



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA: A
REALIDADE LUSO-BRASILEIRA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Ângelo Miguel de Souza Vargas

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 20161152

Julho de 2019

Lisboa

ANGELO MIGUEL DE SOUZA VARGAS

**A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA: a realidade
luso brasileira**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa
como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Aprovado: ____/____/____.

Prof. Doutor Alex Sander Xavier Pires

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

PORTUGAL, LISBOA 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as graças derramadas em minha vida.

Agradeço a minha esposa amada pelo companheirismo e compreensão, não medindo esforços para que este curso de mestrado fosse concluído com êxito. A minha filha Maria Tereza, pela sua alegria diária em esbanjar saúde, sorrisos, beijos e carinho.

Agradeço aos meus amigos da Turma 12 que permitiram a formação de uma grande família, cultivado pelo respeito, carinho, divergências e cumplicidade mútuas. Quero dizer a vós todos que não conseguirei contar a história deste Curso sem mencionar os vossos nomes, individualmente.

Ao Professor Doutor Orientador Alex Sander Xavier Pires que contribuiu com o resultado final deste trabalho.

RESUMO

O direito tem evoluído com a premissa de que o tempo produz efeito na vida das pessoas. Nessa tônica, os direitos fundamentais aderiram a celeridade processual como um direito constitucional de aplicação imediata exigindo que a tutela jurisdicional seja entregue em tempo oportuno. Mas como conjugar essa duração razoável do processo com a perspectiva de morosidade do Poder Judiciário.

Em razão disso, o direito português e o brasileiro têm adotado medidas para desjudicializar o processo e promover uma tempestiva justiça. Tratando-se de processo de execução essa necessidade é ainda mais acentuada pois já existe uma presunção de verdade do direito, constituído no título executivo. Assim, revela-se que o processo executivo pode ser solucionado de maneira mais tempestiva e célere, porém utilizando-se de medidas desjudicializadoras, como já ocorreu em diversos países europeus.

Palavras-chaves: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO DE EXECUÇÃO.

ABSTRACT

Law has evolved with the premise that time affects on people's lives. In this sense, fundamental rights have adhered to procedural speed as a constitutional right of immediate application requiring that judicial protection be delivered promptly. But how to combine this reasonable length of the process with the prospect of the slowness of the Judiciary.

As a result, European and Brazilian law has adopted measures to dejudicialize the process and promote timely justice. In the case of an enforcement process, this need is even more pronounced since there is already a presumption of truth in the law, constituted in the enforcement order. Thus, it is revealed that the executive process can be solved in a timely and fast way, but with the adoption of disruptive measures, as has already occurred in several European countries.

Keywords: CONSTITUTIONALIZATION OF LAW. REASONABLE DURATION OF THE PROCESS. EXECUTION PROCESS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DA CELERIDADE PROCESSUAL	12
1.1 O direito fundamental da celeridade processual	14
1.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	19
1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais	21
1.4 Direito Fundamental da Celeridade Processual nos Sistemas Português e Brasileiro	23
CAPÍTULO 2 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO NO DIREITO PORTUGUÊS	39
2.1 O modelo português de execução dos títulos	41
2.2 A evolução do procedimento de execução em Portugal	44
2.3 O procedimento extrajudicial pré-executivo – Lei nº 32/2014	46
2.4 A efetividade da execução por quantia certa contra devedor solvente	52
2.5 A importância da Lei nº 32/2014 para a celeridade processual portuguesa	56
CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO NO DIREITO BRASILEIRO	58
3.1 A taxa de congestionamento dos processos no Brasil	59
3.2 O poder de império desjudicializado	67
3.3 A proposta para um novo paradigma do processo executivo no Brasil: convergência do argumento	71
3.3.1 Do título executivo	73
3.3.2 Atos próprios da magistratura	75
3.3.3 Da fé pública notarial	78
3.3.4 Da constitucionalização do processo de execução no Brasil	79
3.4 Proposta de alteração do processo de execução civil de quantia certa no Brasil	81
3.4.1 Proposta de alteração da Lei nº 9.492/97	81
3.4.2 Proposta de alteração da Lei nº 13.105/15	83
3.5 A importância da desjudicialização da execução por quantia certa no Brasil	85

CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	91
ANEXOS	101
Anexo 1 - Proposta de alteração da lei nº 9.492/97.....	101
Anexo 2 - Proposta de alteração da Lei nº 13.105/15	104

ABREVIATURAS E SIGLAS

AP: Ação Popular

Art.: Artigo

CF/88: Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

CPC: Código de Processo Civil Brasileiro, de 16 de maro de 2015.

CRP/76: Constituição da República Portuguesa, de 1976

DJU: Diário da Justiça da União

DL: Decreto Lei

DUDH: Declaração Universal dos Direitos do Homem

EC: Emenda Constitucional

EU: União Européia

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH: Índice de Desenvolvimento Humano

MS: Mandado de Segurança

RE: Recurso Extraordinário

Resp: Recurso Especial

RJSTJ: Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJRJ: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TR: Tribunal de Relação

TRF: Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico tem promovido uma grande mudança na maneira de se construir a norma jurídica, bem como no próprio conceito atribuído às instituições jurídicas. São tempos em que o período constitucional de determinação das normas é conhecido como a Constitucionalização do Direito.

Impulsionado pela força normativa constitucional, o direito passou a sofrer uma leitura constitucional, cujo filtro de toda a legislação passa pela validade constitucional. A previsão dos Direitos Fundamentais, bem como a Jurisdição Constitucional são fatores que determinaram essa nova ótica.

Mas o grande fundamento para a alteração normativa é a crise da Justiça. Existe um paradoxo em reconhecer que o direito encontra-se evoluindo a passos largos, como se denota das discussões acadêmicas acerca do conceito ideal da teoria da ação¹ e, ao mesmo modo, o tempo de se entregar a prestação jurisdicional se arrasta nos corredores forenses, gerando uma frustração ao litigante.

Os números revelam que a lentidão processual tem provocado um estrangulamento no Poder Judiciário de modo a comprometer a efetiva prestação jurisdicional. A adoção de parâmetros comparativo da produtividade processual evidenciou o que antes era apenas indícios, ou seja, o contingenciamento processual tornou-se um problema social que exige uma atuação proativa e rápida para solucioná-lo.

Justamente, por isso, a tônica do direito comparado tem sido o incentivo da celeridade processual, através de arranjos procedimentais que permitem dizer o direito em tempo oportuno. Mas, o senso de injustiça e insegurança abraça diariamente a sociedade como se o direito estivesse falido, sem qualquer perspectiva de evolução.

O cidadão produz um sentimento de aflição e de ansiedade pela demora processual. Essa angústia incentivou o legislador a inserir nas Constituições o princípio da duração razoável do processo, com natureza de direito fundamental, apta a agasalhar o cidadão com a esperança de uma tutela efetiva e célere. O conteúdo programático dessas constituições permitiu construir essa medida como forma impositiva para se percorrer a rapidez do processo.

¹ As discussões acadêmicas acerca da natureza jurídica do direito de ação (se é teoria civilista; teoria do direito concreto à tutela; teoria da ação como direito potestativo; teoria da ação no sentido abstrato; teoria eclética da ação, dentre outras) ou mesmo das ferramentas constitucionais de proteção do cidadão (mandado de segurança; mandado de injunção; habeas data; habeas corpus; ação popular) avançaram consideravelmente, permitindo o fomento de ideias, mas o tempo do processo se alonga diariamente.

Em matéria de processo de execução, esta realidade não é diferente. O direito europeu, em especial o direito português, já promoveu a desjudicialização como forma de solução da prestação jurisdicional tardia, mediante o auxílio de agentes de execução que operacionalizassem um dinamismo processual para se entregar a prestação jurisdicional.

Essa evolução somente foi possível em razão do caráter de estabilidade de permeia todo o processo executivo, isto é, não mais existe zona de incerteza entre as partes tendo em vista o título executivo que ampara o direito dos envolvidos. Assim, o Poder Judiciário apenas ater-se-ia aos processos de conhecimento para se reconhecer o direito dos litigantes.

Pretende-se, assim, demonstrar que o modelo português de desjudicialização da execução de quantia certa pode servir de arrimo para solucionar o contingenciamento dos processos no Brasil, mediante o incremento de medidas legislativas aptas a promoverem essa evolução processual. Evidentemente que essas medidas possuem respaldo em normas constitucionais, e que a tramitação apenas será destinada a agentes delegados do Estado que já detêm a fé pública para verter a vontade das partes em instrumento público.

Esta análise visa demonstrar, no primeiro capítulo, a importância dos princípios fundamentais no Direito, sobretudo do princípio fundamental da celeridade processual. A duração razoável do processo impôs ao direito uma condição para se atingir uma efetiva prestação jurisdicional, ou seja, não há efetividade sem uma entrega da tutela processual célere. Discorrer-se-á acerca da dificuldade do direito brasileiro e português em combater a morosidade processual e tentar-se-á desmistificar falsas causas para o problema da lentidão processual. São diversos os culpados para esse cenário atual e a experiência mútua entre os países permitem reconhecer uma solução para este problema. Afinal, como já dizia Rui Barbosa (2014, p. 11), “justiça atrasada não é justiça; senão uma injustiça qualificada e manifesta”.

No segundo capítulo, tratar-se-á do modelo português de desjudicialização e o impacto dessa mudança na forma de se promover a justiça. Em certos casos, a evolução da desjudicialização rompeu paradigmas e atingiu um nível de efetividade do Poder Judiciário. Inseriu outros agentes na resolução do processo executivo e previu um procedimento prévio para a solução da execução por quantia certa. Mas, essas profundas mudanças foram necessárias para se construir uma nova estrutura judiciária. Giuseppe Chiovenda (2008, p. 11) já dizia que “convém decidir-se a uma reforma fundamental ou a renunciar à esperança de um sério progresso”.

No terceiro e último capítulo, apresentar-se-á a realidade brasileira a partir da taxa de congestionamento dos processos, bem como os números divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça como forma de argumentar a crise institucional gerada no processo. Revelar-se-á que o

processo de execução por quantia certa no Brasil atingiu índices preocupantes para a duração razoável do processo, exigindo uma reflexão acerca da necessidade de mudança de paradigma, mas principalmente para a importância de desjudicializar a execução de títulos, como já ocorreu no Brasil com o divórcio, o inventário, a partilha e a usucapião extrajudicial, através da Lei nº 11.441/07 e a Lei nº 13.105/15. Ao final, sugerir-se-á duas propostas de alterações legislativas como forma de mudar o paradigma do processo de execução por quantia certa no Brasil, seguindo o modelo português com as devidas adequações, incluindo os agentes delegados do Estado, dotados de fé pública, para promover a efetiva entrega da tutela.

O método de abordagem a ser utilizado na pesquisa e investigação será o dedutivo. Os métodos de procedimentos, por sua vez, serão o histórico, o comparativo e o estudo de caso. Será histórico em razão do contexto e evolução legislativa no momento oportuno. Terá cunho comparativo, pois buscar-se-á recorrer ao modelo português. Por fim, terá um estudo de caso, pois demonstrará que Portugal promoveu uma evolução legislativa inovadora que pode também migrar para outros países.

CAPÍTULO 1 – DA CELERIDADE PROCESSUAL

A dinâmica social e a economia de escala que envolveu a sociedade nos últimos anos tem promovido uma judicialização de conflitos sem precedentes, gerando um congestionamento de processos e uma morosidade na entrega na tutela jurisdicional. Esse cenário é identificado tanto no Brasil quanto em Portugal, mas dentro desses sistemas jurídicos existem medidas propositivas para a construção de ferramentas plurais no combate da chamada “crise da justiça”.

A criação do rito sumário do processo; o juizado especial; o estímulo à conciliação e à mediação; os processos virtuais; as videoconferências e os atos de desjudicialização foram instrumentos que o Brasil utilizou para tentar inibir as críticas apresentadas ao modo de se promover a justiça. Em Portugal, o caminho foi similar e anterior, pois inaugurou a desjudicialização dos processos, sobretudo os processos de execução e de divórcio perante as *conservatorias*. O Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, e o Observatório da Justiça Portuguesa foram dois grandes atores neste caminho de apresentação da celeridade processual.

A necessidade de mudança de paradigma fez com que a Constituição servisse de repositório de norma impositiva para que a rápida duração do processo atingisse o seu fim, com natureza de direito fundamental. O caráter fundamental deste direito tem como premissa o valor da efetividade do que se postula em juízo. Vivencia-se um período em que o direito tardio não soluciona o conflito, mas, ao contrário, agrava a situação fática.

Em tempos em que constitucionalização do direito é fator condutor para o direcionamento das normas jurídicas, é estranho deparar com um direito fundamental sem vislumbrar a sua efetividade ou mesmo a sua operabilidade. Mas a palavra de ordem em matéria de direito é efetividade. E surge a dúvida de como atingir esse ponto de equilíbrio e superar o estrangulamento do prazo processual, sem transpor uma barreira de mudança de pensamento dos operadores do direito.

Está-se a tratar da alteração legislativa, mas também do modo de se pensar o direito de maneira descomplicada. De nada vale ter uma perfeita legislação processual se alguns entraves impedem a produção dos seus efetivos efeitos. A postura ativa da sociedade em participar da duração razoável do processo é a grande solução para a crise da justiça. Não há prestação jurisdicional feita somente com uma pessoa. A moderna tríade processual exige que além das partes e do juiz deve-se ter também, a conscientização da população acerca das ferramentas plurais aptas a solucionar este conflito de interesse instaurado, bem como do comprometimento

dos demais envolvidos nesta árdua tarefa, como são os agentes auxiliares da justiça e os próprios servidores públicos.

Leonardo Greco (2011, p. 315) reconhece que a Constituição de 1988 permitiu um avanço na consciência jurídica do cidadão, principalmente em identificar que os direitos fundamentais buscam a sua efetividade através das ferramentas que se encontram alojadas no texto constitucional, como é o caso do mandado de segurança, do habeas corpus, do habeas data, do mandado de injunção ou mesmo das ações de controle de constitucionalidade.

“Essa efetividade, consagrada no próprio Texto Constitucional (art. 5º, §1º CF/1988), espalha os seus efeitos por todos os ramos do Direito, particularmente por aqueles que regulam as relações jurídicas entre o Estado e os particulares que se despem do anterior perfil marcadamente autoritário e se humanizam para se tornarem instrumentos do livre desenvolvimento da personalidade. Transparência, participação democrática, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, publicidade, intimidade, ampla defesa, são algumas das expressões que se tornaram populares no nosso tempo, como representativas de regras mínimas de convivência social, essenciais para que todos os cidadãos vejam respeitada pelos demais e pelo próprio Estado a sua dignidade humana.” (GRECO, 2011, p. 316).

Isso significa que, a consciência jurídica do cidadão em obter um bem da vida passa pela reflexão de se prestigiar sempre a boa prática processual, isto é, ter como regra de conduta a boa-fé processual. Não há mais espaços para a litigância de má-fé e nem o tumultuo processual que impõe uma tramitação longa de processos. E essa postura não se consegue apenas com a mudança legislativa, é necessário que os advogados, ministério público, juízes, serventuários e os auxiliares da justiça compreendam a importância de cada entrega da tutela jurisdicional para o seu jurisdicionado.

Leonardo Greco (2011, p. 316) recomenda uma revisão crítica da operatividade das instituições jurídico-políticas e das normas jurídicas assecuratórias dos direitos fundamentais para se atingir um aprimoramento da convivência pacífica de todos os cidadãos e dos povos. Para o autor, a sociedade moderna foi levada pela economia de escala e pelo desenvolvimento tecnológico, desencadeando no consumo em massa e na incapacidade do Estado em atender todas as demandas e a proteger as situações que são agasalhadas pelo direito. Tudo tornou-se prioridade sem evidenciar o que realmente é prioridade.

O judiciário tem utilizado de um ativismo para se construir um resultado antecipado das causas, como se constata das liminares sem possibilidade de reversibilidade (como ocorre com a entrega de medicamentos) ou mesmo acerca da prisão sem o trânsito em julgado dos processos. Este trabalho não visa abordar a legitimidade desta postura, mas sim evidenciar que

algumas manobras são desenvolvidas com a finalidade de se conseguir atingir a prestação judiciária efetiva.

São diversas as ferramentas construídas para se chegar ao objetivo final, e neste capítulo pretende-se desenvolver o tema da morosidade judiciária luso-brasileira e revelar que os desafios são similares e o intercâmbio de conhecimento jurídico permite auxiliar ambos países na tarefa de dizer o direito de forma célere e eficaz.

1.1 O direito fundamental da celeridade processual

É reconhecidamente uma tarefa árdua a arte de conceituar os direitos fundamentais. E, ainda mais penosa, a função de identificar esses direitos. Contudo, é consenso o reconhecimento dos direitos fundamentais como precursor da transformação do direito moderno a partir de uma leitura constitucional do direito. Isso auxilia para revelar que a natureza constitucional deste direito é matéria corrente na doutrina.

Os direitos fundamentais promoveram uma alteração estrutural, funcional e material na ciência do direito. A transformação estrutural ocorreu a partir do reconhecimento dos princípios como elemento da norma jurídica. Isto é, os direitos fundamentais costumam ser contemplados como princípios, o que impôs um novo conceito para a norma jurídica sendo, a partir de então, entendida como um conjunto de regras e princípios. Anteriormente, as normas jurídicas eram tratadas apenas como regras. Essa alteração estrutural permitiu a construção de uma textura aberta nos textos legislativos. (FIGUEROA, 2007, p. 03).

A mudança funcional relaciona-se a utilização da argumentação da ponderação para aplicar os princípios, bem como solucionar os conflitos existentes entre eles. Significa dizer que, a ponderação passou a servir de arrimo para solucionar os conflitos entre princípios, bem como afastou a aplicabilidade exclusiva da subsunção das regras. A teoria da ponderação sedimentou o alicerce para que os princípios não extrapolassem direitos e nem mesmo rompessem o seu quadrante de aplicabilidade.

Já a alteração material do direito encontra-se no caráter moral expresso e intenso dos princípios, não revelado nas regras jurídicas na mesma intensidade e grau. Isso permitiu uma maior abordagem do papel da moral no sistema jurídico. O *status* axiológico passou a integrar a norma jurídica a partir da inclusão dos princípios.

Essa releitura do direito, promovida pelos direitos fundamentais, instigou a construção de um desafio para a Teoria do Direito, isto é, saber a verdadeira natureza jurídica do Direito. Trata-se de analisar o direito a partir da sua natureza objetiva e positivista ou, retomando

conceitos passados, incluir a teoria jusnaturalista na definição do direito com premissas morais e conteúdo axiológicos.

Em outras palavras, os direitos fundamentais exigiram um estudo aprofundado do que se entende por estes direitos. A Constituição Espanhola de 1978 reconheceu os direitos fundamentais com três características que são, em parte, incompatíveis entre si, ou seja, o direito fundamental é direito positivo (manifestação expressa da lei); é direito natural (as normas jurídicas seriam uma concretização da moral, da ética, dos valores) ou se concretiza jurisprudencialmente (a concepção identificada que os direitos fundamentais são construídos pelos órgãos jurisdicionais, a partir das interpretações dadas de cada direito fundamental). Isto é, os direitos fundamentais colocam um desafio à teoria do Direito para se justificar em qual teoria melhor se acomoda a sua existência. (FIGUEROA, 2007, p. 05).

Garcia de Figueroa afirma que os direitos fundamentais contribuíram para albergar uma nova realidade jurídica, ou mesmo o resgate de conceitos e características esquecidas no tempo, isto é, a presença dos princípios na matriz das normas jurídicas. Denota-se que os direitos fundamentais construíram não apenas novos direitos. A sua relevância na arte de interpretar e conjugar o direito acabou por impor uma determinação da sua importância e imprescindibilidade. Neste compasso é que dificulta a intenção de conceituá-los.

É o novo momento do direito moderno, ou melhor, do direito constitucionalizado. É a mudança de paradigma em que a norma jurídica passa por uma releitura conceitual. Em razão dessa proeminência dos direitos fundamentais para os rumos do direito moderno que Jorge Miranda (1993, p. 07) conceitua “por direitos fundamentais os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

O conceito estabelecido por Jorge Miranda reforça a tese de que os direitos fundamentais possuem em sua natureza a essencialidade constitucional, ou seja, são direitos que simbolizam uma completude de proteção do cidadão para o exercício da sua vida. A fundamentalidade do direito é que revela a sua natureza constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que para se identificar os direitos fundamentais não basta saber que se cuida de direitos assegurados na ordem constitucional de determinado Estado, pois, tal circunstância, embora essencial, não é suficiente para categorizar tal direito. Seria dizer que, os direitos fundamentais não se revelam apenas na forma positivada em determinada constituição. Os direitos fundamentais são constitucionais pela sua essencialidade de importância de carregam em si. (www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988).

Justamente, por isso, que Sarlet exemplifica que os direitos fundamentais, mesmo previsto constitucionalmente na Alemanha, na Constituição de Weimar, de 1919, não vinculavam diretamente e em toda a extensão os órgãos estatais, especialmente os “pais” da Lei Fundamental de 1949, que inseriram uma cláusula expressa dispondo que os direitos fundamentais vinculam diretamente os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Denota-se que, os direitos fundamentais devem ser interpretados como tais diante da carga normativa que carregam. Não importa o documento jurídico que estão carregados, eles, por si só, representam a constitucionalidade do direito. Em outras palavras, não importa a prateleira jurídica em que estejam alocados, são naturalmente direitos fundamentais, pois, estando presente na Constituição, ou não, os direitos fundamentais possuem a natureza constitucional, justamente pela essencialidade ao cidadão.

Isto significa que os direitos assumem a natureza fundamental pela sua etimologia e não apenas por estar previsto constitucionalmente. Assim, nem todos os direitos constitucionais são fundamentais, mas há direitos fundamentais fora da Carta Constitucional, como ocorre, por exemplo, com os tratados internacionais. Contudo, a positivação constitucional impede uma ruptura ou desconstrução deste direito, pois, no Brasil, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, consoante artigo 60, §4º, inciso IV.² Além disso, o artigo 5º, §3º, da Constituição Brasileira recepciona um tratado internacional atribuindo o caráter formal de norma constitucional. Assim, eventual direito material fundamental não constante da Constituição que submetesse aos procedimentos do mencionado dispositivo teria status de formal e materialmente norma constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 377) sedimenta que a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ou mesmo uma retórica política.

² José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 377) leciona que “os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. Art 16º), porém outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma norma de *fattispecie aberta*, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é saber como distinguir dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.

Constata-se que o posicionamento doutrinário acerca da natureza dos direitos fundamentais já acalenta a angústia em estabelecer um conceito estrito e completo. Contudo, são as características dos direitos fundamentais que auxiliam na tarefa de sua definição. Justamente, por isso, pode-se dizer que os direitos e garantias fundamentais tem como características tratar-se de um direito universal, com caráter histórico, não absoluto, concorrente e irrenunciável. (ARAÚJO; JÚNIOR, 2006, p. 67-71)

Os direitos fundamentais são universais pois se destinam a todos os indivíduos de maneira indiscriminada. Não se pode admitir a existência de direitos fundamentais que se aplica apenas a uma categoria ou classe de pessoas. Todos que se encontrarem naquela específica situação devem ter a incidência do respectivo direito.

A historicidade dos direitos fundamentais reporta a sua origem no cristianismo. São frutos de uma cadeia evolutiva de direitos em que o tempo o modelou para se atingir o *status* atual. Todas as declarações de direitos do homem auxiliam nessa tarefa de construir a evolução dos direitos do homem, como, por exemplo, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia de 1776; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; a Declaração Universal de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948, entre outras.

A limitabilidade dos direitos fundamentais refere-se ao seu caráter não absoluto. Isso significa que, havendo colisão entre direitos fundamentais deverá ocorrer a cedência recíproca entre eles, ou seja, a aplicabilidade de um direito fundamental implicará na invasão do âmbito de proteção do outro. É o que ocorre com o direito de informação e o direito de privacidade, ou mesmo, o direito de opinião e o direito à honra.

Os direitos fundamentais são concorrentes para permitirem o seu exercício cumulativo, em conjunto. Isso permite com que uma mesma pessoa exerça diversos direitos fundamentais de maneira cumulativa, num mesmo momento. O direito de informação permite que seja realizado juntamente com o direito de opinião, evidente que não produza prejuízos a terceiros, sob pena da responsabilização civil por parte do infrator.

A irrenunciabilidade determina a imutabilidade do seu direito. Isto é, todo o indivíduo nasce com os direitos fundamentais, contudo o seu exercício é facultativo. Não pode o cidadão renunciar ao direito que lhe foi conferido pela condição de se tratar de um ser humano, mas poderá exercer quando melhor lhe aprouver.

Nesses termos, Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 79) lecionam que os “direitos fundamentais podem ser conceituados como uma categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”.

Amparado nestas características, José Afonso da Silva (2013, p. 178) define os direitos fundamentais como sendo situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Verifica-se que o conceito de direitos fundamentais encontra-se identificado nas características essenciais acima expostas. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são identificados pela sua localização no texto constitucional. Contudo, aqueles direitos materialmente fundamentais exigem uma análise profunda das suas características para identificá-los pois eles podem estar fora do texto constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho, exemplificando a Constituição Portuguesa, distingue de maneira clara a diferença entre os direitos formalmente e materialmente constitucionais, ressaltando a dificuldade na identificação destes últimos. Nas palavras do autor,

“os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. Art 16º), porém outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma norma de *fattispecie aberta*, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da acção humana, Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da clausula aberta. Problema é saber como distinguir dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. (2003, p. 404).

Com efeito, não é fácil a tarefa de identificar os direitos materialmente fundamentais. Canotilho assentua que estes direitos podem estar alicerçados em outros diplomas legais denominando-os de cláusula aberta dos direitos fundamentais. Assim, para simplificar este reconhecimento, o presente autor propõe considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.

Nesse contexto, pode-se dizer que os direitos fundamentais são proposições jurídicas que resguardam a pessoa em sua essência, albergando e protegendo o seu modo de existir, em forma de direitos. Em razão desta relevância jurídica, os direitos fundamentais foram reconhecidos pelas teorias modernas com uma dupla dimensão, a objetiva e a subjetiva.

