

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
MESTRADO EM DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE BENS E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

LEONARDO MOREIRA SANTOS

Prof. Dr. LUCIO GRASSI  
(orientador)

Recife – PE  
2015

LEONARDO MOREIRA SANTOS

**A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE BENS E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr. Lucio Grassi de Gouveia

Recife  
2015

**A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE BENS E O DIREITO  
FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

LEONARDO MOREIRA SANTOS

Dissertação defendida no dia  
\_\_\_\_\_, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Presidente e orientador: Dr. Lucio Grassi de Gouveia (UNICAP)

---

Examinador interno: Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (UNICAP)

---

Examinador interno: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (UNICAP)

---

Examinador externo: Prof. Dr. Andre Felipe Barbosa de Menezes (Faculdade Marista)

Recife  
2015.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, pois sem a proteção recebida, e sem a luz que iluminou os meus caminhos, eu não passaria da primeira dificuldade enfrentada. Obrigado pai, eu te amo!

Aos meus pais, Manoel e Eleonora, que sempre estiveram ao meu lado. Que choraram com os meus tropeços, e que sorriram com as minhas conquistas. Tenho muita sorte de tê-los. Amo vocês!.

À minha esposa Renata, mulher inteligente, ética, e companheira. Que me deu força para não fraquejar. Te amo.

Ao meu filho, Miguel. O meu príncipe, a razão da minha felicidade. É por você que luto para que o mundo seja melhor a fim de que a sua geração não sofra os perigos que atualmente enfrentamos. Te amo, meu filho. Seu pai foi abençoado com a sua chegada.

Aos meus amigos processualistas, que me ajudaram nas discussões, dúvidas, e na bibliografia. Obrigado pela amizade.

Aos meus amigos, professores universitários, que lecionam comigo na Faculdade Estácio, que sempre me ajudaram, quando necessário. Meu muito obrigado.

Aos meus amigos, que dividem comigo o escritório de advocacia, por toda paciência, nos momentos em que tive que me ausentar para as atividades do Mestrado. Obrigado pela compreensão.

Ao meu orientador, Lucio Grassi, que sempre me recebeu com respeito, atenção, e paciência. Agradeço, também, aos demais professores do Mestrado em Direito da UNICAP, pelas valorosas contribuições, destacando ainda o professor Sérgio Torres, por não ter declinado do convite de participar da banca examinadora.

Ao professor Alexandre Pimentel, pelo grande auxílio na reta final desta dissertação, e por todas as aulas de Processo Civil em que tive a honra de ter sido seu aluno. Meu muito obrigado, de coração.

Aos queridos alunos pela troca diária de experiências e aprendizado.

## **RESUMO**

Em face das dificuldades encontradas pelo credor para o recebimento dos seus créditos na execução civil, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de relativização da impenhorabilidade de bens, a fim de ampliar a responsabilidade patrimonial do devedor que possibilitará que o mesmo cumpra com as suas obrigações, e conseqüentemente o credor receba o seu crédito, tendo em vista que o recebimento do crédito na execução civil se trata de um direito fundamental. A afirmação da existência do direito fundamental do credor só foi possível com a pesquisa bibliográfica, em que juristas corroboraram a necessidade da tutela executiva, deixando claro que é preciso a relativização da impenhorabilidade dos bens a fim de que a prestação jurisdicional ocorra de maneira eficaz para os credores no procedimento de execução civil.

Palavras-chave: Execução civil; direito fundamental; bens impenhoráveis

## **ABSTRACT**

Given the difficulties encountered by the lender to the receipt of their claims in civil enforcement, this paper aims to demonstrate the need for relativization of immunity from seizure of goods in order to increase the financial liability of the debtor that will enable it to comply with their obligations, and therefore the lender receives your credit, given that the credit receipt in civil enforcement it is a fundamental right. The affirmation of the existence of the fundamental right of the lender was only possible with the literature, in which legal experts confirmed the need for executive protection, making it clear that the relativization of immunity from seizure of the assets so that the adjudication occurs effectively it takes to creditors in the civil enforcement procedure.

Keywords: civil execution; fundamental right; goods exempt from seizure

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1. NEOPROCESSUALISMO E A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DOS PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS.....</b>	<b>06</b>
1.1 CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO.....	06
1.2 FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	07
1.3 Constituição e contrato social .....	14
1.4 Aspectos históricos e dimensões, horizontal e vertical, dos direitos fundamentais.....	16
1.5 Princípios jurídicos e sua evolução histórica.....	21
1.6 Princípio da Tripartição dos poderes.....	25
1.7 Normas e regras X Princípios.....	26
1.8 Evolução e Distinção.....	29
1.9 Proporcionalidade como postulado normativo.....	36
<b>2. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA .....</b>	<b>48</b>
2.1 As diversas dimensões dos direitos fundamentais.....	48
2.2 Afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais.....	51
2.3 Direitos Fundamentais e patrimoniais.....	54
2.4 Democracia e direitos Fundamentais.....	59
2.5 Devido processo legal substancial e a cláusula de proibição de retrocesso social... .....	62
2.6 Tutela Executiva.....	64
<b>3. A IMPENHORABILIDADE COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA.....</b>	<b>71</b>
3.1 Dos aspectos gerais da Penhora.....	71
3.2 Da Impenhorabilidade.....	76
3.2.1 A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor.....	77
3.2.2 Disponibilidade, preclusão e conhecimento ex officio da impenhorabilidade.....	84
3.2.3 Rendimentos de natureza alimentar.....	85
3.2.4 Bem Imóvel de moradia (“bem de família”).....	87

3.2.5 DA (IM) PENHORABILIDADE DO SALÁRIO.....	<b>89</b>
3.2.6 DA PENHORABILIDADE DO SALÁRIO NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	<b>109</b>
3.2.6.1 Portugal.....	<b>109</b>
3.2.6.2 Bélgica .....	<b>111</b>
3.2.6.3 Espanha .....	<b>112</b>
3.2.6.4 Alemanha .....	<b>113</b>
3.3 DA RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE .....	<b>113</b>
3.4 - Lei 13.105/2015: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	<b>123</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>130</b>



## INTRODUÇÃO

Partimos do pressuposto de que existe a necessidade de se criar formas de convencer o legislador quanto ao excesso de proteção ao devedor na execução civil, o que acarreta numa ausência de atenção em relação ao credor. O legislador defende a proteção aos bens do devedor em face da proteção ao patrimônio como sendo um direito fundamental, não privilegiando o direito fundamental do credor ao recebimento do crédito na execução civil.

Não se pode mais utilizar a proteção patrimonial do devedor como regra para a impenhorabilidade de alguns bens, o que por si só possibilitaria uma nova fundamentação para os magistrados que pretendessem relativizar a impenhorabilidade.

No presente trabalho elaboramos como questão central de pesquisa: *o rol atualmente previsto na legislação processual civil de bens impenhoráveis, acarreta a existência de execuções civis inócuas?*

Para tentar encontrar repostas a esse questionamento, levantamos como hipótese: a existência de um direito fundamental do credor quanto ao recebimento do seu crédito na execução civil relativiza a impenhorabilidade de bens.

Para a realização desse estudo, privilegamos a abordagem qualitativa através de uma exaustiva pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos e periódicos. Utilizando a pesquisa em fontes bibliográficas buscamos um melhor entendimento do desvio de finalidade da proteção pretendida pelo legislador, bem como identificar a necessidade de relativizar a impenhorabilidade de bens para dar uma melhor solução aos conflitos judiciais envolvendo devedores e credores.

Com a realização desse estudo, pretendemos oferecer alguns subsídios que possam atingir milhares de processos judiciais, especificamente os de execução civil de créditos, mas que se encontram suspensos pelo fato do devedor só possuir bens considerados impenhoráveis, e, portanto, não poderem ser utilizados para o pagamento das dívidas por receber a proteção legislativa da impenhorabilidade.

Como desdobramento de nossa questão inicial procuramos encontrar uma resposta para a seguinte pergunta: O estudo da necessidade de ampliação da utilização do patrimônio do devedor para o pagamento das dívidas poderá subsidiar uma reflexão mais aprofundada, quanto a extensão das garantias legais em relação aos bens impenhoráveis?

Para realização desse estudo também levamos em consideração que é direito fundamental do credor o recebimento do crédito discutido no processo de execução civil.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho aborda o neoprocessualismo, e suas técnicas processuais de efetivação dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo está voltado a realização do estado democrático de direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Há diferença entre o desequilíbrio jurídico de poderes, entre o Estado e os indivíduos, devendo ser compensado pela existência dos direitos fundamentais que protegem os cidadãos. O neoconstitucionalismo se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica.

Portanto, não há efetiva democracia sem a observância e a concretização dos direitos fundamentais, não podendo a atuação parlamentar ou do governante estar em desacordo com a Lei Fundamental. A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao “justo” processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante.

O primeiro capítulo ainda trata da importância da aplicabilidade das normas (Regras x Princípios), demonstrando que os princípios tornaram-se um dos pilares para a compreensão e aplicação do direito, e que no presente trabalho será uma norma de segundo grau (postulado normativo da proporcionalidade) que será aplicado no conflito envolvendo devedor e credor.

Outro ponto relevante é o acesso à justiça e a segurança jurídica no sentido de que o referido dispositivo processual surgiu para possibilitar não apenas o efetivo ingresso em juízo

mas também uma boa prestação do serviço, envolvendo uma duração razoável do processo, e com o desfecho da satisfação da obrigação constante na decisão judicial (título executivo judicial) ou no título executivo extrajudicial.

A segurança jurídica não advém completa da lei, mas também de sua aplicação, e daí a importância da aproximação do juiz com a sociedade, pois o legislador nem sempre transmite segurança à sociedade, para a qual o ordenamento jurídico se destina.

Se o legislador ao criar as leis pode interpretar os sentimentos, vontades e necessidades do povo, pode o julgador determinar qual a *ratio decidendi*, a incidência normativa aplicável e como vesti-la no caso concreto, recortando tudo o que excede (interpretação restritiva) ou buscando em outras normas ou princípios o que lhe falta (interpretação extensiva).

O segundo capítulo aborda a teoria dos Direitos Fundamentais e a tutela executiva, a fim de demonstrar que o excesso de proteção ao devedor é inconstitucional, no momento em que não permite a penhora de bens infringindo o direito fundamental ao recebimento do crédito.

No terceiro capítulo trabalhamos a existência do instituto da penhora e da impenhorabilidade, destacando a necessidade da relativização da impenhorabilidade dos bens. Podemos utilizar como exemplos, a necessidade de redução da impenhorabilidade dos bens, com a possibilidade de penhora dos vencimentos, da poupança, e do bem de família do devedor, para que as dívidas possam ser adimplidas.

Destacamos que apenas iremos destacar a necessidade da relativização dos vencimentos, da caderneta de poupança, e do bem de família, tendo em vista que o art. 649, do CPC, apresenta uma lista extensa de bens impenhoráveis, o que tornaria inviável, no presente trabalho, destacar a necessidade da relativização de cada uma dos referidos bens.

Portanto, no presente estudo analisamos conceitos/ ideias que poderão ser utilizadas pelos operadores do direito em milhares de processos, em que devedores e credores serão atingidos já no curso de seus processos, e outros milhares já poderão se aproveitar dos

benefícios quando forem iniciar os seus processos na tentativa de recebimento dos seus créditos na execução civil, já que se trata de um direito fundamental.

No presente estudo enfatizamos que a proteção legal aos bens do devedor, para ser utilizado para o pagamento das dívidas, a fim de evitar que o mesmo perca todo o seu patrimônio e termine prejudicando o seu próprio sustento como também dos seus familiares, infringindo o princípio da dignidade humana, se encontra de forma exagerada. Ora, com exceção do devedor de prestação alimentícia, não há possibilidade de ocorrer a prisão civil do devedor por dívidas. E isso já é uma proteção do legislador que pretendeu com tal dispositivo evitar que o devedor pagasse com a sua liberdade por dívidas assumidas e não adimplidas. Tal proteção é também identificada na execução civil como princípio da patrimonialidade.

Daí porque, a proteção patrimonial existente se apresenta de forma excessiva, vez que o legislador se preocupou exageradamente para que o devedor não ficasse em uma situação de miséria, prejudicando o seu sustento como também da sua família para o pagamento das dívidas. Ou será que proteger a caderneta de poupança do devedor até o montante de 40 (quarenta) salários mínimos não seria um exagero? Se o dinheiro se encontra depositado em aplicação bancária é porque não é utilizado para o sustento do devedor e/ou de seus familiares. É aí que se encontra o excesso, por exemplo.

Assim, da mesma forma que deve ser repetido o direito fundamental à moradia, como um pilar existente do princípio da dignidade humana, também deverá ser exercido o direito fundamental ao recebimento do crédito pelo credor na execução civil, tendo, portanto que ser utilizada a proporcionalidade.

Para atender o objetivo geral dessa dissertação, defendemos o pressuposto de que existe um direito fundamental ao recebimento do crédito na execução civil. Dessa forma acreditamos que existe a necessidade de relativizar a impenhorabilidade de bens.

A ausência de cooperação do devedor para o êxito da execução, na tentativa de convencimento de que a ausência de atos por parte do devedor pode acarretar uma infração ao direito do jurisdicionado de acesso à justiça, tendo em vista que tal direito constitucional não se restringe apenas ao fato do Estado garantir ao jurisdicionado o ingresso da ação, mas

também possibilitar através de meios adequados a prestação dos serviços respeitando o princípio da duração razoável do processo e do devido processo legal.

## **1 – NEOPROCESSUALISMO E A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DOS PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS**

Na finalidade de reconhecer o recebimento do crédito como um direito fundamental, é preciso reconhecê-lo como uma garantia constitucional, e portanto, a defesa da aplicação da Constituição Federal nas relações entre as partes conflitantes faz com que tenhamos que destacar o neoprocessualismo como caminho a ser percorrido a fim de evitar alegações de inconstitucionalidade quando ocorrer a proteção do credor em detrimento do devedor.

### **1.1 - Conceito moderno de Constituição**

O neoconstitucionalismo está voltado a realização do estado democrático de direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, e depende da crença no constitucionalismo e do que dele melhor se possa extrair como técnicas processuais de efetivação dos direitos fundamentais (neoprocessualismo).

Ao se imaginar a importância da Constituição e a função que ela exerce na resolução dos conflitos, deve-se contemplá-la como um sistema de princípios e regras – formais e substanciais – que tem como destinatários os titulares do poder.

A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1789, foi o grande marco histórico do Estado moderno. A declaração dos direitos do homem e do cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais.<sup>1</sup> O art. 16 da declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição”.

Do dispositivo acima, depreendem-se dois elementos essenciais, que estão no núcleo do conceito das constituições modernas: a separação de poderes (ou a limitação jurídica do poder estatal) e os direitos fundamentais.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. p. 84.

<sup>2</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

Tal concepção de Constituição se amoldou a uma organização política liberal e garantista, sendo concebida como um limite ao poder político, a fim de assentar que os Estados liberais seriam constitucionais, porque tinham Constituição, enquanto os Estados despóticos não seriam constitucionais, porque careciam de Constituição<sup>3</sup>.

Mesmo que esse modo de utilizar o termo “constituição” esteja em desuso e ainda que se rejeite a concepção liberal do constitucionalismo, em favor de uma concepção mais democrática, é consenso reconhecer que a inexistência da observância, pelos Estados, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais implica a não caracterização do Estado constitucional ou a ausência de Constituição.<sup>4</sup>

Ocorreria uma divergência se concluíssemos a possibilidade de existência de um Estado constitucional, em que não houvesse a previsão expressa das garantias ao exercício dos direitos fundamentais.

## 1.2 - Função da Constituição

A Constituição é um instrumento limitativo do poder. Ao regular a organização e o modo de exercício do poder político, serve de limite e de vínculo da maioria.

O Princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do poder legislativo ou do executivo perante as violações da lei fundamental.<sup>5</sup> É preciso apreender com a história, a qual está repleta de exemplos de maiorias totalitárias (v.g., o nazismo e o fascismo), a exigir a observância de direitos fundamentais de todos, façam eles ou não parte da maioria.

O princípio da maioria não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias. O conceito de democracia não pode ser reduzido ao governo da maioria. O

---

<sup>3</sup> GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoria constitucional*. p. 24-25.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p.61-62.

<sup>5</sup> MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html> >. Acesso em: 11/09/2007.

direito da maioria deve respeitar o das minorias, pois, em uma democracia, uma minoria pode, ocasionalmente, tornar-se maioria.

As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com o escopo de se formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, pois a democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária.<sup>6</sup> Isso retira a discricionariedade da política ordinária, vinculando o grupo político que detém o poder, a fim de garantir a realização dos direitos de todos.

Enquanto ordem-quadro, a Constituição deve impor limitações, em determinadas matérias, mediante ordens (isto é, o que resulta “ordenado” pela Constituição mostra-se, constitucionalmente, “necessário”) e proibições (ou seja, o que resulta “proibido”, pela Constituição, mostra-se “impossível”), à atuação do legislador (por isso, estabelece um “quadro”), confiando aos poderes públicos, em outras matérias, consideradas não essenciais, aberturas ou margens de ação (discricionariedade).

