca é uma ética procedimental não mais distanciada da realidade e da Constituição. A observância de direitos fundamentais, consubstanciados em princípios, podem nos levar à interpretações abertas, no sentido de que estaremos sopesando normas abstratas que podem gerar diversas soluções ao caso posto. Como não estamos diante de interpretações típicas das ciências naturais em que se adéqua um fato à uma norma geral, imprescindível se faz uma argumentação em prol da decisão que foi tomada.

Por isso, “em tais casos, assumirá extrema importância a fundamentação que sempre deve acompanhar os atos decisórios do juiz (CF, art. 93, IX)”<sup>86</sup>. Ademais, diante da maior subjetividade outorgada ao magistrado para a tutela dos direitos, é preciso de regras para o controle da racionalidade da decisão judicial. Nesse sentido, Marinoni sustenta a necessidade de utilização de meios idôneos, de buscar da menor restrição possível e a necessidade de o juiz demonstrar a sua perfeita adoção na justificativa da sua decisão, a qual deverá dizer a razão pela qual preferiu certo tipo de execução e não outro. Assim, adequação, necessidade e racionalidade devem ser meios inerentes à fundamentação do magistrado em duas decisões<sup>87</sup>.

Luís Roberto Barroso ensina que

---

<sup>86</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 02. 10ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 156 p.

<sup>87</sup> Idéia extraída de MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo, Vol. 03. 2ª Edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 184 p.

“não deve passar despercebido o fato de que a constitucionalização exacerbada pode trazer conseqüências negativas, duas das quais são apontadas abaixo: a) *de natureza política*: o esvaziamento do poder das maiorias, pelo engessamento da legislação ordinária; b) *de natureza metodológica*: o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais”<sup>88</sup>.

Sem perder de vista tais problemas, o renomado constitucionalista ressalta que

“destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral: a) *preferência pela lei*: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais convincente; b) onde o constituinte ou o legislador tiver atuado mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, eu por acaso pudessem postular incidência na matéria”<sup>89</sup>.

Certamente, não podemos fechar os olhos para eventuais problemas interpretativos. Observam-se, ainda, esforços doutrinários para o balizamento de eventuais interpretações. Todavia, não podemos perder de vista que toda e qualquer interpretação deve levar em conta a realidade e a Constituição, sob pena de se considerar a decisão de constitucionalidade duvidosa.

---

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 391 p.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 392 p.

## CONCLUSÃO: NEOPROCESSUALISMO<sup>90</sup>

A execução no Direito Processual Civil deve estar em atrelada a essa nova forma de pensar o Direito. Como visto, alguns autores como Fredie Didier sustentam que “já se fala, neste novo contexto, de um Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico”<sup>91</sup>.

Por isso, ressaltamos a imperiosa necessidade de uma mudança cultural, onde os operadores do direito tenham uma consciência neoconstitucional e neoprocessual, para que possamos alcançar soluções adequadas ao turbilhão de novos problemas que surgem diariamente no mundo hodierno<sup>92</sup>.

Conforme ressalta Cássio Scarpinella Bueno,

“estudar o direito processual civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres

---

<sup>90</sup> O estudo do Direito Processual Civil a partir de um ambiente constitucional não é uma novidade. Nesse sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIEltcG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUGcHJvY2Vzc28>. Acesso em 24 de maio de 2009: “Esta é a voz de José Frederico Marques, ilustre membro-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual que, a propósito das comemorações voltadas aos 50 anos de sua fundação, deve ser ouvida uma vez mais e — como sói acontecer com as grandes e imorredouras lições —, devidamente apreendida e aplicada. O saudoso Mestre da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e Professor de tantas gerações de processualistas civis e penais, já em 1952 em seu hoje clássico Ensaio sobre a jurisdição voluntária, escrito originalmente para concurso que lhe resultou a cátedra de “Direito Judiciário Civil” da precitada Faculdade, já alertava o estudioso do direito processual civil, a partir das lições de Prieto Castro, Couture, Alcalá-Zamora, Calamandrei e Allorio, para a importância do estudo do direito processual civil no e a partir do ambiente constitucional”.

<sup>91</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 28 p.

<sup>92</sup> Conforme CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008, citando Cândido Rangel Dinamarco.

constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos”<sup>93</sup>.

Essa interpretação, portanto, deve estar em sintonia com os inúmeros princípios constitucionais que devem ser levados em consideração na interpretação do direito infraconstitucional. Por isso, não podemos prescindir de uma interpretação que passe por uma filtragem constitucional e garanta uma aplicação do Direito conforme a Constituição, visto que nela estão as raízes interpretativas para que se chegue a um Direito democrático.