1.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem como meta conferir direitos aos indivíduos para exigirem do Estado o cumprimento de suas funções. A omissão ou ineficiência na prestação destes serviços pelo Estado confere ao cidadão o direito de exigir a sua devida implementação. São formas de reivindicação do direito não prestado ou mal prestado.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 476) sustenta que os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediata. Isso significa que os direitos constantes na Constituição Portuguesa como o direito à segurança social (art. 63º), o direito à saúde (art. 64º), o direito à habitação (art. 65º), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66º), o direito à educação e cultura (art. 73º), o direito ao ensino (art. 74º), o direito à formação e criação cultural (art. 78º), o direito à cultura física e ao desporto (art. 79º), são direitos com a mesma intensidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Esses direitos são irrenunciáveis e não se permite a sua omissão. Qualquer violação deve estar no espectro de atuação para exigir do Estado a sua imediata prestação.

A concepção de constituição programática incentivou um novo caminho para a exigência do direito frente ao Estado, ou seja, a constituição programática permitiu que se determinassem programas de ação a serem implementados, bem como a definição de tarefas a serem realizadas pelo Estado.

A dimensão objetiva representa uma atuação proativa e vigilante do Estado no cumprimento dos direitos elencados na Constituição. Nesta dimensão, o protagonista é o Estado enquanto sujeito fomentador e cumpridor dos direitos. Com a garantia de direitos difundida pelos direitos fundamentais, principalmente pelo sentido programático dos direitos, o Estado deixou de ser um ente omissor e assumiu papel de agente garantidor dos direitos. Sua omissão viola a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva, pela sua própria natureza, exigiu uma atuação preventiva do Estado visando sempre a efetiva prestação do serviço público. Leonardo Martins (2005, p. 81) complementa afirmando que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais independe dos sujeitos de direitos que a detém, pois o Estado cumpri-la-á em razão da sua existência no ordenamento jurídico.

Paulo Bonavides (2000, p. 541-542) aprofunda essa leitura dos direitos fundamentais afirmando que da dimensão jurídico-objetiva surgiram inovações constitucionais de

reconhecida importância como é o caso da irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; a elevação dos direitos fundamentais à categoria de *princípios*; a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais com perda do caráter de normas programáticas; a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; dentre outros”.³

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 476), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais modela as normas constitucionais de duas formas: com uma imposição legiferante, indicando a obrigatoriedade para o legislador atuar positivamente, criando condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos; bem como através do fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais. É um poder-dever-fazer para o Estado.

Denota-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais proporcionou um novo olhar para a figura do ente político, não mais como agente da lei e do poder, mas também como sujeito de obrigações frente ao indivíduo, cujas obrigações devem ser implementadas em razão das normas programáticas existentes.

Isso significa que, a dimensão subjetiva demonstrou que o cidadão é um agente reivindicante do seu próprio direito, uma vez que poderá exigir do Estado a sua implementação, na forma e moldes estabelecidos, afinal, é o cidadão buscando o seu direito. De outra forma, a

³ O autor cita ainda os seguintes efeitos e importância gerados pelos direitos fundamentais. “f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um “duplo caráter” (*Doppelcharakter; Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva - da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade - e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 541-542).

dimensão objetiva impõe ao Estado o ônus de cumprir o seu papel de implementador das políticas públicas.⁴

Diante disso, vamos aprofundar na responsabilidade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, materializando a dimensão objetiva.

1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A dimensão objetiva (CANOTILHO, 2003, p. 544) dos direitos fundamentais contemplou uma atuação proativa e vigilante do Estado na observância do direito constitucional (BONAVIDES, 2000. p. 541-542). Nesse contexto, evidencia a percepção de que o direito não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento de atuação e de pacificação social, de forma que, assume proporção ainda maior quando avaliado os direitos fundamentais com a sua exigência de aplicação imediata, conforme se extrai da Constituição Brasileira em seu artigo 5º, § 1º.

Isso significa que, a atuação proativa e vigilante do Estado é muito maior do que se imagina. O direito de propriedade, o combate ao racismo, o direito à saúde, à educação, o acesso à informação, a igualdade material e outros direitos, estão agora jungidos à atuação do Estado. A dimensão objetiva impõe ao Estado um dever de agir e promover os direitos dos cidadãos previstos constitucionalmente. Isso é o reflexo da constituição programática que personifica a nova matriz de Estado, um Estado constitucionalizado.

A doutrina e a jurisprudência apresentaram uma resposta a essa nova realidade. Criaram a teoria da reserva do possível⁵, como forma de amenizar a responsabilidade do Estado, sustentando que apenas são realizadas tarefas que estejam no âmbito de alcance orçamentário do Estado.

⁴ José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 480) afirma que da necessidade do Estado cumprir a sua obrigação, surge o argumento de defesa da reserva do possível. Isto é, a reserva do possível pode ser denominada de reserva do cofre cheio do Estado, ou seja, o Estado somente cumprirá se tiver recursos para fazer.

⁵ A teoria da reserva do possível teve sua origem no direito alemão com a finalidade de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação dos direitos sociais e fundamentais. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha proferiu uma decisão em caso abordando um grupo de candidatos a vagas nas faculdades públicas de medicina sem êxito no ingresso das instituições de ensino, devido ao critério de admissão que limitava o número de vagas. (CANOTILHO, 2003, p. 108).

Contudo, o argumento de defesa foi a criação da teoria do mínimo existencial⁶, isto é, por mais que o Estado não detenha condições de cumprir as suas obrigações, o mínimo existencial do ser humano deve ser cumprido, como se constata do direito à saúde e a educação. As teses jurídicas foram criadas para respaldar as atitudes dos governantes, ou seja, somente faz o que é possível, mas o essencial está alojado na prioridade do ser humano.⁷

Dessa forma, não há margem de deliberação do agente público para cumprir os direitos fundamentais. A sociedade é que determina a sua prioridade e o catálogo de direitos fundamentais serve de guia para traçar os passos do Estado, isto é, as diretrizes essencialmente constitucionais devem ser cumpridas sem espaço para deliberação pública.

A evolução dos direitos fundamentais superou a ausência de liberdade, em meados do século XVIII, através da conquista de um Estado Liberal, com os precedentes dos Estados Unidos, em 1787 (aprovação da Constituição) e a França, em 1791 (Constituição Francesa). O século XIX foi palco da exigência do valor igualdade, mediante o modelo de Constituição-garantia, em que as questões sociais foram acentuadamente questionadas. A construção de uma verdadeira cidadania exige a construção jurídica da igualdade material.

A esperança de coletividade, a defesa do meio ambiente, a sustentabilidade e o desenvolvimento foram as tônicas do século XX, em que o valor fraternidade esteve sempre presente. O conceito de democracia foi profundamente debatido no século XXI como forma de evitar um choque de civilização, bem como a forma de participação do cidadão na esfera pública. (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Neste conceito evolutivo de direitos fundamentais, bem como da própria ideia de Constitucionalismo, a pauta de exigência é a própria sociedade que determina, ou seja, o rol dos direitos fundamentais encontra-se previsto na Constituição, regulando a sociedade, ao mesmo tempo em que aquela é regulada por esta. (AUAD, 2015, p. 110).

⁶ Esta teoria teve seu início com as publicações de Otto Bachof, na década de 1950, ao sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Cerca de um ano após a formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando que, igualmente, com base na dignidade da pessoa humana, direito geral da liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direito e obrigações, o que implica principalmente na manutenção de suas condições de existência. (SARLET, 2015, p. 783).

⁷ Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 201) reconhecem que cabe ao poder público o ônus de comprovar a falta de recursos para a satisfação dos direitos dos cidadãos. Afirmam que, a teoria da reserva do possível tem sido utilizada de maneira equivocada, especialmente, para argumentar a impossibilidade de intervenção judicial e a sua omissão na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social.

Isso significa que quando se aborda o Estado como figura proativa na tarefa de implementar direitos, não se está a tratar de realidade isolada. Revela-se uma evolução de direitos que a sociedade sensibilizou para atingir e que exige o seu cumprimento e a sua implementação.

De acordo com Benjamin Constant (2015, p. 12), os mesmos direitos evoluem no tempo e fazem mudar a concepção de cada um. Em sua obra sobre a “Liberdade dos Antigos Comparado com a dos Modernos”, ele acentua que para os modernos, a liberdade não mais significa a participação nas decisões políticas da cidade, valor primordial para os antigos, já que esta obrigação deveria ser feita por representante que assumiriam a função política do Estado e permitiriam que os indivíduos se dedicassem ao trabalho. Portanto, ser livre para os modernos significava a conquista da autonomia privada, livre da ingerência do Estado.

Assim, a ebulição das reivindicações faz construir um campo fértil de direitos que precisa de um agente proativo para sua implementação. Neste momento, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ressurge para otimizar os direitos e implementá-los.

Mas a indagação que torna relevante é saber se os direitos conquistados no decorrer da história estão sendo efetivamente aplicados? Questionamento recente é sobre o andamento dos processos judiciais. As partes têm conseguido satisfazer a sua pretensão? A duração razoável do processo (BEDAQUE, 2007, p. 49) está alcançando a sua finalidade? Denota-se que o direito fundamental da celeridade processual passou a ser uma das pautas de discussões da sociedade.

O Estado tem incentivado alternativas para que este direito fundamental seja integralmente cumprido, mas essa tendência não tem sido satisfatória para romper a taxa crescente de congestionamento dos processos judiciais. É oportuno analisar o direito fundamental da celeridade processual.

1.4 Direito Fundamental da Celeridade Processual nos Sistemas Português e Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro constitucionalizou o acesso à justiça como um direito fundamental ao prever no artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.⁸ O direito brasileiro garantiu ao jurisdicionado o acesso irrestrito ao Poder Judiciário como medida de socorro para solucionar sua pretensão violada. Construiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

⁸ Pedro Lenza apresenta severa crítica a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, afirmando que o legislador deveria ter adotado uma afirmação direta e não indireta, seguindo a tendência de Itália, Alemanha, Portugal e Espanha. (LENZA, 2014, p. 1103).

Mas essa norma recebeu o seu *status* constitucional a partir da constituição de 1946, quando anteriormente era, de maneira frequente, excluída da apreciação do Poder Judiciário eventuais direitos, por intermédio de decreto-lei ou lei. Alguns autores afirmam que esta forma indireta de se referir ao livre acesso ao judiciário (lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário) encontra guarida no momento histórico de restrição vivido no direito de ação. A forma direta de resguardo de direitos foi devidamente prevista em outros textos constitucionais como é o caso de Itália, França, Portugal e Espanha (LENZA, 2014, p. 1103).

Mas a acepção da expressão “acesso à justiça” é reconhecida por alguns doutrinadores como uma ordem jurídica justa. Em razão disso, não basta o acesso à justiça, é imperioso um acesso à ordem jurídica justa. Kazuo Watanabe (1985, p. 128) afirma que “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

José Joaquim Gomes Canotilho reforça que a Constituição Portuguesa não faz referência expressa a uma justa decisão, mas tão somente ao acesso ao Poder Judiciário com direito a uma decisão em prazo razoável e mediante um processo equitativo. A ampliação de significados ocorreu no Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais em que menção ao acesso deve ser dado a partir de uma decisão judicial que esgote a causa e assegure um efeito útil (2003, p. 495).

Nestes termos, o discurso acerca da justiça da decisão é tema valorativo que não apresenta consenso. Contudo, uma afirmação perene é reconhecer o acesso à justiça como uma forma de prestação jurisdicional, isto é, uma resposta formal a um pedido formulado. A partir de então, é possível construir um entendimento sobre o devido processo legal que guiará esse acesso ao poder judiciário, através da constitucionalização de suas garantias processual que são o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Justamente, por isso, que o princípio do contraditório, da ampla defesa, da autoridade competente para julgamento, bem como da proibição da prova ilícita foram constitucionalizados no direito brasileiro, consoante se extrai do artigo 5º, inciso LIII, LIV, LV e LVI. Contudo, o livre acesso para o Poder Judiciário não se encontrava pleno diante do custo para obter esse direito, ou seja, o acesso não é pleno quando se exige o pagamento de custas processuais para demandar, pois algumas pessoas não teriam recursos financeiros para custear essa demanda.

Seguindo esse entendimento, sustentou-se que o acesso à justiça além de justo deve ser oportunizado a todos, de modo que as custas processuais e a necessidade de capacidade

postulatória não sirvam de argumentos limitantes deste direito. Somente assim, ter-se-ia, uma efetividade processual de amplo acesso.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1981, p. 04) construíram as três ondas renovatórias de transformação do direito processual. Para esses autores, a primeira onda é proporcionar uma assistência judiciária para os menos favorecidos, bem como disponibilizar ferramentas processuais necessárias para a proteção desses direitos. A segunda onda renovatória de transformação é a proteção da sociedade como um todo, ou seja, a tutela dos direitos difusos e coletivos. Por fim, a terceira onda renovatória de transformação é promover efetivamente a resolução dos conflitos de interesses que são apresentados, isto é, concretizar a efetividade processual, mediante uma reconstrução da jurisdição tradicional.

A generalidade dessa preocupação processual é tamanha que a Constituição Portuguesa previu em seu artigo 20, o princípio geral de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva. Isso revela que a efetividade processual não é argumento de retórica, mas sim um direito fundamental conquistado no decorrer da história que exige a sua aplicação. Denota que isso retrata a dimensão objetiva dos direitos fundamentais revelando os seus sinais de existência no direito constitucional.

Jorge Miranda (2014, p. 354) pondera que o desenvolvimento da tutela jurisdicional envolvendo o direito das pessoas são sinais de civilização jurídica. Contudo, na visão do autor, um Estado de Direito exige muito mais, como é o caso da reserva de jurisdição dos tribunais, enquanto órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, bem como a possibilidade de acesso a tutela jurisdicional em face dos particulares ou mesmo em desfavor do Estado.

Mas o que é devido processo legal? E o que se caracteriza efetividade dentro do devido processo legal?⁹ O devido processo legal compreende o processo justo? Em resposta a estas indagações pode-se considerar que o processo é muito mais do que instrumento de efetivação

⁹ Moniz de Aragão sedimenta que “Com efeito, a ausência de dados estatísticos obsta que os problemas do aparelho judiciário, do qual depende essencialmente a efetividade do processo, sejam convenientemente solucionados, do que resulta que as medidas adotadas em geral seguem sempre o mesmo rumo – aumento do número de juízos e juízes. Poucas exceções a essas regras podem ser apontadas, sobrelevando a criação de tribunais de alçada e a descentralização do foro, o que é muito pouco. Urge investigar os fatores determinantes da insatisfação, que não é apenas dos litigantes mas da sociedade, com o funcionamento do aparelho de distribuição da Justiça. Quais são os pontos de estrangulamento? Como removê-los? Há excesso de burocracia? Onde se localiza? Como eliminá-lo? O pessoal é suficiente? Produz o mínimo desejado? É caso de aumentar o seu número ou de aprimorar os atuais servidores e os métodos de trabalho? A cada Juízo podem valer-se da mesma infra-estrutura ? (...) A simples elevação do número de Juízes concomitantemente com a notória queda do padrão de qualidade do ensino jurídico (aliás do ensino em geral) pode vir a prejudicar o Poder Judiciário e a efetividade do processo (a própria realização do direito) mais do que é possível imaginar neste momento”. (ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Efetividade do Processo de execução**. In: Tutela executiva. Org. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011. p. 249-251. ISBN 978-85-203-4210-7).

da justiça. Processo é instrumento de dignidade do ser humano. Processo é ferramenta inteligente de defesa contra arbitrariedades e desrespeitos.

Processo é muito mais do que o processo civil pode conceituar. É uma palavra que tem muitas significações para o homem comum, representando a ferramenta que remedia muitas doenças, cura muitas angústias, reconhece muitos direitos e soluciona muitos desentendimentos. Verifica-se que para o cidadão o processo é o meio de solução dos seus problemas, recorrendo-se a ele sempre que o consenso não possa solucionar.

Tecnicamente, o termo processo tem diversos posicionamento sobre a sua natureza jurídica, seja como contrato; como quase contrato; ou mesmo como uma relação jurídica. O processo enquanto contrato parte da premissa de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). A teoria do processo como quase contrato afirma que se o processo não pode ser um contrato e nem um delito, só haveria de ser um quase contrato, pois o seu enquadramento ocorre na necessidade de alocar o processo nas categorias de direito privado. Por fim, o processo como relação jurídica construiu a ideia de que o processo possui uma relação jurídica processual contendo três elementos: o sujeito (autor, réu e Estado-juiz); o objeto (a prestação jurisdicional); e os pressupostos (pressupostos processuais). (CINTRA, 2006, p. 297).

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 49), atualmente, o processo pode ser entendido como “uma série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sustentam que o processo “é o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)” (2006, p. 295).

Denota-se que o conceito estabelecido ao processo exige uma coordenação sequencial de atos, mas também o cumprimento de todas as garantias de direito processual. Em outras palavras, o processo deve observar um conjunto de direitos e garantias para se obter a entrega da tutela jurisdicional; mas também deve cumprir uma formulação sistemática de acusação e de defesa ampla antes de restringir a liberdade, a vida e a propriedade das pessoas.

É possível afirmar então, que o processo fica condicionado ao procedimento adotado pela lei, cuja sequência de atos vincula o seu aplicador. José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 495), afirma que “dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos”. Humberto Theodoro Júnior assenta que “faz-se modernamente uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo”. (2006, p. 28).

Nesse panorama conceitual do processo, o princípio do devido processo legal ganha corpo como um princípio informativo e condutor. É um princípio informativo e condutor pois inspira o processo moderno e propiciam as partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real. (JÚNIOR, 2006, p. 28).

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que o processo deve observar as leis e principalmente oportunizar o direito de defesa e do contraditório, deve também pautar uma decisão razoável e proporcional ao caso em tela. Assim, pode-se dizer que o devido processo ontem duas acepções, uma processual e outra substancial. A concepção processual estabelece que a privação de liberdade vida ou propriedade deve observar os ditames legais. De outro lado, a concepção material reflete que mais do que um processo de observância da lei, exige o cumprimento de um processo legal, justo e adequado. (JÚNIOR, 2006, p. 28).

A concepção material do devido processo é fruto do cumprimento intransigente dos direitos fundamentais, ou seja, não há espaços para convenções diversas aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser cumpridos e admitindo apenas cedência recíproca entre dois direitos fundamentais, mas jamais ignorar a aplicação dos direitos fundamentais ao prazer deliberado das autoridades. Assim, devido processo material é uma ferramenta de observância da efetividade processual.

Isso revela que não basta ao direito ser acessível a todos, ele deve ser válido, efetivo, equitativo e principalmente célere para atingir a sua finalidade. E o mundo contemporâneo tem revelado que a prestação jurisdicional não se enquadra na celeridade necessária que a dinâmica social exige.¹⁰ Os desafios do Poder Judiciário são infindáveis para justificar essa morosidade, como a limitação orçamentária, o aumento do volume de processos, o baixo efetivo de magistrados frente a quantidade de processos, dentre outros.

Não há como exigir que os magistrados profiram decisões e sentenças em escala de produção como uma fábrica. Cada caso exige uma análise apurada e detalhada. Não fosse assim, o ser humano seria substituído nesta tarefa árdua de dizer o direito. A avaliação e a instrução probatória são tarefas que perpassam por um detalhamento que produzirá o direito. Neste procedimento não pode haver violação de direitos nem mesmo imparcialidade, sob pena de ferir o próprio direito.

¹⁰ Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justia, no Brasil, revelam que a cada ano, a taxa de congestionamento dos processos aumentam consideravelmente. Mais adiante, aprofundar-se-á nestes dados. Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

Em muitos casos, esse atraso na resolução do processo não é responsabilidade do Judiciário, mas sim, o sistema processual que conferiu recursos e prazos que protelam a atividade judicial. Nestes termos, o processo dificulta a si mesmo e, por consequência, atravanca o direito da parte. Isso é fruto da necessidade do cumprimento o devido processo formal, para se atingir um processo válido.

Contudo, a dificuldade do Poder Judiciário ou mesmo a imperfeição da legislação não é argumento apto a convencer o cidadão. Os argumentos da morosidade se tornam irrelevantes quando apresentados para os jurisdicionados que aguardam anos a decisão judicial do processo que solucionará o seu conflito de interesse, ou melhor, que reconhecerá o seu direito de indenização pela desapropriação do seu imóvel; que declarará a anulação de um contrato de plano de saúde que impede a sua internação; os casos são os mais variados e impactantes possíveis. O que os litigantes querem é a solução definitiva do processo.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 45) afirma que a morosidade judiciária “está conduzindo cada vez mais o direito de acesso à justiça à precariedade e ao descrédito; direito este que pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno”.

No momento em que Mauro Cappelletti e Bryant Garth construíram as três ondas renovatórias de acesso à justiça, eles pretendiam estabelecer um elo forte e de fácil acesso à justiça àqueles que estavam alheios a este cenário. Incentivaram a assistência jurídica gratuita aos necessitados; a defesa dos direitos difusos e coletivos e, por fim, a atuação desmedida do magistrado para que o processo atingisse a sua finalidade sem se romper no caminho por obstáculos falhos e prejudiciais à prestação da tutela jurisdicional.

O juiz, para cumprir a terceira onda renovatória do direito, deveria se valer do poder geral de efetividade, ou seja, buscar meios idôneos para que a tutela jurisdicional fosse prestada de forma tempestiva, legal e efetiva. Isso significa que o pleno acesso à justiça está diretamente relacionado ao ingresso em juízo pelos meios processuais adequados e disponíveis, gerando um devido processo legal, leal, probo e lícito, garantido por uma atuação efetiva do magistrado na produção de uma sentença válida e transitada em julgado de forma tempestiva.

José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 49) apresenta uma reflexão acerca da tentativa incansável de se promover a celeridade processual. Pondera o autor que se trata de uma perigosa ilusão imaginar que a celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. “Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõe a ideia do devido processo legal, não a única. A

morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”.

José Carlos Barbosa Moreira (1995, p. 168) pactua do mesmo entendimento e leciona que a efetividade do processo está relacionada aos seguintes elementos:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados (...); b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis (...); c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes (...); d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.

Denota-se que o legislador brasileiro, atento aos anseios da sociedade que suplicam por um processo legal e válido, editou a Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.¹¹

Esse inciso reflete a preocupação de todos os operadores do direito, porém incentivam a demonstrar soluções para que essa duração razoável do processo seja cumprida. Mas como avaliar se a duração do processo está sendo razoável. Alguns conceitos indeterminados apenas prejudicam a garantia dos direitos pois não garantem nada, apenas servem como letras regulamentadoras em branco. A ausência de direito continua da mesma forma.

Humberto Theodoro Júnior¹² leciona que a doutrina processualista evoluiu muito nos últimos anos, diante da argumentação apresentada nos debates científicos, porém de nada adianta discutir a natureza jurídica da ação, se, ao final, o produto do processo não produz resultado socialmente satisfatório. O que a sociedade se preocupa é com a instrumentalidade do

¹¹ Muitos doutrinadores sustentam que a duração razoável do processo já estava inserido no nosso ordenamento jurídico, seja através da previsão do princípio do devido processo legal, ou mesmo pela ratificação do Pacto de San José da Costa Rica que garantia a toda pessoa o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável.

¹² O direito processual civil do final do século XX deslocou seu enfoque principal dos conceitos e categorias para a funcionalidade do sistema de prestação de tutela jurisdicional. Sem desprezar a autonomia científica conquistada no século XIX e consolidada na primeira metade do século XX, esse importante ramo do direito público concentrou-se finalmente, na meta da instrumentalidade e, sobretudo, da efetividade.

Pouco importa seja a ação um direito subjetivo, ou um poder, ou uma faculdade para o respectivo titular, como é desinfluyente tratar-se da ação como direito concreto ou abstrato perante o direito material disputado em juízo, se essas idéias não conduzem à produção de resultados socialmente mais satisfatórios no plano finalístico da função jurisdicional”.

O certo é que o direito processual não pode ser justificado como um fim em si mesmo e que sua existência não têm tarefa a cumprir fora da boa realização do projeto da pacificação social traçado pelo direito material. Este, sim, contém o repositório das normas primárias de viabilização da convivência civilizada. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 01).

processo e o seu desfecho final, não mais com o meio que se percorre para se atingir este direito. As garantias processuais já estão consolidadas, o que é relevante neste momento é fazer com que estas garantias efetivamente produzam direitos e não mais emperrem processos nas prateleiras forenses.

A ponderação nas palavras de Humberto Theodoro Júnior sensibiliza a refletir para qual processo queremos no futuro: um processo célere ou um processo que não pacifica socialmente? E qual seria a duração razoável do processo?

A casuística determinará a duração razoável do processo. E, justamente, por isso, que Ada Pellegrini, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco afirmam que são necessários três critérios para se reconhecer a duração razoável do processo: a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional (2006, p. 93). Sem a análise desses elementos não há indícios para se demonstrar uma duração razoável do processo. Existe um contexto a ser considerado para se fixar um prazo de razoabilidade da duração do processo e os elementos identificados pelos autores acima auxilia a justificar a razoabilidade do tempo.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 499) ressalta de maneira importante que a celeridade processual não deve seguir uma justiça acelerada, pois a violação dos direitos fundamentais será desrespeitada da mesma maneira. “A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instância excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”.

Em tempos em que a celeridade processual é tema recorrente, o estudo dos direitos fundamentais é primordial para não se tripudiar e omitir estes direitos. Não se pode solucionar um problema construindo outros problemas. Nesse sentido, a celeridade processual deve ser objeto de estudo para se aferir a viabilidade jurídica dos atos processuais. Chegou-se o momento de analisar o processo que se pretende para o futuro do direito. E o que a história tem demonstrado é que a dinâmica social invoca uma nova ordem jurídica, sob a batuta dessa celeridade processual.

Caso instigante é a criatividade processual penal. Em casos de prisão preventiva, muitos litigantes refletem a celeridade processual e as vias urgentes de solução de demandas. Em casos em que não há decretações de prisões, o melhor remédio é a lentidão processual. Isso é possível pelos instrumentos processuais. Assim, o direito processual construiu o seu próprio veneno.