O que a Constituição confia à “discricionariedade” do legislador mostra-se apenas constitucionalmente “possível”; ou seja, não é nem “necessário”, nem “impossível”. Por outro lado, a Constituição deve ser também uma ordem-fundamental, impondo, para a sociedade, mediante mandatos e proibições, questões essenciais ou um sistema de valores (no qual se incluem os direitos fundamentais, além de outros princípios como o do Estado Democrático e Social de Direito) que servem não como limites, mas como fundamentos, fins ou tarefas que devem nortear a atividade estatal ou não, por intermédio de deveres de proteção.<sup>7</sup>

Quanto mais Constituição, mais limitação (deveres negativos) ou mais imposição de tarefas (deveres positivos). Aliás, uma boa Constituição deve ser compreendida tanto como uma ordem-quadro, quanto uma ordem-fundamental.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. p.5.

<sup>7</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 24-25.

<sup>8</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. p. 16 e 132-135.



Utilizando ainda as definições de Eduardo Cambi, na qual a Constituição, como ordem fundamental, pode ser compreendida em sentido quantitativo ou qualitativo, entende-se que no sentido quantitativo, uma Constituição é uma ordem fundamental, quando não estabelece posições discricionárias (nada confia ao legislador); em outros termos, para tudo tem um mandato ou uma proibição.

É possível perceber que é impossível que a Constituição seja, ao mesmo tempo, uma ordem-quadro e uma ordem-fundamental, em sentido quantitativo. Já em sentido qualitativo, a de pensar em um modelo de Constituição capaz de conciliar-se com aquele que a estabelece como uma ordem-quadro é uma ordem fundamental, quando resolve perguntas (não ordena nem proíbe), confiando apenas na discricionariedade dos poderes públicos.

A relação entre o princípio da maioria e da constitucionalidade é ambivalente, na medida em que, de um lado, a Constituição limita o exercício do legislador ordinário e, de outro lado, é a expressão do princípio da maioria, fundante e constituinte da comunidade política.<sup>9</sup>

Os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.<sup>10</sup>

Logo, ter um direito fundamental, em um Estado Democrático de Direito, equivale a ter um trunfo em um jogo de cartas.<sup>11</sup> A carta de trunfo é aquela que prevalece sobre as demais, mesmo aquelas que tenham valor facial mais elevado. Ter um trunfo contra o governo democraticamente legitimado, baseado na regra da maioria, significa, ao final, que ter um direito fundamental é um trunfo contra a maioria.

---

<sup>9</sup> MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html> >. Acesso em: 11/09/2007.

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. p.9.

<sup>11</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria**. p. 18-19.

Nos dias atuais, não basta falar em estado de Direito ou o “Estado sob o regime do Direito”, conceito este desenvolvido a partir do século XIX, em oposição ao Estado Policial ou o “Estado sob o regime de Polícia”, característico do século XII, uma vez que, no Estado de Direito, era suficiente o respeito à lei, sem se preocupar com o seu conteúdo: a lei se impunha mesmo se redundasse em medidas pessoais, concretas e retroativas, que poderiam coincidir com a vontade de um ditador ou de um partido político.<sup>12</sup>

No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público. Definem uma cultura jurídica e política, limitando o poder do Estado. Por isto, o moderno Estado de Direito democrático e constitucional deve ser denominado de Estado de Direitos Fundamentais. O Estado de Direito é uma categoria interdependente dos direitos fundamentais, porque somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detêm o poder.<sup>13</sup>

O conteúdo da lei e do direito deve ser protegido pelo Estado de Direito Constitucional. Pelo princípio da supremacia da Constituição, os direitos fundamentais tornam-se posições jurídicas tão importantes que a sua garantia não pode ser deixada ao alvitre das maiorias parlamentares, não retirando do cidadão, amparado por tais direitos, a sua posição jurídico-prestacional.<sup>14</sup> Enfim, a função básica da Constituição é suprimir certas decisões do processo político.

Quando a Constituição coloca direitos acima das decisões da maioria, faz do sistema de direitos fundamentais o critério último de validade de todo o ordenamento jurídico.<sup>15</sup> Com isto, não se limita o âmbito de deliberação democrática, mas, ao contrário, impõe-se a devida

---

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 21-23.

<sup>13</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. p. 32.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais**. p. 51-52.

<sup>15</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. p. 206.

atenção democrática aos interesses humanos fundamentais, os quais poderiam restar negligenciados no processo político ordinário.<sup>16</sup>

Dessa forma, se as Constituições não são documentos sarados nem um conjunto de políticas, devem continuar fornecendo as exigências constitucionais mínimas, prevendo direitos e liberdades definidores da cidadania, pessoal, política e econômica, os quais são intocáveis pelas maiorias governamentais. A Constituição traça a perspectiva mínima da legitimidade moral e material, servindo de garantia contra o desmoronamento ético dos direitos fundamentais, por intermédio de reformas legislativas, desregulações, flexibilidades e liberalizações.

Cabe à Constituição estabelecer os fundamentos da teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade, incorporando um projeto emancipatório que não seja indiferente às condições particulares dos excluídos. Ao se criar condições jurídicas diferenciadas de promoção dos direitos daqueles que merecem proteção especial (crianças e adolescentes, idosos, deficientes, consumidores, trabalhadores etc.), permite-se a maior inclusão social, além de exprimir refrações morais no âmbito do contrato social constitucional.<sup>17</sup>

As Constituições modernas, ao instituírem direitos fundamentais, reconhecem a supercomplexidade da sociedade e assimilam o pluralismo jurídico. Fornecem categorias críticas para a compreensão da sociedade, o que evita a propagação de concepções totalitárias e, por isso, inadequadas à complexidade social contemporânea.<sup>18</sup> Com isso, é possível responder às exigências do livre desenvolvimento da pessoa humana, reduzir os excluídos da justiça e construir uma sociedade mais solidária.

Entretanto, essas Constituições preveem valores e expectativas muito altas, podendo ser consideradas até utópicas. São utopias de direito positivo, porque jamais se realizam de

---

<sup>16</sup> QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** p. 112.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** p.21.

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** p.74-75.

forma plena. Malgrado não possam ser realizadas integralmente trazem metas colocadas, pelo Direito, para a transformação da sociedade.<sup>19</sup>

Desse modo, se a Constituição brasileira de 1988 prevê como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), tal desiderato deve ser buscado, intensamente, pelo Estado e pela própria sociedade.

Tão importante quanto a realização plena destes objetivos são os constantes esforços para que essas metas sejam atingidas. Se a cada dia, a sociedade, pelo exercício da cidadania e pela atuação dos governantes, fica melhor, isto basta para que a utopia de ontem seja a realidade de hoje e a transformação do amanhã.<sup>20</sup>

Com efeito, há uma relação de inclusão recíproca entre o ideal e o real. O ideal, que a teoria do discurso concebe como a forma das condições de argumentação racional, funde suas raízes na realidade e não teria nenhuma força sem o real. O real, por sua vez, não seria a forma de vida dos seres dotados de razão, se não incluísse o ideal.<sup>21</sup>

O direito, antes de ser regra e instituição, é discurso, cujo significado está em suspensão, pois se articula entre as coisas: entre a regra (que nunca é, inteiramente, normativa) e o fato (que jamais é, completamente fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre força e a justiça.<sup>22</sup>

As Constituições modernas exercem um papel relevante na modificação da realidade, pois se caracterizam pela existência de metarregras (direito sobre direito), isto é, são dotadas de normas superiores (supremacia da Constituição), justamente para vincular os poderes públicos (inclusive para impor limites aos interesses da maioria), a fim de transformar o direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos.<sup>23</sup>

O neoconstitucionalismo está voltado a realização do estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. p.14.

<sup>20</sup> BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Vol. II, p.184.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Entrevista com Manuel Atienza**. p.675.

<sup>22</sup> OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez**. p. 187.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. p.12.

Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais.

Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: “Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.”<sup>24</sup>

Todavia, as aspirações reformistas começam pela educação dos cidadãos, os quais precisam compreender, criticamente, a sociedade e os possíveis mecanismos para a sua transformação.

O projeto da modernidade ainda não se consumou e depende da crença no constitucionalismo<sup>25</sup> e do que dele melhor se possa extrair como técnicas processuais de efetivação dos direitos fundamentais (neoprocessualismo). Consequentemente, importa na rejeição da Constituição meramente procedimental que, apenas estabelecendo as regras do processo político, deixe de fazer opções por valores ideologicamente engajados, bem como o formalismo processual.

Afinal, não é qualquer decisão estatal que se impõe socialmente. No âmbito processual, é uma conquista civilizatória exigir que o julgamento seja precedido de um processo que respeite as garantias constitucionais. A defesa do garantismo, todavia, não pode se tornar um valor em si mesmo, para que não se caia no culto excessivo das garantias, o que levaria a prevalência de regras processuais sobre a tutela do direito material e, no limite, acabaria por tornar o processo incapaz de conduzir a julgamentos justos.

### **1.3 Constituição e contrato social**

---

<sup>24</sup> PINTO, Cabral; DA SILVA, Luzia Marques. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição.** p. 218-219.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.** p. 12.

O Estado Moderno possui natureza contratual e, por isto, não é um fato natural, mas um fenômeno artificial e convencional, construído pelas pessoas para tutelar as suas necessidades e direitos.

Constituição, no sentido clássico, era concebida, por Aristóteles, como sendo a *ordem na pólis* (politeia), podendo os conceitos de Constituição e Estado serem equiparados.<sup>26</sup>

Com as revoluções burguesas do final do século XVIII, houve uma significativa alteração semântica e normativa no conceito de Constituição, que passou a ser concebida como “carta de liberdade” ou “pacto de poder”, para ressaltar a sua função “constituinte de poder”.<sup>27</sup>

A noção de contrato social foi, inicialmente, identificada por John Locke, no Capítulo II de seu Segundo Tratado sobre o Governo, de 1690, em três direitos fundamentais – vida, liberdade e propriedade -, os quais justificariam o contrato social.<sup>28</sup>

Essa posição prevaleceu no art. 2º da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao prever: “O fim de toda associação política é a defesa dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade e a resistência à opressão”.

O contrato social serve para justificar, moralmente, o poder exercido na forma do direito positivo. Afinal, trata-se de um contrato em que cada indivíduo, autônomo, juntamente com os demais indivíduos autônomos e, portanto, com o assentimento não forçado de todos, regulam sobre algo que, razoavelmente, redunde no bem de cada um.<sup>29</sup>

Jurgen Habermas, baseando-se na ideia de ética universalista de Karl Otto Apel, afirma que as normas somente podem ser justificadas se forem observadas por todos.<sup>30</sup> O propósito da ética é a eliminação dos conflitos por meios não coercitivos; cabe à ética a tarefa

---

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. p.56-57.

<sup>27</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. p.57.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. p.11

<sup>29</sup> HABERMAS, Jurgen. **Cómo es posible la legitimidad por via de legalidad?**. p.29.

<sup>30</sup> HABERMAS, Jurgen. **Cómo es posible la legitimidad por via de legalidad?**. p.41.

de apresentar os princípios para eliminar os conflitos por intermédio do discurso.<sup>31</sup> Porém, como não se pode esperar que todos os sujeitos observem espontaneamente as normas jurídicas, tal observância somente é exigível quando há obrigatoriedade jurídica.<sup>32</sup>

As Constituições modernas, como expressão do contrato social, representam a grande metáfora da democracia constitucional, buscando conciliar a democracia política ou formal (a legitimidade do poder público se funda no consenso dos contratantes; ou seja, decorre do princípio da maioria, em vez de ser ditada de cima para baixo, pela vontade do soberano) com a democracia substancial (o consenso está condicionado à observância dos direitos fundamentais de todos; em outros termos, há limites e vínculos impostos à maioria).<sup>33</sup>

Assim, a democracia formal ou política disciplina as formas de decisão que asseguram a expressão da vontade da maioria.<sup>34</sup> Já a democracia substancial se preocupa com o conteúdo ou o significado e, portanto, com a validade e a legitimidade destas decisões, isto é, se elas correspondem aos direitos fundamentais ou aos princípios axiológicos neles estabelecidos. A democracia substancial não questiona quem decide ou como se decide, mas o que se decide. Impõe a quem decide a proibição de decidir contra os direitos fundamentais ou a não efetivação de tais direitos. Logo, quando se refere a direitos fundamentais, se subtrai da maioria ou do mercado a liberdade de decidir.

Nenhum contrato pode dispor da vida: tampouco, nenhuma maioria política pode dispor dos direitos fundamentais, por exemplo, decidindo que uma pessoa pode ser condenada sem provas, ser privada arbitrariamente da sua liberdade pessoal ou de seus direitos civis ou políticos ou, ainda, condenada a morrer sem assistência médica ou social, bem como viver sem condições mínimas de dignidade.

Por isto, a democracia constitucional não é apenas uma forma de governo, fundada no poder do povo ou mesmo um método para a tomada de decisões coletivas, marcado por limitações substanciais ao exercício do poder, pela maioria. É também um ideal igualitário, não podendo a democracia, em sentido formal, ser separada da democracia substancial.

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. p. 120.

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. **Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?**. p.41.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **Diccionario de política**. Vol. 1, p. 319-329.

A Constituição não é só a explicação do contrato social, devendo realizar os valores emanados desse contrato social (a sua força normativa deve constituir a ação do Estado).<sup>35</sup> Ao constituir a ação, esta não é apenas algo que interpõe entre o Estado e a Sociedade, mas é o elo entre o político e o jurídico da sociedade, não podendo significar a opção pelo cumprimento de dispositivos menos significativos e o descumprimento sistemático do que é mais importante, isto é, do núcleo essencial-fundamental.<sup>36</sup> O contrato social, enquanto metáfora da democracia substancial, não representa um acordo vazio de conteúdos, devendo tutelar os direitos fundamentais, pois a sua violação por parte dos soberanos legitima a ruptura deste pacto e o exercício do direito de resistência.<sup>37</sup>

Portanto, a justificação do Estado, pensado por Thomas Hobbes, criado para superar o *belum omnium* do Estado de Natureza e garantir a paz, está fundada na proteção dos direitos à vida, à liberdade pessoal, à dignidade humana, enfim, dos direitos fundamentais que são o significado concreto do pacto constituinte do estado Moderno.<sup>38</sup>

Não se pode afastar a existência de um contrato social entre o Estado e a Sociedade, tendo em vista que a Constituição traduz as garantias dos direitos, e de uma forma mais específica, quando traz a previsão de certas garantias, dentre elas, os direitos fundamentais.

#### **1.4 - Aspectos históricos e dimensões, horizontal e vertical, dos direitos fundamentais**

As Constituições Modernas, como contratos sociais na forma escrita e positiva, têm a finalidade de limitar e vincular os poderes que, de outro modo, seriam absolutos.

As Constituições, dignas desta concepção de contrato social (como a norte-americana e a francesa),<sup>39</sup> representaram uma ruptura com o passado, mostrando o caminho a ser

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. p.19-20.

<sup>35</sup> STRECK, Lênio Luiz. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales**. p. 21.

<sup>36</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)**. p.55

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. p.21.

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Págs. 24-25.

<sup>39</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 55.



construído no futuro (dirigismo constitucional). Também refundaram as bases da convivência civil e representaram o fim do absolutismo.

Consagraram conquistas sociais e democráticas, porque não foram concedidas de maneira espontânea pelo detentor do poder, nem foram elaboradas em uma mesa por juristas. Em contexto caracterizado pela exclusão e marginalização sociais, pelo crescimento das diferenças entre ricos e pobres, pelo descumprimento reiterado dos direitos consagrados, pelo aumento da corrupção e pela ineficiência das políticas públicas, são as manifestações coletivas que representam uma das poucas ferramentas de participação política.<sup>40</sup>

A efetivação dos direitos humanos fundamentais é resultado de duras e difíceis conquistas sociais. Não traduzem uma história linear, nem a história de uma causa perdida, mas a história da luta dos direitos a partir da superação das graves diferenças entre os sujeitos de direitos, discriminados, indevidamente, como objetos (como na escravidão dos negros) ou seres de menor dignidade (como foram ou são as práticas do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras formas de intolerância).<sup>41</sup>

A afirmação dos direitos fundamentais destarte, decorreu de muitas lutas, às vezes sanguinárias, e pela negação dos antigos regimes.<sup>42</sup> Vale recordar, neste sentido, a célebre frase de Santayana, no museu do campo de concentração de Dachau, perto de Munique, na Alemanha: “Aqueles que não se recordarem do passado são condenados a revivê-lo”.

Servem de ilustração: a Constituição Italiana (que nasceu da resistência e da guerra de liberação contra o regime fascista); a Lei Fundamental alemã (fruto do repúdio ao nazismo); as Constituições espanhola e portuguesa (ao romperem com os regimes de Franco e Salazar); a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, ao colocar fim a anarquia das relações entre Estados, no plano internacional, antes baseada na guerra e na sua soberania selvagem; e, ainda, a Constituição Brasileira de 1988, como resposta democrática à ditadura militar. Aliás, no Brasil, os movimentos sociais, nas décadas de 70 e 80, do século XX, anteriores à Constituição Federal de 1988, impediram que

---

<sup>40</sup> COURTIS, Christian. **Los derechos sociales em perspectiva: La cara jurídica de La política social.** p.199.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional.** p. 199.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional.** p.16

o regime militar ampliasse a recessão democrática, imposta à sociedade civil, lutando pela redemocratização do país, pela construção das liberdades e do pluralismo, bem como reivindicavam a normatização e efetivação dos direitos sociais.<sup>43</sup>

Sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa, devendo ser salientadas a Lei Fundamental de Bonn. De 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Com a derrota dos regimes totalitários (nazifascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado<sup>44</sup> ou por quaisquer detentores do poder em suas manifestações políticas, econômicas, intelectuais etc.