A conclusão inafastável a que chegamos é que eventuais desvios em relação a proteção da dignidade do jurisdicionado face ao Estado ou qualquer medida estatal que não seja no sentido de assegurar os seus direitos constitucionalmente previstos consubstanciam em nefastas agressões ao Estado Democrático de Direito, e eventuais desvios interpretativos iriam de encontro as finalidades constitucionais, sendo, pois, inconstitucionais.

Por isso, Fredie Didier Jr<sup>94</sup>. assevera que “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”. Continua dizendo que “no primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (...)”. Por fim, ressalta que “no segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório”.

Nesse sentido, o direito fundamental ao devido processo legal está intimamente ligado aos objetivos do processo, dentro de uma realidade

---

<sup>93</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIElC G9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUGcHJvY2Vzc28>. Acesso em 24 de maio de 2009.

<sup>94</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 29 p.

neoconstitucional, eis que está antenado com a realidade social e à instrumentalidade do processo.

Diz-se que o constitucionalismo do processo possui a aptidão de alterar o seu modo de pensamento, o seu modo de compreensão. Assim, trata-se, para parafrasear Mauro Cappelletti com relação ao “acesso à Justiça”, de eleger conscientemente a Constituição como “programa de reforma e como método de pensamento” do direito processual civil<sup>95</sup>.

A técnica processual almejada na aplicação do Direito deve ser efetiva. Por isso, devemos utilizá-las tendo em conta três fatores interpretativos: a convenção, a constituição e o pragmatismo. Assim, temos o dever de auferir o propósito da norma dentro de uma perspectiva constitucional, observando-se o que se espera dela em uma realidade prática, de modo a garantir a tutela efetiva dos direitos envolvidos.

Portanto, sem uma visão crítica, o Direito fica tal e qual como é. Por meio de uma análise das relações sociais, podemos ter uma visão holística do nosso ordenamento jurídico. Então, para termos a consciência da necessidade de mudança, é imprescindível uma profunda reflexão acerca da inteireza do Direito, o qual não basta a si mesmo. Chego à conclusão que: neoconstitucionalismo e neoprocessualismo são formas de pensar o Direito que, hoje ou amanhã, se aproximam, cada vez mais, com a idéia de dignidade, democracia e justiça.

---

<sup>95</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. O “MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIElCG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUgcHJvY2Vzc28>. Acesso em 24 de maio de 2009.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Bruno Nascimento. *Prescrição em Perspectiva: cotejo entre os argumentos contrários e favoráveis*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6781>>. Acesso em: 02 de junho de 2009.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 1310 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 de outubro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 341 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “*MODELO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL*”: UM PARADIGMA NECESSÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALGUMAS DE SUAS APLICAÇÕES. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=25&t=VGV4dG9zIEltcG9ydGFudGVzIC0gTyBtb2RlbG8gY29uc3RpdHVjaW9uYWwgZGUgcHJvY2Vzc28>>. Acesso em 24 de maio de 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 549 p.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, pág. 1-44. Disponível em: <[www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)>. Acesso em: 09 de novembro de 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional: Série leituras jurídicas: provas e concursos – vol. 01. 4ª Edição – São Paulo: Atlas, 2008. 347 p.*

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 10ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008. 594 p.

ENRICO TULLIO LIEBMAN. *Processo de Execução*. 3ª Edição. n.º. 2, página 4 in Humberto Theodoro Júnior – *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*, 25ª Ed., página 44. Citado em <[professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/13010/material/I%20-%20Teoria%20Geral%20da%20Execucao.doc](http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/13010/material/I%20-%20Teoria%20Geral%20da%20Execucao.doc)> Acesso em: 28 de novembro de 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. 279 p.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. 214 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, vol. 01. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 523 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, vol. 03. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 500 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª Edição – São Paulo: Atlas, 2005. 918 p.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2004. 372 p.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. Capítulo VIII: Metodologia da Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1995. 85 p. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7093171/Miguel-Reale-Licoes-Preliminares-de-Direito>>. Acesso em: 28 de maio, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª Edição. Segunda Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220 p.

SCHREIBER, Anderson, *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 294 p.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica Constitucional*. Publicado originalmente na Revista Forense. v. 366, p. 370 – 385. Disponível em: <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Hermeneutica.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Hermeneutica.doc)>. Acesso em: 01 de junho, 2009.

STF, Resp nº 515.122/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 16. Dez. de 2003.

STJ, AgRg no Ag nº 952491 / RJ, Rel. Ministro José Delgado, Brasília, 18 de mar. de 2008.

STJ. REsp 954859/RS. Rel.Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília 27, Ago. de 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 512 p.