Em recente julgamento no Brasil acerca das prisões em segunda instância – habeas corpus nº 126.292, em trâmite no STF, o dilema foi interpretar o texto constitucional acerca da presunção de inocência. Para se atingir um resultado, a pauta de argumentos foi a expressão do

que seria justo, ao passo que o conceito de justiça é produzido na consciência de cada um a partir de suas experiências. Não se deve julgar o processo sob a força da justiça, mas sim, a partir dos parâmetros que o direito nos concede.

A discussão acerca da prisão em segunda instância no Brasil foi o argumento que se precisava para reconhecer que o processo no Brasil é lento e tardio, para tanto, subterfúgios jurídicos terão que ser considerados para que o processo não tenha sido em vão, isto é, para evitar a prescrição executória da pena a prisão em segunda instância passa a ser medida obrigatória e necessária. Não se pretende debater a constitucionalidade da prisão em segunda instância neste trabalho, mas apenas refletir acerca da instrumentalização do processo como forma de solução rápida do direito questionado.

A mesma reflexão é realizada nos processos de despejo e de reintegração de posse. A instrução probatória é medida necessária para a solução da lide. Porém, não se deve constituir como fator impeditivo para a solução rápida do processo, até porque, nestes casos, a demora é prejudicial para o detentor do direito que se encontra afastado de sua propriedade.

Em Portugal, a discussão acerca da efetividade do processo e o seu tempo de duração é tema de discussão que perdura anos. Portugal, assim como ocorreu no Brasil, viveu uma explosão de litigiosidade agravada pela falta organizacional do Poder Judiciário em responder a pretensão jurisdicional da parte interessada em tempo hábil.

Esta relação de avanço da litigiosidade em Portugal possui, em especial, um fator de desencadeamento que a doutrina afirma tratar-se do aumento da relação de consumo da sociedade como forma de impulsionamento da economia. Boaventura de Souza Santos (2013, p. 165) explica este fenômeno de maneira detalhada, com início nos anos 60.

“A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através dele, a integração das classes trabalhadoras no circuito do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitucionalmente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação sobre os bens de consumo duradouros, etc, etc”.

Este impacto social da litigiosidade somente se agravou no decorrer dos anos atingindo pilares insustentáveis de controle judicial. João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias (2001, p. 14) afirmam que “assistimos à denominada ‘explosão de direitos’, ao aparecimento de um número excessivo de processos passando por uma profunda ansiedade quanto à ‘burocratização do mundo da vida’, à juridificação das esferas sociais e à ‘colonização do mundo da vida’”.

O Observatório Permanente de Justiça Portuguesa faz periódicos estudos sobre os processos em andamento, sem segredos de justiça, e relatou que as garantias processuais são as grandes responsáveis pela demora dos processos, conhecidas como causas legais da morosidade. De acordo com o Instituto Português, as causas legais são fatores advindos da legislação processual e material responsável pela morosidade do processo. Conceição Gomes (2003, p. 10) afirma que:

“A legislação, designadamente a processual e a de custas, preveem procedimentos processuais que podem vir a ser qualificados como excesso de formalismo ou formalismo desnecessário à proteção das ‘partes’ intervenientes. Em uma simulação de duração de uma ação declaratória civil, com processo comum sob a forma ordinária, em ‘condições ótimas’ (intervenientes residem na comarca, não há incidentes, os progressos legais são todos respeitados) e por mero efeito dos prazos processuais esta acção teria 16 meses e 21 dias ‘reais’ de tempo de vida”.

Os abusos da litigância é outro fator de acúmulo dos processos portugueses. Em palestra realizada no Congresso da Cidadania, em fevereiro de 2005, Boaventura afirmou que 64% (sessenta e quatro por cento) de todas as ações cíveis que são ajuizadas nos tribunais portugueses são apresentadas por empresas que pretendem cobrar pequenas dívidas. Em suas palavras:

“Não são os cidadãos que estão a afogar os tribunais. Os magistrados são obrigados a julgar processos sem complexidade que, em média, estão relacionados com dívidas que não ultrapassam os 1250 euros. Os tribunais portugueses estão a ser colonizados por empresas que trabalham com áreas de crédito ao consumo, com telemóveis, televisão por cabo e cartões de crédito. Essa situação assume maiores proporções em Lisboa onde 84% das ações cíveis são interpostas por este tipo de empresas”.¹³

Em entrevista, o juiz do Supremo Tribunal de Justiça, Maia Costa, afirma que o excesso de prazo e de garantias prejudicam o desenrolar dos processos em especial nos processos de matéria penal. “Apesar de ter havido melhorias temos um processo penal onde se abusa sistematicamente das garantias de defesa”. Em resumo, conclui que “O processo penal está feito para não andar”.¹⁴ Elenca o juiz que o recurso para o Tribunal Constitucional tem efeito suspensivo, isto é, a pena não pode ser executada o que é motivo da generalidade dos atrasos dos tribunais superiores. Defende ele que o recurso não devia impedir que a pena começasse a ser cumprida.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Justiça em Portugal é afogada pela cobrança de dívidas. Disponível em WWW: <URL:<http://www.congressocidadania.com/>>”.

¹⁴ Disponível em WWW: <URL:<https://www.publico.pt/2018/12/03/sociedade/noticia/culpa-demora-megaprocessos-excesso-garantias-1853253>>.

Alguns casos tornaram-se emblemáticos em Portugal, diante da quantidade de recursos utilizados, fazendo com que estes processos perdurassem no tempo. Ficaram conhecidos como Casa Pia¹⁵ (principais crimes investigados de abusos sexuais de crianças e de pessoas internadas); Apito Dourado¹⁶ (investigados por corrupção, corrupção desportiva e prevaricação); BNP (envolvendo crimes de abuso de confiança, branqueamento de capitais e fraude ao fisco qualificada); Face Oculta¹⁷ (crimes de corrupção ativa e passiva, participação econômica em negócios tráfico de influência e furto); dentre outros.

Maria de Lourdes Rodrigues (2017, p. 19), juntamente com outros autores, sustentam que a crise da justiça em Portugal repousa em 4 momentos, todos iniciados a partir da promulgação da Constituição Portuguesa em 1976. O primeiro, foi de 1974 a 1976, refere-se ao período revolucionário pré-constitucional, no qual se desenharam linhas de ruptura e de continuidade com o sistema de justiça herdado do Estado Novo; o segundo, de 1976 a 1987 representa a preocupação de concretização dos princípios constitucionais; o terceiro, de 1987 a 2002, representa o período de estabilidade política e de consolidação e aplicação do novo edifício jurídico e, por fim; o quarto período, de 2003 a 2015, materializa a procura por respostas políticas a crise da justiça.

Neste último período, dois são os fatores responsáveis por esta crise institucional da justiça: a decepção da população pelo Poder Judiciário e a falta de recursos para promover políticas públicas de melhoria desta situação. Segundo os autores, em novembro de 2014 apenas 35% da população portuguesa tinha confiança na justiça local. Além disso, com a adesão de Portugal ao Euro, no ano de 2000, diversas regras de controle das despesas públicas foram adotadas o que implicou em medidas de redução dos gastos públicos em todos os setores, inclusive no funcionamento do Poder Judiciário.

“Nesta etapa, as políticas de justiça consistiram essencialmente em tentativas para corrigir o funcionamento das instituições do poder judicial, racionalizar os recursos e controlar os gastos públicos. Renovando a preocupação com a relação entre os cidadãos e as instituições de justiça, com sucessivos ajustamentos e mudanças incrementais, procurou-se resolver o problema da morosidade, dos atrasos, das pendências e das dificuldades de gestão e de liderança nos tribunais. Foi nesta etapa criada a figura do administrador do tribunal e do juiz presidente do tribunal de comarca. As palavras de ordem foram: descongestionar e controlar a procura (através da desjudicialização de algumas matérias e da promoção de regimes alternativos de resolução de conflitos); e modernizar (através da desburocratização, da simplificação e da informatização). As portarias 114 e 1538 de 2008 que regulam a tramitação

¹⁵ Disponível em WWW: <URL:https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_Casa_Pia.

¹⁶ Disponível em WWW: <URL:https://pt.wikipedia.org/wiki/Apito_Dourado.

¹⁷ Disponível em WWW: <URL:https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_Face_Oculta.

electrónica dos processos judiciais nos tribunais de primeira instância, instituindo o CITIUS, são exemplos paradigmáticos das políticas de justiça ao longo deste período. (2017, p. 30).”

As reflexões e críticas acerca dos casos processuais entre Brasil e Portugal são similares, pois em ambos países a instabilidade de tramitação processual preocupa a sociedade e reforça a tese divergentes sobre a celeridade processual, em especial, sobre a prisão penal enquanto pendente análise recursal.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, a celeridade processual assumiu posição de destaque, pois algumas metas foram criadas e o mapeamento da taxa de congestionamento dos processos foi evidenciado. O Conselho Nacional de Justiça¹⁸ tem produzido um trabalho de transparência dos dados, revelando que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, um aumento de 18,9 milhões de processos entre os anos de 2009 a 2016. A Justiça Estadual é responsável por 79,2% dos processos pendentes, seguida da Justiça Federal com 12,6% dos processos, da Justiça do Trabalho com 6,8% e os demais segmentos com 1,4%.

Contudo, ao mesmo tempo em que a taxa de congestionamento dos processos cresce de maneira significativa, registrou-se um aumento de 11,4% do número de sentenças e decisões entre os anos de 2015 e 2016, enquanto que o aumento acumulado dos últimos seis anos foi de 16,6%. Isso revela que a produtividade dos magistrados e servidores da justiça tem aumentado, porém não tem sido suficiente para superar a taxa de congestionamento dos processos. A cada dia mais processos são inaugurados no Poder Judiciário. A sociedade encontra-se cada vez mais litigando, elevando o número de processos anualmente.

Na Justiça Estadual brasileira, a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano gera um estoque equivalente a 3,2 vezes a demanda. Na Justiça Federal esse percentual cai para 2,6 vezes. Isso significa que, mesmo que o ingresso de processos fosse paralisado no Brasil, o Poder Judiciário levaria aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque atual, considerando o aumento de produtividade nos últimos anos.

Constatou-se que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes no Brasil, 12.907 ingressaram em juízo no ano de 2016. Esses números demonstram que a sistemática processual construída no direito brasileiro prejudica a duração razoável do processo e a celeridade

¹⁸ Consulta realizado no dia 13 de dezembro de 2017. Disponível em WWW: URL: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

pretendida não será atingida se a rotina não for alterada com o aumento de servidores e magistrados ou a modificação da legislação.

Em Portugal, foi criado em 2009, pela Direção Geral da Política de Justiça um sistema de estatística da justiça, com a finalidade de acompanhar o desempenho dos Tribunais. Conhecido como Projeto Hermes, esse sistema permite criar e importar ficheiros com resultados estatísticos, uma maior diversidade e atualidade dos dados.¹⁹

De acordo com o Sistema Hermes, a evolução dos processos findos ocorrida, entre 2001 e 2016, nos tribunais judiciais de 1.^a instância, por área processual, revela que foi na justiça cível que se registrou um aumento da duração média dos processos mais significativo, passando de 20 meses em 2001 para 33 meses em 2016. Este aumento foi contínuo até 2007 (33 meses), tendo-se no período seguinte registrado uma queda da duração média dos processos na justiça cível, para 29 meses. Em 2016, o tempo foi de 33 meses.

O aumento da duração média dos processos findos na área cível é explicado pelo tempo de duração das ações executivas cíveis, cuja duração média passou de 24 meses em 2001 para 46 meses em 2016. Dos anos 70 até os anos 2000 Portugal registrou um aumento de mais de 1000% no ajuizamento de processos dessa natureza e o número de processos pendentes aumentou em mais de 2000%. Por outro lado, a duração média nas ações declaratórias cíveis apresentou médias estáveis. Com efeito, em 2001 o prazo era de 18 meses e em 2016 foi de 17 meses. (PEDROSO, 2001, p. 22-23).

Os processos da área penal apresentaram para o período em análise entre 2001 e 2016 uma evolução da duração média relativamente estável, variando entre os 14 e os 8 meses, sendo essas as médias do início e do fim da série estatística apresentada. Os processos penais correspondiam em 2001 a 15,5% do número global de processos pendentes, passando em 2017 para 4,8% do total de processos pendentes.

É de se notar que Miguel Reale evidencia que o direito existe por diversos propósitos, dentre eles de produzir a operabilidade das relações jurídicas. A operabilidade, princípio de maior relevo para o nosso tema, materializa que o direito deve ser operável. Não deve se ajustar apenas a uma letra fria da lei. Deve conduzir o jurisdicionado a uma realidade prática e viável. Traduzindo este princípio para os direitos fundamentais, diante da constitucionalização do direito civil, os direitos devem ocupar os espaços para os quais foram criados e ser instrumento de mudança e de pacificação da sociedade.

¹⁹ Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>>.

Mas, como a duração razoável do processo está cumprindo a sua operabilidade? Os direitos fundamentais dependem de uma aplicabilidade imediata. Quando avaliado o princípio fundamental da celeridade processual (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 260) fica evidente que as autoridades brasileiras e portuguesas tem promovido algumas alterações legislativas com a finalidade de se cumprir o direito em tempo hábil. Um grande exemplo é a desjudicialização dos processos de inventário, partilha, divórcio, separação e execuções, como ocorreu com a edição da lei 11.441/07 no Brasil e a Lei 32/2014 em Portugal.

Diante do congestionamento dos processos judiciais delegou-se a atribuição de solucionar as situações jurídicas consensuais para os Tabelionatos de modo a promover a celeridade processual. Com isso, o direito fundamental da celeridade processual encontra-se no caminho da aplicabilidade a partir dos instrumentos extraprocessuais eleitos e que demonstram um resultado útil e efetivo no pouco tempo de implementação.

A recente alteração do Código de Processo Civil Brasileiro é uma demonstração que o Estado Brasileiro tem buscado alternativas para cumprir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Deve-se reconhecer que no direito brasileiro, a celeridade processual tem de passar necessariamente por uma reforma legislativa e superar alguns paradigmas para que a sociedade seja plenamente atendida em todos os seus direitos fundamentais.

A edição da lei 11.441/07, no direito brasileiro, significou um grande avanço para a celeridade processual e principalmente para combater o gargalo do Poder Judiciário. São mais de 2,2 milhões de atos realizados no extrajudicial que desafogaram o Poder Judiciário, como por exemplo, divórcios, inventários, separações e partilhas; dessa forma, o objetivo da legislação foi comprovadamente atendido, uma vez que todos saem vitoriosos com iniciativas desta natureza.

Mas muitos outros exemplos ainda não seguiram a mesma tendência e continuam a travar o judiciário, como por exemplo, os divórcios envolvendo menores e incapazes no Brasil; processo de interdição com parecer médico reconhecendo a incapacidade mental; processo de alienação de bens de bens imóveis envolvendo menores e incapazes. Há meios legais em que os processos extrajudiciais solucionam esta demanda, com a participação do Ministério Público. Portugal já superou esse dilema e autorizou que esses processos envolvendo menores e incapazes também sejam concluídos nas conservatórias, conforme Lei nº 61/2008.

De acordo com Elias Marques de Medeiros Neto (2015, p. 22), o poder judiciário não deve apenas entregar uma resposta ao jurisdicionado, mas também deve concedê-lo ferramentas e instrumentos para a efetiva realização do seu direito. Nesses termos, o direito processual deve passar por uma reflexão constante para avaliar se a essência dele ainda está sendo atingida, isto

é, disponibilizar um instrumento apto a promover a pacificação social de forma segura, ágil, efetiva e cumpridora da dignidade da pessoa humana.

O que se constata é que há um abismo entre o binômio da pretensão da parte (suposto direito alegado em juízo) e o efetivo reconhecimento do direito. O resultado desse abismo deve verter a efetiva incidência entre a vontade abstrata da lei e a vontade concreta materializada em decisão. Ao aplicador do direito deve compatibilizar essa incidência legislativa de maneira automática, fazendo com que o conflito de interesse seja rapidamente atendido.

Em outras palavras, entre a lei em tese que confere o direito à parte e a lei concreta que reconhece este direito existe o tempo para se entregar a prestação jurisdicional. Este fator tempo é que tem provocado angústia não apenas na sociedade, mas também nas instituições responsáveis por esta entrega da tutela jurisdicional. Por isso, o momento é de reflexão sobre a celeridade processual no Brasil e em Portugal.

Os instrumentos processuais devem ser construídos pelos operadores do direito, sob a responsabilidade de resolver de forma rápida o processo e não atravancar os métodos já eficazes. Contudo, nem todos os operadores do direito tem a boa-fé processual para auxiliar nesta árdua tarefa. O que se percebe é que em alguns casos a morosidade é argumento para defesa processual.

O pensamento que surge é que há uma distância longa entre a função jurisdicional e o fenômeno da incidência normativa. A produção da vontade concreta da lei é a tarefa de dizer o direito em tempo hábil e útil ao jurisdicionado, mediante a incidência normativa. Assim, ao jurisdicionado compete uma dupla tarefa, a de postular a sua pretensão e a de impedir a morosidade na entrega da tutela.

Em consequência, se a produção do direito é morosa, o que se dirá da execução deste direito, isto é, da materialização ou satisfação deste direito. No caso do processo de execução já temos um direito legítimo reconhecido a uma das partes materializada no título executivo. Diante disso, o que se espera do Poder Judiciário é apenas avaliar se o respectivo título não detém a eficácia suficiente para validar a negociação anteriormente estabelecida entre as partes.

Denota-se que a retórica estabelecida para cumprimento do princípio da duração razoável do processo está pautada na efetividade dos direitos fundamentais. Celso Ribeiro Basto desenvolveu uma obra acerca da hermenêutica constitucional em que elenca quatro postulados constitucionais que norteiam a tarefa da interpretação constitucional, são eles: a supremacia constitucional; a unidade constitucional; a maior efetividade possível e; a harmonização das normas constitucionais (1991, p. 172-179).

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, a efetividade constitucional compreende um dos axiomas delimitadoras da interpretação constitucional. Isto porque, a efetividade constitucional impõe a premissa de que não existem palavras inúteis no texto constitucional e toda e qualquer interpretação deve primar por um significado válido, sendo inadmissível um artigo sem efeito ou validade, sob pena de violação da própria constituição. Em suas palavras, “o postulado da efetividade possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial” (1991, p. 177).

José Joaquim Gomes Canotilho reforça a importância do princípio da efetividade das normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais, justamente porque o caráter programáticos das normas impõe uma vigilância constante para que estes direitos fundamentais sejam cumpridos, caso contrário, de nada terá valor os direitos sem a sua máxima aplicação. Assim, faz necessário o apontamento de suas ideias que segue: “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (2003, p. 227).

Diante disso, o princípio da duração razoável do processo, constitucionalizado nas normas brasileiras e portuguesas, deve ser interpretado em observância ao postulado constitucional da efetividade, ou seja, em todas as situações dever-se-á proceder a leitura desse princípio da efetividade como uma fonte condutora de todas as normas, como forma de se reafirmar o argumento de que não há palavras inúteis no texto constitucional. Toda norma é válida e deve ser aplicada imediatamente.

Assim, proceder-se-á a análise do princípio da efetividade no processo de execução por quantia certa no Portugal e no Brasil.

CAPÍTULO 2 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO NO DIREITO PORTUGUÊS

O sistema processual civil tem sofrido uma modernização como forma de promover cada vez mais a efetividade da jurisdição, ou melhor, pretendem construir uma prestação da tutela jurisdicional de forma célere e efetiva. Para tanto, conceitos arraigados nos pensamentos jurídicos passaram a ser relativizados e legislações começaram a sofrer modificações com a finalidade de se atingir o objetivo de tutela efetiva. O processo executivo não é diferente. Encontra-se na mesma rota de alterações para se construir um direito mais justo e equânime.

Neste capítulo tem-se por finalidade apresentar as alterações processuais ocorridas em Portugal para se atingir a celeridade e a efetividade processual na execução dos títulos, especialmente como forma de conjugar formatos judiciais e extrajudiciais, modelo que pode ser adotado em diversos países como é o caso do Brasil, com as devidas adequações.

O direito europeu possui diversos arranjos processuais de deslinde da cobrança de título, cada um com peculiaridades aptas a se construir um formato ideal. Assim, pode-se dizer que há diferentes instituições que atuam na realização forçada do direito, dentro do processo executivo.

Os responsáveis pelo processo de execução podem ser: a) o próprio tribunal, vinculando-o na tarefa de promover a gestão da execução dos títulos; b) um órgão administrativo, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, delegando esta atividade a terceiros estranhos ao judiciário; ou c) um agente de execução, com a intervenção do juiz apenas quando houver litígio.

Além disso, o agente de execução responsável por conduzir este procedimento pode ser um funcionário público ou ainda um profissional liberal, o qual exerce a atividade de nomeação oficial.

José Lebre de Freitas (2009, p. 24) apresenta um panorama geral do sistema executivo na Europa, sustentando que em alguns sistemas jurídicos, o tribunal só tem de intervir em caso de litígio, exercendo então uma função de tutela. O exemplo extremo é o da Suécia, país que encarrega da execução o Serviço Público de Cobrança Forçada, que constitui um organismo administrativo e não judicial.

Em outros casos, pondera o autor, que há um agente de execução que, apesar de ser um agente nomeado oficialmente, e, como tal, tenha o dever de exercer o cargo quando

solicitado, é contratado pelo exequente e atua extrajudicialmente, exercendo o papel de bem remover a execução dos títulos.

José Lebre de Freitas acentua ainda que a Alemanha e a Áustria também têm a figura do agente de execução, porém na qualidade de funcionário judicial pago pelo erário público, podendo os encargos serem suportados pelo executado, caso haja bens passíveis de solver a dívida, ou pelo exequente, em caso de execução injusta.

Miguel Teixeira de Sousa (2004, p. 14), seguindo o mesmo entendimento, afirma que há dois modelos importantes de execução de títulos: um primeiro, com concentração da execução nos tribunais, e outro, com atribuição desta função a um órgão não jurisdicional, que fica sujeito ao controle do Tribunal de Execução.

Denota-se que o procedimento executivo tem se modernizado para construir um sistema amparado na execução não jurisdicional, porém sob a supervisão e controle do Poder Judiciário. A segurança jurídica para se construir um sistema neste formato são justamente os elementos imprescindíveis para a constituição do título executivo, que no direito europeu denomina de fórmula executiva.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 96) sustenta que na Itália, França e Alemanha há previsão expressa de se conter nos comandos judiciais a fórmula executiva, sob pena de não se valer como título executivo. Na Itália essa cláusula recebe os seguintes termos, “determinamos a todos os oficiais judiciários que forem solicitados e a todos aqueles a quem couber, que ponham em execução o presente título; ao Ministério Público, que lhe dê assistência; e a todos os oficiais da força pública, que cooperem, quando forem legalmente solicitados”.

Efetivamente o direito europeu tem caminhado para um sistema simplificado de execução, partindo da premissa de que o título executivo já se encontra consolidado e constituído por autoridade competente, cabendo, apenas e tão somente, em caso de descumprimento da obrigação, a operacionalização da cobrança que pode ser realizado por qualquer agente investido nesta função.²⁰ Isto em razão, em certas localidades, da própria

²⁰ O Conselho da Europa editou, por meio de sua Comissão para Eficiência da Justiça (CEPEJ), a recomendação nº 17/2003, que definiu a facilitação da efetividade e economia das execuções como uma de suas prioridades e traçou normas gerais para que os estados-membros zelassem por tal preceito (CHARDON, Mathieu. **How to implement common standards of enforcement law?** In: VAN RHEE, C.H.; UZELAC, Alan (coord.). *Enforcement and enforceability – tradition and reform*. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2010, p. 113).

fórmula executiva²¹ adotada nos títulos executivos servindo de comando de execução. Os próprios auxiliares judiciais são valorizados na sua atuação do processo executivo, exprimindo uma segurança para sociedade ao reivindicar a sua tutela executiva.

Em sendo assim, pode-se afirmar que o sistema europeu não é dotado de uniformidade nos procedimentos executivos, nem mesmo detém uma formulação predominante, mas, evoluiu no formato de efetivar o direito a partir de um título executivo. Assim, este estudo tem a finalidade de comparar o modelo português com o sistema brasileiro, apresentando um panorama de reformulação que se pode implementar no Brasil de modo a se cumprir o direito fundamental da celeridade processual.

2.1 O modelo português de execução dos títulos

O direito português tem vivenciado uma rotina de transformação mediante as alterações legislativas com a finalidade de se promover uma tutela célere e efetiva, em cumprimento ao que dispõe o artigo 20 da Constituição Portuguesa, como princípio geral “o acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”, em especial o parágrafo 5º quando menciona procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade, concebida em tempo hábil.

Em matéria de processo de execução, o direito português segue a mesma tônica do direito europeu com o propósito de entregar ao jurisdicionado uma justiça com vigor, sólida e apta a fazer efeito em sua vida e não uma justiça tardia. O sistema processual português manteve-se fiel ao modelo jurisdicional até meados de 2003, incumbindo a este a realização de todos atos executivos.

Contudo, dois acontecimentos marcantes iniciaram um período de reforma legislativa: o Regulamento nº 44/2001²² da Comunidade Europeia, bem como o relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

²¹ Cândido Rangel Dinamarco afirma que as fórmulas executivas são simples certificados oficiais ou até mesmo comandos oficiais requeridos pelo interessado e emanados pelo juiz, nos títulos judiciais, ou pelo tabelião, nos títulos extrajudiciais, consignando a aptidão de um determinado documento para ser executado. (DINAMARCO, 2002, p. 96). James Goldschmidt leciona que a idéia é que, por meio da fórmula, os agentes executivos possam promover a execução sem a necessidade de um exame aprofundado das causas que deram ensejo ao título executivo. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 447).

²² O regulamento nº 44/2001 reconheceu que “certas disparidades das regras nacionais em matéria de competência judicial e de reconhecimento de decisões judiciais dificultam o bom funcionamento do mercado interno. São indispensáveis disposições que permitam unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápida e simples das decisões proferidas nos Estado-membros abrangidos pelo presente regulamento.”