Nesse contexto, os direitos fundamentais são “princípios” que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos.<sup>45</sup> Podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal) toda vez que houver desequilíbrio de poderes entre os particulares. Afinal, os direitos fundamentais não têm como inimigo exclusivo o Estado, na medida em que a violação a tais direitos podem prover também, e às vezes como maior gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares.<sup>46</sup>

Há, evidentemente, diferenças em ambas as perspectivas. A relação entre Estado e cidadão é uma relação entre um titular de um direito fundamental e um não titular de direito fundamental; por outro lado, a relação entre pessoas e entidades não estatais – presentes, por exemplo, na família, na empresa, no mercado e na sociedade civil – é uma relação entre titulares de direitos fundamentais.<sup>47</sup> Desta maneira, o Estado é juridicamente limitado,

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais. Releitura de uma Constituição dirigente.** p. 162-163.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** p.264.

<sup>45</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** p. 126.

<sup>46</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria.** p. 79-80.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** p.511.

enquanto os indivíduos são, essencialmente, livres e a sua autonomia constitucionalmente protegida.<sup>48</sup>

Exemplo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um caso concreto, analisado pelo Tribunal Constitucional alemão, no qual se discutia o direito à antena parabólica. Tratava-se de um cidadão português que ajuizou ação contra o locador de seu imóvel, para poder instalar, na residência, antena parabólica, destinada a captar notícias de seu país. A Corte Constitucional deu-lhe razão, porque, nas relações jurídico-civis de locação, não

deve ser aniquilado o direito fundamental à informação (art.5º, nº 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).<sup>49 - 50</sup>

Os direitos fundamentais não podem ser compreendidos somente como um sistema de normas; são, também, um sistema de posições e de relações jurídicas. A relação entre Estado e cidadão, como já ressaltado, é uma relação entre um titular de direito fundamental e um não titular do direito fundamental, enquanto a relação entre cidadãos é uma relação entre titulares de direitos fundamentais, isto é, é um problema de colisão. Há diferença entre o desequilíbrio jurídico de poderes, entre o Estado e os indivíduos, devendo ser compensado pela existência dos direitos fundamentais que protegem os cidadãos. Já o desequilíbrio fático de poderes entre os particulares, embora também possa ser presumível (v.g., a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, conforme se depreende do art. 4º, I, da Lei 8.078/1990), nem sempre é evidente, podendo exigir prova da desigualdade, para não comprometer os princípios da isonomia e da boa-fé.

Nas relações privadas, a diferença entre poderes sociais pode representar grande ameaça ao exercício dos direitos fundamentais. Isto não significa que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais somente se coloca quando há manifesta desigualdade entre as partes nas relações jurídicas privadas (v.g., quando uma das partes é uma grande empresa

---

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p.27.

<sup>49</sup> “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura”.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**A principalização**” da jurisprudência através da Constituição. p.88.

multinacional). Mesmo nas relações paritárias, entre cidadãos comuns, há de se respeitar os direitos fundamentais. A diferença está na ponderação entre autonomia privada e os direitos fundamentais dos entes envolvidos. Quanto maior for a desigualdade fática entre eles, mais intensa deve ser a proteção do direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada; ao contrário, nas relações paritárias, a autonomia da vontade vai receber proteção mais intensa e o direito fundamental, que colidir com ela, poderá ser mais profundamente restringido.<sup>51</sup>

A derrota dos regimes totalitários também evidenciou a necessidade de criação de mecanismos efetivos de controle de Constituição, por intermédio do aperfeiçoamento, especialmente pelos institutos de Direito Processual, da jurisdição constitucional. Em um contexto mais amplo, o estudo concreto dos institutos processuais, a partir da Constituição, inaugura uma nova disciplina, denominada de Direito Processual Constitucional. Está preocupada, de um lado, com a tutela constitucional do processo, a qual inclui o direito de acesso à justiça (ou de ação e de defesa) e o direito ao processo (ou as garantias do devido processo legal), e, de outro lado, com a jurisdição constitucional.<sup>52</sup> É por isso que, nas relações onde há maior desigualdade fática (v.g., direito do trabalho ou do consumidor), a proteção dos direitos fundamentais é maior e a tutela da autonomia da vontade menor, ao passo que, em relações paritárias (v.g., contrato de prestação de serviços entre grandes empresas), a autonomia da vontade é maior e a preocupação em proteger direitos fundamentais, menor.

O neoconstitucionalismo se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica. Com isto, o direito deve ser entendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado faça seja considerado legítimo. Estreitam-se, pois, os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc., são informados por relações de poder.

---

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. p.245 e 261

<sup>52</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 78-80.

Porém, qualquer relevante concepção constitucional pressupõe uma determinada percepção do homem. A igual dignidade de todos os homens encontra respaldo na concepção universalista cristã, pela qual há participação da “humanidade” na divindade (Não há judeus nem gregos; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos sois um em Cristo Jesus” – Gálatas 3:28).<sup>53</sup>

A Constituição, antes de qualquer medida protetiva, deve preocupar-se com os seres humanos. A dignidade da pessoa humana tem de ser o núcleo axiológico da tutela constitucional. A ela, há de se atribuir a concepção mais ampla possível, a fim de extrair a máxima efetividade e aplicabilidade dos casos concretos. Não se restringe ao vínculo entre governantes e governados, estendendo-se para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão.

Os reflexos das alterações constitucionais ocorridas na Europa foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito. Ora, com o passar dos anos, conseguimos construir uma importante cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional, e diante de conflitos, encontramos na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas para a manutenção da estabilidade democrática, mesmo que tais soluções sejam criticáveis, a depender do desfecho.

### **1.5- Princípios jurídicos e sua evolução histórica**

Antes de atingirem seu ápice normativo, os princípios jurídicos, percorreram três distintas fases de juridicidade: O jus naturalismo, o positivismo e o pós-positivismo, quando, enfim, passaram a ser incorporados como normas fundamentais em todas as constituições modernas.

A origem dos princípios se deu na fase jus naturalista, quando possuíam natureza abstrata, era carente de normatividade, e seus preceitos espalhavam os postulados vindos da

---

<sup>53</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 105.

concepção de justiça. A ideia de direito natural, era o fator a determinar a natureza dos princípios jurídicos. Acerca de sua natureza, os princípios não expressavam mais do que “normas universais de bem obrar, eram o chamado de cartas de boas intenções<sup>54</sup>”. Representavam uma normatividade carente ou quase nula, bem como seu conteúdo era submisso ao direito natural, aquele que expressava os direitos fundamentais do homem, essa fase dominou a o advento da Escola histórica de Direito, precedendo, assim o positivismo jurídico, que pregava o direito natural, não como sendo um sistema normativo autossuficiente, e sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o positivismo. Logo após, é inaugurada a fase do positivismo jurídico, onde o direito é concebido sob uma concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontando-o como detentor exclusivo da produção normativa. Segundo Bobbio o positivismo “é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo<sup>55</sup>”.

Flagrante é a oposição do positivismo ao jusnaturalismo, vez que, nessa fase os princípios jurídicos equivaliam aos princípios que eram encarados como direito. No entanto, percebe-se que nessa fase os princípios ainda carecem de normatividade, considerando que eles decorrem principalmente das regras elaboradas pelo legislador na formulação do direito, essas características era apenas de imbuir regras, formando um sistema jurídico fechado. Diante desse contexto, é válido extrair as observações de Bobbio sobre o caráter normativo dos princípios:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome princípios induz em engano, tanto que velha questão entre juristas, se os princípios são ou não normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: Antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles, se abstrai espécies

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.261.

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. p.26.

de animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é caro: mas agora servem ao mesmo fim para que serve, mas normas expressivas. E por que então não deveriam ser normas? (BOBBIO, 1982, p. 182-183)<sup>56</sup>

Dessa forma, os princípios jurídicos eram como válvulas de segurança do direito, tinham utilidade para suprir lacunas deixadas pela lei. Temos como exemplo no Brasil, o artigo 4º do código civil, de 1942: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”<sup>57</sup>

Em meados do século XX, com a constituição alemã de 1949 como precursora, surgiu a fase do pós-positivismo, diante de grandes momentos constituintes, ocasião em que os princípios passaram a ocupar os textos das constituições, “convertendo-se no pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>58</sup>

Portanto é com o pós-positivismo que tanto a doutrina do direito natural quanto a velho positivismo vêm abaixo, sofrendo duras críticas em cima de seus postulados. As críticas consistem basicamente na incompatibilidade dessas doutrinas com a normatividade dos princípios, assim como pela falta de consideração e fundamentação de ordenamento jurídico. Essa fase inaugura uma época em que os valores e os fundamentos do ordenamento jurídico são buscados dentro do direito, por meio dos princípios, que por sua vez, consistem na principal fonte normativa das constituições, uma vez que impregnam em si os fundamentos da ordem jurídica. Transformando-se dessa forma na principal fonte normativa, concretizando os valores predominantes na sociedade e os direitos fundamentais do homem.

Diante disto, as políticas públicas e estatais, bem como toda a sociedade devem adaptar-se aos princípios constitucionais e não o contrário, de forma a otimizar a aplicação dos preceitos fundamentais.

---

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p.182-183.

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.707, 04 de setembro de 1942. **Dispõe sobre a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil**.

Concluindo a trajetória dos princípios rumo a normatização, destaca Bonavides:

[...] A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios de especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (a sua antiga inserção nos códigos) para a órbita jus publicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios( BONAVIDES, 2011, p. 294)<sup>59</sup>

Mediante essa evolução de cunho histórico os princípios tornaram-se um dos pilares para a compreensão e aplicação do direito. Destacando-se quando o conflito for horizontal, sem a presença de algum tipo de hierarquia, como ocorre em conflitos na linha vertical.

### **1.6 Princípio da tripartição dos poderes**

A teoria da separação dos poderes é um dos princípios fundamentais para uma democracia moderna, pois foi criado para assegurar a liberdade dos indivíduos, aumentar a eficiência e ao mesmo tempo enfraquecer o tamanho do poder do Estado.

---

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p.264.

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p.294.



O princípio da separação dos poderes, trazido no artigo 2º da Constituição Federal brasileira de 1988, consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Como todo Estado de derivação liberal.

Montesquieu estabeleceu uma rígida separação dos poderes<sup>60</sup>, em que caberia ao judiciário somente pronunciar as leis, de modo mecânico, e sem a interferência nas funções dos outros poderes. Ressalta Cappelletti<sup>61</sup>, que o ideal da separação dos poderes teve como consequência um judiciário sem meios de sobressair, confinado.

Tal pensamento não mais se alicerça em um Estado democrático de direito, visto que, hoje se tem uma interpretação contemporânea da separação dos poderes que segundo José Afonso da Silva<sup>62</sup>, se fundamenta em dois aspectos, especialização funcional, onde cada órgão é especializado no exercício de uma função estatal, e independência orgânica, mostrando que não pode haver subordinação de um poder por outro. Já para Canotilho<sup>63</sup>, existem duas dimensões, a separação como divisão, controle e limite do poder e a organização do poder do Estado, assim, garantindo e protegendo a esfera jurídica dos indivíduos e a justa ordenação das funções estatais.

No Estado moderno esse princípio irá ser adotado por muitos países, moldando-se conforme as realidades históricas e sociais de cada um. No Brasil, suas Constituições sempre consagram a teoria da separação dos poderes.

Atualmente, além da teoria de Montesquieu, também há a chamada Checkes and Ballances, também conhecida como a teoria de freios e contrapesos, ou seja, são mecanismos que tem a finalidade de viabilizar o exercício harmonioso de cada poder e seus titulares. Nesse sentido, não há uma separação absoluta entre os poderes, pois cada um exerce predominantemente uma função típica e atípicamente uma função secundária.

---

<sup>60</sup> MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das Leis**. 1748.

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto de Oliveira. Título Original: **Giudici Legislatori?** 1999, p.53.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2006, p.44.

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 1992, p.369.

Por fim, pode-se dizer que com a evolução do Estado Moderno, o princípio da separação dos poderes tornou-se insuficiente para suprir o controle democrático do exercício do poder, sendo necessária a criação de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que somente as três originais.

### **1.7 Normas e regras x princípios**

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

Nesse sentido pode-se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no resultado.<sup>64</sup>

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Pode-se utilizar como exemplo o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamento independentes e à proibição de delegação normativa. E ainda, a título de exemplo ilustrativo, pode-se utilizar a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> GUASTINI, Ricardo. **Teoria e Dogmática delle Fonti**. p. 16.

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 33-34.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma.

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal.

Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto<sup>66</sup>. Portanto, o intérprete não atribui o significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado-sentidos, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete, quer julgador, quer cientista, não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> GUASTINI, Ricardo. “**Interprétation et description de normes**”, in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, pp. 97-98 p. 16.

<sup>67</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 14ª Ed., p.58.

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, construídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual<sup>68</sup>.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado.

Assim, se exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.<sup>69</sup>

É justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio.

---

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 36-37.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. “Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance”, *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. 7/73-104.

Isso não quer dizer que o intérprete é livre para fazer conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais a realização daqueles fins e à preservação desses valores

## 1.8 Evolução e Distinção

Temos que imaginar que mesmo com a norma sendo extraída de um determinado dispositivo, teremos situações de conflitos entre normas, o que fará surgir a figura dos princípios.

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão<sup>70</sup>.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento<sup>71</sup>.

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo da interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos

---

<sup>70</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 38.

<sup>71</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 39.

antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação<sup>72</sup>.

A finalidade de estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.<sup>73</sup>

Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios, classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é

---

<sup>72</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 39.

<sup>73</sup>DWORKIN, Ronaldo. "The model of rules". University of Ghicago Law Review 35/14 e ss.

estabelecida em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: ‘Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso’. É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts*). Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora), conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão)<sup>74</sup>.

Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. Com as regras acontece algo diverso. “De outro lado regras são normas, que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos”. As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.<sup>75</sup>

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas tem sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção

---

<sup>74</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 40.

que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.<sup>76</sup>

Portanto, os critérios usualmente empregados para a distinção entre princípios e regras são os seguintes:

- 1 – O critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Dworkin afirma: “Se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão”. Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.
- 2 O critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*
- 3 – O critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.
- 4 – O critério fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

---

<sup>75</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 40.

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 41



As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas.

Diferentemente das regras, não possuem suporte fático, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos. Por isto, possuem uma autônoma razão frente à realidade, que, ao colocar-se diante dos princípios, adquire qualidades jurídicas próprias, diversamente das regras, cuja aplicação condiciona o enquadramento do caso concreto ao suporte fático normativo nelas previsto.

Os princípios são mandamentos (ou comandos) de otimização. Jamais podem ser realizados completamente (por exemplo, não há como promover a integralidade da dignidade da pessoa humana, ou da boa-fé, ou da liberdade, ou da igualdade) e, mais, podem ser concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas.

Os princípios são constituídos por um conjunto aberto de condutas, tendo um componente representacional altamente complexo. Não preveem, diretamente, a conduta a ser seguida, estabelecendo apenas fins normativamente relevantes. Contêm comandos *prima facie*, porque a esfera de aplicabilidade dos princípios é relativamente indeterminada.

Um direito, jurídica e estruturalmente, considerado *prima facie* não pode ser considerado como definitivo, posto que seu conteúdo somente se revelará após a ponderação ou o balanceamento, exigidos pela proteção de outros bens com ele coincidentes, momento em que, pelas circunstâncias concretas, atribuir-se-á pesos a cada um dos direitos contrapostos.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. p.205.

Por conterem comandos *prima facie*, somente no caso concreto será possível dimensionar as possibilidades jurídicas e fáticas para a aplicação dos princípios. Com efeito, os princípios devem ser realizados na melhor medida possível, respeitando-se os limites fáticos e jurídicos.

Como o princípio possui um conjunto potencialmente infinito de condutas, o comando normativo deve ser visto de forma flexível, o que permite a coexistência de normas, em um mesmo ordenamento jurídico, sem que haja a exclusão ou a eliminação de uma delas, quando surgem conflitos (postulado da concordância prática).

Pela ponderação ou balanceamento, busca-se a melhor solução para a colisão entre dois ou mais princípios jurídicos. Porém, não existe, a priori, uma relação absoluta de precedência entre os princípios.

Recentemente, em matéria publicada na revista eletrônica consultor jurídico, se discutiu artigo do Novo CPC, especificamente acerca da permissão de abusos interpretativos por parte do juiz, ao dar poderes ao juiz para ponderar qual norma (e não princípio) deve prevalecer em caso de conflito entre leis, o novo Código de Processo Civil dá margem, segundo a matéria, a abusos interpretativos e fundamenta uma ordem jurídica baseada na subjetividade. Essa é a opinião de diversos advogados ouvidos pela revista eletrônica Consultor Jurídico.

A regra criticada tem a seguinte redação: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, a ponderação só pode ser feita quando há conflito entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais e ataca a generalização da técnica interpretativa: “A ponderação é um princípio que vem do Direito alemão para uma situação muito específica, que é quando estão em rota de colisão princípios constitucionais ou direitos fundamentais. Só para essa situação é que a ponderação serve, porque, quando se trata de legislação infraconstitucional, é o “tudo ou nada”: ou se aplica a norma X, ou se aplica a norma Y. Não dá pra aplicar as duas ao mesmo tempo. (...) O princípio da ponderação não

permite ao juiz pegar dois dispositivos da legislação infraconstitucional, fazer um meio-termo entre os dois e aplicar, entende? Isso é um absurdo”, critica Costa Machado.