O Regulamento da Comunidade Europeia foi impulsionado por um movimento de reforma legislativa do sistema de execução, cuja matriz de pensamento era a celeridade processual: “são indispensáveis disposições que permitam unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápida e simples das decisões proferidas nos Estados-Membros abrangidos pelo presente regulamento”²³.

O Observatório propôs uma significativa reforma no modelo de execução, com inspiração no sistema francês, reservando ao magistrado apenas a prática de atos essencialmente jurisdicionais. Esse panorama permitiu com que o direito português sofresse o influxo da desjudicialização, fenómeno que já era realidade no direito europeu, e que reorganizasse a forma de se fazer justiça, iniciando-se com a reforma de 2003 (PAIVA; CABRITA, 2013, p. 116).

Eduardo Paiva e Helena Cabrita (2013, p. 116) sustentam que a finalidade primordial da reforma de 2003 foi “reduzir a excessiva jurisdicionalização e rigidez da ação executiva; atribuir aos agente de execução a iniciativa e a prática dos actos necessários à realização da ação executiva; libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvam um função jurisdicional”.

De acordo com Miguel Teixeira de Sousa (2004, p. 13), a reforma de 2003 permitiu com que fossem estabelecidas características próprias no direito português como a busca de satisfação do crédito executado em um prazo razoável; transferência ao agente de execução a competência para a prática de certos atos executivos; dispensa do despacho liminar do juiz da execução sobre o requerimento executivo quando a execução tenha por base certos títulos executivos; dispensa legal da citação do executado antes de realização da penhora quando não haja despacho liminar, e admissibilidade da dispensa desta citação prévia pelo juiz de execução sempre que haja receio de perda da garantia patrimonial; concentração de várias execuções movidas pelo mesmo devedor; intensificação do dever de cooperação do devedor, com a indicação dos bens passíveis de penhora; publicidade dos bens do devedor que foram penhorados.

Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 14) sintetizou o contexto e a evolução do processo de execução no direito Português demonstrando que o direito moderno evoluiu para um caminho sem volta, com o objetivo de se amparar o jurisdicionado através de solução

²³ Regulamento CE n. 44/2001, de 22 de dezembro de 2000. Disponível em WWW: <URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001R0044>>.

jurídica célere e não mais reservar-se a vaidade e a prazeres de deter o processo a um agente ou outro.

Portugal manteve a dualidade de ações para condenar e executar, porém rompeu a sistemática de vinculação do processo executivo com o poder judiciário. A atuação dos magistrados nos processos de execução passou a ser eminentemente de fiscalização e eventual, de modo que as demais atribuições de julgar seja a tônica da sua atividade. Apenas ocorrerá a intervenção judicial em caso de litígio surgido na pendência da execução (art. 809, 1-b), ou quando deva proferir em alguns casos despacho liminar sobre atos executivos (art. 809-1-a, 812 e 812-A), resolver dúvidas (art. 809-1-d), garantir a proteção de direitos fundamentais ou de matéria sigilosa (art. 833-3, 840-2, 842-A, 847-1, 843-3, 850-1, 861-A-1), ou assegurar a realização dos fins da execução (art. 856-5, 862-A, nº 3 e 4, 866-C-1, 893-1, 901-A, nº 1 e 2, 905-2) (Theodoro Júnior, 2014, p. 14).

Denota-se que o direito europeu moderno regulamentou a atuação do magistrado em sua função estritamente de decisão, delegando a outros agentes a atividade de conduzir o processo executivo. Em outras palavras, seria dizer que não se eliminou a jurisdicionalidade do processo de execução, mas sim reduziu a intervenção judicial a ato de decisão, como forma de compor a lide e solucionar de maneira célere o processo.

Especificamente em matéria de execução dos títulos, a evolução da sua formatação para um modelo misto de jurisdicionalidade foi possível, principalmente pela certeza contida no título executivo que se pretende cumprir, ou seja, pretende-se cumprir uma obrigação em que a parte já consolidou a vontade e a obrigação, bem como caracterizou-se o respectivo descumprimento, o que autoriza a sua exigência formal.

Esse passo importante de modernização do Direito Português, em matéria de execução de títulos, ocorreu em razão dos números preocupantes que assombravam as suas estatísticas processuais. Entre os anos 1970 a 2000, Portugal obteve um crescimento de mais de 1000% de litigiosidade nas execuções de títulos, crescendo de 23.778 em 1970 para 203.140 no ano de 2000. O número de processos pendentes aumentou na ordem de 2000%, ou seja, passou de 14.241 em 1970 para 394.843 em 2001 (PEDROSO; CRUZ, 2001, p. 22-23).

Esse panorama preocupante do processo executivo fez com que Portugal reformulasse a maneira de se promover a prestação jurisdicional. Reconheceu que o processo de execução não é medida de decisão, mas sim, ferramenta de operacionalização do direito da parte, materializado em um título executivo judicial ou extrajudicial. De acordo com Marcos Carvalho Gonçalves (2018, p. 19-20), “as ações executivas, partindo de um direito previamente declarado

e/ou reconhecido num título executivo, destinam-se a permitir o cumprimento coercitivo da obrigação, através do poder de autoridade do Estado”.

Eduardo Couture (1993, p. 453) acrescenta que “diversamente do que sucede no processo declarativo o processo executivo caracteriza-se por ser um processo de máxima eficácia e de mínima amplitude, já que a jurisdição começa pela invasão da esfera própria do demandado ocupando os seus bens e criando por antecipação um estado de sujeição a favor do credor”.

Assim, diversamente do que ocorre no processo declaratório, o processo executivo é sistematizado por um título executivo em que o credor tem o direito de implementação da satisfação coativa, o que abrevia o ciclo processual e autoriza uma operacionalidade mediante agentes autorizados a cumprir a vontade manifestada no título executivo.

Isso significa que a força de certeza existente no título executivo permitiu distinguir com clareza a necessidade do poder de decisão nas ações declaratórias, bem como o poder operacional nas ações executivas, afastando neste caso, da atuação direta do Poder Judiciário. Com efeito, reconhecida a operabilidade do processo executivo, bem como a sua desjudicialização, cabe agora desvendar o processamento dos autos de execução no direito português.

2.2 A evolução do procedimento de execução em Portugal

De acordo com o direito português, o modelo vigente no Código de Processo Civil de 1961 incumbia ao juiz o processamento de todo o processo executivo incluindo desde a apreciação dos requerimentos executivos como também a determinação da citação, da penhora, da formalização da penhora, da avaliação, da apreciação dos embargos, do pagamento e da extinção da execução, como ocorre com o direito brasileiro atualmente.

Entretanto, a evolução processual permitiu concluir que o arranjo processual não era mais condizente com a eficácia social exigida do processo, ou seja, os anseios sociais ficaram muito mais sólidos por uma decisão rápida do processo, o que exigiu a sua releitura processual, consoante acima apresentado.

A reforma operada em 2003 no direito português, através do Decreto nº 38/2003, foi decisiva para se buscar a tão almejada celeridade processual mediante a inserção da figura do agente de execução, inspirado no direito francês, recebendo a atribuição de movimentar o processo executivo, sob a fiscalização do magistrado, e cumprir o desiderato das partes que é a entrega da tutela jurisdicional, isto é, satisfação do crédito em tempo hábil.

Nesse primeiro momento da reforma, o juiz manteve o poder geral de controle sobre os processos e sobre os agentes de execução com a finalidade de fiscalizar e orientar. Há quem entenda²⁴ que a alteração legislativa de 2003 como sendo tímida para se alcançar os efeitos pretendidos, porém necessária para se percorrer os avanços futuros esperados. A intervenção judicial ainda ocorria de maneira muito acentuada o que prejudicava o amplo avanço do processo.

José Lebre de Freitas (2009, p. 27) assim resume a respectiva inovação: “na reforma legislativa de 2003 (DL 38/2003), o juiz tinha o poder geral de controle do agente de execução, podendo exercê-lo de ofício. Podia também o juiz destituir o agente de execução, em razão de atuação dolosa ou negligente ou violação grave dos deveres estatutários.”.

O segundo momento da reforma legislativa do processo de execução ocorreu com a edição do Decreto Lei nº 226/2008, conhecido como a “reforma da reforma”, e aperfeiçoou os avanços conquistados, apesar de ter sido considerada uma preocupação para a doutrina²⁵.

Foi capitaneada por três grandes objetivos: o primeiro foi tornar a execução de títulos mais simples com a eliminação de formalidades processuais irrelevantes²⁶; o segundo promoveu a eficácia da execução através do aumento do número de agentes de execução, com a livre destituição das nomeações pelo exequente, a modificação do regime remuneratório, a criação da comissão para a eficácia das execuções e a introdução da arbitragem para o julgamento dos conflitos; e, o terceiro foi evitar ação executivas inúteis, por meio da criação de uma lista pública contendo dados de todas as execuções frustradas (RIBEIRO, 2013, p. 127).

Por fim, em 2013 o modelo de execução português passou por uma nova reforma, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil Português, observando a tendência da desjudicialização, apesar de reavaliar os poderes recebidos pelo agente de execução na reforma de 2008.

Rui Pinto (2013, p. 42) resume a reforma de 2013 em cinco grandes alterações, “(a) diminuição do leque de títulos executivos extrajudiciais ...; (b) alargamento das categorias de

²⁴ Conferir: SILVA, Paula Costa e. **As linhas gerais da reforma do processo civil**. In: Estudos em honra de Ruy de Albuquerque. Lisboa: faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 383-394.

²⁵ Virgílio da Costa Ribeiro sedimenta que “em consequência, na decorrência do modelo resultante das alterações de 2008, com a atribuição de competência para a realização das diligências de execução a um agente externo ao tribunal e na dependência direta do exequente, para que sejam ultrapassadas eventuais inconstitucionalidades, afigura-se-nos imperiosa uma nova intervenção legislativa de modo a reequilibrar a ação executiva, procedendo-se a uma alteração da tramitação da execução que tenha em conta a referida realidade” (RIBEIRO, Virgílio da Costa. **As funções do agente de execução**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 34).

²⁶ Foram abolidas intervenções do magistrado desnecessárias, reservando-se apenas para a solução de conflito; reforçou o papel do agente de execução e admitiu-se o requerimento executivo eletrônico ao agente de execução.

agentes de execução ...; (c) reforço do direito do agente de execução ao pagamento dos honorários e despesas ...; (d) necessidade de fundamentação da destituição do agente de execução pelo exequente ...; (e) redistribuição das competências entre juiz, agente de execução e secretaria”.

Assim, percebe-se que a reforma de 2013 do processo de execução em Portugal permitiu equilibrar as mudanças legislativas perpetradas no tempo, de modo que as atribuições do agente de execução não ficassem totalmente amarradas sob a autoridade do magistrado e nem mesmo que aquele tenha liberdade suficiente para não se submeter a fiscalização do magistrado.

Nesse compasso, pode-se dizer que a evolução da execução civil em Portugal foi alicerçada sob a figura do agente de execução, bem como da oxigenação do magistrado na atividade de dizer o direito, sobretudo nos processos declaratórios, permitindo assim, que a execução tivesse ritmo próprio para dar vazão ao seu contingenciamento.

Resta agora avaliar os itens da reforma de 2013, bem como o procedimento extrajudicial pré-executivo, introduzido pela Lei nº 32, de 2014.

2.3 O procedimento extrajudicial pré-executivo – Lei nº 32/2014

A exposição de motivos contido na Lei nº 32, de 2014, esclarece a finalidade do procedimento extrajudicial pré-executivo ao estabelecer que esta lei criou um procedimento de natureza facultativa e que permite ao credor, mediante um título executivo idôneo, proceder à consulta dos bens passíveis de penhora do devedor, através do agente de execução, auxiliando assim, na efetividade do futuro processo executivo a ser instaurado.

Petrony (2014, p. 14) questiona a violação ao direito fundamental da intimidade e da vida privada das partes, ao ter a divulgação desta informação. Contudo, o sigilo destes dados é auditado pelo Ministério da Justiça e toda consulta realizada pelo agente de execução é registrado, legitimando apenas aqueles autorizados pela lei.

O resultado das consultas gera um relatório pelo agente de execução, indicando os bens passíveis de penhora do devedor que servirá de subsídio para o credor optar em executar ou não a dívida, promovendo a convalidação do procedimento extrajudicial pré-executivo em processo de execução, ou então, a notificação do devedor para pagar a dívida ou mesmo formular proposta de acordo. Não sendo requerido nada pelo credor, o agente de execução procede a inserção do nome do devedor na lista pública de devedores, auxiliando na divulgação dos sujeitos que não tem condições de satisfazer suas obrigações.

A exposição de motivos da Lei nº 32/2014 resume a preocupação do legislador ao autorizar o acesso ao banco de dados de pessoas e instrumentaliza mecanismo de triagem das consultas realizadas pelo agente de execução. “(...) em nome do direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada, o acesso às bases de dados pelo agente de execução e a prática de todos os atos do procedimento devem ficar registrados na plataforma informática de suporte ao mesmo, administrada pelo Ministério da Justiça.”²⁷

A Lei nº 32/2014 é dividida em 34 artigos e construiu um procedimento extrajudicial pré-executivo e facultativo que confere ao credor o direito de identificar bens passíveis de penhora do devedor através da disponibilização de informação e consulta na base de dados de acesso eletrónico prevista no Código de Processo Civil de 2013.²⁸

O procedimento extrajudicial pré-executivo é deflagrado com um requerimento do credor, apresentado em plataforma eletrónica²⁹ do Ministério da Justiça ou por este aprovada, desde que tenha os seguintes requisitos: presença de título executivo passível de execução, conforme art. 550 do Código de Processo Civil; a caracterização de dívida líquida, certa e exigível; indicação do número de identificação fiscal em Portugal do requerente e do requerido.³⁰

O requerimento inicial deve identificar o requerente e o requerido bem como o valor da dívida discriminando o capital; juros vencidos e taxa aplicável; juros compulsórios; eventuais impostos; taxa da justiça; valores pagos no âmbito do procedimento. Deverá, ainda, expor sucintamente os fatos e pedir os juros vincendos e os valores a pagar ao agente de execução à título de honorários. O título deverá ser anexado ao requerimento mediante cópia digitalizada em formato “pdf”, conservando o original até a prescrição da dívida.³¹

²⁷ Exposição de motivos da Lei nº 32/2014.

²⁸ Art. 2º da Lei nº 32/2014.

²⁹ Esta plataforma encontra-se regulamentada pela Portaria 349/2015. Disponível em WWW: <URL:<http://www.pepex.mj.pt>>.

³⁰ Art. 3º e 4º da Lei nº 32/2014

Apenas é obrigatório a constituição de advogados, em Portugal, para as execuções que excederem o valor de 30.000 Euros. Porém, para a apresentação de oposição à execução ou penhora e também pra recorrer é necessário a constituição de advogado, independentemente do valor.

É importante esclarecer que o presente procedimento apenas abarca as situações de pagamento de quantia certa, não admitindo os casos de obrigação de entrega de coisa certa ou de prestação de fato.

³¹ O credor apenas terá a obrigação de juntar o título executivo original em caso de conversão do procedimento extrajudicial em processo de execução.

Apresentado o requerimento, não é mais passível de aditamento ou alteração dos elementos constantes. Eventual notificação ao requerente serão efetuadas em suporte papel para o domicílio indicado no requerimento.³²

Distribuído o requerimento pré-executivo, o requerente receberá um identificador único de pagamento, referente aos valores devidos pelo início do procedimento. Efetuado o pagamento até o 5º dia útil o requerimento será encaminhado ao agente de execução e disponibilizado o respectivo contato ao requerente. Não ocorrendo o pagamento, o requerimento fica automaticamente sem efeito.

A distribuição do requerimento é automática observando o critério de proximidade geográfica entre agente de execução e requerido.³³ Recebido o requerimento pelo agente de execução³⁴ este tem o prazo de cinco dias úteis para recusar, realizar as consultas e elaborar relatório com base no resultado encontrado. As consultas compreendem a base de dados da administração pública tributária, da segurança social, do registro civil, do registro nacional de pessoas coletivas, do registro predial do registro do comércio, do registro de veículos e demais arquivos passíveis de localização de bens do devedor³⁵.

É facultado, ainda, a consulta da base de dados dos processos de execução, com a finalidade de descobrir a existência ou não de processo de execução em curso em desfavor do executado. Cada consulta gera identificação do agente de execução que efetuou a consulta, bem como o procedimento para o qual a consulta é efetuada, além da data e hora da consulta e as bases consultadas. É vedado a consultada para fins diversos do previsto na lei.³⁶

O resultado da consulta gera um relatório indicando a existência ou não de bens passíveis de penhora, ou mesmo se eles encontram onerados ou livres. Com a notificação do relatório, o requerente tem o prazo de 30 dias para solicitar a convolação do procedimento em extrajudicial pré-executivo em processo de execução ou a intimação do devedor para pagar a dívida celebrar acordo, indicar bens passíveis de penhora ou opor-se ao procedimento.

³² Art. 5º da Lei nº 32/2014.

³³ Art. 6º e 7º da Lei nº 32/2014.

³⁴ Nas palavras de Marco Carvalho Gonçalves, o agente de execução dispõe de uma competência substancialmente reforçada no que concerne a possibilidade de recusar o requerimento executivo. “Diríamos mesmo que o legislador atribui-lhe competência de natureza jurisdicional, máxime no que diz respeito à possibilidade de recusar o requerimento executivo quando a obrigação exequenda não seja certa, exigível ou líquida ou quando o documento apresentado não constitua título executivo idôneo”. (GONÇALVES, 2018, p. 544).

³⁵ O Banco de Portugal deve permitir ao agente de execução ter acesso a informação de contas bancárias que o requerido seja titular.

³⁶ Art. 9º da Lei nº 32/2014

Intimado o devedor, terá ele o prazo de 30 dias para: a) pagar a dívida, com os acréscimos; b) celebrar acordo; c) indicar bens passíveis de penhora ou opor-se ao procedimento, com a advertência de que a sua inércia gera a inserção na lista pública de devedores³⁷. A intimação será acompanhada do título executivo e dos demais documentos que instruem o procedimento.³⁸

Caso o devedor indique bens passíveis de penhora, o requerente é notificado para, em 30 dias, requerer a convolação do procedimento extrajudicial pré-executivo em processo de execução sob pena do procedimento ser automaticamente extinto.³⁹

Com a apresentação de oposição ao procedimento extrajudicial pré-executivo, preferencialmente, via eletrônica, deverá o devedor se valer dos fundamentos previstos no Código de Processo Civil, cuja tramitação será autônoma, como processo especial de oposição. Enquanto não houver julgamento da oposição, não poderá instaurar processo de execução com base no mesmo título sob pena de extinção imediata pelo agente de execução, assim que constatado o ocorrido.

É importante consignar o posicionamento doutrinário⁴⁰ acerca da oposição apresentada pelo requerido, impedindo o requerente de instaurar o processo de execução com base no mesmo título, enquanto não for julgado a oposição. Produz, na verdade, um efeito suspensivo implícito.

Em verdade, o recurso ao PEPEX impõe ao requerente uma situação desfavorável aquela que se encontrava anteriormente, pois, em se tratando de processo de execução, eventual oposição não suspende a execução (art. 856). Todavia, no procedimento do PEPEX, a oposição produz um efeito suspensivo sem que o crédito esteja garantido patrimonialmente.

³⁷ “Constata-se por isso, que o PEPEX encerra em si mesmo uma natureza coativa e/ou sancionatória, que lhe advém da particularidade de o requerido ser obrigado a tomar uma posição expressa sobre o procedimento – pagando, celebrando um acordo de pagamento, oferecendo bens à penhora ou deduzindo oposição –, sob pena de, nada fazendo, ver seu nome inscrito na lista pública de devedores” (GONÇALVES, 2018, p. 550).

³⁸ Art. 12º da Lei nº 32/2014.

³⁹ Art. 15º da Lei nº 32/2014.

⁴⁰ GONÇALVES, 2018, p. 549.

Havendo o julgamento procedente da oposição, o requerente do procedimento extrajudicial pré-executivo não pode instaurar ação executiva com base no mesmo título.⁴¹ Marco Carvalho Gonçalves pondera que a impossibilidade de se instaurar ação executiva com base no mesmo título que tenha sido objeto de julgamento procedente de oposição deve ser entendido com cautela. O autor menciona que havendo casos de julgamento procedente com base numa questão processual ou formal produzirá tão somente o efeito de coisa julgada formal, portanto, intraprocessual, o que não impediria a instauração de ação executiva com base no mesmo título.

Com efeito, a impossibilidade de se instaurar nova ação executiva pela procedência da oposição apenas ocorrerá quando tenha coisa julgada material e o mérito da ação tenha sido decidido (GONÇALVES, 2018, p. 550). Não havendo a apresentação de oposição, as partes podem pactuar o pagamento da dívida, mais juros e honorários do agente de execução em parcelas mensais e sucessivas, cujo plano de pagamento será comunicado ao agente de execução para efeito de registro do procedimento.

O acordo provoca a extinção do procedimento extrajudicial. O não pagamento de qualquer das prestações devidas provoca o vencimento antecipado das demais, devendo o requerente solicitar a convolação do procedimento em processo de execução, sob pena de extinção automática do procedimento.⁴²

A conversão do procedimento no processo de execução deverá observar o cumprimento cumulativo de dois requisitos: apresentação de requerimento executivo ou de requerimento de execução de decisão judicial condenatória, bem como a juntada do relatório elaborado pelo agente de execução.

Em caso de conversão do procedimento em processo de execução, não há o pagamento dos honorários e despesas de agentes de execução pela fase inicial do processo executivo e, também, do valor a título de consulta das bases de dados. A justificativa desse não pagamento das taxas refere-se ao fato de já terem sido pagas na fase prévia dispensando o pagamento

⁴¹ Art. 16º da Lei nº 32/2014. Nos termos do artigo 16 do citado diploma legal, não é necessário constituir advogado até o limite legal estabelecido (superior à alçada do tribunal de primeira instância. A oposição é tramitada de forma autônoma em razão deste ato compor uma fase extrajudicial do procedimento pré-executivo, impossibilitando assim, o julgamento judicial de uma fase procedimental extrajudicial.

“Na realidade, a decisão que vier a julgar procedente a oposição, pronunciando-se sobre o mérito da relação jurídica substantiva a que o crédito diz respeito, produz o efeito de caso julgado material, ou seja, impede nova pronúncia de mérito sobre a mesma relação jurídica constante do título executivo. Isto porque, a oposição ao PEPEX (tal como a oposição à execução) reveste a natureza de uma ‘contra-acção destinada a obstar à produção dos efeitos do título executivo, ou seja, funciona como uma petição de uma ação declarativa e não como contestação de uma acção executiva’”. (GONÇALVES, 2018, p. 550).

⁴² Art. 17º da Lei nº 32/2014.

cumulativo e posterior, cumprindo o princípio da economia processual (GONÇALVES, 2018, p. 552).

Na conversão, não são repetidas as diligências para a localização de bens penhoráveis ou a apresentação de relatório. No entanto, nos procedimentos que tenham sido concluídos sem a identificação de bens passíveis de penhora e que não tenham sido convertidos em processo de execução, o requerente pode, no prazo de até três anos, solicitar novas consultas.

O requerido não é notificado acerca das novas buscas quando já se encontra inserido na lista pública de devedores. Se o agente de execução responsável a época da consulta ou relatório não for mais habilitado para tanto, será designado outro agente de execução.⁴³ O não recebimento da dívida permite ao credor obter a certidão de incobrabilidade da dívida com a finalidade de, não apenas deduzir o imposto local (IVA), mas também considerar como custo da empresa e ter o devedor como figurante de obrigação incobrável resultante de descumprimento contratual.

Os atos praticados pelo agente de execução no âmbito do procedimento extrajudicial de pré-executividade, são passíveis de reclamação, por qualquer interessado, no prazo de 30 dias a contar da data em que teve conhecimento da prática dos mesmos, para os órgãos de fiscalização e disciplina da atividade dos respectivos agentes, nos termos do art. 27, nº 1, da Lei nº 32/2014.

A manutenção e o tratamento dos dados pessoais constantes na plataforma informática são de responsabilidade do Ministério da Justiça. Mas toda e qualquer pessoa que tiver sido autorizada a ter acesso aos dados pessoais tem o dever de manter sigilo, mesmo após o encerramento de suas funções.

A proteção dos dados pessoais compreende o respeito a finalidade da consulta, limitando o acesso ao necessário para o desempenho de sua função, e a impossibilidade de transmissão da informação a terceiros.

Ao que foi exposto da Lei nº 32/2014, o modelo português adotado de construção de um sistema prévio de execução permite não apenas reduzir os casos de judicialização dos processos executivos, mas também de mapeamento dos casos de maior incidência e de recuperação do crédito, o que favorece a circulação de riqueza e auxilia no desenvolvimento econômico do país.

⁴³ Art. 19º da Lei nº 32/2014.

De acordo com Marco Carvalho Gonçalves (2018, p. 538), “o PEPEX, sob a aparência de um mecanismo preventivo, tendente a evitar a propositura de ações executivas inviáveis, por insuficiência ou inexistência de patrimônio do devedor, traduz-se, na verdade, num procedimento extrajudicial de cobrança de dívidas”.

Nesse sentido, o procedimento extrajudicial pré-executivo representa muito mais do que um procedimento facultativo e prévio da execução, mas sim simboliza uma fase efetiva de recuperação do crédito e de cobrança de dívida. Portanto, o exemplo de Portugal deve ser expandido para outros países como o Brasil, adaptando, evidentemente, a cada realidade jurídica. Assim, passamos a analisar a execução judicial de quantia certa em Portugal.

2.4 A efetividade da execução por quantia certa contra devedor solvente⁴⁴

O Código de Processo Civil Português permitiu, com a sua modificação substancial, inaugurar um novo formato de execução, incentivando a desjudicialização e a celeridade dos procedimentos. O artigo 724 do citado diploma legal deflagra o processo de execução por quantia certa quando o procedimento extrajudicial pré-executivo não atinge o seu desiderato de satisfazer o crédito do exequente.

Nos termos do artigo 724 do Código de Processo Civil, a execução para pagamento de quantia certa se inicia com o requerimento executivo⁴⁵, em formato eletrônico, acompanhado do título executivo, além da indicação dos bens a penhorar, bem como do comprovante do pagamento da taxa de justiça devida ou da concessão do apoio judiciário. Apenas será considerado apresentado o requerimento na data do pagamento da quantia devida ao agente de

⁴⁴ O objetivo pretendido com este capítulo não é esgotar o conteúdo do procedimento do processo de execução por quantia certa, mas sim detalhar as peculiaridades que enaltecem este procedimento português como uma chave de sucesso para a celeridade do processo de execução no Brasil.

⁴⁵ “O requerimento inicial para a ação executiva deve ser tido como inepto se não contiver menção duma causa de pedir. (...) se por exemplo o credor dispuser dum título meramente probatório, uma escritura pública de confissão de dívida por exemplo, que não faça referência à *causa debendi*, não pode instaurar a ação executiva remetendo apenas para o título, e abstendo-se de indicar no requerimento da execução a causa de pedir”. (MENDES, 2012, p. 197).

execução à título de honorários e despesas.⁴⁶

Poderá ocorrer recusa no recebimento do requerimento executivo, sempre que descumprir os ditames do artigo 725 do mesmo diploma legal, tal como, a desobediência ao modelo aprovado; não indicação do fim da execução; não apresentação dos títulos executivos ou demais documentos previstos em lei, dentre outros requisitos. Recebido o requerimento segue o procedimento similar a ação declaratória, com citação do executado.⁴⁷

O exequente pode requerer que a penhora ocorra sem a prévia citação do executado desde que apresente justificativa comprovadora de que a demora da penhora prejudicará a satisfação do crédito.⁴⁸ O executado poderá opor-se a execução no prazo de 20 dias, através de embargos, observando os argumentos contido no artigo 729 do Código de Processo Civil, que compreende a inexistência ou inexecutabilidade do título; falsidade do processo ou do traslado ou infidelidade deste, quando uma ou outra influa nos termos da execução; falta de qualquer pressuposto processual de que dependa a regularidade da instância executiva, sem prejuízo do seu suprimento; falta ou nulidade da citação para a ação declarativa quando o réu não tenha intervindo no processo; incerteza, inexigibilidade ou iliquidez da obrigação exequenda, não supridas na fase introdutória da execução; caso julgado anterior à sentença que se executa; qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento; a prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio; contracrédito sobre o exequente, com vista

⁴⁶ De acordo com o artigo 724 do Código de Processo Civil, no requerimento executivo, dirigido ao tribunal de execução, o exequente: a) Identifica as partes, indicando os seus nomes, domicílios ou sedes e números de identificação fiscal, e, sempre que possível, profissões, locais de trabalho, filiação e números de identificação civil; b) Indica o domicílio profissional do mandatário judicial; c) Designa o agente de execução ou requer a realização das diligências executivas por oficial de justiça, nos termos das alíneas c), e) e f) do n.º 1 do artigo 722.º; d) Indica o fim da execução e a forma do processo; e) Expõe sucintamente os factos que fundamentam o pedido, quando não constem do título executivo, podendo ainda alegar os factos que fundamentam a comunicabilidade da dívida constante de título assinado apenas por um dos cônjuges; f) Formula o pedido; g) Declara o valor da causa; h) Liquida a obrigação e escolhe a prestação, quando tal lhe caiba, e alega a verificação da condição suspensiva, a realização ou o oferecimento da prestação de que depende a exigibilidade do crédito exequendo, indicando ou juntando os meios de prova; i) Indica, sempre que possível, o empregador do executado, as contas bancárias de que este seja titular e os bens que lhe pertençam, bem como os ónus e encargos que sobre eles incidam; j) Requer a dispensa da citação prévia, nos termos do artigo 727.º; k) Indica um número de identificação bancária, ou outro número equivalente, para efeito de pagamento dos valores que lhe sejam devidos.

⁴⁷ De acordo com José Lebre de Freitas, “recebido o requerimento inicial, seguem-se como na ação declarativa, a distribuição (salvo quando a execução tenha lugar no autos do processo declarativo em que tenha sido proferida a decisão exequenda) e a autuação, bem como as eventuais diligências para tornar certa ou exigível a obrigação (supra, nº 4.2.1 e 4.2.3.B), a designação do agente de execução pela secretaria, quando o exequente o não tenha designado ou ele tenha recusado a designação feita (art 720, nº 2 e 8), e a subsequente notificação a este da designação efetuada (art. 720-3)” (FREITAS, 2014, p. 185).

⁴⁸ Conferir: artigo 727, nº 2, do Código de Processo Civil Português.

a obter a compensação de créditos; tratando-se de sentença homologatória de confissão ou transação, qualquer causa de nulidade ou anulabilidade desses atos.

Além dos fundamentos contidos acima, é argumento para oposição de embargos, em se tratando de sentença arbitral, quando a decisão arbitral tenha sido anulada judicialmente, nos termos do artigo 730. Denota-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa foi devidamente preservado na evolução legislativa processual de Portugal, pois a desjudicialização ocorreu mediante a proteção dos direitos fundamentais.

Nas palavras de José Lebre de Freitas (2014, p. 193), os embargos do executado referem-se a uma verdadeira ação declaratória, cujo andamento será em apenso a execução, e poderá ser apresentada questões litigiosas, mas também fatos novos, além dos meios de prova e de questões de direito.

Em regra, os embargos não suspendem o prosseguimento da execução, salvo se o embargante tiver oferecido garantias; houver impugnação de assinatura de documento particular; ou se houver impugnação acerca da exigibilidade ou liquidez da obrigação. Isso revela que o objetivo é efetivamente fazer com que o processo de execução caminhe sem interrupções ou suspensões, sendo a paralisação medida excepcional.

Rejeitada a defesa do executado mediante a oposição dos embargos, o processo segue com a penhora dos bens passíveis para a satisfação da dívida. Neste caso, todos os bens do executado respondem pela dívida exequenda, salvo aqueles absolutamente impenhoráveis ou os bens isentos de penhora por disposição legal.

O artigo 736 faz menção aos bens absolutamente impenhoráveis, sendo eles, as coisas ou direitos inalienáveis; os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas; os objetos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal; os objetos especialmente destinados ao exercício de culto público; os túmulos; os instrumentos e os objetos indispensáveis aos deficientes e ao tratamento de doentes.

Há previsão, no artigo 748 e seguintes, das consultas e das diligências prévias à penhora, oportunidade em que a secretaria notificará o agente de execução para iniciar as diligências da penhora. Será consultado o registro informático da execução com a finalidade de descobrir a existência de outras execuções frustradas existentes em nome do executado⁴⁹.

⁴⁹ O registro informático de execuções foi criado pela reforma da ação executiva de 2003, com o propósito de tornar a execução mais célere e eficiente, disponibilizando informação útil sobre os bens do executado, assim como sobre outras execuções pendentes contra o mesmo executado. (GONÇALVES, 2018, p. 323).

Na sequência, serão analisados a base de dado da administração tributária, da seguridade social, das conservatórias do registro predial, comercial e automóvel e de outros registros ou arquivos semelhantes e de todas as informações sobre a identificação do executado.

Caso não ocorra a localização dos bens em nome do executado, o agente de execução notifica o exequente para especificar quais bens pretende ver penhorados na execução e, simultaneamente, notifica o executado para indicar bens a penhora. Não havendo indicação de bens por nenhuma das partes, o processo é extinto. Existindo bens a serem penhorados, deverá observar a prioridade para os bens de maior facilidade na satisfação do crédito.

Realizada a penhora, o agente de execução lavra o auto de penhora e notifica o executado para, no prazo legal, oferecer oposição⁵⁰, bem como indicar os direitos, ônus e encargos. Na sequência, são convocados os credores do executado e, em certos casos, o seu cônjuge, que passam a desempenhar função de parte no processo, acessória ou principal (FREITAS, 2014, p. 347).

O cônjuge do executado é citado quando a penhora recaia sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não possa alienar livremente, ou quando a execução movida contra um só dos cônjuges, forem penhorados bens comuns do casal. Os credores serão chamados para defender a titularidade dos direitos reais de garantia, registrado ou conhecido, sobre os bens penhorados.

O agente de execução será depositário dos bens penhorados, salvo nos casos em que a penhora tenha sido realizada por oficial de justiça, caso em que será designada pessoa, indicada por este. Caso o mesmo bem tenha sido penhorado mais de uma vez, será depositário da segunda penhora aquele que já se encontrava investido nesta função na primeira penhora, tendo em vista a incompatibilidade de se nomear depositários distintos para o mesmo bem penhorado (MENDES, 2012, p. 278).

Apresentada a reclamação dos créditos, o juiz de execução deverá proceder a verificação e a graduação dos direitos reclamados, estabelecendo a ordem de satisfação do direito de cada um. O pagamento ocorrerá mediante a entrega de dinheiro; pela adjudicação dos bens penhorados; pela consignação dos seus rendimentos ou pelo produto da respectiva venda, consoante estabelece o artigo 795 do Código de Processo Civil Português.

⁵⁰ Conferir: Art. 784 e 785 A oposição a penhora é apresentada no prazo de 10 dias, a contar da notificação do ato da penhora e terá como fundamento: a) Inadmissibilidade da penhora dos bens concretamente apreendidos ou da extensão com que ela foi realizada; b) Imediata penhora de bens que só subsidiariamente respondam pela dívida exequenda; c) Incidência da penhora sobre bens que, não respondendo, nos termos do direito substantivo, pela dívida exequenda, não deviam ter sido atingidos pela diligência.

A venda do bem penhorado poderá ocorrer das seguintes maneiras, conforme artigo 811 do diploma processual: mediante proposta em carta fechada; em mercados regulamentados; venda direta a pessoa ou entidade; por negociação particular; em estabelecimento de leilões; em depósito público ou equiparado; ou em leilão eletrônico.

O novo Código de Processo Civil previu diversas formas de extinção da execução com a finalidade de evitar pendência de execuções inviáveis. Assim, ocorrerá a extinção da execução quando o executado tiver ação de execução terminada nos últimos três anos, sem integral pagamento e o exequente não tiver indicado bens passíveis de penhora, consoante artigo 849 e seguintes.

De igual modo, será extinta a execução que não houver indicação de bens passíveis de penhora no prazo de três meses a contar da notificação da secretaria ao agente de execução para que este inicie as diligências de penhora. Pode ainda ocorrer a extinção da execução, por iniciativa do exequente, a partir da sua autonomia processual de litigar.

A extinção da execução pode ocorrer também por sustação integral, ou seja, pendendo mais do que uma execução sobre os mesmos bens do executado, a sustação integral da execução em que a penhora tiver sido realizada em segundo lugar determina a extinção da execução (GONÇALVES, 2018, p. 482)

Nos termos do artigo 846 do Código de Processo Civil Português, a extinção da execução pode se dar também pelo pagamento voluntário do executado, pagando as custas e a dívida. O pagamento é feito mediante a entrega direta ou depósito em instituição de crédito à ordem do agente de execução.

Satisfeito o crédito exequendo, a obrigação é quitada e o processo extinto pelo cumprimento de sua finalidade que é dar a cada um o que seu observando o seu devido direito.

2.5 A importância da Lei nº 32/2014 para a celeridade processual portuguesa

O modelo português de execução dos títulos executivos seguiu uma tendência europeia de modernização do processo de modo que a celeridade processual seja a pedra de toque do sistema processual, sem relativizar os direitos processuais fundamentais conquistados ao longo dos anos. Assim, o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do direito ao recurso e todos os demais foram preservados.

O objetivo do legislador foi construir um arranjo processual que conciliasse a celeridade processual dentro dos meandros do judiciário. Para tanto, desvendou a figura da desjudicialização mediante a fiscalização judicial, ou seja, criou o agente de execução que

auxiliasse o Poder Judiciário na tarefa de entregar a tutela jurisdicional construindo um formato privatizado, mas com o poder de decisão sobre as mãos do judiciário.

Nesse compasso, o direito processual português permitiu que o Poder Judiciário diligenciasse o manto do processo sobre as suas vestes e ao mesmo tempo oxigenasse o processo com pessoas particulares para que a celeridade alcançasse o seu objetivo de se fazer presente no processo executivo.

Assim, o agente de execução ganhou atribuição para executar medidas aptas a impulsionarem o processo como a titularidade do procedimento extrajudicial pré-executivo, ou mesmo a tarefa de auxiliar o magistrado no processo de execução por quantia certa, operacionalizando atos processuais que outrora ficavam esquecidos ou lentos.

Sem prejuízo disso, reduziu a proteção aos bens do devedor permitindo uma publicidade da sua situação patrimonial, mediante a consulta dos registros de execução, bem como da lista pública dos devedores, além da vasta busca de bens autorizada ao agente de execução.

Com efeito, as atribuições conquistadas pelo agente de execução (o que compreende desde o recebimento do requerimento executivo, passando pelas citações, notificações, penhora, vendas e pagamento), permitiu que o desempenho dos processos de execução assumisse posição de destaque, mas principalmente, que o jurisdicionado sentisse a reconstrução do Poder Judiciário, resgatando um sentimento de confiança que foi amortecido com o tempo.

Isso é um exemplo daqueles em que a alteração legislativa pode influenciar direta e positivamente na vida do cidadão.

CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Em tempos modernos, cuja tecnologia avançada determina o tempo das coisas, os operadores do direito se sentem pressionados pela sociedade para solucionar rapidamente os conflitos de interesses instaurados. Os instrumentos processuais criados para a pacificação social tornaram-se obsoletos e a criatividade legislativa tem sido o norte para o novo caminho do direito processual civil.

A constitucionalização do direito processual civil permitiu que as regras privadas fossem alçadas a outro patamar de hierarquia normativa, construindo um novo paradigma constitucional. Mas como conjugar a fórmula da celeridade processual, preservação de garantias, manutenção da segurança jurídica e a atuação plena do magistrado, se o caminho para se percorrer essa estrada existe um abismo recursal que protela a chegada ao destino de promover o objetivo do direito que é a paz social.⁵¹

É incompreensível imaginar que o enunciado constitucional da duração razoável do processo pode violar princípios como o contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, dentre outros. É inconcebível que a segurança jurídica não possa refletir a celeridade processual. É intolerável afirmar que os processos são morosos em razão da falta de gestão do Poder Judiciário.

Muitas causas serão apontadas para se justificar a realidade atual do processo, mas o ponto nodal é descobrir como encontrar uma solução para que a angústia do jurisdicionado seja atendida, ou seja, é injustificável indicar as razões da morosidade se as formas de solução são efêmeras e não solucionam a rapidez processual.

Quando o assunto é processo de execução essa efetividade torna-se mais latente justamente porque a parte já consolidou o seu direito mas ainda não recebeu o que lhe é devido. Como justificar para o cidadão que o seu direito foi reconhecido porém o processo encontra-se novamente em tramitação para discutir outros elementos, em caso de execução de títulos judiciais; ou mesmo que o título executivo extrajudicial, formalizado por ambos, deverá ser submetido ao crível do judiciário para análise da sua legitimidade. A liquidez e certeza do título judicial ou extrajudicial são premissas que permitem desonerar as prateleiras do judiciário e conjugar com a fé pública notarial para desjudicializar este procedimento.

⁵¹ “Estes dez anos de vigência da Constituição de 1988 foram extremamente fecundos na expansão e consolidação de uma nova consciência jurídica dos cidadãos, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados” (GRECO, 2011, p. 315).

A celeridade processual não se constrói sem o alicerce da segurança jurídica e pode se efetivar na esteira da extrajudicialização dos atos processuais, como tem ocorrido com diversos procedimentos de divórcio, separação, inventário e partilha, instaurados com a edição da Lei nº 11.441/2007, além do usucapião extrajudicial veiculado na Lei nº 13.465/2017, dentre outras.

A desjudicialização do direito não compadece de uma visão reducionista do processo, mas ao contrário, estabelece um conceito social do processo ao conferir ao interessado uma via alternativa de solução de sua demanda. Na verdade, esse panorama da desjudicialização é uma consequência das transformações sociais que se seguiram depois da segunda guerra mundial ao reconhecer que o princípio da legalidade estrita nem sempre está atrelado a ideia de justiça, porque sob o manto da lei muitas atrocidades sociais ocorreram e muitas pessoas sofreram agressões sob o império da lei.

Nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (2003, p. 67), o esforço dos operadores do direito tem sido de localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional para se construir um processo de resultados, não um processo de conceitos e filigranas.

Neste capítulo, procura-se construir solução viável para se implementar a celeridade no processo de execução do direito brasileiro e sobretudo, preservar o acesso à justiça, bem como a efetividade processual, tendo no Direito Português a sua inspiração.

3.1 A taxa de congestionamento dos processos no Brasil

A caminhada legislativa do processo tem sido pautada por instrumentos aptos a promoverem uma justiça efetiva o que nem sempre se encontra aliada a celeridade processual. O início do século XX foi determinante para se imprimir uma análise de flexibilização do processo, objetivando alcançar a sua finalidade essencial. As técnicas de refinamento processual que discutiam a natureza da teoria da ação foram superadas. A instrumentalidade das formas tratou de ser a pauta da evolução processual.

A instrumentalidade tem por meta gravitar na órbita da efetividade processual, isto é, a instrumentalidade das formas será o caminho da efetividade processual. Instrumentaliza-se o processo para que a celeridade processual possa percorrer a efetividade. E tratar da efetividade é reconhecer o que é efetivo, produtivo e com resultados satisfatórios.

O processo civil encontra-se nesse desiderato de desempenhar a função do processo no menor tempo possível, sem desviar dos seus mandamentos legais e constitucionais, e promover a paz social. (MANCUSO, 2009, p. 52). De acordo com Luís Roberto Barroso (2006,

p. 82), “efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

Isso significa que, a efetividade é a implementação das coisas em sua melhor forma. No que tange ao Direito, efetividade relaciona-se a promover a paz social. Luis Roberto Barroso (2006, p. 82) afirma que “o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio”. Portanto, a efetividade implica na exigência de potencializar a função do Direito na sua melhor forma. E quando se aborda a celeridade processual, como princípio constitucional expresso que materializa uma cláusula pétrea, não há outro refúgio a não ser efetivá-lo.

A efetividade implica na análise de todo o percurso do processo e não apenas na figura do Judiciário. Compreende o peticionamento, o ajuizamento, a análise formal do pedido, a instrução probatória, a decisão e a sua implementação. Efetividade não é um ato isolado, mas sim, um ato conjuntivo que detém diversos protagonistas. A entrega do bem da vida tutelado de maneira tempestiva perpassa por meandros da interlocução da parte; da exímia postulação dos defensores; do recebimento de demandas não protelatórias; da justa instrução processual; da decisão razoável e do possível cumprimento.

Nesse contexto, temos diversos agentes que atuam para a promover o impulso processual, mas o Judiciário que será o balizador e determinará os rumos do processo, tolhendo excesso, cumprindo as garantias processuais, deferindo outras produções de provas, procedendo o saneamento processual ou mesmo agendando audiência de instrução e julgamento. O Judiciário permitirá que meios alternativos de solução sejam adotados ou incentivará para que essas medidas sejam adotadas. É a liberdade processual conferida ao magistrado para se percorrer a duração razoável do processo.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 58) afirma que a leitura contemporânea da efetividade processual perpassa pela análise da crise do direito material, exigindo uma busca incansável de alternativas para a solução de conflitos, observando a vontade do legislador. Denota-se que para se cumprir a efetividade processual muitos elementos devem conjugar para este efeito. Mas não basta apenas um Judiciário comprometido para isto, deve-se ter também uma legislação robusta e que permita esse desiderato. E, principalmente, o encorajamento desses agentes será decisivo para que se cumpra o mandamento constitucional de duração razoável do processo.

No Brasil, a revelação da taxa de congestionamento dos processos divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra que o caminho deve ser reformulado, principalmente

quando os dados assustam o homem médio, ou seja, de que 84% (oitenta e quatro por cento) dos processos de execução não são efetivos, dados de 2010. Assim, de cada 100 processos, 84 não apresentam resolução no primeiro ano, o que permite concluir que o Estado não está cumprindo o seu papel de entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável.⁵²

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça o tempo de duração de um processo de execução extrajudicial na Justiça Estadual é de 06 anos e 04 meses, enquanto uma execução de título judicial é de 03 anos e 04 meses de duração. Tratando-se de título extrajudicial fiscal o prazo é de 06 anos e 08 meses enquanto o título extrajudicial não fiscal é de 04 anos e 06 meses. Na Justiça Federal, a execução judicial é de 05 anos e 03 meses, enquanto que na execução extrajudicial é de 06 anos e 11 meses de duração, sendo que, nas execuções fiscal é de 07 anos e 05 meses, e na execução não fiscal é de 04 anos e 03 meses.⁵³

O que revela uma maior perplexidade não é o crescente número da taxa de congestionamento dos processos, mais sim, o fato de o Poder Judiciário ter aumentado significativamente a sua produção, ou seja, em toda a história do Poder Judiciário tem-se um período de maior produtividade, porém, a cada dia aumenta a taxa de congestionamento. Isto significa que o diagnóstico está no aumento da taxa de litigiosidade do brasileiro.

Em 2009 eram sentenciados 23,7 milhões de processos em 1º grau enquanto em 2016 este número aumentou para 30,8 milhões de processos. Esses números comprovam que o Poder Judiciário tem desempenhado o seu papel com maior produtividade, nos termos previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal, bem como artigo 8º do Código de Processo Civil.⁵⁴

Denota-se, portanto, que a taxa de congestionamento dos processos não é falta de produtividade do Poder Judiciário. Os números comprovam que a produtividade teve um aumento significativo. O mesmo se diga em relação a alteração legislativa. Modificações legislativas foram efetuadas e, ainda assim, não ocorreu significativa mudança da celeridade processual.

Aliado a esses números, temos a informação de que o índice de confiança dos advogados na justiça brasileira foi de 31,2, considerando uma escala de zero a cem. Avaliaram ainda, a rapidez na solução de litígios, que ficou com o percentual de 12,1, enquanto a

⁵² Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/3999e367fff7bf4974dd6e25dfc4f510.pdf>>.

⁵³ Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

⁵⁴ Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

perspectiva de futuro da justiça brasileira teve 45,5.⁵⁵ Isso significa que se deve construir uma reformulação substancial e não periférica. Além disso, demonstrou que apesar da morosidade dos processos, os advogados consultados visualizam um futuro de reorganização para a justiça brasileira.

De acordo com Barbosa Moreira (2000, p. 37-39), muitas opiniões são compiladas sobre a crise do judiciário, mas, ao mesmo tempo, muitas inverdades são apresentadas: I) a primeira diz respeito ao fato deste problema ser apenas no direito brasileiro, quando os países desenvolvidos também estão enfrentando a mesma dificuldade; II) o segundo é de que todos os jurisdicionados clamam por justiça rápida, quando sabemos que muitos postergam a manifestação da justiça, pois tem algum interesse nessa morosidade processual; III) a culpa da morosidade processual não se encontra apenas na legislação processual, mas também na ausência de servidores, no despreparo de outros e na desorganização da distribuição da lotação de outros tantos; IV) por fim, a valorização extrema do julgamento rápido, não é sinônimo de justiça da decisão.

Leonardo Greco (2011, p. 316) reconhece que ocorreu um aumento significativo de demandas no Brasil em razão da economia de escala e do desenvolvimento tecnológico, o que prejudicou a atividade de solucionar os conflitos de interesse de maneira efetiva e célere. O que se deve operar na Justiça brasileira é o senso de eficiência em todos os seus meandros, o que inclui os agentes auxiliares da justiça. Não adianta acelerar os despachos iniciais se o cumprimento do mandado de citação não é atendido no prazo legal. Não se resolve deferir a tutela antecipada se a parte não é encontrada para cumprir o provimento judicial. Não se conserta um mal negligenciando os demais. O peso dessa morosidade não deve recair apenas sobre os ombros da magistratura.

Existe um contexto de morosidade, e neste também se deve incluir a advocacia, os oficiais de justiça, os servidores e todos os demais agentes inseridos neste circuito. Uma organização judiciária não se faz solitária, mas de olhos fechados e de mãos dadas para se atingir a verdadeira justiça.

Qual resposta é possível de ser dada para o advogado que milita com todas as garantias processuais ao seu cliente e impulsiona o processo por longos anos em prol do direito do cliente. Qual resposta será dada para o outro advogado que defende os interesses do seu cliente e não

⁵⁵ Pesquisa realizada pela Fundação para a Pesquisa e Desenvolvimento da Administração Contabilidade, e Economia, da Universidade de São Paulo de Ribeirão Preto/SP, publicado em 2013. In: NETO, Elias Marques de Medeiros. **O procedimento extrajudicial pré-executivo: lei 32 de 30 de maio de 2014: inspiração para o sistema do Brasil**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 84.

consegue solucionar rapidamente a causa, diante do rol possível de recursos utilizado pela parte contrária. São pontos de vista distintos que para um a morosidade processual tem valor, enquanto para outro representa um árduo significado no tempo da vida. As reformulações processuais exigem a superação de conceitos iniciais sedimentados na Ciência do Direito.

Para a solução desta situação fática, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 20) reconhece a necessidade de “adoção de métodos modernos de administração, capazes de racionalizar o fluxo dos papéis, de implantar técnicas de controle de qualidade, de planejamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento do pessoal em todos os níveis do Judiciário”.

Nota-se que a partir das palavras de Humberto Theodoro Júnior, a adoção de métodos modernos de administração atende o preceito constitucional de eficiência do serviço público. Em verdade, o Poder Judiciário Brasileiro precisa imprimir uma desjudicialização forçada no processo civil, sobretudo no processo de execução, como já se fez em outros países, como é o caso de Portugal. Isso implica numa reformulação do pensamento processual, o que não desnatura o conceito de jurisdição, entendido este como a atividade de dizer o direito.