O especialista em Direito Processual Civil Eduardo Arruda Alvim, também se mostrou preocupado com a questão: “Soa-me preocupante a banalização do assunto, estampada em um preceito de lei ordinária. É assunto que toca muito mais com a doutrina do que com o legislador. Com relação às regras é ainda mais preocupante, porque não é o caso de falar-se em ponderação quando estão em pauta regras, pois estas aniquilam-se umas às outras. O dispositivo, portanto, além de indevidamente abrangente, trata um assunto de extrema delicadeza, e que não faz parte do cotidiano, como algo corriqueiro. Pode, portanto, dar margem a desmandos e interpretações distorcidas, gerando muita confusão”, opina Arruda Alvim.

Assim, as relações entre os princípios somente se estabelecem sob as condições do caso concreto ou de um conjunto determinado de casos, isto é, diante da verificação concreta das possibilidades fáticas e jurídicas. Afinal, se já houvesse uma predefinição *a priori* e absoluta de qual princípio deveria prevalecer, não haveria ponderação, mas mera sobreposição (trunfo prévio) de um princípio sobre o outro. Por isto, não há pretensão de preferência absoluta, não se podendo afirmar que um princípio há de triunfar sobre o outro, mas que a prevalência de um dos princípios em colisão está circunscrita aos limites – fáticos e jurídicos – do caso concreto.

A melhor medida possível depende da argumentação jurídica a ser desenvolvida nos casos concretos. Está-se diante de uma dimensão de peso e, por isto, as possibilidades (fáticas e jurídicas) de aplicação do princípio podem ser desenvolvidas a partir das máximas da proporcionalidade (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A ponderação, com auxílio das máximas da proporcionalidade, destina-se a estabelecer critérios de correção da decisão judicial, servindo-se como um procedimento para a sua fundamentação ou justificação. Considerando que os princípios em conflito, ostentam o mesmo valor e igual hierarquia jurídica, o núcleo central do juízo de ponderação consiste em

dar preferência à solução que importe a menor lesão ao princípio restringido, e mais urgente e vigorosa tutela ao princípio protegido<sup>78</sup>.

Portanto, diante dos conflitos, surge com bastante força a necessidade de se aplicar a proporcionalidade como norma para resolução dos conflitos de interesse.

### **1.9 Proporcionalidade como postulado normativo**

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau.

Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Revista *Consultor Jurídico*, 12 de janeiro de 2015.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.<sup>80</sup>

Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica.

Os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção.

Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e

---

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 143

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 143.

circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.<sup>81</sup>

Essa noção de hierarquia, conquanto importante para explicar, entre outros fenômenos, o ordenamento jurídico como estrutura escalonada de normas, é insuficiente para cobrir a complexidade das relações entre as normas jurídicas. Com efeito, várias perguntas ficam sem resposta, segundo esse modelo. Quais são as relações existentes entre as regras e os princípios constitucionais? São somente os princípios que atuam sobre as regras ou será que as regras também agem simultaneamente sobre o conteúdo normativo dos princípios? Quais as relações existentes entre os próprios princípios constitucionais? Todos os princípios possuem a mesma função ou há alguns que ora predeterminam o conteúdo, ora estruturam a aplicação de outros? Quais são as relações entre as regras legais, já consideradas válidas, e os princípios e as regras de competência estabelecidos na Constituição? São somente as normas constitucionais que atuam sobre as normas infraconstitucionais ou será que essas também agem sobre aquelas?<sup>82</sup>

Segundo Ávila, para responder a essas questões, propõe-se, como complementação a este modelo de sistematização linear, simples e não gradual, cuja falta de implementação traz consequência que se situa preponderantemente no plano da validade, um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia. Entra em cena o postulado da coerência.

No caso do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Alemão têm analisado atos administrativos ou normativos editados em desconformidade com a Constituição. Apesar disso, os tribunais têm proferido

---

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 143-144.

<sup>82</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros. p. 147-148.

várias decisões no sentido de manter os efeitos decorrentes desses atos por entender que manter os seus efeitos “promove mais” o ordenamento constitucional do que não mantê-los. Nesse sentido, a afirmação de Gusy: “A manutenção de leis inconstitucionais até a nova regulação legislativa não é apenas praticamente necessária, mas também constitucionalmente obrigatória: ela é “mais próxima da Constituição” (naher am Grundgesetz)

O Supremo Tribunal Federal, no caso de interpretação de regras constitucionais, como as regras de imunidade, tem optado, dentre as alternativas interpretativas existentes, por aquela que seja “mais suportada” pelos princípios constitucionais fundamentais.

E, na aplicação do postulado da razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Alemão têm deixado muitas vezes de aplicar uma regra, por entender que os princípios materiais superiores que determinam a não-aplicação da regra (dignidade humana e liberdade, por exemplo) são “mais importantes” do que os princípios formais que prescrevem a obediência incondicional à regra (segurança jurídica e certeza do direito, por exemplo).

A relação de dependência de uma norma a um princípio fundamental faz com que essa norma, relativamente a outras normas, ganhe o significado normativo de seu fundamento.

Na visão de Ávila, há três principais formas de fundamentação recíproca: A fundamentação recíproca empírica, a analítica e a normativa.

Há fundamentação recíproca empírica quando a existência do primeiro elemento é condição fática para a existência do segundo elemento, e vice-versa. Assim, por exemplo, a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais é condição fática para a institucionalização duradoura da democracia, e vice-versa. “Um” não existe sem a existência factual do “outro”, e o “outro” não existe sem a existência factual do “um”.

A fundamentação recíproca analítica existe quando a existência do primeiro elemento é uma condição conceitual necessária para a existência do segundo elemento, e vice-versa. Assim, por exemplo, a eficácia dos direitos fundamentais é uma condição conceitual

necessária para a existência de um Estado de direito minimamente desenvolvido é condição conceitual para a eficácia dos direitos fundamentais.

A fundamentação recíproca normativa existe quando duas linhas argumentativas diversas podem ser combinadas uma com a outra: a fundamentação de mais de um enunciado específico por um enunciado mais geral (fundamentação dedutiva) e a fundamentação de um enunciado mais geral por um enunciado mais específico (fundamentação indutiva).

A fundamentação recíproca normativa é, do mesmo modo, de grande importância no caso das limitações ao poder de tributar. Por exemplo, as regras de legalidade, irretroatividade e anterioridade são elementos, que, conjuntamente, formam, num percurso ascendente de significação, o princípio da segurança jurídica, e o princípio da segurança jurídica atua na interpretação do sentido das regras de legalidade, irretroatividade e anterioridade. Trata-se, como se vê, de uma sistematização circular e não meramente linear.

Entre os principais postulados normativos estão proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso.

Os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau. O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.

A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente



em uma categoria específica, pois, utiliza, para a sua definição, o termo princípio (Grundsatz), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras.<sup>83</sup> A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria dos princípios.

Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer.

Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio de prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem.

Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proibem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua consequência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipóteses seja preenchida, como fazem Dworkin e Alexy, ainda assim complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual.

A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso

---

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. **Theorie Grundrechte**. 2. ed. p.100. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. A possibilidade de, no final, requerer uma aplicação integral não elimina o uso diverso na preparação da decisão. Também os princípios, ao final do processo aplicativo, exigem o cumprimento integral. E a circunstância de todas as espécies normativas serem voltadas, em última instância, para o comportamento humano não elimina a importância de explicar os procedimentos completamente distintos que preparam e fundamentam sua descoberta.

As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados postulados normativos aplicativos como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma forma específica de regras. Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou topos argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de princípios de legitimação.<sup>84</sup>

As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e regras.

E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas.

No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição de excesso analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental

---

<sup>84</sup> TORRES, Ricardo Lobo. "A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade", in Ricardo Lobo Torres (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. p. 432.

não está sendo atingido no seu núcleo. Por esse motivo, surge a questão de saber se há uma restrição excessiva dos princípios fundamentais.

Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo os critérios, quer definindo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.

Assim, não se pode definir a proporcionalidade como princípio ou como regra. Como princípio não, pois ela não é realizada em vários graus, mas serve de critério para a realização em vários graus dos fins cuja promoção é devida em razão da positivação dos princípios. Como regra também não, pois ela tem uma hipótese e uma consequência, nem pode ser excluída do ordenamento jurídico em caso de colisão. A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

O postulado da proibição de excesso, por muitas vezes, é denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, uma vez que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de

atribuir não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).

No direito processual manipula-se a ideia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual.

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)<sup>85</sup>.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas

---

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 147-148.

e de conceito jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa ou impedir a realização de ações<sup>86</sup>.

O postulado da proporcionalidade não se confunde com as ideias de proporção em suas mais variadas manifestações. O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são a praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental. Quando houver um fim específico a ser atingido o exame admite o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

---

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 150.

As noções da proporcionalidade e da razoabilidade foram construídas ao longo da experiência constitucional alemã e norte-americana.

No Brasil, tais postulados encontram fundamento no art. 5º, LIV, da CF/1988, que prevê a garantia do devido processo legal em sentido substancial, sendo muitas vezes tratados como sinônimos.

Ambos os postulados podem ser diferenciados em razão de sua origem e estrutura. Quanto à origem, a regra da razoabilidade surgiu da experiência jurídica norte-americana, amparada na garantia constitucional do devido processo legal em sentido substancial. Já a da proporcionalidade decorre da experiência jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. Quanto à estrutura, a razoabilidade depende da análise entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados (razoabilidade interna), além da legitimidade dos fins (razoabilidade externa). A proporcionalidade, por sua vez, possui estrutura racionalmente definida, constituída pelo exame de três elementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Por isso, a razoabilidade impõe uma condição material para aplicação individual da justiça, dependendo da observância das situações pessoais e individuais antes da determinação das consequências normativas, enquanto a proporcionalidade consiste em uma estrutura formal (de conteúdo neutro) de relação meio-fim<sup>87</sup>.

Em síntese, é possível afirmar que o postulado da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade, já que aquele não visa apenas impedir o arbítrio (conteúdo negativo), não bastando saber qual a medida seja razoável, mas a proporção (limitação) a ser conferida a cada interesse ou direito em conflito.

O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada.

---

<sup>87</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre os princípios e regras**. p. 30

A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.

Dessa forma, com o reconhecimento da importância dos direitos fundamentais, e o da utilização da proporcionalidade para resolver qualquer conflito entre direitos fundamentais, se faz necessário destacar a Tutela executiva como sendo um direito fundamental.

## 2 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TUTELA EXECUTIVA

Desde as primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.

### 2.1 - As diversas dimensões dos direitos fundamentais

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”<sup>88</sup>

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos, do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder<sup>89</sup>. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e

---

<sup>88</sup> TRINDADE, A.A. Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol. I, p. 25.

<sup>89</sup> ANDRADE, J.C. Vieira de. **Os Direitos Fundamentais Constituição Portuguesa de 1976**. p. 43.



não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.<sup>90</sup>

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distinta destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de particular do bem estar social”<sup>91</sup>. Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

É, contudo, no século XX, de modo especial nas constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.<sup>92</sup> Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. p. 517.

<sup>91</sup> LAFER, C A **Reconstrução dos Direitos Humanos**. p. 127.

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

<sup>93</sup> BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. p. 518.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa<sup>94</sup>. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos, de existencialidade concreta”.

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação<sup>95</sup>. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais<sup>96</sup>.

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno os tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. p. 131.

<sup>95</sup> BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. p. 523.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana é um marco quando se fala em direitos fundamentais, porém, tal direito não pode se utilizado como única justifica para a resolução dos conflitos, tendo em vista que poderá haver a presença de mais de um direito fundamental em um mesmo conflito de interesse.

## 2.2 - Afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais

É preciso compreender o sentido dos direitos humanos e sua diferenciação em relação aos direitos fundamentais.

Os direitos humanos podem ser absolutos e relativos. São absolutos os direitos que todos têm frente a todos (v.g., o direito à vida). São relativos os direitos que todos os membros de toda comunidade jurídica têm na sua comunidade legal (v.g., o direito ao voto). Tanto os direitos humanos absolutos ou relativos são considerados suprapositivos ou morais. Neste sentido, é possível afirmar que os direitos humanos, mesmo antes de serem positivados, constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico.<sup>98</sup>

Os direitos humanos (absolutos e relativos) se positivam, nas Constituições, como direitos fundamentais. Por isto, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecido e garantido pelo direito positivo.<sup>99</sup> O catálogo de direitos constitucionais pode conter, junto dos direitos humanos, outros direitos considerados fundamentais.

A história do constitucionalismo é a de uma progressiva expansão das esferas dos direitos: a) Constituições do século XIX: previam direitos de liberdade; b) Constituições do

---

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

<sup>98</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 39.

<sup>99</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria**. p. 82.

século XX: direitos sociais, econômicos, ao meio ambiente, à paz etc.; c) reformas constitucionais do século XXI: biodireito, direito às informações etc.

A nova era de direitos é marcada pelas seguintes características:<sup>100</sup> a) aumentaram os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião, opinião, imprensa etc. deram lugar aos direitos sociais e econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); b) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), com a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; c) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor etc.

Os direitos fundamentais são históricos, porque nascem e se desenvolvem, gradualmente, em certas circunstâncias de lutas sociais e políticas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes (v.g., movimentos liberais, socialistas, feministas, antirracistas, ecológicos, pacifistas etc).

Por isto, a tutela dos direitos fundamentais não deve ser buscada, exclusivamente, no texto da Constituição, mas no contexto histórico-social em que se movem.<sup>101</sup> Logo, não é correto limitar a carga protetiva às gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Não importa, por exemplo, saber se a tutela contra a biopirataria ou o terrorismo é de quarta ou quinta geração/dimensão. Não há um *numerus clausus* de dimensões de tutela, porque não há um elenco limitado de perigos a serem combatidos. A compreensão alargada dos direitos fundamentais decorre da sua proteção dinâmica, a que corresponde uma tutela aberta, flexível e móvel. Para fins metodológicos, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser marcada pela força expansiva dos direitos fundamentais.

A igualdade, a democracia, a paz e a tutela dos mais fracos constituem os pressupostos axiológicos dos direitos fundamentais.

---

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos;**

<sup>101</sup> QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre epistemologia da construção constitucional.** p.252.

A isonomia jurídica está baseada na igualdade perante a lei, que é um corolário do “governo de leis”, em vez do “governo de homens”: todos são iguais, com base na lei, sendo titulares de liberdades, poderes, obrigações e proibições dispostos de forma universal.<sup>102</sup> Assim, a igualdade possui duas dimensões: a igualdade nos direitos e a igualdade nos deveres. A igualdade nos direitos está prevista no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, a qual preceitua: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Tal definição também consta do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização Mundial das Nações Unidas (1948), a qual dispõe: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. A igualdade nos deveres impõe as mesmas proibições previstas nas leis (penais, tributárias etc.).

O papel dos direitos fundamentais como direitos dos mais fracos visa proteger o indivíduo contra seu ambiente cultural, social ou mesmo familiar ( v.g., a mulher contra o pai ou o marido; as crianças e adolescentes contra seus pais; qualquer pessoa contra as práticas opressivas impostas pela sua cultura, como a prática da clitoridectomia pelos Talibãs ou a justificação do homicídio por causa da honra ferida” etc.). Com efeito, nenhuma grave lesão aos direitos fundamentais dos seres humanos mais vulneráveis pode ser justificada pela cultura dominante.<sup>103</sup> Outros tantos exemplos poderiam ser mencionados para contextualizar a afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais. Fiquemos apenas com mais um: a discriminação racial.

Portanto, os direitos fundamentais não são fruto da concessão espontânea do detentor do poder. São as mudanças sociais que fazem surgir outras demandas e necessidades que reclamam novos direitos.

Dessa maneira, os direitos fundamentais se revelam como direitos dos mais fracos contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiano (liberdade selvagem, presente no Estado de Natureza), contra o absolutismo dos poderes públicos ( v.g., dos

---

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. **I fondamenti dei diritti fondamentali.** p. 309-310.

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. **I fondamenti dei diritti fondamentali.** p. 344.

poderes políticos, até a sua separação, a representação popular, a responsabilidade política e o princípio da legalidade do Poder Judiciário, até a sua sujeição à lei e o desenvolvimento das garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, até a afirmação do princípio da legalidade no seu exercício e do seu controle jurisdicional), contra quem é mais forte economicamente no mercado capitalista (afirmando-se, v.g., os direitos trabalhistas, as regras que protegem a livre concorrência, a transparência nos negócios jurídicos e a defesa dos direitos dos consumidores), contra o absolutismo do poder doméstico (pela reforma do direito de família, com a promoção da igualdade entre seus membros e a adoção de regras que protegem as pessoas mais vulneráveis no meio familiar), contra quem é militarmente mais forte na comunidade internacional, acabando com o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, bem como limitando (ou tentando limitar) o neoabsolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transacionais.<sup>104</sup>

Diante desse cenário, não há dúvidas que os direitos humanos convergem com os direitos fundamentais em uma democracia devidamente respaldada por sua constituição.

### **2.3 - Direitos fundamentais e patrimoniais**

No contexto da afirmação dos direitos essenciais aos seres humanos, é importante distinguir os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais.

Uma primeira diferença é a de que aqueles (como o direito à vida, os direitos civis, incluindo o direito de adquirir e dispor de bens, os direitos políticos e sociais) são universais, sendo capazes de satisfazer a dignidade humana e realizar a igualdade, enquanto os direitos patrimoniais são singulares, no sentido de que há um titular determinado (ou mais de um titular), instaurando-se relações de domínio e de exclusão entre sujeitos postos em condições jurídicas desiguais. Aqueles são inclusivos (v.g, direitos à educação ou à saúde), enquanto estes são exclusivos (v.g., direito à propriedade de um imóvel ou de um veículo)<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. p.17.

<sup>105</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011..p. 50.

Os direitos fundamentais são universais, uma vez que atingem todos os seres humanos, abrangendo todos aqueles dotados de status de pessoa (isto é, aqueles sujeitos a atos ou situações jurídicas), ou de cidadãos (entendidos como pessoas que pertencem a determinada coletividade política), ou de pessoas capazes de agir (isto é, aqueles que podem ser autores de atos jurídicos). A partir da titularidade subjetiva, Luigi Ferrajoli identifica quatro classes de direitos fundamentais: a) direitos humanos: que incluem todas as pessoas, enquanto tais, mesmo que não sejam cidadãos nem capazes de agir; b) direitos civis: que correspondem às pessoas capazes de agir, independentemente da cidadania; c) direitos públicos: relativos aos cidadãos, sendo irrelevante a capacidade de agir; d) direitos políticos: que cabem somente àqueles que sejam cidadãos e capazes de agir.<sup>106</sup>

Uma segunda diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais é que aqueles são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos, ao passo que os últimos são, pela sua própria natureza, disponíveis (como a propriedade privada de direitos de crédito), negociáveis e alienáveis.<sup>107</sup> Logo, os direitos patrimoniais são acumuláveis (quanto mais se acumula, mais rico se fica), enquanto os direitos fundamentais são invariáveis (v.g., ninguém pode se tornar, juridicamente, mais livre). A não submissão dos direitos fundamentais às decisões políticas ou do mercado decorre da sua indisponibilidade, que pode ser: ativa (o titular do direito não pode dela dispor, v.g., não se pode vender a liberdade pessoal, o direito de voto ou mesmo a autonomia contratual) ou passiva (os direitos fundamentais não podem ser expropriados ou limitados por outros sujeitos, a começar pelo próprio Estado – nenhuma maioria pode privar a pessoa da sua vida, liberdade ou autonomia), salvo quando as restrições forem iguais, universais e se justifiquem na supremacia do interesse comum sobre os individuais.

Essa ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, por parte da maioria, permite que a Constituição seja levada a sério. Por exemplo, se a Lei Fundamental proíbe a pena de morte ou a tortura, mesmo que a maior parte da população apoie ou reclame essas soluções, a noção de indisponibilidade dos direitos fundamentais impede que sejam realizados

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. p.5 e 13-14.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali....cit.**. p. 15-16.

os desígnios da maioria.<sup>108</sup> Por isso, os direitos fundamentais são trunfos que dispõem contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria.<sup>109</sup>

Aliás, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem a todos os indivíduos pelo mero fato de terem nascido, isto é, não podem ser restringidos a membros de uma classe ou de um país, justamente por serem absolutos, universais, invioláveis e prescritíveis. Situação diversa da dos direitos patrimoniais, que são disponíveis, na esfera do mercado, ou mesmo pelo poder público (v.g., para fins de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, conforme dispõe o art. 5º, XXXIV, da CF/1988).

A disponibilidade se refere não a qualquer renúncia de fato ou não exercício de um direito, mas a uma decisão que disponha dos direitos com efeitos obrigatórios. A irrenunciabilidade e a inegociabilidade não atingem, igualmente, todos os direitos fundamentais. Prevê o art. 11 do CC/2002 que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Exemplo de limitação voluntária dos direitos de personalidade, previstas em lei, é a comercialização dos direitos autorais, que podem ser negociados livremente e, inclusive, transmitidos por herança. Contudo, os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, desde que não sejam exercícios com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Por exemplo, alguém pode ceder, voluntariamente, seu direito à imagem para participar de um reality show ou revelar fatos de sua intimidade, em obra autobiográfica.<sup>110</sup> Do mesmo modo, pode-se afirmar que o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais.

Afinal, caso determinados direitos fundamentais, em certas condições, especialmente nas relações horizontais entre particulares, não pudessem ser negociados e renunciados, estar-se-ia suprimindo a esfera da autonomia privada. Em outros termos, o exercício ou não

---

<sup>108</sup> Jorge Reis Novais. Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria. p. 36.

<sup>109</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011..p. 51.

<sup>110</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.52.



exercício dos direitos fundamentais de liberdade dos cidadãos decorre do próprio direito geral de liberdade, o qual permite que o seu titular deles possa dispor ou renunciar. Caso contrário, estar-se-ia negando o próprio direito à liberdade.<sup>111</sup>

No entanto, direitos como a vida, a liberdade pessoal ou o voto são direitos fundamentais, não somente porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. Por isto, tais direitos fundamentais constituem limites aos poderes públicos e privados, mas também a própria autonomia de seus titulares. Se fosse admitida a alienação da liberdade, da vida, ou do voto, tais direitos fundamentais seriam reduzidos a direitos patrimoniais.

Ninguém pode alienar direitos como a liberdade, a vida ou o voto, porque, se isto fosse possível, os direitos fundamentais deixariam de ser universais, isto é, de todos e de cada um, na mesma forma e medida. Também a liberdade de alienar os próprios direitos corresponderia ao triunfo da lei dos mais fortes, com a negação dos direitos fundamentais e a regressão ao Estado de Natureza. Entretanto, mesmo o direito à vida, ainda que não possa ser alienado, pode ser restringido pela vontade de seu titular (v.g., o paciente com câncer, mesmo precisando, por recomendação médica, submeter-se a determinado tratamento quimioterápico, não pode ser constrangido a fazê-lo; ou uma pessoa plenamente capaz e consciente, testemunha de Jeová, que precisa submeter-se à transfusão de sangue, para não morrer, não pode ser obrigada a fazê-lo; ou alguém que fuma, compulsivamente, mesmo sabendo que a nicotina faz mal à sua saúde, não pode ser compelido a parar de fumar; ou alguém que possui dependência química, por uso de álcool ou de substância entorpecente, desde que seja absolutamente capaz, não pode ser constrangido, inclusive judicialmente, a ser internado ou a submeter-se a algum tratamento; ou ainda, quem tente o suicídio não pode ser punido, caso a morte não se consume etc.).<sup>112</sup>

Uma terceira diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais é que aqueles decorrem, implícita ou explicitamente, da Constituição, consistindo sempre em meros comportamentos, ao passo que estes estão predispostos na lei, ficando seu exercício

---

<sup>111</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** p. 128-129.

condicionado a atos negociais ou a provimentos singulares (contratos doações, testamentos, sentenças, atos administrativos que os produzem, modificam ou extinguem).<sup>113</sup>

Os direitos fundamentais emanam da Constituição, podendo ser explícitos ou implícitos (art. 5º, § 2º, da CF/1988). Por exemplo, a proibição do uso abusivo de algemas não decorre explicitamente da Constituição, sendo um direito fundamental implícito ao sistema constitucional. A propósito, o STF, em 13.08.2008, editou a Súmula Vinculante 11 (“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”), baseando-se nas seguintes referências normativas: arts. 1º, III, e 5º, III, X e XLIX, da CF/1988; art. 350 do CP; art. 234, § 1º, do CPPM e o art. 4º, a, da Lei 4.898/1965. Atente-se, contudo, que o uso da algema, por si só, não caracteriza a nulidade dos atos processuais, quando fundamentada, em razão da necessidade de proporcionar segurança aos agentes públicos, testemunhas, informantes e à própria sociedade, sendo vedada a sua utilização abusiva exagerada e humilhante.

Uma quarta e última diferenciação entre direitos fundamentais e patrimoniais é que estes decorrem de relações intersubjetivas do tipo civilístico (contratual, sucessório ou similar), enquanto aqueles se estabelecem em relações de direito público, colocando os indivíduos em confronto com o Estado.<sup>114</sup> Os direitos patrimoniais correspondem ao dever genérico de abstenção, no caso dos direitos reais, ou obrigações do devedor, nos direitos pessoais ou de crédito. Já os direitos fundamentais, expressos em normas constitucionais, implicam deveres e proibições a cargo do Estado, cuja violação é causa da invalidação das leis, dos atos administrativos e das decisões judiciais, sendo que a sua observância é condição de legitimidade dos poderes públicos.

---

<sup>112</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.54.

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali...cit.** p. 16-17.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali...cit.** p. 17.

Enfim, a afirmação histórica dos direitos humanos fundamentais impõe a compreensão destes direitos nas relações de poder, sendo indispensável a distinção entre tais direitos e os de caráter patrimonial. Afinal, foi o desenvolvimento do modo de produção de antagonismos, a luta de classes e a transformação do valor de uso pelo valor de troca que possibilitou a superação da mera democracia formal pela sua conjugação com a democracia material, implicando a passagem da simples declaração de direitos fundamentais para a indispensável política de efetivação destes direitos.<sup>115</sup>

Fica claro, portanto, que os direitos patrimoniais emanam das normas de direito civil, enquanto que os fundamentais emanam da própria constituição,

## **2.4 - Democracia e direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de políticas públicas.

No campo desses direito, a efetividade não se apresenta como condição ulterior do direito, mas antes como condição de existência do próprio direito. Não basta, pois, o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los.

Os direitos fundamentais (sociais) são realizados a partir de um conjunto de atividades, denominado de políticas públicas, que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos. Em sentido amplo, o termo políticas públicas abrange a coordenação dos meios à disposição do Estado, para a harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para a realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes.

Enfim, políticas públicas são metas políticas conscientes ou programas de ação governamental, voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades

---

<sup>115</sup> DERANI, Cláudia. **Direitos fundamentais e democracia.** p. 66.

privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>116</sup>

Portanto, não há efetiva democracia sem a observância e a concretização dos direitos fundamentais, não podendo a atuação parlamentar ou do governante estar em desacordo com a Lei Fundamental.

A inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia, revela o desprezo dos governantes pela Constituição. O Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, ofende gravemente a Lei Fundamental, compelindo o Judiciário a atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição.

Entre os direitos e ações positivas do Estado ou a prestações em sentido amplo, estão abrangidos direitos à organização e procedimentos.

O aspecto jurídico-processual dos direitos fundamentais ou o *due process iusfundamental* assegura a existência de meios – organizações e procedimentos – capazes de produzir resultados de acordo com os direitos fundamentais.<sup>117</sup>

A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao “justo” processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante.<sup>118</sup>

Na formulação de técnicas idôneas, é indispensável compreender, no contexto dos direitos fundamentais, aqueles de organização e de procedimentos. Tais direitos podem ser entendidos tanto como direitos ao estabelecimento de determinados institutos processuais ou a certos procedimentos quanto a uma determinada interpretação ou aplicação concreta das

---

<sup>116</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. p. 241.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos**. cit. p. 455.

<sup>118</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Micheli. **Lezioni sul processo civile**. Vol.1, p. 63

regras e dos princípios processuais.<sup>119</sup> Com efeito, vinculam, simultaneamente, os legisladores e os juízes.

O direito fundamental à tutela jurisdicional faz com que o direito ao processo não seja caracterizado por um objeto formal o abstrato (processo *tout court*), assumindo um conteúdo modal qualificado (direito ao processo justo), que é a face dinâmica do devido processo legal.<sup>120</sup> Com efeito, não se garante uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva do art. 5º, XXXV, da CF/1988 e, conseqüentemente, a sua eficácia irradiante sobre as leis (processuais) infraconstitucionais permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização dos direitos fundamentais. A ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão obstaculizadora à proteção dos direitos materiais.<sup>121</sup>

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC contemplam cláusulas processuais abertas que conferem ao jurisdicionado e ao juiz a possibilidade de construir a ação e o procedimento adequado ao caso concreto. Por exemplo, a leitura constitucional dos arts. 273, § 3º, e 461, § 5º, do CPC, a fim de atender o direito social à saúde, permite, em casos urgentes, o bloqueio de dinheiro público para fornecimento de medicamentos. Com efeito, não deve o Poder Judiciário apelar para a expedição de precatórios, posto que isto seria o mesmo que tornar sem efetividade os direitos fundamentais, relegando a concretização desses direitos aos efeitos deletérios e irreversíveis que o tempo causaria.

A concretização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional depende da conjugação de vários elementos necessários (como a dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e da adequação do procedimento, de

---

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos**. cit. p. 458.

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. p.22.

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral**. p.116.

formas mais apropriadas de tutela jurisdicional)<sup>122</sup> à construção da melhor técnica processual capaz de realizar, mais efetivamente, os direitos materiais.

A título de argumentação, com o intuito de limitar o direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada, poderia opô-lo ao princípio da separação de poderes. Poder-se-ia afirmar que aquele está inserido neste e, por isto, a separação dos poderes teria superioridade hierárquica ou estar em um escalão superior, em caso de colisão<sup>123</sup>. No entanto, não há que se falar em superioridade hierárquica, porque tanto os direitos fundamentais quanto a separação dos poderes estão no núcleo essencial da Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, III e IV, da CF/1988), sendo, ambos, igualmente, cláusulas pétreas (limitações expressas ao poder constituinte reformador). Apesar de o Judiciário integrar a separação dos poderes, isto em nada se confunde com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Da mera existência do Judiciário não decorre tal direito fundamental. Se este existe é para servir de garantia de implementação judicial de todos os direitos fundamentais.

Portanto, o princípio da separação de poderes não pode, jamais, ser um obstáculo abstrato e genérico à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

## **2.5 – Devido processo legal substancial e a cláusula de proibição de retrocesso social**

Além do aspecto instrumental ressaltado no item anterior, para a maior efetividade de direitos fundamentais, a fiscalização judicial dos atos do Poder Público depende do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da garantia do devido processo legal, em sentido substancial.

A cláusula de proibição de retrocesso social está ligada à proteção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim de que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais. Porém, isto não significa que a Constituição não é um quadro normativo aberto, que imprime e exprime uma unidade de sentido cultural, não podendo transformar-se em um programa de governo, regulando de

---

<sup>122</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais**. p.19.

<sup>123</sup> GARCIA, Emerson. **Princípio da separação dos poderes**. p. 79-80.

forma exaustiva as situações e os fatos políticos.<sup>124</sup> Por isto, os direitos fundamentais sociais não podem ser vistos como critérios rígidos, não retirando os espaços para escolhas entre alternativas democráticas.

A proibição do retrocesso não incide somente na dimensão vertical dos direitos fundamentais, quando se discute a sua incidência na relação entre Estado e cidadãos. Também nas relações privadas tal questão se coloca, para invalidar leis ou até atos normativos particulares que restrinjam direito social no espaço privado, sem prever outro modelo alternativo (por exemplo, o cancelamento do instituto da usucapião coletiva, prevista no art. 10 da Lei 10.257/2001, conhecida por Estatuto da Cidade, em detrimento do direito fundamental à moradia, contido no art. 6º da CF/1988; a resolução normativa de escolas privadas ao determinar a revogação da matrícula de alunos inadimplentes, durante o período escolar, sem que sejam oportunizados mecanismos menos restritivos de cobrança das mensalidades atrasadas ou a aplicação de penalidades pedagógicas (como a suspensão de provas ou a retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em manifesta infringência ao direito fundamental à educação, segundo exegese dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/1999).<sup>125</sup>

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa encontra obstáculos em posturas tradicionais, presas à ideia de que a cognição dos juízes se limita aos aspectos da legalidade do ato administrativo (competência, forma e finalidade), tornando-se impossível o controle de seu mérito (motivo e objeto), isto é, a conveniência e a oportunidade de sua prática.

O discurso racional, ao incluir a questão da tutela dos direitos fundamentais, torna possível estabelecer critérios objetivos para a aproximação entre o direito e a moral. Os juízes devem levar a sério a constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas.

O juiz não possui mandato popular e, ao efetivar direitos fundamentais, ou até ao controlar políticas públicas, deve se preocupar, como se tem reiterado, com a legitimidade

---

<sup>124</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**. p.310-311.

<sup>125</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas cit.** p.298-299.

social do exercício da jurisdição. Desse modo, o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem estar social.

Assim sendo, toda e qualquer pessoa tem direito fundamental a um processo a fim de trazer as razões favoráveis e desfavoráveis à proteção de seu direito. Saber a extensão da reserva do possível, enfim, demanda ponderação e, conseqüentemente, argumentação jurídica.

## **2.6 - Tutela Executiva**

Se pretender executar o devedor para satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo estado.

Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá, com a concretização da prestação devida. Busca, portanto, a tutela jurisdicional executiva.

Uma definição única e completa de Jurisdição ou função jurisdicional talvez não seja sequer teoricamente possível. É que os fenômenos a serem referidos por tal conceito são tão diversificados e, ao mesmo tempo, passíveis de serem compreendidos por uma multiplicidade de perspectiva e instrumentos teóricos. Nessa perspectiva, é suficiente identificar, aquela reconhecida função jurisdicional necessária, tradicionalmente denominada jurisdição civil, correspondente à proteção de direitos subjetivos.

Direitos a uma prestação, também conhecidos como direitos subjetivos em sentido estrito, que, ao lado dos direitos potestativos e dos poderes-deveres (direitos/poderes



funcionais) compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou direitos subjetivos em sentido amplo.<sup>126</sup>

Registre-se que a jurisdição civil compreende a maior parte daquelas atuações que podem ser referidas ao mais amplo conceito de Jurisdição, englobando, por exemplo, toda e qualquer atuação jurisdicional exercida através do processo civil. Acrescente-se que a função jurisdicional de proteção de direitos subjetivos é a única que recebeu referência expressa e direta na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV.