E conceituar a jurisdição é tarefa árdua, o que é lembrada por Eduardo Couture como “o conceito de jurisdição é uma prova de fogo para os juristas”. (ROCCO, 1962, p. 16). Extrai-se do conceito moderno de jurisdição que a sua releitura perpassa pela harmonização das relações sociais intersubjetivas com o mínimo de desgaste e sacrifício das partes envolvidas. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 19) afirmam que “a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”.

Isso significa que a ideia de dizer o direito passa por uma nova mentalidade de jurisdição, ou melhor, uma figura mais elástica em que a pessoa do juiz não é detentor isolado desta prática de pacificação social. Pode parecer evidente a afirmação, porém as doutrinas tradicionais de direito não permitem uma interpretação extensiva, exigindo uma interpretação moderna de jurisdição.

Ada Pelegrini, Antônio Carlos e Cândido Rangel afirmam que o “Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões”. (2001, p. 24)

Para estes autores, jurisdição compreende a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado

(legislação e administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Isso revela que quando se trata da desjudicialização não se ignora o exercício da jurisdição, mas, ao contrário, afirmar que o exercício da jurisdição pode ocorrer também na sua forma desjudicializada, isto é, a jurisdição representa o poder do Estado de dizer o direito através de seus agentes.

E, neste caso, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, esta jurisdição pode ser exercida pelos notários e registradores, no exercício da conciliação, da mediação, do processamento da usucapião extrajudicial, justamente pela acepção de deter a delegação do Estado para, com fé pública, regular as formas de convivência e verter a vontade das partes em negócios jurídicos, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal.

O que deve ser respeitado, evidentemente, é que cada uma das atribuições exercidas pela atividade judicial e extrajudicial possuem um quadrante de exclusividade que não pode ser rompido ou violado, ou seja, não pode a atribuição extrajudicial substituir o judicial e vice-versa.

A atribuição judicial exercerá a jurisdição contenciosa, enquanto a atribuição extrajudicial solucionará a jurisdição voluntária. Havendo conflito de interesse não pacificado no extrajudicial, os autos devem ser encaminhados para o judicial dizer a quem compete o direito conforme se exaure do disposto no artigo 198 da lei 6.015/73, tendo em vista a insurgência estabelecida entre as partes.⁵⁶

A exclusividade de cada atribuição formatada pela lei deve sempre ser mantida para a devida e exitosa relação entre as instituições. Mas, inegavelmente, ambas exercem a atividade de dizer ou formalizar o direito das partes. Isso se constata com a edição da lei 11.441/2007, que acrescentou ao Código de Processo Civil a possibilidade de realização de separação, divórcio, inventário e partilha na seara extrajudicial, conforme redação atual do diploma processual em seu artigo 610, §1º e art. 733.

A resolução dos processos de usucapião extrajudicial é outra forma de jurisdição exercida de maneira desjudicializada, consoante se extrai do disposto no art. 216-A da lei

⁵⁶ Artigo 198 da lei 6.015/73 – Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo ao seguinte:.

6.015/73.⁵⁷ Esses processos representavam uma parcela significativa da morosidade dos processos judiciais justamente porque não se findavam com a manifestação judicial, ou mesmo o percurso até a prolação da sentença era longo e penoso.

De acordo com o novo formato extrajudicial, a ata notarial comprova o tempo de posse e, juntamente com a planta e memorial descritivo, certidões negativas e justo título deflagram o processo de titulação da posse com a intimação do titular do direito registral. Não havendo impugnação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel. Em caso de impugnação, os autos serão remetidos ao juízo competente para decisão.

Constata-se que a desjudicialização tem sido uma aliada real no combate a morosidade dos processos judiciais, servindo de arrimo para que a solução da lide seja aplicada em tempo de restabelecimento da paz social. Nestes termos, é oportuna a célebre frase de Calamandrei, citada por Rocco, afirmando que não se pode dar a jurisdição uma definição para todos os tempos e para todos os povos (ROCCO, 1962, p. 16). A jurisdição deve ser analisada de acordo com o momento da organização jurídica política e social de Estado.

No caso em tela, reconhece-se que a judicialização não é sinônimo de jurisdição, ou seja, não somente o judicial pode exercer a jurisdição; a jurisdição é muito mais ampla e tem por função promover a pacificação social, o que é concretizado também pela atividade extrajudicial. Isso é consequência do fenômeno da desconcentração da jurisdição ao Poder Judiciário.

A evolução dinâmica e social do processo civil permitiu construir uma jurisdição em que a tarefa de dizer o direito não precisa substituir a vontade das partes, mas sim, promover a pacificação de vontade e a harmonização das relações através da formalização de vontade incutida na figura do agente estatal, o qual pode ser exercido pela delegação constitucional da fé pública, prevista no artigo 236 da Constituição Federal.

Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 68) enfatiza este posicionamento ao afirmar que o conceito de jurisdição caminha com o tempo, assim como a concepção de Estado e soberania evoluem da história. O presente autor afirma que o conceito de jurisdição retrata uma realidade social em mutação de acordo com período histórico, pois o próprio conceito pioneiro de jurisdição surgiu com o direito romano, e neste a atividade de jurisdição era dos pretores,

⁵⁷ Artigo 216-A da lei 6.015/73 – Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processada diretamente perante o cartório de registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

compreendendo apenas o conhecimento e o julgamento das causas, ignorando a execução da sentença que era ato de império estranho a função jurisdicional.

Esse dinamismo das relações impulsiona a repensar novamente este conceito de modo que a desjudicialização atinja o seu fim que é a pacificação social. Flávia Pereira Ribeiro (2012, p. 35) pondera que a lei de arbitragem representou um marco de avanço cultural no entendimento da jurisdição. Acentua que o artigo 18 da lei nº 9.307/96 definiu que o árbitro é juiz de fato e de direito e no artigo 31 há menção expressa a sentença arbitral com os mesmos efeitos da decisão proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Assim, o processo de aceitação do exercício da jurisdição em escaninhos distintos do Poder Judiciário é um desenvolvimento cultural que a sociedade ainda se encontra em face de amadurecimento. A sociedade ainda não assimilou esta prática, o que exige uma postulação acentuada dos processos judiciais.⁵⁸

E nesse processo de modernização do Poder Judiciário, ou melhor, do direito processual civil, o princípio da instrumentalidade das formas pode ser um coringa para efetivação do direito das partes no processo moderno. Se a instrumentalidade das formas dispensa os rigores da lei para se atingir um mesmo resultado, ele pode servir de alicerce para se reduzir o tempo de tramitação dos processos.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2014, p. 39) sedimenta que “decorre da instrumentalidade que o processo não deve ser considerado apenas como algo técnico, mas como mecanismo ético-político-social de pacificação dos conflitos”. Em tempos modernos, o resultado útil da solução dos conflitos é mais valorizado do que a premente forma que se chegou a este status.

Percebe-se que o direito deve ser escrito de acordo com o tempo em que vivemos. A instrumentalidade das formas é a materialização deste novo direito. As armas processuais devem ser postas em batalhas e utilizadas para que sirvam de alento ao conceito de processo antigo. Justamente, por isso, que o atual código de processo civil brasileiro dispôs o princípio da cooperação como pedra de toque para guiar o desenrolar processual.

Assim, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, consoante artigo 6º do código de processo civil. As partes devem ser movidas pelo senso de boa-fé processual, e o preceito constitucional

⁵⁸ Deixar-se-á para aprofundar a natureza jurídica da jurisdição em outra oportunidade, sob pena de se afastar do assunto ora proposto.

de duração razoável do processo deve ser a batuta que conduzirá todos os agentes do processo a uma solução do conflito de interesse.

No que tange aos processos de execução, esse dinamismo de pensamento deve refletir a realidade. A intimação processual, a busca de bens, a constrição dos bens, a satisfação do credor e a extinção processual devem ser medidas eficazes que inibam o devedor a cumprir sua obrigação. Deve-se resgatar, pela autoridade da lei, o dever cívico de cada um responder pelos seus atos, de cumprir com suas obrigações, atribuição esta que a morosidade processual fez-se perder no tempo.

E neste caminho alternativo de solução dos conflitos o direito brasileiro já promoveu diversas mudanças efetivas, além daquelas mencionadas acima como divórcio, separação, inventário ou usucapião extrajudicial. São medidas que se traduzem em atos de império, as quais são tratadas neste momento.

3.2 O poder de império desjudicializado

O ato de dizer o direito e substituir a vontade das partes é reconhecido pela doutrina como sendo um ato de império⁵⁹. Essa imperatividade está relacionada ao poder de sobrepor a vontade da lei, aplicada pelo Estado, aos indivíduos em conflito de interesse. Na tripartição de poderes, esse poder tipicamente foi conferido ao Poder Judiciário.

Contudo, a dinâmica social permitiu que alguns atos de jurisdição voluntária fossem desconcentrados do Poder Judiciário e delegado a agentes que se personificam na figura do Estado, como é o caso dos notários e registradores. Isto é o caso de haver consenso entre as partes acerca da aplicação da lei. A forma processual foi substituída pelo objetivo do processo, ou seja, o processo judicial deixou de ser um fim em si mesmo e se tornou um meio de se atingir a pacificação social.

E neste desafio de se operar a paz social o processo é apenas mais um instrumento de controle social, como tantos outros arranjos que os operadores do direito desenvolveram nos tempos modernos. O foco principal passou a ser a concessão da tutela pretendida sob as regras do direito material, através do instrumento processual disponível para tanto, observando a tempestividade necessária que o caso exige. Afinal, justiça tardia, não é justiça.

⁵⁹ De acordo com João Monteiro, o ato de império do Poder Judiciário foi uma decorrência da evolução processual civil, pois os atos originários do judiciário não compreendiam essa atribuição, limitando-se apenas a decidir as controvérsias de direito civil. Ao império competia a execução forçada das decisões prolatadas. (MONTEIRO, 1912, p. 26).

Nesses termos, Fernando da Fonseca Gajardoni (2003, p. 75-76) adotou três técnicas de aceleração do processo: as extraprocessuais, as judiciais e as extrajudiciais. As técnicas extraprocessuais servem de mecanismos alheios ao processo para atingir um julgamento rápido, como exemplo, um melhor aparelhamento do corpo técnico e de informática do Poder Judiciário, como tem ocorrido com os processos eletrônicos; as técnicas judiciais são medidas que impulsionam o andamento do processo em si, para um julgamento final da lide, ou mesmo a garantia de uma satisfação ao bem da vida posto em juízo (como exemplo, pode-se dizer as antecipações de tutelas; as liminares; os recursos sem efeito suspensivos, dentre outros); por fim, as extrajudiciais são técnicas que desobstruem o Poder Judiciário ao delegar aos agentes extrajudiciais, delegatários da função pública e dotados de fé pública, a atribuição de resolver a vontade das partes, sedimentando uma composição entre eles ou vertendo a vontade em negócios jurídicos.

Essa última técnica que se relaciona ao tema, já se encontra amplamente utilizada no direito moderno como se constata da edição da Lei nº 11.441/2007, bem como da Lei nº 13.105/2015 e 13.465/2017, que versam, respectivamente, sobre os processos de separação, divórcio, inventário, partilha e usucapião. Ocorre que, essas técnicas de delegação da atividade judicante não são recentes, evoluíram com a atividade processual e representam avanços significativos para a moderna ciência processual civil. Mas, pretende-se, doravante, abordar a execução das decisões, que efetivamente representam, para a antiga ciência processual, os “atos de império”.

Nestes “atos de império” deve-se entender, por conseguinte, como aqueles atos em que a vontade da lei deve imperar nas relações sociais. No trato das execuções judiciais, a evolução legislativa brasileira permitiu que a expropriação dos bens ocorresse por meio de alienação privada, consoante se constata do disposto no artigo 879, inciso I, do Código de Processo Civil. A presente inserção legislativa foi um grande avanço e demonstrou que a desconcentração do Poder Judiciário dos “atos de império” é uma realidade e que pode ser aprimorada.

O disposto no artigo 880, do mesmo diploma processual, pondera que não ocorrendo a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua iniciativa ou por intermédio de corretor. Ademais, estabeleceu-se uma ordem implícita de prioridade na expropriação dos bens ao prever que a alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.

De acordo com o procedimento da execução de títulos no direito brasileiro, a expropriação dos bens já sedimentou uma desjudicialização da execução ao permitir que os atos de expropriação sejam implementados por iniciativas particulares. Ocorre que, pretende-se

demonstrar que este avanço pode ser ainda maior com a tramitação dos processos de execução na seara extrajudicial, sob a autoridade dos tabelionatos de protesto.

Esse modelo de desconcentração da execução no direito brasileiro não é novidade, pois o ordenamento jurídico já acolheu em outras oportunidades, como se constata do Decreto-Lei nº 70/66⁶⁰, que tinha como pedra de toque a autorização para as instituições financeiras executarem extrajudicialmente a garantia recebida pela concessão de crédito para a construção de moradia. Essa medida foi um incentivo vislumbrado pelo governo para potencializar o projeto de financiamento da casa própria.

O referido decreto-lei autoriza, em seu artigo 29, que as hipotecas, vencidas e não pagas, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do código de processo civil ou em observância ao decreto-lei. Vencida e não paga a dívida hipotecária, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida. Recebida a solicitação da execução, o agente fiduciário promoverá a notificação do devedor, nos dez dias subsequentes, por intermédio do cartório de títulos e documentos com prazo de 20 dias para purgar a mora.

Quando o devedor se encontrar em lugar incerto e não sabido, o oficial certificará o fato cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicada por três dias, em jornal de grande circulação. Não ocorrendo a purgação da mora pelo devedor, o agente fiduciário estará autorizado a publicar editais e a efetuar o primeiro leilão público do imóvel hipotecado.

Se, no primeiro leilão, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior a soma da quantia devida. Se o maior lance do segundo leilão público for inferior a soma da dívida, serão pagas inicialmente as despesas, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente do seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado. Se o lance de alienação do imóvel for superior ao total das importâncias devidas, a diferença ao final apurada será entregue ao devedor.

É nítido ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito totalizado, acrescido dos encargos legais previstos no artigo 34 do referido decreto-lei. Efetivada a alienação do imóvel, será emitida a respectiva carta de arrematação,

⁶⁰ Conferir: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira - **Execução Extrajudicial e Devido Processo Legal**. São Paulo: Atlas, 2010; DENARDI, Volnei Luiz - **Execuções Judiciais e extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação: Lei 5.741/1971 e Decreto-Lei 70/1966**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

assinada pelo credor, leiloeiro, agente fiduciário e cinco pessoas físicas idôneas, capazes, na qualidade de testemunhas.

A presente carta de arrematação será o título hábil para ingresso no registro de imóveis, o que, uma vez registrada, poderá o adquirente requerer ao juízo competente a imissão na posse. No período que mediar entre a transcrição da carta de arrematação e a efetiva imissão, o juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento.

Denota-se que o procedimento adotado para a execução da cédula hipotecária promoveu uma execução desjudicializada, ocorrida em 1966. Contudo, a evolução legislativa não promoveu mais essa prática, ou o fez de maneira tímida, auxiliando no cenário atual de morosidade do sistema de execução de títulos no Brasil.

Em que pese a constitucionalidade deste decreto-lei tenha sido objeto de debate no Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de violação ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, o fato é que foi construído um procedimento adequado para a expropriação destes bens e, portanto o devido processo legal foi preservado assim como o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão⁶¹, reconheceu a constitucionalidade do decreto-lei 70/66, afirmando que “há uma compatibilidade do decreto-lei com a Constituição Federal, posto que além de prever uma fase de controle judicial, (...) não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados”.

Outro exemplo de inovação na legislação processual brasileira envolvendo o tema da execução de títulos é a composição amigável estabelecida pela lei de recuperação judicial, falência e recuperação extrajudicial – Lei nº 11.101/2005. De acordo com esse regramento⁶², o devedor que preencher os requisitos da lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial, o qual será homologado em juízo, juntamente com a justificativa e os termos e condições.

Percebe-se que a legislação autorizou o devedor a compor uma forma razoável de pagamento da dívida de modo a privilegiar a saúde financeira da empresa, bem como a sua permanência no mercado. O intuito do legislador foi efetivamente estimular a pacificação social

⁶¹ Disponível em WWW: <URL:Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2311155&tipoApp=RTF.

⁶² A recuperação extrajudicial está prevista nos artigos 161 a 167 da lei 11.101/05.

através da negociação entre as partes. Esse pensamento é decorrência do dever de cooperação estatuído no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, a pauta de evolução do direito processual civil, sobretudo, no procedimento de execução, deve percorrer o caminho da desjudicialização, como já ocorreu em alguns países europeus, bem como com o Decreto Lei nº 70/66 ou mesmo com o procedimento de negociação voluntária estabelecida pela Lei nº 11.101/05.

Assim, a desjudicialização do processo de execução deve ser entendida como o procedimento formal de tramitação dos títulos judiciais e extrajudiciais, vencidos e não pagos, com a finalidade de satisfazer o crédito por meio da expropriação dos bens do devedor, sob a regência das garantias processuais e a tutela do tabelionato de protesto.

Agora é o momento de se aprofundar no novo paradigma para o atual sistema de execução no Brasil.

3.3 A proposta para um novo paradigma do processo executivo no Brasil: convergência do argumento

O ordenamento jurídico brasileiro contempla diversas formas de execução de títulos, impondo ao sujeito passivo o cumprimento de determinada obrigação, sendo que esta pode ser uma obrigação de fazer, não fazer, entregar ou de pagar determinada quantia. Diante do questionamento apresentado nesta investigação, o que efetivamente tem repercussão prática para o debate é a obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro.

Isto porque, em que pese se vislumbra uma desjudicialização do processo de execução de títulos, as outras matrizes de execução extrapolam o debate acadêmico ora proposto, o que não impede o seu enfrentamento futuro, pois a obrigação já foi estabelecida entre as partes e o núcleo central desta execução é a figura de título dotado de certeza, liquidez e exigibilidade. De qualquer forma, aprofundar-se-á no tema proposto da execução por quantia certa.

A obrigação estabelecida entre as partes de pagar determinada quantia em dinheiro gera um vínculo jurídico para os polos da relação jurídica, sendo para um a observância de pagar determinada quantia em dinheiro e, para o outro, de receber a quantia fixada em título executivo.

A resistência de qualquer das partes provoca uma “crise de adimplemento”, isto é, o descumprimento de quaisquer dessas obrigações por uma das partes implica na instauração de um conflito de interesse remediado através da tutela jurisdicional. Para uma das partes

obrigadas, a pagar determinada quantia em dinheiro, será compelida, através dos seus bens⁶³, a cumprir a prestação; de outro lado, a parte obrigada a receber a quantia poderá ser acionada judicialmente, mediante ação de consignação em pagamento, a demonstrar a sua resistência em receber a quantia em dinheiro. Denota-se que caberá ao Estado, a partir das técnicas processuais executivas, proceder a entrega da tutela jurisdicional executiva.

Mas, o que autoriza o Estado a exercer o poder de império e invadir o direito fundamental de propriedade da parte inadimplente é justamente a certeza materializada no título executivo, ou seja, o título executivo levado a juízo é que norteará e fundamentará o poder do Estado de satisfazer a parte contrária, por meio das ferramentas processuais disponíveis como, por exemplo, a expropriação de bens.

Assim, pode-se afirmar que a tutela executiva tem por finalidade autorizar o Estado, a partir das técnicas processuais legais e concretas, satisfazer o titular do direito, amparado em título executivo, produzindo uma norma individual e concreta.

Nesses termos, o Código de Processo Civil estabeleceu os requisitos necessários para se realizar qualquer execução, qual seja, o título executivo e a exigibilidade da obrigação. Nos termos do artigo 783 e 786, do diploma processual civil, a execução para a cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível; e, somente será instaurada se o devedor não satisfizer a respectiva obrigação.⁶⁴

A existência do título que contenha obrigação líquida, certa e exigível, bem como o inadimplemento da obrigação, provoca a exigibilidade da obrigação, isto é, autoriza o credor a socorrer-se do processo executivo para que tenha satisfeita sua pretensão. E, consubstanciado na teoria da prova, pode-se afirmar que o título executivo é o documento revelador da obrigação entre as partes e que determinará os rumos deste processo de execução. Com essa força

⁶³ Flávio Tartuce faz interessante ponderação acerca da conhecida expressão de que todos os bens do devedor responderão pelo cumprimento da obrigação. As alterações legislativas permitiram a construção deste raciocínio, conforme segue: “Partindo para as regras processuais emergentes, dispõe o art. 789 do Novo Código de Processo Civil que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Seguiu-se, assim, a literalidade do que constava do art. 591 do Código de Processo Civil de 1973. Os dispositivos, revogado e o emergente, servem para corrigir o equívoco do art. 391 do Código Civil, *in verbis*: ‘Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor’. Obviamente, não são todos os bens do devedor que respondem, presente uma ampla proteção aos bens impenhoráveis tanto na Norma Geral Processual quanto na legislação extravagante”. (TARTUCE, 2016, p. 258).

⁶⁴ De acordo com o doutrinador Marcelo Abelha, o título executivo, o inadimplemento e a responsabilidade patrimonial representam o pilar da atividade jurisdicional executiva. Em suas palavras, “Assim, em razão das peculiaridades que envolvem o método executivo, existem certos institutos processuais que constituem o âmago da tutela executiva. Esses institutos são: o título executivo, o inadimplemento e a responsabilidade patrimonial”. (RODRIGUES, 2008, p. 574).

vinculante, os limites e alcance da execução será regida pelo título executivo, podendo gerar uma execução judicial ou extrajudicial.

Isso significa que, sendo um título judicial, ter-se-á uma execução judicial, imediata, sem a instauração de novo processo, que se desenvolverá no processo de atividade cognitiva, formando um processo sincrético; Ou, então, uma execução extrajudicial, que se formará a partir de um processo autônomo de execução.

Contudo, o objetivo desta investigação é construir a possibilidade de um processo de execução instaurado e manejado na via extrajudicial, isto é, sob a tutela da atividade extrajudicial, entre os tabeliães de protesto; e isso é possível por diversos fundamentos, dentre eles: i) pela teoria da prova da obrigação, construída no título executivo; ii) pela teoria dos atos próprios da magistratura; iii) pela fé-pública notarial; e iv) pela constitucionalidade do direito processual civil.

Assim, aprofundar-se-á em cada um desses fundamentos para comprovar a viabilidade jurídica desta afirmação.

3.3.1 Do título executivo

O procedimento executivo tem como premissa instauradora da relação jurídica o título executivo firmado entre as partes. A sua certeza, exigibilidade e liquidez é que qualifica o título para a instauração de um procedimento executivo.

A certeza refere-se à existência do título representativo da obrigação entre as partes, denominada de *an debeatur*; a liquidez deflui da quantidade de bens que constitui o objeto da obrigação, isto é, o *quantum debeatur*; e, por fim, a exigibilidade diz respeito ao vencimento da dívida ou inexistência de causa suspensiva. (GONÇALVES, 2014, p. 587).

Nesses termos, o título executivo é o documento constitutivo da obrigação individual e concreta, que vincula as partes a proceder de determinada maneira (fazer, não fazer, entregar ou pagar). Justamente, por isso, que o princípio da *nulla executio sine titulo* baliza o procedimento executivo revelando que não haverá execução sem o devido título.

Para a teoria das provas, a cartularidade que materializa a obrigação das partes deverá estar presente para deflagrar o respectivo procedimento. E esta cartularidade, para o direito moderno, não precisa estar materializada em documento em papel, basta conter a existência de um documento, materializado nas formas admitidas em direito, ou seja, *on line* ou em papel, a exigência é apenas a existência do documento.

Diante disso, pode-se afirmar que eventual discussão acerca da existência ou não da obrigação passa a ser mitigada pela existência do título executivo. Trata-se de uma presunção relativa entre as partes de existir uma obrigação. Isso revela que a grande distinção entre o processo executivo e o processo de conhecimento está na concretude e individualidade do direito.

No processo de conhecimento, o conflito de interesse será solucionado por meio do reconhecimento do direito a uma das partes, enquanto no processo executivo, o direito é comprovado através do título executivo. Jeremias Bentham (1971, p. 10) afirma que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”. No processo executivo esta arte já foi realizada, as provas estão materializadas no título executivo que deve ser cumprido. Ocorreu a demonstração da verdade de uma proposição (CARNELUTTI, 2002, p. 67), qual seja, da obrigação firmada.

Assim, pode-se afirmar que o procedimento executivo carrega uma verdade da relação jurídica estabelecida entre as partes, cujo cumprimento depende de uma manifestação do Estado, haja vista a resistência da parte contrária. Neste momento, indaga-se qual seria o prejuízo processual da tutela executiva ser manejada por autoridade dotada de fé-pública, com delegação constitucional para formalizar a vontade das partes e cumprir a lei. O título executivo é que delimita o alcance dessa atuação extrajudicial, pois a cada um somente será conferido o que a autonomia da vontade permitiu.

A materialização da vontade das partes, não se amolda em atuação de decisão, pois as partes já decidiram na constituição do título, para os títulos extrajudiciais, ou então, o próprio magistrado já solucionou o conflito de interesse posto em juízo, gerando um título judicial. Com o título executivo, teremos apenas a gerência de atos de análise e cumprimento da obrigação anteriormente firmada, cujo limites e extensão encontram-se definitivamente delimitados.

Verifica-se que o nível de estabilidade da obrigação é forte o que provoca uma restrita discussão da relação jurídica entre as partes, justamente em função da perenidade do título, produzido em juízo ou extrajudicialmente, sob a égide da lei. Poderá a parte contrária alegar que não cumpriu a obrigação em razão dos fundamentos elencado pelo código de processual civil nos artigos 525 e 917.

Dentre as alegações possíveis de resistência ao direito do executado podemos dividi-la em alegações processuais ou materiais. As alegações processuais compreendem, por exemplo, a falta ou nulidade da citação; a ilegitimidade da parte; penhora incorreta ou avaliação errônea; excesso de execução ou incompetência absoluta; já as alegações materiais, tem-se, por

exemplo, a inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; ou qualquer causa extintiva ou modificativa da obrigação.

O código de processo civil já delimitou os fundamentos possíveis para se debater em juízo. Pretendeu o legislador restringir as possíveis alegações do executado e não reabrir uma nova oportunidade para discutir os termos do título.