A função de proteção de direitos subjetivos, quando considerada da perspectiva de sua concretização, isto é, dos resultados produzidos, da proteção concreta dispensada a determinado direito subjetivo, é denominada, também tradicionalmente, de tutela jurisdicional. Assim, ao conceito de “jurisdição civil”, definido como “exercício da jurisdição caracterizado pela orientação à proteção de direitos subjetivos”, corresponde o conceito de “tutela jurisdicional”, definido como “proteção dispensada pelo órgão jurisdicional a determinado direito subjetivo”. Ambos, implicam-se mutuamente, sendo complementares.<sup>127</sup>

É intuitiva a compreensão do caráter altamente complexo da jurisdição civil, em razão do que tanto ela, como o seu produto – a tutela jurisdicional – podem ser classificados e sistematizados segundo os mais diferentes critérios, dando lugar ao surgimento de inúmeras categorias. Entre as diversas classificações possíveis da tutela jurisdicional, sobressai-se aquela relacionada com as diferentes maneiras de proteger o direito subjetivo. Sendo várias as necessidades de proteção que o direito subjetivo pode apresentar, diversas também serão as respostas do órgão jurisdicional, dando lugar ao surgimento de mais de uma modalidade típica de tutela jurisdicional.<sup>128</sup>

As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da

---

<sup>126</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 173-174.

<sup>127</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>128</sup> BEDAQUE. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. p. 103-103.

existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional.

Diante da necessidade de eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de um direito subjetivo, a proteção do direito subjetivo consiste na emissão de uma declaração judicial de certeza, a qual torna incontroversa a existência ou inexistência do respectivo direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se, tradicionalmente, tutela declaratória.

Já a necessidade de alteração da situação jurídica entre dois sujeitos recebe proteção igualmente através de uma declaração judicial de certeza, a qual produz a alteração pretendida, criando, extinguindo ou modificando o conteúdo de determinado direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se, tradicionalmente, tutela constitutiva.

Sendo o caso de necessidade de realização concreta ou material do direito subjetivo, a respectiva proteção jurisdicional consiste na produção, pelo órgão jurisdicional, do resultado prático igual (ou mais equivalente possível) corresponde à realização espontânea do respectivo direito subjetivo. Tal modalidade de tutela jurisdicional denomina-se tutela executiva.

Daí por que a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura, em que ela avulta, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado. Exata, a respeito, a célebre metáfora, segundo a qual “o processo” de conhecimento transforma o fato em direito, e o “processo” de execução traduz o direito em fatos.<sup>129</sup>

Têm as funções cognitiva e executiva denominador comum. Elas visam “à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar “em termos definitivos” a

---

<sup>129</sup> CARNELUTTI. **Diritto e processo**. n. 176, p. 283-284.

ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado”.<sup>130</sup> Em outras palavras, dão lugar a uma tutela satisfativa, pouco importando que tal resultado ocorra em decorrência de pronunciamento obtido através de cognição plena ou sumária.<sup>131</sup> São cada vez mais frequentes, ao propósito, os pronunciamentos antecipatórios que acabam satisfazendo o direito litigioso (v.g., art. 273, 461 e 461-A do CPC).

Precisamos observar que atuações jurisdicionais consideradas muito distintas, sob outros critérios, podem pertencer, igualmente, a uma mesma categoria de tutela jurisdicional, segundo o critério acima indicado. De outra parte, é inevitável que o universo das atuações jurisdicionais efetivamente existente e admitidas, num dado ordenamento, e encartáveis em uma daquelas categorias, não corresponda à totalidade das atuações jurisdicionais que, hipoteticamente, podem ser incluídas em cada uma de tais categorias. Assim, caem sob o conceito de tutela executiva atuações jurisdicionais, muito distintas, como a satisfação do credor operada através de um processo de execução nos moldes do Livro II do CPC ou através de uma ação de despejo, ou de uma ação monitória. Da mesma forma, outras modalidades de satisfação do credor, ainda que não tenham sido previstas pelo legislador brasileiro, ou mesmo que tenham sido vedadas expressamente, por exemplo, a satisfação do credor através da expropriação de salários ou mediante a utilização de prisão civil, fora dos casos em que tais medidas são autorizadas na lei.

Impõe-se reconhecer que depende integral e exclusivamente da vontade do legislador, respeitados certos limites constitucionais, a escolha das formas, dos pressupostos e dos meios através dos quais cada uma das modalidades acima identificadas de tutela jurisdicional podem ser prestadas num dado ordenamento produtivo, no caso, o brasileiro.

Tome-se, como exemplo, a tutela executiva: a prestação dela pode vir, como de fato vem, no direito positivo brasileiro, condicionada a pressupostos diversos (títulos judiciais e extrajudiciais) realizada através de medidas diferentes (expropriação, busca e apreensão, multa diária, prisão civil) e segundo modelos procedimentais distintos (processo de execução autônomo, fase de cumprimento de sentença, ou conjugado a outro do qual se origina a declaração de certeza quanto à existência do direito a ser satisfeito). Nenhuma dessas

---

<sup>130</sup> MOREIRA, J.C.Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. p. 301.

<sup>131</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. p. 86-88.

peculiaridades, todavia são relevantes na formação do conceito de tutela executiva, enquanto categoria de tutela jurisdicional.

Portanto, a única informação relevante para caracterizar uma determinada atuação jurisdicional como tutela executiva, é a que diz respeito ao tipo de necessidade de proteção do direito subjetivo que foi atendida, quer dizer, se o órgão jurisdicional proporcionou (ou melhor, tentou proporcionar) o titular do direito sujeito a sua satisfação concreta.

Essas considerações são importantes, pois permitem afastar certas tentativas notórias de restringir o conceito de tutela executiva quer à satisfação do direito subjetivo através de um processo formalmente autônomo, nos moldes daqueles disciplinados no Livro II do CPC, quer à satisfação do direito subjetivo através de apenas um tipo de medidas judiciais, aquelas tradicionalmente denominadas “medidas sub-rogatórias”. Não se pode, na realidade, impedir que se queira identificar a atuação jurisdicional que satisfaz o direito subjetivo através de um processo autônomo, dotado de certas características etc..., no qual se utilizem apenas um tipo de medidas e que se queira denominar tal grupo de atuação jurisdicional de “tutela executiva”, dada a arbitrariedade que governa a escolha de nomes próprios para os conceitos e os símbolos construídos pela compreensão humana. O que não se pode negar é que compõem uma só categoria de tutela jurisdicional as atuações dos órgãos jurisdicionais voltadas à satisfação concreta de um direito subjetivo, por qualquer medida judicial, por qualquer módulo procedimental e, finalmente, por qualquer nome que se prefira utilizar para referir-se a tal categoria.<sup>132</sup>

O art. 475-N do CPC, ao discriminar os títulos executivos judiciais, apresenta em seu inciso I o conceito de sentença civil dependente de execução. Fala este inciso em “sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa”. O referido dispositivo reconhece o direito ou a obrigação que falta cumprir, afirmando a necessidade de sua implementação através da via executiva. Tal sentença, por isso mesmo, não pode ser meramente declaratória, nem constitutiva, nem mandamental, mas sim dependente de execução.

---

<sup>132</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

A tutela jurisdicional do direito que não pode ser prestada pela técnica da sentença declaratória, por necessitar de meios de execução, obviamente não é uma tutela declaratória, isto é, uma tutela jurisdicional através da qual simplesmente se elimina uma incerteza jurídica. A tutela que necessita “de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagamento de quantia” é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada -, uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada pela sentença e pelos meios executivos, ou melhor, por uma sentença cuja natureza é delimitada com base nos meios de execução que a complementam. Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há sentença declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser implementada mediante a via executiva.<sup>133</sup>

A legitimidade do uso dos meios de execução não advém apenas da circunstância de se pretender fazer, de não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia. A multa, por exemplo, pode ser utilizada quando se pretende um não fazer, um fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia. Ou seja, os meios de execução, não obstante relacionados a fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia, adquirem legitimidade quando visualizados a partir da tutela do direito almejada com o fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia.

Assim, por exemplo, cabe a busca e apreensão no caso de tutela de remoção do ilícito, uma vez que essa forma de execução pode ser adequada para remover o que não deveria ter sido feito pelo réu, ainda que, nessa hipótese, as circunstâncias concretas possam demonstrar a necessidade de imposição de multa. Por outro lado, também cabe o uso da busca e apreensão quando se almeja a tutela de recuperação da coisa móvel, mesmo que aí o uso da multa possa ser legitimado, quando não se sabe o local em que se encontra a coisa ou o seu desmonte e transporte possuem alto custo. A própria tutela inibitória, apesar de, em regra, ser prestada mediante a imposição de um não fazer sob pena de multa, não descarta a possibilidade de, diante das particularidades do caso concreto, ser outorgada mediante a determinação da interdição de uma empresa ou da nomeação de um terceiro para atuar na gerência da fábrica que ameaça praticar o ilícito.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução. Curso de Processo Civil 3.** v 3. p.64.

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução. Curso de Processo Civil 3.** v 3. p.66.

Os meios de execução tipificados para os casos em que se deseja pagamento de quantia alimentar bem demonstram a necessidade de compreender a tutela do direito que está por detrás do fazer, do não fazer, da entrega de coisa e do pagamento de quantia. Ora, o desconto em folha, o desconto de renda periódica e a prisão somente são admitidos e legitimados porque, *por detrás do pagamento de quantia almejado, existe a prestação de tutela alimentar, ou de tutela do direito que, apesar de requerer pagamento de quantia, não se confunde com a tutela da obrigação pecuniária inadimplida, por exemplo.*<sup>135</sup>

Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou – quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto – ser objeto de opção do juiz diante das particularidades do caso concreto, não há como desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para verificar se essa é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta, apesar de idônea, é a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.<sup>136</sup>

Diante da necessidade da tutela executiva, se faz necessário explorar o ato da penhora, que serve como meio de garantir a satisfação do crédito, como também a impenhorabilidade, cuja tal proteção processual impede a satisfação do direito fundamentação à tutela executiva.

---

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. p.607.

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução. Curso de Processo Civil 3**. v 3. p.67.

### **3- A IMPENHORABILIDADE COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA EFETIVA**

Em face do tema tratado no presente trabalho, é necessário discorrer sobre o instituto da penhora para que se possa reforçar o equívoco da impenhorabilidade de bens.

#### **3.1 - Dos aspectos gerais da Penhora**

A legislação pátria retratou a longa evolução histórica que separou a dívida da responsabilidade, no caso de inadimplemento da obrigação, quando afirma que o devedor responderá com todos os seus bens para o cumprimento das obrigações. Tal previsão encontra respaldo nos artigos 391, do Código Civil, e 591, do Código de Processo Civil:

**Art. 391.** Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

**Art. 591** - O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

A regra estabelece, nos domínios da lei civil, o princípio da responsabilidade patrimonial. O patrimônio do obrigado constitui a garantia mínima no direito ao crédito. Todavia, a expressão “todos os bens”, indicada na legislação civil, não traduz a realidade.

Na verdade, nem todos os bens que compõem o patrimônio do obrigado respondem pela satisfação do crédito. Por disposição legal, há bens excluídos da regra da responsabilidade patrimonial, que são os bens chamados de impenhoráveis, indicados como exceções no art. 591, do CPC. Portanto, a impenhorabilidade só interessa ao direito processual.

Ultrapassado o prazo para pagamento voluntário na execução fundada em título judicial ou na execução fundada em título extrajudicial, os atos jurisdicionais executivos a

serem praticados recairão sobre o patrimônio do executado. Tal previsão é chamada de Princípio da Patrimonialidade da execução.

A penhora é o ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado<sup>137</sup>. A penhora satisfaz diretamente a pretensão do exequente, quando o bem penhorado for por ele adjudicado como pagamento da dívida; satisfaz indiretamente, quando o bem penhorado for alienado, e o produto da venda for entregue ao exequente.

Porém, nem todo o patrimônio do devedor é passível de penhora, podendo ficar sujeito à execução. Tal restrição, inclusive, se encontra no art. 591, do CPC, que faz expressa ressalva a este respeito, quando indica restrições estabelecidas em lei, objeto de regulação pelos arts. 649 e 650, do CPC, por exemplo.

Além dos bens do patrimônio do devedor, também é objeto de penhora os de terceiros responsáveis (art. 592). Jamais deve ser atingido o patrimônio de terceiros estranhos à obrigação ou à responsabilidade originada do seu inadimplemento.

Dentre os bens integrantes do patrimônio do devedor e terceiros responsáveis, só devem ser penhorados aqueles que tenham expressão econômica e os que não se enquadrem em nenhuma das hipóteses de impenhorabilidade.<sup>138</sup>

A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução. Assim, a penhora é *o ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução*.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976, v.4,p.146.

<sup>138</sup> DIDIER JR, Fredie. et al. **Curso de direito Processual Civil. Execução**. vol. 5. 2009.Ed.Jus Podivm, pág.540.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. ARENHART, Sérgio Cruz. 4. Ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2012. Curso de processo civil, v3. Pág. 256.



É válido registrar que a realização da penhora, como regra, salvo exceções, como a penhora eletrônica, por exemplo, é ato privativo do oficial de justiça, que deve realizá-la em obediência ao mandado expedido pelo magistrado, registrando o referido ato através do auto ou do termo de penhora, além de avaliar os bens penhorados. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios, conforme previsão do *caput* do art. 659, do CPC. O mesmo dispositivo acima citado, em seu § 2º, indica que “não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”. Assim, quando não forem encontrados bens penhoráveis, segundo o § 3º do art. 659, cabe ao oficial de justiça certificar o ocorrido descrevendo os bens que constam da residência ou do estabelecimento comercial do executado. Tais atos são preparatórios para a alienação dos bens penhorados por um dos mecanismos referidos no art. 647, do CPC.

Conforme citado acima, também é possível que a investigação de bens penhoráveis e o aperfeiçoamento da penhora podem realizar-se por meios eletrônicos. O art. 655-A permite que, para viabilizar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a pedido do credor, requisite ao Banco central, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado. No mesmo ato, o juiz pode determinar que, havendo ativos, estes sejam desde já indisponibilizados, até o valor da execução. É a “*penhora on line*”. Não se afrontará o sigilo bancário do devedor ou aplicações até o valor da execução (art. 655-A, § 1º). Será ônus do executado, quando houver penhora *on line*, zelar para que a eventual impenhorabilidade dos valores depositados seja respeitada, cabendo argui-la e comprová-la (art. 655-A, § 2º).<sup>140</sup>

A penhora, conforme afirmado acima, é apenas ato preparatório para a alienação dos bens penhorados, não afetando a titularidade do bem, quando muito a sua posse, sendo, portanto, indiferente quem esteja momentaneamente na posse do bem.<sup>141</sup> Assim, o que

---

<sup>140</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. 2 : processo de execução. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 9. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 196.

<sup>141</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, 3 ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p.247.

interessa para fins de penhora é a localização do bem e, com a lavratura do auto, a sua constituição para todos os fins, inclusive para estabelecer quem será o responsável pela sua conservação até a prática dos atos expropriatórios.

A importância da localização do bem é inclusive indicada em dispositivo legal, especificamente no art. 659,§1º, tendo em vista que deverá ser realizada no local em que se encontram os bens, mesmo que sob posse, detenção ou guarda de terceiros, que será considerada feita pela apreensão e depósito dos bens, indicando o oficial de justiça o depositário dos bens penhorados, conforme prevê ao art. 666, do CPC.

A penhora produz como efeito vincular bem específico à execução. Há, deste modo, especificação da responsabilidade patrimonial. Até então, os meios executivos poderiam recair sobre todo e qualquer bem que a integrasse. A partir da penhora, restringir-se-ão, em princípio, ao bem penhorado. Há, assim, a afetação de um determinado bem, que se destinará à finalidade da execução.

A penhora não outorga ao credor um direito imediato sobre o bem, como acontece com o penhor, dentre outras dessemelhanças, a saber: a penhora não consta do rol do art. 1225 do CC-02 – no direito brasileiro, diversamente do que acontece no direito português<sup>142</sup>, vigora o princípio da tipicidade estrita dos direitos reais<sup>143</sup> -, sua eficácia não opera *erga omnes* (eficácia deste alcance dependerá do registro, que é outro ato), limitando-se aos demais credores, e prescinde da existência do domínio do executado sobre a coisa penhorada, pois regula, ainda nesta situação, a hierarquia entre os quirografários.

Outro efeito da penhora é prestar-se à conservação do bem que foi individualizado. Ou seja, destina-se ao resguardo de tal bem no curso da execução. E ainda, a penhora confere ao credor preferência em relação a outros credores, da mesma categoria, que penhorem o mesmo bem posteriormente.

---

<sup>142</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Reais**. n.71, p.156.

<sup>143</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil comentado**. v.12, p. 171-172.

A penhora, portanto, pode ser conceituada como o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo.<sup>144</sup>

Segundo Carnelutti, a função principal da penhora reside em “determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação e fixar sua sujeição à ação executiva”.<sup>145</sup>

Não é ato privado do credor, ainda que se diga que a penhora é feita no seu interesse. O credor recorre ao Estado, através da ação executiva, e este penhora o bem. Também não é ato de disposição do devedor: a este apenas se dá a faculdade limitada de pleitear a substituição do bem sujeito à penhora; não se lhe outorga, porém, a possibilidade de não a aceitar.

Indubitavelmente, a penhora constitui “ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica”<sup>146</sup> do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor.

Em razão da penhora, determinado bem fica preso à satisfação do crédito. Não se concebe uma penhora genérica ou sobre uma fração indistinta do patrimônio do executado. Logo, a individualização do bem reponta como essencial à penhora.

Como diz Redenti<sup>147</sup>, a penhora isola bens no patrimônio executado, e, em consequência, assevera egregiamente José Alberto dos Reis<sup>148</sup>, os afeta, ou seja, destina-os à finalidade expropriativa, através do expediente de imprimir a marca da ineficácia no poder de disposição do executado, preservando, assim, o caráter instrumental do ato.

A penhora não tem caráter contratual. Não decorre de contrato entre credor e devedor e não se confunde com os direitos reais de garantia, nem mesmo no que concerne à

---

<sup>144</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, v. 2: processo de execução. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 9. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.194.

<sup>145</sup> CARNELUTTI. **Istituzioni....**, v.3/18, n.683.

<sup>146</sup> Pontes de Miranda, **Comentários...**, v.10/160.

<sup>147</sup> REDENTI, Enrico, **Diritto processuale civile**. v.3/169-170 n.214.

<sup>148</sup> REIS, José Alberto dos. **Processo de execução**. v.2/92, n.25.

preferência gerada. A penhora produz apenas preferência processual, conforme já indicado alhures.

Vale recordar Pontes de Miranda: “O Código de Processo Civil brasileiro não se referiu a produzir a penhora direito de garantia pignoratícia sobre as coisas penhoradas. A penhora é *pignus*, como os demais penhores. O que a lei brasileira estabeleceu foi o direito de preferência, “efeito”, assim da penhora”.<sup>149</sup>

Deve-se a Chiovenda<sup>150</sup> a distinção entre a faculdade de dispor e o direito de que se dispõe. Expropriando, o Estado toma do executado o poder de alienar, inerente ao domínio; penhorando, não paralisa, nem enfraquece o poder de dispor: ao contrário, mantém-no com o seu titular, agregando-lhe, porém, a consequência da ineficácia perante o processo.

A alienação da coisa penhorada pelo devedor, no curso da execução, existe, vale e é eficaz inter partes. O produto desta venda poderá ser utilizado para solver o crédito executado (art.651). Feito isso, desaparece a ineficácia relativa e, salvo causa diversa – p.ex., outra penhora, incidência do art. 593, II, e assim por diante -, a vulnerabilidade do negócio à execução<sup>151</sup>. É primorosa a redação do art. 2913 do CC italiano ao declarar privada de efeito (*non hanno effetto*) a alienação realizada pelo executado. Além de ineficaz, o ato que fraudava penhora possui tutela penal.<sup>152</sup>

Os limites objetivos da ineficácia no direito brasileiro restringem-se às partes no processo executivo pendente. Em caso de penhoras sucessivas (art.613), o segundo credor penhorante não se beneficiará do termo inicial anterior. A ineficácia é efeito individual de cada penhora.

### 3.2 - DA IMPENHORABILIDADE

---

<sup>149</sup> Pontes de Miranda, Comentários..., v.10, p.11.

<sup>150</sup> Chiovenda, Instituições..., v.1/412, n.87.

<sup>151</sup> ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 13 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.697.

<sup>152</sup> MICHELI, G. **Esecuzione forzata**, p.55 e ss.

Não são todos os bens do executado que respondem pela execução. Há bens que não podem ser penhorados. A restrição à penhora de certos bens chama-se impenhorabilidade.

### 3.2.1 - A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor

Chama-se de *beneficium competentiae*<sup>153</sup> (benefício de competência) a impenhorabilidade do “estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua dignidade”<sup>154</sup>. Trata-se de instituto que nasceu no Direito Romano, a partir do período da *cognitio extraordinária*, e se desenvolveu no Direito comum, até consagrar-se em quase todas as legislações<sup>155</sup>.

O desenvolvimento do instituto no Direito Romano é explicado por Luiz Carlos Azevedo: “No primeiro estágio, que ascende ao período formulário do processo romano, o benefício favorecia apenas a determinados devedores, sendo concedido em caráter pessoal, intransmissível e irrenunciável. Já no direito Justianeu, o favor a todos se estenderia, com o objetivo de evitar ficassem os devedores totalmente privados de seu patrimônio: isto em a possibilidade patrimonial do devedor era avaliada, de modo a deixar-lhe meios para a sua própria subsistência”<sup>156</sup>.

As regras de proteção do devedor, contidas no Direito Romano, nas quais se inclui o *beneficium competentiae*, sofreram forte influência dos valores do cristianismo: caridade, piedade, compaixão, moderação e clemência<sup>157</sup>. Esse dado histórico é importantíssimo para compreender porque tantas regras de proteção ao executado sobrevivem em nosso país.

No campo do direito processual, os artigos 649, e 650, indicam bens considerados impenhoráveis. Tais bens, seriam penhorados em determinadas hipóteses, porém, em face dos

---

<sup>153</sup> ‘A expressão *beneficium*, bem como *exceptio e honor*, encontram-se nas fontes romanas; não, porém, *competentiae*, que aí tem o significado de capacidade, de suportabilidade, que não é latino’. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de processo Civil. 2ª ed., 10, cit., p. 135).

<sup>154</sup> ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 11. ed. cit., pág.222.

<sup>155</sup> ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 11. ed. cit., pág.223.

<sup>156</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. Da penhora, p. 223

vetos à redação do art. 649, § 3º, e à do art. 650, parágrafo único, ambos previstos no projeto de lei, não houve a relativização dos bens impenhoráveis. Os dispositivos vetados previam:

**Art. 649** - São absolutamente impenhoráveis:

**IV** - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

~~§ 3º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios. (vetado)~~

**Art. 650** - Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia.

~~**Parágrafo único.** Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade. (vetado)~~

A proposição da cláusula final do art. 591 do CPC logra hábil complementação no art. 648 do CPC. Tal dispositivo declara imunes à execução “os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”:

**Art. 648** - Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

---

<sup>157</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1998, p. 91-101.

Não se confundem as noções da inalienabilidade e da impenhorabilidade. Inalienável é o bem que o próprio obrigado não pode dispor, e por conseguinte, tampouco responderá pelo cumprimento de obrigações contraídas no comércio jurídico. Por exemplo: o bem de família, instituídos pelos cônjuges ou por terceiro, e registrado no álbum imobiliário, subtrai-se à livre disposição dos titulares do domínio, a teor do art. 1.717 do CC.

Ao invés, o bem impenhorável submete-se à plena disposição do proprietário, sem responder, todavia, pelo cumprimento da obrigação; em outras palavras, nenhum credor poderá expropriá-lo em seu proveito. Exemplo digno de registro, na mesma área do bem de família, é no da residência familiar, declarada impenhorável pelo art. 1º da Lei 8.009/90 – disposição que sobreviveu à Lei 11.382/2006 -, e que pode ser alienada, a qualquer tempo, pelos proprietários e o produto da alienação utilizado para solver as dívidas da família. Em síntese, a impenhorabilidade se encontra implícita na inalienabilidade.<sup>158</sup>

Feita a distinção subentendida no art. 648 do CPC, impõe-se fitar de perto a impenhorabilidade. Dois princípios governam o instituto: a tipicidade e a disponibilidade.

Da cláusula final do art. 591 do CPC, como já aventado, resulta evidente que somente expressa norma legal pode instituir a impenhorabilidade. É a tipicidade.

Não é lícito ao obrigado subtrair algum bem da responsabilidade patrimonial por meio de negócio unilateral. Do contrário, o inadimplente se livraria de qualquer sacrifício e dificilmente seus credores realizariam seus créditos com sucesso. No entanto, o direito brasileiro tolera negócio jurídico entre o credor e o devedor, conforme o art. 549, I, do CPC, tornando imune(s) à execução certo(s) bem(ns). No direito italiano, a opinião prevaiente rejeita semelhante negócio dispositivo.<sup>159</sup> É que, no caso de inadimplemento, talvez o bem subtraído à execução seja o único remanescente e apto a satisfazer o crédito. Tal situação infringiria ao interesse público.<sup>160</sup> Entre nós, do mesmo modo que os figurantes do negócio jurídico podem predestinar bens à garantia do inadimplemento, por meio da constituição de direito real de garantia, hipótese em que a “penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia” (art. 655, § 1º, do CPC), também pode excepcionar a disposição do art. 391

---

<sup>158</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

<sup>159</sup> ROPPO, Enzo. **Reponsabilità patrimoniale**. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1988. V.39.

<sup>160</sup> RUBINO, Domenico. **La respnsabilità patrimoniale**. In: Vassali, Felippo. *Tratado di diritto civil italiano*. Turim: Uteet, 1952. V. 40. t. 1.

do CC. Evidentemente, em razão do princípio da relatividade “contratual” somente opera perante o credor que pactuou com o devedor.

O princípio da tipicidade tem larga aplicação na prática. Nenhuma regra pré-excluía a penhora do dinheiro da pessoa jurídica, por exemplo. Ao contrário, conforme o valor da dívida, a penhora recairá sobre a renda, tratando-se de execução contra empresa que funcione mediante concessão ou autorização (art. 648, *caput*, do CPC). Exigiu a jurisprudência do STJ que, nessa hipótese, se aplicasse o art. 677 do CPC, quer dizer, o juiz designasse administrador judicial, ou, então, fixasse percentual da regra; todavia, proclamava a plena penhorabilidade do dinheiro.<sup>161</sup> A Lei 11.382/2006 autoriza, nesta mesma linha, a penhora de “percentual do faturamento da empresa devedora” (art. 655, VII, do CPC), emergindo-se, também desta vez, vitorioso o princípio da tipicidade.

Não sendo inalienáveis, os bens simplesmente impenhoráveis comportam atos de disposição antes do processo; por exemplo, a dação em pagamento para solver a dívida. Ora, nada pode impedir atos dessa natureza no curso do processo. Ensina Pontes de Miranda: “sempre que o devedor poderia mudar, a seu talante, a qualidade do bem, é possível anuir ao ato de nomeação, que é “como” se fosse execução voluntária (sem no ser, porque se trata de ato processual de início de execução forçada)”.<sup>162</sup>

Lição memorável e exata, acabou acolhida por exemplar julgado da 3ª T. do STJ:

Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor pelo fato de se encontrarem fora do comércio, e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do art. 649 do CPC, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor do seu patrimônio.<sup>163</sup>

No ano de 2006, sob os auspícios do Ministério da Justiça (MJ) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), se encerrou mais uma etapa, a terceira, da série de

---

<sup>161</sup> STJ, 3ª T., REsp 431.143/SR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.05.2003, DJU 04.08.2003, p. 292.

<sup>162</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: forense, 1976. V.10.

<sup>163</sup> STJ, 3ª T., REsp 351.932, rel. Min. Castro Filho, j. 14.10.2003, DJU 09.12.2003, p.278.



reformas do Código de Processo Civil (CPC). Nela, entre outras, foram promulgadas as leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que alteraram profundamente o perfil da execução forçada no Brasil- incluía-se aqui tanto as obrigações de pagar quantia certa estampadas em títulos extrajudiciais- e que tiveram por pretensão conferir efetividade ao vetusto processo da execução, diante da constatação de que a magistral obra de técnica jurídico- processual que ele encerrava em abstrato não logrou ser transposta, quando observava em concreto, para a vida do jurisdicionado, mantendo uma pífia aderência ao dinamismo, à complexidade e às necessidades da sociedade brasileira.

Com o veto apostado pelo Presidente da República ao § 3º do art. 649 do CPC, proposto pelo Projeto de Lei (PL) 4.497/2009, abre-se uma necessária e inadiável discussão a ser travada não apenas nos meios jurídicos: Faz sentido que a impenhorabilidade de salários no Brasil seja absoluta? Naturalmente, quando falamos de absoluta impenhorabilidade dos salários, não ignoramos que é possível a penhora quando o caso envolver créditos decorrentes de pensão alimentícia, ex vi da parte final do inc. IV do art. 649 c.c o caput do art. 734, ambos do CPC.

Mundo afora, a chamada análise econômica do direito (*Law and economics ou economic analysis of Law*) vem ganhando corpo e conquistando adeptos em todos os campos do direito. Não se defende aqui o aproveitamento irrestrito de todos os seus pressupostos teóricos, pois conhecemos as dificuldades de transferir para países de tradição romano-germânica o modelo sistematizado para funcionar em regimes de common Law pelo pioneiro Richard Posner a partir das ideias contidas nos artigos seminais de Ronald Coase e Guido Calabresi. Antes, acreditamos tão-somente que a repulsa que parte dos juristas têm às questões econômicas se deve muito mais ao desconhecimento do que a qualquer outra razão, e , pelo bem da sociedade, deve ser superada.<sup>164</sup>

Há casos de impenhorabilidade, quando o bem não puder ser penhorado em nenhuma hipótese (art. 649, CPC) como também, quando o bem pode ser penhorado na execução de

---

<sup>164</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas ; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior/coordenação, Ernane Fidélis dos Santos...**[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 441.

certos créditos. Essa classificação da impenhorabilidade não se funda em uma suposta diferença de grau entre uma espécie ou outra. Não se pode estabelecer o raciocínio causa-consequência, no sentido de que penhora de bem absolutamente impenhorável gera “nulidade” e penhora de bem relativamente impenhorável gera anulabilidade processual. Tampouco é possível qualificar as regras de impenhorabilidade absoluta como regras cogente, de ordem pública, e as regras de impenhorabilidade relativa como regras dispositivas. A diferença entre essas regras está no âmbito de oponibilidade do direito à impenhorabilidade: a qualquer credor, no caso da impenhorabilidade absoluta, a alguns credores, no caso da relativa.<sup>165</sup>

A impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada <sup>166</sup>.

Por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais.<sup>167</sup>

O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art.649 do CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado. Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção do outro. Ou seja: é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional deve fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação revelar-se *inconstitucional*, porque não razoável ou

---

<sup>165</sup> DIDIER JR, Fredie. et al. **Curso de direito Processual Civil. Execução**. vol. 5. 2009.Ed.Jus Podivm, p.541.

<sup>166</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p.340.

<sup>167</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit.** p.165 e segs.

desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução de vida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional deve observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao controle de *constitucionalidade* das leis, podem ser constitucionais em tese, mas, *in concreto*, podem revelar-se inconstitucionais<sup>168</sup>.

Afirma Marcelo Lima Guerra: “O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos (...) ...as restrições aos direitos fundamentais não são, em princípio, ilegítimas. Devem, no entanto, estar voltadas à realização de outros direitos fundamentais e podem, por isso mesmo, estar sujeitas a uma revisão judicial que verifique, no caso concreto, se a limitação, ainda que inspirada em outro direito fundamental, traz uma excessiva compressão ao direito fundamental restringido”<sup>169</sup>.

São em princípios constitucionais as regras que restringem a responsabilidade patrimonial, impedindo a penhora de certos bens. Em um Estado Democrático que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), a restrição à penhora de certos bens apresenta-se como uma técnica processual tradicional e bem aceita pela sociedade contemporânea. Mas essas regras não estão imunes ao controle de constitucionalidade *in concreto* e, por isso, podem ser afastadas ou mitigadas se, no caso concreto, a sua aplicação revelar-se não razoável ou desproporcional.

Assim, mais uma vez nos utilizamos da lição de Marcelo Lima Guerra, quando de forma correta afirma: “somente o modelo dos direitos fundamentais pode fornecer um caminho seguro, que oriente e justifique o desenvolvimento judicial do direito, no qual o juiz ora deixe de aplicar normas (regras) expressamente postas, ora aplique outras não expressamente positivadas, mas inseridas no âmbito semântico de algum direito fundamental”<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> DIDIER JR, Fredie. et al. **Curso de direito Processual Civil. Execução**. vol. 5. 2009. Ed. Jus Podivm, p.542.

<sup>169</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit.** p. 165 e segs. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>170</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit.**, p.166 e segs.

Essa previsão de proteção dos bens, apesar de ser uma garantia aos direitos fundamentais, também afronta o direito fundamental à tutela executiva.

### **3.2.2 - Disponibilidade, preclusão e conhecimento ex officio da impenhorabilidade**

Ressalvada a hipótese do inciso I do art. 649, que reputa impenhorável bem inalienável (indisponível, portanto), todas as demais hipóteses cuidam de bens disponíveis, que podem ser alienados pelo executado, inclusive para o pagamento da própria dívida que se executa.

Diante da disponibilidade dos bens do art. 649, com exceção do inciso I, é válido registrar as indagações realizadas de forma correta por Fredie Didier: “Se é disponível, o bem poderia ser vendido pelo executado livremente. Se o bem pode ser alienado pela vontade do executado, porque não poderia ser penhorado (ato preparatório de futura expropriação judicial) pela vontade do próprio executado? Se o executado pode desfazer-se do bem extrajudicialmente, porque não poderia desfazer-se dele judicialmente?”<sup>171</sup>

Segundo posicionamento de Araken de Assis: “Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor (...) poderá ser afetado à execução por sua livre e soberana nomeação (art.655)”<sup>172</sup>. A 3ª. T. do STJ, no REsp n. 351.932/SP, rel. p/acórdão Min. Castro Filho, j. em 14.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 278, assim se posicionou: “I – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio”.