Assim, essa atuação do legislador foi decisiva para se admitir a possibilidade da tramitação da execução do título executivo nos tabelionatos de protesto. Isto porque, toda e qualquer impugnação ou embargos suscitados pelo executado, deverão ser tramitados e decididos pela autoridade julgadora. O tabelionato de protesto apenas terá a missão de gerir e fazer cumprir a obrigação firmada no título executivo. O ato próprio de decisão compete a autoridade judicial.

3.3.2 Atos próprios da magistratura

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário como um dos alicerces dos direitos e garantias fundamentais, contidos no art. 5º, inciso XXXV, demonstrando que a todos é assegurado o acesso ao Poder Judiciário como forma de garantir a lesão ou ameaça a direitos. Isso significa que todos têm resguardadas as suas legitimidades para socorrerem-se do poder judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito.⁶⁵

No presente caso, quando se trata de processo de execução, cuja constrição de bens é uma consequência procedimental, a sua aplicação ganha destaque, pois o império do Poder

⁶⁵ “Acesso à justiça não se identifica, pois, como uma mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processos criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesse difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

A ordem jurídica-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o trado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois à idéia central que a converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam no *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (*princípio do contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogos* -, tudo isso com vista a reparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 33).

Judiciário será fonte de decisão⁶⁶. O Poder Judiciário é que deverá cancelar o procedimento expropriatório do devedor, mediante a sua decisão.

Entretanto, nem sempre a atividade executiva exercida pela magistratura será compelida pela atividade de decidir. Na maioria dos atos processuais, sua atuação diligenciará na função de executar procedimentos legais para se atingir o fim proposto da execução, que é a satisfação do credor através dos bens do devedor.

Nesse âmbito, o magistrado, sob a observância do princípio do devido processo legal, cumprirá irrestritamente os mandamentos legais e fará com que as garantias das partes sejam atendidas. Revela-se, com isso, que a jurisdição não exerce apenas atos decisórios, mas também atos executivos ou de execução, isto é, tem uma atuação proativa para cumprir a lei, seguindo os procedimentos legais estabelecidos. Assim, a magistratura atua de forma mista, com atos de julgamento e com atos de execução.

Enrico Tullio Liebman (2005, p. 21) sedimenta que a jurisdição exercerá duas formas de atos, aqueles com cunho decisório e aqueles de execução. Em suas palavras, “a operação lógica do julgamento pode ser feita por qualquer pessoa dotada dos necessários conhecimentos e dará lugar a um parecer, a uma opinião; mas só aquela feita pelo juiz e expressa em uma sentença tem conteúdo imperativo e eficácia vinculativa”.

Assim, pode-se dizer que a atuação do Poder Judiciário se dará de duas maneiras: com atos próprios e com atos impróprios da magistratura. Os atos próprios correspondem aos atos

⁶⁶ De acordo com Enrico Tullio Liebman as leis são formuladas para promoverem a pacificação social. Não alcançando a sua finalidade, a jurisdição determinará o caminho a ser percorrido. Por isso, a inafastabilidade da jurisdição representa a imperatividade do direito e garantia fundamental. Em suas palavras, “Feitas as leis, não se consideram ainda plenamente realizada a função do direito. Elas ditam realmente as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade, mas, como ordinariamente, essas regras tem conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, sempre que falte a observância espontânea é necessário identificar, declarar, e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos.

Há por isso um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia fática do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciários, e a sua atividade chama-se, desde tempos, imemoriais, jurisdição (*iurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juízes e formam, em seu conjunto, a Magistratura (arts. 101, 102 e 104 da Constituição); sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição [*giudizio*] e da execução forçada.

Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, anunciando-se, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso” (LIEBMAN, 2005, p. 19-20).

de decisão, ou seja, próprios da atividade de julgar, de decidir⁶⁷; os atos impróprios, revelam-se como atos executivos de cumprir os procedimentos determinados pela lei. Em grande maioria dos atos impróprios da magistratura competem aos agentes auxiliares a sua execução. Isso permite que a celeridade processual seja uma realidade na seara forense.

Portanto, os atos próprios da magistratura devem ser preservados à sua exclusividade, sem qualquer guarida para exceções ou interpretações literais extensivas, sob pena de violação dos poderes. Afinal são atos privativo, previstos constitucionalmente em seu art. 2º e art. 5º, inciso XXXV.⁶⁸ Denota-se que não se está a tratar da extensão da jurisdição, a qual já foi abordada, ainda que sucintamente acima. Demonstra-se apenas que a atividade judicante compreende dois tipos de atos, sendo que os atos impróprios permitem a descentralização, o que já vem ocorrendo com diversos setores dos processos.⁶⁹

Nesse contexto, diversos procedimentos do processo executivos podem ser realizados extrajudicialmente, através dos tabelionatos de protesto, como por exemplo a intimação do devedor, a penhora, o depósito, a avaliação pericial, a alienação do bem penhorado e a satisfação do crédito. É importante esclarecer que o texto constitucional brasileiro autoriza essa prática, tanto é que o art. 93, inciso XIV, dispõe que “os servidores receberão delegação para prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório”. Assim, os atos executivos ou de mera execução podem ser delegados extrajudicialmente aos tabelionatos de protesto como forma a imprimir uma celeridade processual e servir de *longa manus* para a magistratura.

Contudo, havendo necessidade de decisão de controvérsias processuais, como exemplo, impugnação ao cumprimento de sentença ou mesmo os embargos a execução, estes devem ser distribuídos diretamente aos juízes competentes para solução da lide. Com efeito,

⁶⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello distingue os atos próprios e impróprios ora estudados como sendo funções típicas e atípicas. Afirmar que “função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com fora de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”. (MELLO, 2004, p. 33-34).

⁶⁸ Entende-se por atos próprios tão somente aqueles produtores de uma norma individual e concreta, pacificados de um conflito de interesse, e que substitui incondicionalmente a vontade das partes, devendo observância obrigatória. Os atos impróprios, são todos aqueles que revelam ato de execução e não detém cunho decisório, em a construção de uma norma individual e concreta.

⁶⁹ São exemplos os casos de divórcios, inventários, partilhas, usucapião extrajudicial, dentre outros.

permanece inalterada a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa justamente porque as partes terão a oportunidade para comprovar a sua alegação, bem como contestá-la.

O princípio do juiz natural é assunto em que a doutrina ainda argumenta para impedir a desjudicialização de determinadas matérias. Porém, o importante princípio do juiz natural não impede a desjudicialização, pois, repita-se, não se está a descentralizar os atos próprios da magistratura no processo executivo, ou seja, não se admite a descentralização dos atos de decisão, mas apenas os atos impróprios, ou atípicos da magistratura, o que não viola o respectivo princípio.

A Constituição Federal resguardou, inclusive, o princípio do juiz natural como um direito fundamental do cidadão ao prever que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Dessa forma, o julgamento continuará a observar um juízo prévio e devidamente investido na função, designado para o caso nos parâmetros legais, conforme as regras de competência.

3.3.3 Da fé pública notarial

O artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil previu a figura do notário e do registrador como agentes delegados pelo Poder Público, exercido em caráter privado, cuja regulamentação da reponsabilidade, fiscalização e emolumentos dependeria de lei, o que se deu com a Lei nº 8.935/94 e estabeleceu que os serviços notariais e de registros são de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

A lei conferiu aos notários e aos registradores a fé pública para os atos públicos reconhecendo-os como profissionais de direito aptos a produzir a vontade das partes. E neste elemento é que detém o fator de autoridade do notário para o exercício da atividade extrajudicial de formalizar a vontade das partes, qual seja, a fé pública notarial.

A fé pública é um atributo pessoal do notário ou do registrador para o desempenho da atividade delegada pelo Estado, com a finalidade de se garantir a autenticidade, publicidade, segurança e eficiência nos atos. Fé pública, portanto, é uma qualidade que se reconhece aos notários e aos registradores para a consecução da sua atividade como a verdade e a certeza do que se produz.

A fé pública estimula a confiança e promove a segurança; alicerça a vida social do cidadão sob uma premissa do correto e do justo. E, nesse compasso, garante autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos.

Garantir a autenticidade é reconhecer a verdade das coisas; é a qualidade de se imputar uma presunção relativa de verdade, a partir da autoridade recebida para isso. Garantir a publicidade é o ato de tornar conhecida de outros, ou promover a divulgação na medida do interesse. Garantir a segurança é a libertação dos riscos dos negócios. É estimular a confiança no que se pratica. E, por fim, garantir a eficácia é reconhecer que determinado ato produzirá o efeito para o qual foi celebrado.

Walter Ceneviva (2010, p. 5) aduz que “a fé pública abona a certeza e a verdade dos assentamentos que notário e oficial de registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição”. Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 53) sedimenta que os notários e os registradores exercem uma função em duplo aspecto, uma na esfera dos fatos e outra na esfera do direito. Na esfera dos fatos, existe uma presunção de veracidade dos atos praticados bem como do seu valor; na esfera do direito, há a autenticidade e legitimidade dos atos e negócios documentados.

Constata-se que o atributo pessoal da fé pública consagra aos notários a capacidade plena para promover a desjudicialização e, principalmente, cumprir a lei em formalizar juridicamente a vontade das partes ou intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo.

3.3.4 Da constitucionalização do processo de execução no Brasil⁷⁰

O ordenamento jurídico tem passado por transformações em que a construção, elaboração, interpretação e a própria leitura do direito é realizada a partir da ótica constitucional. A Constituição assumiu posição de paradigma cuja violação é fator de exclusão do sistema, isso em razão do próprio conceito sistêmico do direito.⁷¹

⁷⁰ Consoante palavras de Luís Roberto Barroso, “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 fora normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2015, p. 547).

⁷¹ Alguns autores lecionam que a teoria geral dos sistemas nasceu no campo das ciências naturais, a partir dos estudos de Ludwig Von Bertalanffy. O biólogo descreveu os organismos vivos como sistemas abertos, em que há uma troca constante entre o sistema e o meio. Foi, no entanto, Niklas Luhmann quem introduziu a concepção de sistema nas ciências sociais. Claus-Wilhelm Canaris seleciona alguns conceitos atribuídos à expressão “sistema” por diversos autores, descrevendo como sendo “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios” (Kant); “um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo” (Eisler); “é uma unidade totalmente coordenada (Stammeler); “um conjunto de conceitos jurídicos ordenados segundo pontos de vista unitários” (Binder); “um conjunto unitário ordenado” (Stoll) e uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” (Coing). (CANARIS, 2008, p. 10- 11).

A Constituição serve como filtro de acesso às leis, sendo este um novo fenômeno jurídico de análise das normas⁷². Tratando esta investigação das normas processuais, criou-se o que a doutrina denomina de constitucionalização do direito processual civil⁷³, pela qual os princípios constitucionais do processo civil devem servir de guia para a construção normativa em especial do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo, da maior efetividade e da instrumentalidade, dentre outros.

Toda e qualquer alteração legislativa deve ser construída sob a observância dos princípios constitucionais processuais civis. Sem este respaldo e cumprimento à norma fundante constitucional não há razão para a permanência da norma no sistema constitucional.

Em especial, ao abordar a celeridade processual, ou melhor, o princípio constitucional da duração razoável do processo, deve-se reconhecer que a nova perspectiva engendrada no processo civil de promover a tutela jurisdicional em tempo recorde tem sua guarida na própria constituição federal e, portanto, a constitucionalização do processo civil é fenômeno atual e que precisa de cumprimento imediato, consoante o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Neste contexto, deve-se reconhecer que a constitucionalização do direito processual civil também é um dos fundamentos de validade para a desjudicialização do processo de execução como maneira de se imprimir uma celeridade profunda e substancial neste procedimento, como já ocorreu nos países europeus.

⁷² Sobre a constitucionalização do direito: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Org – Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. ISBN 978-85-203-6509-0. Vol. VII. p. 533-584; GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003; AUAD, Denise - A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Org – Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. ISBN 978-85-203-6509-0. Vol. VII. p. 107-126.

⁷³ Sobre a constitucionalização do direito processual civil: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de - Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007; MARINONI, Luiz Guilherme - Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

3.4 Proposta de alteração do processo de execução civil de quantia certa no Brasil

Com o objetivo de se construir um modelo de impulsionamento e celeridade para a execução de títulos, em especial, na execução por quantia certa no Brasil, apresentar-se-á dois projetos que podem ser construídos de maneira sucessiva e complementar. O primeiro, através da alteração da Lei nº 9.492/97 e, o segundo, mediante a alteração da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

3.4.1 Proposta de alteração da Lei nº 9.492/97⁷⁴

Este projeto tem o objetivo de promover uma singela alteração legislativa mas que produzirá um resultado efetivo dos processos de execução no Brasil, sobretudo pelos magistrados terem conhecimento, no início do processo de execução por quantia certa, do verdadeiro desenrolar dos autos, prevendo uma entrega da tutela jurisdicional condizente com a expectativa do jurisdicionado. A existência de bens ou não passíveis de execução é o grande argumento de frustração da execução, prejudicando a movimentação judiciária, bem como o interesse do credor em litigar pelo seu direito.

O resgate do direito de litigar passa pelo cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo, o que permite aumento do grau de confiança dos investidores externos, um estímulo para a economia de escala, além de uma maior circulação do comércio. Isso é uma consequência natural em países que possuem uma estabilidade econômica e jurídica.

Nesse contexto, o processo não representa algo em si mesmo, mas sim uma ferramenta de mudança de estado pessoal, jurídico, econômico e social. Nesses termos, é chegado momento de se implementar a vontade constitucional, com o auxílio dos tabelionatos de protestos, agentes delegados, dotados de fé pública, que tem exercido a tarefa de desjudicialização dos processos e da entrega efetiva da tutela.

Assim, reconhece-se que muitos processos de execução tramitam durante anos no judiciário sem ao menos saber o nível de êxito em sua demanda, ou seja, se ao final teremos a satisfação do direito do credor ou não, em razão da ausência de bens do devedor. E as alterações implementadas pelo novo Código de Processo Civil tem um caráter de simplificar os procedimentos em prol do atendimento das necessidades e anseios sociais. À luz da técnica legislativa, por ele ser um procedimento menos complexo com mais justiça.

⁷⁴ Proposta de projeto de lei em anexo – pp. 105-106.

Dessa forma, a medida ora proposta tem a finalidade de seguir a tendência do direito comparado, em especial do direito português, para conferir aos agentes delegados uma tarefa na efetivação dos processos de execução por quantia certa no Brasil, apresentando, ao credor, o rol dos bens passíveis de execução existentes em nome do devedor.

Isso permitirá que o comando judicial seja efetivo desde o início do processo reservando bens suficientes para cumprir a obrigação inadimplida. E mais, ter-se-á uma certeza da viabilidade executiva do título e estimular-se-á os processos em que sejam efetivamente aptos e satisfativos, uma vez que os processos com ausência de bens podem ser suspensos aguardando novo relatório positivo de bens passíveis de penhora.

Pretende-se trabalhar com efetividade judicial. Nenhum proveito é apresentado a parte que se alonga diversos anos no poder judiciário para obter a satisfação de título para, ao final, ter conhecimento da ausência de bens passíveis de penhora. O Poder Judiciário terá mais congestionamento e o credor não alcançará a sua tutela jurisdicional.

Por outro lado, com a apresentação de relatórios positivos de bens, em nome do devedor inscrito no protesto de títulos, a efetividade do direito e a celeridade processual assumirá um compromisso em cumprir o ditame constitucional da duração razoável do processo.

Nesse compasso, deve-se reconhecer que o tabelião de protesto possui dentre as suas atribuições, enumeradas no artigo 3º da Lei nº 9.492/97, o dever de protocolização, intimação, o acolhimento da devolução ou aceite, o recebimento do pagamento do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações, fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

Isso demonstra que o tabelião recebeu a competência para gerir o título inadimplido e exerce a tarefa de resgatar o crédito não satisfeito espontaneamente. Ocorre que, em muitos casos esse procedimento não supre o inadimplemento e alguns títulos são levados em juízo, instaurando o processo de execução.

Contudo, o tabelião de protesto pode, ao realizar o registro do protesto, expedir uma certidão de busca dos bens passíveis de penhora existentes em nome do devedor, o que auxiliará nas decisões do futuro processo de execução. Assim, o magistrado terá, logo no início do processo a dimensão da possibilidade de êxito da execução, ou mesmo, poderá determinar a penhora de bens certos e determinados, conferindo uma maior garantia ao devedor, pois não terá todo o seu patrimônio aviltado; bem como ao credor, que consagrará a certeza do recebimento da sua dívida.

Assim, o princípio do devido processo legal estará sendo atendido na medida em que ambos os polos da relação processual obtiveram o acesso ao judiciário e, principalmente, a observância dos demais princípios processuais constitucionais.

3.4.2 Proposta de alteração da Lei nº 13.105/15⁷⁵

Este projeto tem o objetivo de promover uma alteração legislativa significativa no processo de execução de quantia certa, mas que produzirá um resultado efetivo e considerável nos processos de execução no Brasil, sobretudo pelos magistrados assumirem apenas a realização de atos próprios da magistratura que é dizer o direito em caso de conflito de interesse.

Esta é uma forma de se promover a desjudicialização, assim como já ocorreu com a edição da Lei nº 11.441/07 ao delegar os casos de separação, divórcio e inventário para os tabelionatos de notas, ou mesmo, com edição da Lei nº 13.105/15 que dispôs acerca da usucapião extrajudicial nos tabelionatos de notas e ofícios de registros.

O fundamento de validade para a desjudicialização da execução por quantia certa no Brasil está centralizada na existência de quatro elementos fundamentais: no título executivo; nos atos próprios da magistratura; na fé pública notarial; e, na constitucionalização do direito processual civil.

O título executivo, seja judicial ou extrajudicial, é dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, cuja constituição foi estabelecida pela autonomia de vontade das partes (para os títulos extrajudiciais), ou mesmo já encontram-se amoldados aos ditames da lei por uma sentença judicial, fruto de um processo prévio, decidido por um magistrados (para os títulos judiciais).

A teoria dos atos próprios da magistratura, significa que o exercício da jurisdição deve se ater aos atos de decisão e não aos atos operacionais ou executivo do processo. Exercer a jurisdição é promover a solução do litígio estabelecido entre as partes a partir de um conflito de interesse. Havendo uma certeza prévia do negócio por meio de um título executivo, não há oportunidade para a manifestação do Poder Judiciário. Caso contrário, existindo embargos, cabe tão somente ao magistrado a solução desta causa.

Esse momento do direito processual civil ajusta-se um novo arranjo para o conceito de jurisdição, sobretudo para o exercício da magistratura, em que se deve dar ouvido apenas as

⁷⁵ Proposta de projeto de lei em anexo – pp. 106-107.

vozes que gritam dentro de um conflito de interesse; não havendo litígio, cabe ao extrajudicial a solução.

A fé pública notarial, conferida constitucionalmente para os delegatários da função pública, reconhece a atribuição de garantir a segurança, a autenticidade, a publicidade e a eficácia aos atos jurídicos. E, por fim, a constitucionalização do direito processual civil, que sedimenta o princípio da duração razoável do processo como um princípio base a ser alcançado em todos os contornos das alterações legislativas.

Assim, a partir dos quatro elementos fundamentais, constituir-se-á um procedimento extrajudicial e prévio de títulos executivos, sob a atribuição dos tabelionatos de protestos, devidamente fiscalizados pelo Poder Judiciário, consoante estabelece o artigo 236 da Constituição Federal.

Atualmente, compete ao tabelião de protesto, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 9.492/97, o dever de protocolização, intimação, acolhimento da devolução ou aceite, recebimento do pagamento do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

Percebe-se que a atribuição de gestão do título inadimplido foi conferida ao tabelião de protesto que diligenciará para que o devedor cumpra a sua obrigação do título vencido. Em decorrência deste ato, poder-se-á descentralizar a realização de certos atos do poder judiciário e delegar ao tabelião de protesto de modo que o procedimento da execução seja mais célere, efetiva e justa.

Assim, considerando o procedimento em vigor, decorrido o prazo da intimação do devedor para pagar a dívida, não havendo desistência, sustação ou pagamento, o tabelião lavrará e registrará o protesto. A pedido do credor, o tabelião fará a busca de bens em nome do devedor, aptas a satisfazerem a dívida, e encontrando-os procederá a penhora e formalizará, mediante do auto de penhora, com intimação do executado. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado dos juros e das custas, nos termos em que determina os artigos 831 e seguintes do Código de Processo Civil.

Denota-se que a inovação processual e legislativa encontra-se na possibilidade do tabelião proceder busca e penhora dos bens existentes em nome do devedor, medida que desafogará o poder judiciário e continuará com a fé pública e a fiscalização judicial. Concluída a penhora, a expropriação dos bens ocorrerá na forma prevista nos artigos 876 e seguintes do Código de Processo Civil e, ao final, a satisfação do crédito, amparado no artigo 904 e seguinte do Código de Processo Civil.

Importante consignar que, não localizando bens aptos a satisfação da dívida, os tabelionatos de protesto, terão uma lista de execução de títulos por quantia certa em andamento, justamente para auxiliar na plena satisfação do crédito, e permitir a reunião de todas ações contra o mesmo devedor. Candido Rangel Dinamarco (1997, p. 21) afirma que a lentidão verificada no processo de execução justifica-se porque sempre foi relegado a posição secundária na teoria geral do processo. As atenções sempre foram para o processo de conhecimento ou para as medidas cautelares. É, portanto, chegada a hora de seguir o direito comparado e promover uma desjudicialização do processo de execução e inseri-lo num contexto de operacionalidade e de efetividade.

O artigo 805 do Código de Processo Civil estabelece que quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Nesse sentido, a construção de um modelo menos oneroso e mais efetivo passa pela desjudicialização e seguir o bom exemplo implementado nas separações, nos divórcios, nos inventários e na usucapião extrajudicial.

É inadmissível que um processo com presunção de certeza possa alongar por diversos anos para obter a tutela. Nesse sentido, o tabelião de protesto, agente que já possui a gestão dos títulos inadimplidos no Brasil, teria a capacidade para promover uma oxigenação nos processos de execução e, sobretudo, combater a morosidade processual, resgatando um direito de acesso a justiça célere e efetivo.

3.5 A importância da desjudicialização da execução por quantia certa no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro tem sofrido a influência do direito europeu que passou a ter uma análise crítica do processo, não mais avaliando as teorias do direito de ação, mas sim, construindo um direito de acesso à justiça a partir dos princípios constitucionais de efetividade e duração razoável do processo.

Mas para se chegar a esta conclusão tiveram que reconhecer a morosidade do Estado, representado pelo Poder Judiciário, na tarefa de dizer o direito. A criação do Conselho Nacional de Justiça foi decisiva para que os números confirmassem esse colapso do processo. A taxa de congestionamento assustou aqueles operadores do direito que desconheciam esta realidade ou que não queriam reconhecer. Fazer justiça passou a ser muito mais do que cumprir os princípios constitucionais de devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proibição de prova ilícita.

Entregar a tutela jurisdicional exige uma duração razoável do processo aliada a efetividade processual. Duração razoável do processo entendido como o curto espaço de tempo para se dizer o direito; e, efetividade interpretada como a aptidão para o processo gerar efeito entre as partes, ou seja, seria dizer que de nada vale um direito tardio e sem implementação.

A consciência jurídica da sociedade não é capaz de admitir um emaranhado de recursos que avolumam os processos na estante do Poder Judiciário. E o que dizer de um processo de execução em que permeia um grau de certeza entre as partes fundamentado num título executivo, cujas características são a certeza, liquidez e a exigibilidade.

Para o processo de execução atingir seu ápice de efetividade, o Estado precisa construir o seu formato de desjudicialização, o qual no Brasil, concilia com a atribuição do Tabelionato de Protesto na gestão dos títulos executivos inadimplidos. Os tabelionatos de protesto atingiram um nível de recuperação de crédito que atinge os 65% (sessenta e cinco) por cento nos três primeiros dias da intimação do protesto. Qual nível de aprimoramento que se pretende alcançar com os tabelionatos de protesto no Brasil? É por meio dos Tabelionato que os atos impróprios da magistratura serão executados, operacionalizando a intimação, a penhora, a avaliação, e a alienação, reservando o ato de decisão para o Poder Judiciário, através de um procedimento autônomo de decisão dos embargos do devedor.

E o fundamento de validade deste procedimento extrajudicial e prévio é exatamente a estabilidade do título executivo; a reserva dos atos próprios da magistratura com o Poder Judiciário; a fé pública dos tabeliães como garantia de segurança, eficiência, publicidade e autenticidade e; por fim, a constitucionalização do processo civil através da efetividade e da duração razoável do processo.

É a chegada do novo tempo, da desjudicialização da jurisdição e do novo arranjo processual de execução, em que o processo judicial ganha efetividade e celeridade, sem qualquer causa apta a justificar uma nova relação judicial do processo. O direito europeu encontra-se promovendo a sua modificação em prol de uma duração razoável do processo como se constata no Direito Português.

Agora o direito brasileiro precisa se desvencilhar das formalidades e promover a nova maneira de jurisdição. A efetividade dos tabeliães de protesto já foi comprovada pelo êxito assumido nos títulos apresentado diariamente. Agora devemos operacionalizar também os demais títulos executivos que assombram o dado do Conselho Nacional de Justiça. É o momento para se posicionar acerca de uma reforma profunda ou a renúncia a um processo célere e efetivo.

CONCLUSÃO

O direito caminha ao lado da sociedade não apenas para promover a paz social, mas também para acompanhar os anseios da sociedade. O Estado, através do Poder Judiciário, é o agente encarregado de promover a prestação jurisdicional, ou seja, dar a cada um o que é seu. É, nesse contexto, que a sociedade influencia na efetividade social das normas jurídicas, bem como auxilia na devida interpretação.

Mas a evolução dos tempos mostrou que se vive uma verdadeira “Crise do Judiciário”, num cenário mundial, em que cada vez mais as relações sociais se expandem, a economia se globaliza e o consumo se tornou escalonado. O Estado não evoluiu paralelamente e tenta, agora, mediante normas constitucionais imprimir um novo formato, com eficácia imediata e celeridade. É a constituição programática tentando impor obrigações de modo a se atingir os seus fins.

O efeito nefasto atinge o instrumento da jurisdição, isto é, o processo. Tornou-se este um conceito confuso de lentidão, morosidade e desconfiança. Mas a culpa desse momento histórico não é apenas do Poder Judiciário, mas sim, de todos. A prestação jurisdicional não é construída isoladamente pelo Poder Judiciário, e sim sob um conjunto de mãos que empunham a espada para proteger a balança do direito. Os advogados, os magistrados, os promotores públicos, os agentes auxiliares da justiça e as partes são responsáveis por este cenário.

Quando um advogado formula pedidos protelatórios; quando um perito formula perguntas indevidas; quando a parte não comparece a audiência e solicita redesignação; quando o magistrado redistribui as audiências para datas futuras, são ações que promovem o estrangulamento do Poder Judiciário. Existem, porém, outras causas externas como a falta de contingente de servidores, a não informatização dos processos, o precário espaço físico de trabalho e a paralisação frequentes nos pontos facultativos.

Os relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ sintetizam que, apesar das adversidades, esta década é a que o Poder Judiciário mais produziu, mas ainda assim, tem-se aumentado a taxa de congestionamento dos processos. Isso significa que a solução do problema não está apenas em quem entrega a prestação jurisdicional, mas sim, em como a tutela jurisdicional é conduzida.

Isso significa que a integração dos direitos fundamentais na segunda metade do século XX fez gerar a reflexão sobre a efetividade desses direitos. Alguns autores afirmam que o desafio do século XVIII foi constituir os direitos, no século XXI será a efetividade desses direitos (AUAD, 2015; ARAGÃO, 2011). De nada vale construir excelentes direitos se eles não

se efetivam. A prateleira de direitos do cidadão já se encontra pesada demais para não tê-los reconhecidos e aplicáveis.

Inegavelmente o acesso à justiça corresponde a um direito fundamental de pacificação social, porém as estruturas dos Poderes construíram um emaranhado de gargalos que impedem a realização da Justiça, ou melhor, a retardam. A simplificação dos processos e a busca de alternativas de resolução dos conflitos é o meio necessário para se alterar a rota de contingenciamento dos processos no Brasil e em Portugal e atingir a celeridade processual.

Mas, a dúvida que surge é quanto tempo demorar-se-á para efetivar esse direito fundamental. Ter-se-á que percorrer uma década toda para implementar esse direito. É o momento para que outras leis, como ocorreram com as Lei nº 11.441/07 e nº 32/14, respectivamente no Brasil e em Portugal, promovam e efetivem direitos. A desjudicialização consagrada nas leis acima citadas é a medida de fôlego para que a celeridade processual seja conquistada, observando, evidentemente os direitos de contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, dentre outros.

Muitos modelos europeus como Portugal, Itália, França e Alemanha reconheceram que a maneira de se entregar a tutela jurisdicional executiva deveria ser desjudicializando-a, passando por outro agente a operacionalização do processo de execução, como a intimação, a busca de bens, a penhora dos bens, a alienação, dentre outros. Cada país adotou um formato distinto, mas todos com o objetivo de minimizar as tensões do poder judiciário e fortalecer a rápida duração do processo de execução mediante auxílio externo.

O modelo português de execução por quantia certa permite uma semelhança de ajuste com a realidade brasileira, incentivando um intercâmbio de processamento jurídico, sobretudo para se atingir a celeridade processual. Em especial, a adoção do procedimento prévio de execução dos títulos, previsto na Lei nº 32/2014, imprimiu uma rapidez na resolução da causa e consagrou a efetividade do direito fundamental. A criação do agente de execução desjudicializou o processo de execução por quantia certa português e reservou para o Poder Judiciário apenas a solução dos conflitos de interesses instaurados.

Este modelo de execução português consagrou muitos mais do que uma rápida duração do processo, ela permitiu que a circulação de riqueza e a recuperação do crédito auxiliasse na pauta econômica do país, bem como no grau de confiança da população no Poder Judiciário, diante da fiscalização exercida por este perante os agentes de execução. Além disso, democratizou a informação irrestrita dos maus pagadores; incentivou a dedução do imposto pago pelo credor diante dos valores não recebidos; construiu um relatório de bens passíveis de

execução em nome do devedor, auxiliando o credor na tomada de decisão em executar a dívida ou não; e a criação da lista pública de execuções frustradas.

Em particular, a desjudicialização do processo de execução permite uma maior segurança na sua implementação diante da presunção de certeza que permeia a relação em conflito. A satisfação do crédito pretendida pelo credor decorre uma relação jurídica estável pautada num prévio título executivo. A obrigação foi devidamente constituída pelas partes, em observância ao princípio da autonomia da vontade. A isso denominamos de título executivo extrajudicial.

Assim, ter-se-iam quatro elementos autorizadores para a desjudicialização do processo de execução: a existência do título executivo; a teoria dos atos próprios da magistratura; a fé pública notarial; e a constitucionalização do processo civil.

O título executivo possui certeza, liquidez e exigibilidade como características fundamentais que não justificam a reiterada manifestação do Poder Judiciário, salvo, oposição dos devidos embargos, previstos legalmente, quando, então, caber-se-ia ao magistrado solucionar este conflito de interesse em processo autônomo.

A teoria dos atos próprios da magistratura afirma que ao Poder Judiciário cabe a atribuição de dizer o direito, ou seja, produzir decisões e sentenças para solucionar o conflito de interesse instaurado entre as partes. Não havendo controvérsia, ou sendo atos meramente operacionais ou executivos, caberá aos agentes extrajudiciais, dotado de fé pública, a garantia da autenticidade, da segurança, da eficácia e da publicidade dos atos.

Assim, a fé pública notarial consagra aos tabeliães de protesto a função de gerir, com garantia constitucional, a gestão dos títulos executivos inadimplidos no Brasil, através da execução por quantia certa, nos termos da Lei nº 9.492/97. Somente neste caminho da desjudicialização conseguir-se-á cumprir os preceitos constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade, sendo estes alguns dos princípios norteadores da constitucionalização do processo civil no Brasil.

Neste compasso, oportunamente é o momento para se promover uma profunda e eficiente mudança nos processos de execução por quantia certa, construindo uma teoria geral de execução própria, com conceitos e características peculiares do instrumento utilizado. Não se admite mais tratar o processo de execução como um repositório supletivo de normas do processo de conhecimento.

Os planos da verdade são totalmente distintos, neste sequer há direito reconhecido, naquele há presunção de certeza entre as partes. Neste, o índice de prova será alto, naquele a

prova é o título executivo. Neste ter-se-á ato de decisão e impulso processual, naquele, em sua grande maioria, os atos serão apenas operacionais.

Observando essas peculiaridades, conclui-se que a contribuição para a celeridade no Brasil deve partir de duas alterações legislativas. A primeira com uma alteração tímida, mas efetiva na Lei nº 9.492/97, com a apresentação pelo tabelião de protesto de um relatório dos bens existentes em nome do devedor protestado, com a finalidade de se descobrir no início do processo de execução a existência ou não de bens passíveis de penhora. Assim, o magistrado já teria no início do processo de execução, a dimensão do resultado final do processo, o que poderia até mesmo solicitar o bloqueio dos respectivos bens para satisfazer o processo executivo. Por este caminho, estaria a incentivando a redução do volume de execuções frustradas.

De outro lado, acolhe-se também a alteração legislativa da Lei nº 13.105/15, conhecido como Código de Processo Civil, construindo, a exemplo do direito português, um procedimento prévio e extrajudicial, cujos atos de intimação, busca de bens, penhora, intimação da penhora, avaliação, nomeação de depositário e alienação, ficariam a cargo do tabelião de protesto. Ter-se-ia, portanto, uma sequência coordenada de atos já existentes que não mais se encerraria com o protesto, mas sim, a busca de bens, penhora, avaliação, nomeação de depositário e alienação dos bens.

É o momento de refletir o que se pretende para o futuro do processo de execução. Esperar elevar a carga de estrangulamento dos processos de execução, ou promover uma profunda alteração legislativa como já ocorreu nos países europeus. O exemplo português permite avançar sem receio do sucesso e do resgate da confiança da sociedade na tutela jurisdicional.

A desjudicialização é a ferramenta útil de se efetivar o direito fundamental da celeridade processual, observando, os rigores dos agentes a desempenharão esta função, como já ocorre com os agentes delegados de protesto que são os tabeliães de protesto, com amparo no artigo 236 da Constituição Federal.

Assim, concluiu-se que as medidas processuais para a efetividade encontram-se disseminadas nas experiências do direito comparado, cabendo apenas ao legislador implementá-las no cenário local de modo que o direito fundamental seja atendido imediatamente, nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Brasileira. Afinal, justiça tardia não é justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXANDER, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. ISBN 978-85-392-0073-3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3.

ARAGÃO, E. D. Moniz de - Efetividade do Processo de execução. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Org. - **Tutela executiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 249-251. ISBN 978-85-203-4210-7.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de Araújo; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano - **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AUAD, Denise - A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Org - **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. ISBN 978-85-203-6509-0. Vol. VII. P. 107-126.

BARBOSA, Rui - **Oração aos moços e o dever do Advogado**. 8ª ed. São Paulo: Edijur, 2014. ISBN 9788577541133.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos - Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 27. N. 105, p. 181-190. Jan-mar. 2002.

BARROSO, Luis Roberto - **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. ISBN 85-7147-025-1.

_____- **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ - **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09126-9.

_____ - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ - Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Org – **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. ISBN 978-85-203-6509-0. Vol. VII. p. 533-584.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos - **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN 978 85 392 0035 1.

_____ - **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo - **Ciência política**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 978-85-392-0069-6.

_____ - **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-558-3.

_____ - **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em WWW: <URL:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2311155&tipoApp=RTF>.

CANARIS, Claus-Wilhelm - **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. ISBN 9723102951.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

_____ - **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice and the welfare state: An Introduction. CAPELLETTI, Mauro (Org). In: **Access to Justice and the Welfare State**.. Firenze: Le Monnier, 1981.

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

_____ - **Instituições do processo civil**. v. I. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

_____ - **A prova civil**. ACARPA, Lisa Pary Acarpa (trad.). 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CENEVIVA, Walter - **Lei dos Notários e registradores comentada: lei 8.935/94**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5. ISBN 978-85-02-09501-4.

CHIOVENDA, Giuseppe - **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller Editora, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria geral do processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ - **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONSTANT, Benjamin – A liberdade dos antigos comparada à dos modernos. GARCIA, Emerson (Org. e trad.) – **Coleção Clássicos do Direito**. V. 3. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 9788522499618.

COUTURE, Eduardo J - **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ª ed. (reimp.), Depalma, Buenos Aires, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério - **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 852031693X.

DENARDI, Volnei Luiz - **Execuções judiciais e extrajudiciais no sistema financeiro de habitação: Lei 5.741/1971 e Decreto-Lei 70/1966**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel - **Execução civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ - **Execução civil**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

EUR-LEX - **Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000**. Relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em WWW: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001R0044>>.

FIGUEROA, Alfonso García - **Princípios e Direitos Fundamentais**. In. NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. ISBN. 8573879785.

FREITAS, José Lebre de - **A execução executiva – depois da reforma da reforma**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

_____ - **A ação executiva. À luz do código de processo civil de 2013**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 185. ISBN 978-972-32-2224-1.

FREITAS, Juarez - **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 978-85-7420-950-0.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca - **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GOMES, Conceição - **O tempo dos tribunais: um estudo da morosidade da justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GONÇALVES, Marco Carvalho - **Lições de processo civil executivo**. 2ª ed. Coimbra: Amedina, 2018.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - **As Constituições dos estados de Língua Portuguesa**. 4ª ed. Lisboa: Almedina, 2015.

GOLDSCHMIDT, James - **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Leonardo - A execução e a efetividade do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Org. - **Tutela executiva**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011. p. 315. ISBN 978-85-203-4210-7).

GUASTINI, Ricardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. ISBN 85-7348-039-4.

_____ - **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HOFFMAN, Paulo - **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788547212063.

LIEBMAN, Enrico Tullio - **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Vol 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito – **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-970-0588-2.

LOUREIRO, Luiz Guilherme - **Registros Públicos: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 53. ISBN 978-85-442-1065-9.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo - **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme - Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MARTINS, Leonardo - **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. (Organização e introdução, coletânea original de J. Schawabe).

MEDEIROS NETO, Elias Marques de - **O procedimento extrajudicial pré-executivo: Lei n. 32 de 30 de maio de 2014: inspiração para o sistema processual do Brasil**. São Paulo: Editora verbatim, 2015. ISBN 978-85-8399-017-8.

MELLO, Celso Antônio Bandeira - **Curso de direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN 978-85-7420-793-3.

_____ - **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21874-1.

_____ - Gilmar Ferreira - **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04676-4.

MENDES, João de Castro - **Direito processual civil**. vol. III. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012.

MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional**, Tomo IV - direitos fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____ - **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional**. V. II. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MONTEIRO, João - **Teoria do processo civil e comercial**. 3ª ed. São Paulo: Duprat, 1912.

MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ - **Direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 85-224- 2090-4 111.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - **Efetividade do processo e técnica processual**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1995. N. 77.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - O futuro da Justiça: alguns mitos. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Jul-ago. 2000. São Paulo: Síntese, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de - Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Mariana – **Público**. Justiça lenta: culpa dos megaprocessos ou de excesso de garantias? Disponível em WWW: <URL:<https://www.publico.pt/2018/12/03/sociedade/noticia/culpa-demora-megaprocessos-excesso-garantias-1853253>>.

PAIVA, Eduardo; CABRITA, Helena - **O processo executivo e o agente de execução**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. ISBN 9789723221497.

PEDROSO, João *et al* - **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001.

PEDROSO, João; CRUZ, Cristina - **A ação executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma**. Coimbra: Centro de estudos Sociais, 2001.

PINTO, Rui - **Manual da execução e despejo**. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

PODER JUDICIÁRIO - **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números. Disponível em WWW:

<URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

_____ - **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números. Disponível em WWW:

<URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/3999e367fff7bf4974dd6e25dfc4f510.pdf>>.

REPÚBLICA PORTUGUESA - **Direção-Geral da Política e Justiça**. Estatísticas da Justiça. Disponível em WWW: <URL:<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>>.

RIBEIRO, Flávia Pereira - **Desjudicialização da execução civil**. Tese de doutorado. Puc. São Paulo, 2012.

_____ - **A desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Virgílio da Costa - **As funções do agente de execução**. Coimbra: Almedina, 2011.

ROCCO, Alfredo - **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

RODRIGUES, Marcelo Abelha - **Manual de direito processual civil**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques - **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Texto Integral. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza - **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. Coimbra: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang - Direitos Fundamentais Sociais. In: CLEVE, Clemerson Merlin. Org – **Doutrinas essenciais. Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6509-0. Vol. VII. p. 771-812.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtinet - Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, p. 179-234. São Paulo: página & Letras, jul.-dez. 2008.

SILVA, Paula Costa e - As linhas gerais da reforma do processo civil. In: **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Lisboa: faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

SILVA, Jorge Pereira da - **Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais**. Universidade Católica: Lisboa, 2015.

SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de - **A reforma da acção executiva**. Lisboa: Lex, 2004.

TARTUCE, Flávio - **O novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto - **Curso de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____ - A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, ano 15, n. 59, jul-set. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I, Porto Alegre -RS: Fabris 1997.

VENTURA, André - **A nova justiça internacional**. Lisboa: Chiado Editora, 2015. ISBN 978-989-51-4272-9.

WATANABE, Kazuo - Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira - **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010.

ANEXOS

Anexo 1 - Proposta de alteração da lei nº 9.492/97

Projeto de Lei nº , de de 2018.

Altera a Lei nº 9.492/97, de 10 de setembro de 1997

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º. Fica acrescida no art. 3º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a expressão “apresentar relatórios de bens passíveis de execução em nome dos devedores inscritos no respectivo protesto”, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 3º. Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações, fornecer certidões relativas a todos os atos praticados e apresentar ao credor relatórios de bens passíveis de execução em nome dos devedores inscritos no respectivo protesto, na forma desta Lei.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O ordenamento jurídico brasileiro encontra-se em processo de constante transformação com a finalidade de se cumprir os ditames constitucionais. Em matéria de processo civil, o princípio constitucional da duração razoável do processo tem sido argumento para a implementação de mudanças pontuáveis visando o descongestionamento dos processos e principalmente uma entrega da tutela jurisdicional efetiva.

A exposição de motivos do novo Código de Processo Civil reconhece que “o novo código de processo civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além

de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”.⁷⁶

Em razão disso, seguindo a tendência do direito comparado, em especial, do direito português, do direito francês e do direito italiano, os agentes delegados podem auxiliar na efetividade dos processos de execução por quantia certa no Brasil, apresentando, ao credor, relatórios de bens passíveis de penhora, em nome do devedor, já devidamente inscritos no respectivo tabelionato de protesto.

Isso permitirá com que o credor tenha a certeza da viabilidade executiva do título, e estimulará apenas a execução de títulos que sejam efetivamente aptos e satisfativos. Pretendemos trabalhar com efetividade judicial. Nenhum proveito é apresentado a parte que se alonga diversos anos no poder judiciário para obter a satisfação de título para, ao final, ter conhecimento da ausência de bens passíveis de penhora. O Poder Judiciário terá mais congestionamento e o credor não alcançará a sua tutela jurisdicional. Por outro lado, com a apresentação de relatórios de bens, em nome do devedor inscrito no protesto de títulos, a efetividade do direito e a celeridade processual assumirá um compromisso em cumprir o ditame constitucional da duração razoável do processo.

De acordo com o dado divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o tempo de duração de um processo de execução extrajudicial na Justiça Estadual é de 06 anos e 04 meses, enquanto que uma execução de título judicial é de 03 anos e 04 meses de duração. Tratando-se de título extrajudicial fiscal o prazo é de 06 anos e 08 meses enquanto que o título extrajudicial não fiscal é de 04 anos e 06 meses.⁷⁷ Na Justiça Federal, a execução judicial é de 05 anos e 03 meses, enquanto que na execução extrajudicial é de 06 anos e 11 meses de duração, sendo que, nas execuções fiscal é de 07 anos e 05 meses, e na execução não fiscal é de 04 anos e 03 meses.

O que revela uma maior perplexidade não é o crescente número da taxa de congestionamento dos processos, mais sim, o fato de que o Poder Judiciário aumentou significativamente a sua produção, ou seja, estamos vivenciando um período de maior

⁷⁶ Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15.

⁷⁷ Disponível em WWW:
<URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

produtividade⁷⁸, porém, a cada dia aumenta a taxa de congestionamento. Isto significa que o diagnóstico está no aumento da taxa de litigiosidade do brasileiro.

Assim, os tabeliões de protesto auxiliarão na construção de novo formato de execução, em que o magistrado, no momento do despacho inicial, já terá uma verdadeira dimensão do desfecho processual daqueles autos de execução por quantia certa.

⁷⁸ Em 2009 eram sentenciados 23,7 milhões de processos em 1º grau enquanto que em 2016 este número aumentou para 30,8 milhões de processos. Esses números comprovam que o Poder Judiciário tem desempenhado o seu papel com eficiência, nos termos previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal, bem como artigo 8º do Código de Processo Civil. Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>.

Anexo 2 - Proposta de alteração da Lei nº 13.105/15

Projeto de Lei nº , de de 2018.

Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1. Fica constituído o procedimento executivo extrajudicial prévio, nos seguintes termos.

Art. 2. O procedimento extrajudicial pré-executivo é um procedimento de natureza facultativa que se destina, à identificação de bens penhoráveis através da disponibilização de informação e consulta às bases de dados de acesso direto eletrônico em bens móveis e imóveis, existentes em nome dos devedores que se encontram devidamente protestados nos respectivos tabelionatos de protestos. Esta informação é exclusiva para o credor do título executivo protestado.

Art. 3. A presente lei aplica-se exclusivamente para os devedores que tenham sido devidamente intimados do protesto, sem qualquer ocorrência de desistência, sustação ou pagamento, previsto nos artigos 16 e seguintes da lei nº 9492/97.

Art. 4. Este procedimento observará a regra de distribuição prevista no artigo 7º da Lei nº 9.492/97.

Art. 5. Esgotado o prazo da intimação credor sem que tenham ocorrido as hipóteses de pagamento, desistência ou sustação do protesto, fica o tabelião autorizado, a pedido do credor, a realizar as consultas às bases de dados dos escritórios de registros de imóveis, do departamento estadual de trânsito e demais instituições, para obtenção de informações referente aos bens existentes em nome do devedor passíveis de execução.

Art. 6. Os sistemas de consulta das bases de dados deverão assegurar, a cada consulta, a informação do tabelião que procedeu a consulta e os dados do devedor consultado, possibilitando a auditoria das informações solicitadas.

Art. 7. O resultado da consulta e da informação não poderá ser divulgada para fim diversos do que previsto nesta lei.

Art. 8. O prazo para a consulta será de 05 (cinco) dias úteis. Decorrido o prazo, deverá ser apresentado uma certidão, no prazo de 5 dias úteis, com as informações indicando os bens localizados ou a não localização de bens passíveis de penhora em nome do devedor.

Art. 9º. O tabelião fica autorizado a proceder a penhora, a avaliação e a nomeação de depositário dos bens localizados, nos termos do artigo 831 e seguinte do Código de Processo Civil.

Art. 10. Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o devedor.

Art. 11. O devedor poderá, independentemente de penhora, depósito ou caução, se opor ao procedimento extrajudicial por meio de embargos, devidamente representado por advogado, no prazo de 15 (quinze) dias, contado na forma do disposto no art. 915 do Código de Processo Civil.

§1º. Os embargos ao procedimento extrajudicial de execução serão distribuídos independentes ao juízo competente e terão curso regular, instruídos com cópias das peças processuais relevantes.

§2º. Observar-se-á a regra de competência estabelecida pelo Código de Processo Civil, para o julgamento dos embargos.

§3º. Julgado os embargos, o tabelião será notificado para prosseguir ou arquivar o procedimento extrajudicial.

Art. 12. Poderá o credor e o devedor, a qualquer momento, acordar a forma de pagamento do título, constituindo o acordo título executivo extrajudicial.

Art. 13. Não localizados bens do devedor, o credor poderá, até a prescrição da dívida, solicitar a realização de novas consultas, limitadas ao período mínimo de 01 (um) ano.

Art. 14. O credor e o devedor poderão, a qualquer momento, solicitar informações acerca do procedimento extrajudicial, independentemente de advogado.

Art. 15. Os tabelionatos de protesto deverão ter sistema próprio de consulta dos devedores informando os procedimentos em curso ou frustrados, e os embargos pendentes de julgamento, com a finalidade de se evitar procedimentos desnecessários.

Art. 16. As pessoas que no exercício de sua função, tenham conhecimento dos dados anunciados nesta lei, respondem pessoalmente, mesmo após a cessação de suas funções.

Art. 17. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil no que não esteja expressamente previsto nesta lei.

Art. 18. As taxas e emolumentos serão estabelecidos de acordo com a respectiva lei estadual de emolumentos e taxas judiciárias.

Art. 19. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O sistema processual civil tem-se evoluído diariamente com o objetivo de se promover uma entrega da tutela jurisdicional efetiva e célere. Os princípios fundamentais de processo civil passaram a determinar o rumo do processo, sob a orientação constitucional do art. 5º, §§1º e 4º. Contudo, existe um paradoxo entre a tarefa de se dizer o direito, e a satisfação deste direito pelo cidadão.

O reconhecimento do direito pelo Poder Judiciário não significa que a parte terá esse direito implementado, sobretudo pela ausência de efetividade existente no processo de execução. Isso provoca um colapso no sistema processual. O congestionamento processual provoca o sentimento de frustração do jurisdicional o que é dever do Poder Legislativo sentir a vontade popular e apresentar uma resposta condizente com a realidade.

Os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ demonstram que o processo de execução é o principal processo de morosidade, com duração média de 06 anos, e com uma efetividade de apenas 16% (dezesseis) por cento no primeiro ano, ou seja, a cada 100 (cem) processos apenas 16 (dezesseis) processos são solucionados, os outros 84 (oitenta e quatro) processos arrastam-se nos corredores forenses.

Candido Rangel Dinamarco (1997, p. 21) afirma que o motivo dessa lentidão é que o processo de execução sempre foi relegado a posição secundária na teoria geral do processo. É, portanto, chegada a hora de seguir o direito comparado e promover uma desjudicialização do processo de execução e inseri-lo num contexto de operacionalidade e de efetividade.

O artigo 805 do Código de Processo Civil estabeleceu quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Nesse sentido, a construção de um modelo menos oneroso e mais efetivo passa pela desjudicialização e seguir o bom exemplo implementado nas separações, nos divórcios, nos inventários e na usucapião extrajudicial.

Como podemos admitir que um processo que já possui uma presunção de certeza possa alongar por diversos anos para se entregar a tutela. Em suma, são quatro os elementos justificadores desta execução extrajudicial: a existência do título executivo; a teoria dos atos próprios da magistratura; a fé pública notarial e a constitucionalização do direito processual civil.

O título executivo é pedra de toque do processo que pelas características que possui de certeza, liquidez e exigibilidade, permite impedir o estrangulamento do Poder Judiciário. A teoria dos atos próprios da magistratura permite admitir que os Juízes devem se ater aos atos de decisão e não a operacionalizar o processo. Todo e qualquer ato executivo caracteriza como ato impróprio cabendo esta atribuição para a *longa manus* do Estado, neste caso, para o delegatários do serviço público, isto é, notários e registradores. A fé pública notarial é que garante a atribuição pessoal de cumprir a vontade da lei e das partes, assegurando autenticidade, publicidade, segurança e eficiência. Os princípios constitucionais processuais civis é que serão aplicado imediatamente, cumprindo a determinação constitucional de aplicação imediata.

Nesse sentido, o tabelião de protesto, agente que já possui a gestão dos título inadimplidos no Brasil, teria a capacidade para promover uma oxigenação nos processos de execução e, sobretudo, combater a morosidade processual, resgatando um direito de acesso a justiça célere e efetivo.