---

<sup>171</sup>DIDIER JR, Fredie. et al. **Curso de direito Processual Civil. Execução**. vol. 5. 2009.Ed.Jus Podivm, p.544.

<sup>172</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed., cit., p. 217.

A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível<sup>173</sup>. Se a impenhorabilidade é disponível, não pode ser considerada como regra de ordem pública. Considerar uma regra como de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica.

Além disso, ocorrendo a penhora sobre bem impenhorável disponível, intimado a defender-se, o executado não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado. Há, no caso, preclusão, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos (art. 245 do CPC)<sup>174</sup>.

Ora, se o direito é disponível, e conseqüentemente o bem não é inalienável, apenas a existência da proteção a um direito fundamental impediria a disponibilidade de um bem pelo seu proprietário. Isso poderia ocorrer no caso do bem de família em repeito ao direito fundamental à moradia.

### **3.2.3 - Rendimentos de natureza alimentar**

O Inciso IV do art. 649 do CPC consagra uma das principais hipóteses do *beneficium competentiae*: a impenhorabilidade relativa das verbas de natureza alimentar. Trata-se de regra que possui o claro propósito de proteger o executado, garantindo-lhe o recebimento de valores que servem ao pagamento das despesas relacionadas à sua sobrevivência digna e à da sua família.

Porém, trata-se de regra de impenhorabilidade relativa. O § 2º do art. 649 determina que a regra não se aplique à execução de alimentos (decorrentes de vínculo de família ou de ato ilícito).

---

<sup>173</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. cit., v. 4, cit., p. 341.

<sup>174</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed., cit., p. 217.

<sup>176</sup> REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. **Penhora**. cit., p. 99.

Ocorre que se em um determinado caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar, seja salário, rendimento de profissional liberal, etc., exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado, é possível penhorar parcela desse rendimento<sup>175</sup>.

Em decisão, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendeu que 30% do salário podem ser penhorados, exatamente porque se permite que esse percentual possa ser utilizado como garantia em contrato de empréstimo bancário consignado em folha salarial. O raciocínio é bem simples: se o sujeito pode dispor de uma parcela de seu salário para contrair uma dívida, essa parcela não pode ser considerada impenhorável:

TJDT, 6ª T. Cível, Processo n. 20080020151401AGI-DF, rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. em 26.11.2008, publicado no DJU de 12.12.2008, p. 76: “Direito processual civil. Agravo de instrumento. Execução. Pedido de penhora on line. Sistema BACEN-JUD. Salário e proventos. Art. 649, IV, do CPC. Segundo remansosa jurisprudência deste eg. TJDFT, a impenhorabilidade da verba salarial, disposta no art. 649, inc. IV, do CPC, há de ser mitigada em favor da efetividade do processo de execução, mormente quando se verifica que o bloqueio de parte de renda não privará o devedor de honrar outros compromissos assumidos. Nesse sentido, a limitação dos descontos na conta-corrente do devedor em 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos se mostra razoável”.

Além disso, a impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária. Ou seja, remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a “sobra” do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Segundo Leonardo Greco, é preciso sujeitar essa regra “a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. (...) a parte

da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio”<sup>176</sup>.

Nesse sentido, STJ, 3ª T., RMS 25.397-DF, rel. Min. Nancy Andrighi j. em 14.10.2008, publicado no DJe de 03.11.2008:

Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.

A regra aplica-se por extensão aos créditos trabalhistas auferidos em reclamação trabalhista, a indenização por acidente do trabalho, a renda dos alugueis, quando ficar demonstrado que se trata de renda com finalidade alimentar<sup>177</sup>, o saldo do FGTS e as comissões do representante comercial e do leiloeiro<sup>178</sup>.

Como se vê, de acordo com as nossas premissas, é lícito também proceder a uma interpretação extensiva do inciso IV do art. 649.

### **3.2.4 - Bem Imóvel de moradia (“bem de família”)**

A Lei nº 8.009/1990 instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar por qualquer dívida, salvo as exceções dos seus artigos 3º e 4º.

Posteriormente a Súmula do STJ, de nº 364 abrangeu a referida proteção: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

---

<sup>176</sup> GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 3, p. 21.

<sup>177</sup> REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. **Penhora**. cit., p. 93.

<sup>178</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed., cit., p. 229.

No entanto, se o casal, ou entidade familiar, possuir vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5º, parágrafo único). É o que ocorre por exemplo, quando a família se divide em mais de uma cidade por motivos profissionais<sup>179</sup>.

A impenhorabilidade abrange dos imóveis residenciais mais simples aos mais luxuosos. Com a reforma de 2006, o legislador tentou, sem êxito, mudar essa realidade. Com a Lei nº 11.382/2006 pretendia introduzir um parágrafo único no art. 650, CPC, que acabou sendo vetado, que tornava absolutamente impenhorável imóvel de até 1.000 salários mínimos, permitindo a penhora daqueles que ultrapassem esse valor – devolvendo-se o equivalente a 1.000 salários mínimos para devedor (sob cláusula de impenhorabilidade) para adquirir outro. O veto é lamentável, pois protege de forma irrazoável os mais abastados.

As críticas são as mesmas feitas ao veto presidencial da possibilidade de penhora de parte de salário, examinada acima, para onde se remete o leitor. Nada impede que, com base no princípio da proporcionalidade, o juiz determine a penhora de uma mansão milionária, que serve de sede familiar, decretando a inconstitucionalidade da restrição no caso concreto<sup>180</sup>.

Como a lei só torna impenhorável o único imóvel residencial familiar (utilizado para moradia permanente), em contrapartida são penhoráveis os imóveis não-residenciais e os terrenos não ocupados. Que fique claro que a ideia é preservar o ser humano e o seu direito à moradia digna. Daí ser evidente que o imóvel pertencente à pessoa jurídica, ainda que voltado à residência, é penhorável<sup>181</sup>.

A impenhorabilidade do imóvel familiar é relativa, já que a regra comporta duas exceções legais: A princípio, excepcionam-se as execuções previstas no art. 3º da Lei 8.009/1990<sup>182</sup>, em que pode ser penhorada a residência da família.

---

<sup>179</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed., cit., p. 239.

<sup>180</sup> Fredie Didier Jr, Leonardo Jose Carneiro da Cunha, Paula Sarmo Braga, Rafael Oliveira. Curso de direito Processual Civil. Execução. vol. 5. 2009. Ed. Jus Podivm, pág. 566-567.

<sup>181</sup> ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª ed., cit., pág. 236 e p. 238.

<sup>182</sup> Art. 3º A impenhorabilidade é oponible em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III -- pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos,



Uma advertência de Araken de Assis: É preciso extrema cautela ao rejeitar a aplicação dessas exceções (da impenhorabilidade). Por exemplo, tornar a unidade autônoma impenhorável por dívidas contraídas pela necessidade de administrar o condomínio, apesar do disposto no art. 3º, IV, da Lei 8.009/90, implicaria transformar os demais condôminos em arrimo da moradia do inadimplente. Neste exagero incorreu, todavia a 4ª Turma do STJ. Em seguida mudou a orientação admitindo a penhora. Compreendeu-se que a expressão “contribuições devidas em função do imóvel familiar”, no inciso IV do art. 3º abrange a “taxa condominial”<sup>183</sup>.

Nesse contexto, revela especial interesse a penhora de imóvel do fiador em contrato de locação, lícita por força do artigo 3º, inciso VII, inserido pela Lei nº 8245/91. Isso porque a penhorabilidade do imóvel residencial em tais execuções chegou a ser decretada inconstitucional, no ano de 2005, pelo STF, em homenagem ao direito fundamental à moradia do fiador (STF, RE nº 352.940). Mas, já em 2006, a Corte Suprema reformulou a sua orientação, no julgamento do RE nº 407.688 (STF, Pleno, rel. Min. César Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006), quando considerou constitucional dispositivo em questão. O fiador, neste caso, tem direito ao benefício de ordem previsto nos arts. 595, CPC, e 827, Código Civil.

Também não é beneficiado pela impenhorabilidade em questão o devedor que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga (art. 4º da Lei nº 8.009/1990).

### **3. 2.4 - Da (im) penhorabilidade do salário**

---

predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

<sup>183</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed., cit., p. 237.

A Força irradiante presente no art. 5º, XXXV, da CF/1988 permite advogar a tese da penhora de supersalários e de bem de família de valor extraordinário, apesar da ausência de legislação específica (afinal, o Presidente da República, sem apresentar justificção razoável, vetou o art. 649, § 3º, e o art. 650, parágrafo único, do CPC), resguardando o mínimo indispensável à promoção da dignidade do devedor e de sua família.

Nestes termos, é possível a penhora de salário, vencimento, subsídio, soldo, remuneração, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios, montepios, quantias recebidas por liberalidade ou ganhos do trabalhador autônomo (art. 649, IV, do CPC), além do bem de família, acima de determinado valor, considerado exorbitante para os padrões médios de vida (por aplicação análoga do art. 649, II, do CPC). Trata-se de solução compromissória que encontra fundamento no valor constitucional da dignidade humana e nos limites ético-jurídicos do processo executivo (art. 620 do CPC), sem deixar de efetivar os legítimos direitos do credor, bem como dando real concretização ao direito ao processo justo, capaz de contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, IV, e 5º, caput, da CF/1988), que possam dar proteção à fortuna de poucos às custas do sofrimento de muitos.

Mais: a fim de demonstrar a ideia de se flexibilizar o dogma da impenhorabilidade de salários está longe de ser uma bandeira sustentada por neoliberais, procedemos à comparação entre os regimes atualmente vigentes em países de larga tradição de proteção dos direitos sociais como Bélgica, Espanha e Alemanha. Para escapar da crítica de que, devido a razões culturais, o que funciona na Bélgica não necessariamente funciona no Brasil, socorrendo-nos também de dados de Portugal, país que historicamente é fonte de inspiração para nosso ordenamento jurídico. Vale registro de que em diversos outros países, como Estados Unidos e México, a penhora de parcela do salário é admissível nas execuções em geral.

A pretensão é cingir a análise desse trabalho à flexibilização das regras sobre impenhorabilidade, inclusive do salário. Esse quesito foi, inicialmente, mal dimensionado pela proposta encampada pelo Ministério da Justiça, e, no segundo momento, mal compreendido pelas forças políticas cuja atuação conduziram ao veto do § 3º do art. 649 do CPC.

O legislador de 1973 ignorou, e o de 2005/2006 continuou a desconsiderar, que a efetividade de qualquer sistema normativo depende diretamente da sociedade à qual ele é destinado. Não é por outra razão que se sustenta acertadamente que o direito é um fenômeno cultural, que “nasce do complexo das relações sociais, que, historicamente, recebem um sentido de justiça”, como anota José Afonso da Silva.<sup>184</sup>

Embora processualistas dos mais prestigiados ainda hoje demonstrem boa vontade (ou quiçá, ingenuidade) na tentativa de transferir suas experiências e frustrações profissionais como magistrados, membros do Ministério Público ou advogados, para o direito positivo, está evidente que já passou da hora de o Brasil adotar uma linha de produção legislativa calcada em dados estatísticos sistematicamente produzidos, e que leve em consideração o impacto social e econômico de eventuais modificações, em vez do decorrente exercício empírico de “ensaio e erro”.

Nesse passo, comungamos inteiramente com Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina quando observavam que “(...) as causas, muito amplas e historicamente consolidadas para a falência do sistema, aqui ou acolá, nesse imenso País, jamais foram atacadas, seja pela via legislativa, seja, sequer, pelo desejável caminho da organização de dados que pudessem orientar, nacional e regionalmente, a formulação de propostas de soluções para tantos e graves problemas de sobrecarga, que pontualmente ocorrem em alguns lugares do País. Não temos dados confiáveis e isentos, colhidos fora dos ambientes puramente corporativos (associações de juízes ou de advogados e os próprios tribunais), que nos permitam identificar onde e em razão de quais motivos o processo é lento, ineficaz etc. Com falta desses dados, nossas reformas legislativas (e mesmo constitucionais, o que é mais grave) ocorrem ao sabor de dados locais, daqui ou dali, sem que possa promover a devida avaliação da operacionalidade do sistema em todo o País”.<sup>185</sup>

Ademais, não se pode olvidar que em qualquer democracia o *locus* apropriado para debates sobre inovações é o Poder Legislativo. É assustador que proposições de enorme repercussão social tramitem incólumes pelas duas Casas do Congresso Nacional, e que à

---

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1963. p. 20.

tentativa de promover o debate seja imposta a pecha de manobra para retardar a aprovação de reformas inadiáveis. Por mais que uma proposta tenha germinado e amadurecido no meio acadêmico, e discutida em órgãos do Poder Executivo, é na discussão democrática no curso do processo legislativo que lhe é conferida a necessária legitimação pela anuência dos representantes eleitos pelo povo.

Quando isso não ocorre, desprezando-se o processo de convencimento dos Parlamentares, e forjando-se um pseudoconsenso, ora se corre o risco de fazer ingressar no sistema leis divorciadas da realidade social, ora se é obrigado a retroceder diante da repercussão negativa causada por uma questão que foi mal esclarecida, ante a falta do necessário diálogo com a sociedade. Foi, por exemplo, o que aconteceu com o § 3º do art. 649 do CPC, vetado pelo Presidente da República após duras críticas proferidas na tribuna do Senado Federal. A prova do que se afirma está nas razões do veto expostas na mensagem 1.047/2006:

O projeto de lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do projeto de lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

---

<sup>185</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2006. v.2, p.8.

Acreditamos que a proposta foi mal compreendida por parcelas daqueles que, no País, detêm o poder decisório. A experiência obtida com o PL 4.497/2004 indica justamente o contrário: tivesse o tema da penhorabilidade de parcela dos salários sido suficientemente debatido por operadores do direito e especialistas nas duas Casas do Congresso Nacional (e não apenas no IBDP e no MJ), o desfecho possivelmente seria outro, e o Presidente da República não se veria na contingência contraditória de vetar dispositivo aprovado pela Câmara e pelo Senado nos estritos termos em que foi apresentado (curiosamente) por si próprio.

A história recente demonstra que o veto em referência derivou muito mais da falta de habilidade na condução do processo legislativo, que da atuação de forças irresistíveis em sentido contrário.

As regras de impenhorabilidade tradicionalmente estão associadas a princípios de elevada respeitabilidade, como os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Cândido Rangel Dinamarco as enquadra no rol de restrições políticas à pretensão executiva. Para esse autor “os limites políticos integram um binômio de equilíbrio entre valores, segundo o qual a execução deve buscar a satisfação integral do credor, mas sem sacrificar demasiadamente o devedor”. Há regras de limitação política referentes (a) à pessoa do obrigado, (b) ao seu patrimônio (c) aos meios processuais empregados para chegar à satisfação do credor.<sup>186</sup> É por força dessa restrição política que, como bem anota José Miguel Garcia Medina, “não se deve permitir que a execução reduza o executado a uma situação indigna”.<sup>187</sup>

Realmente, o fenômeno da humanização do processo de execução, com a definitiva superação das formas arcaicas de compelir o devedor à satisfação do crédito por meio de constrição pessoal, representa importante conquista das sociedades, vez que, diante das modernas concepções sobre os direitos humanos, não se afigura admissível o retorno aos tempos de vingança privada, como observa Eduardo Couture.<sup>188</sup> Como a jurisdição é

---

<sup>186</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p.55.

<sup>187</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil – Teoria geral: princípios fundamentais**. 2. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p.47.

<sup>188</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideo: B de F, 2005. p.380.

atividade estatal, é ao Estado que se dirigem os limites à atividade executiva, entre elas a impenhorabilidade.

Mas não se pode perder o foco das razões políticas que dão sustentação à impenhorabilidade do salário. O desenvolvimento histórico da execução forçada se deu no sentido de proteger a pessoa do executado e sua dignidade, considerando-se contida nessa última, inclusive, a preservação da condição a seguir adiante na vida produtiva com um mínimo admissível de capacidade econômica, sem o que a dignidade em concreto correria sérios riscos.

A dignidade do executado, protegida pelo direito está sempre em relação direta, portanto, com as condições materiais das sociedades em que se estabelecem, se desenvolvem e se entabulam as relações jurídicas. Os limites materiais possíveis ou necessários para a preservação da dignidade humana no ambiente de Roma não correspondem àqueles prevaletentes aos do início da Revolução industrial; de igual modo, os da Revolução Industrial não podem ser parâmetro para os dias atuais.

Ao investigar as causas determinantes dos níveis de salários praticados nas diversas sociedades, Marx observou que “o âmbito das assim chamadas necessidades básicas, assim como o modo de sua satisfação, é ele mesmo um produto histórico e depende, por isso, grandemente do nível cultural de um País, entre outras coisas também essencialmente sob que condições, e, portanto, com que hábitos e aspirações de vida, se constituiu a classe dos trabalhadores livres. Em antítese às outras mercadorias, a determinação do valor da força de trabalho contém , por conseguinte, um elemento histórico e moral. No entanto, para determinado País, em determinado período, o âmbito médio dos meios de subsistência básicos é dado”.<sup>189</sup>

As diferenças não são decorrentes apenas das diferentes tecnologias aplicadas nos diversos períodos, mas das distintas concepções culturais e modos de vida prevaletentes, que, em uma palavra, expressam o que se admite, em cada época, como sendo o limite de preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

---

<sup>189</sup> MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Trad. Regis Barbosa e Flavio Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983. V 1, p.141.

A investigação econômica tem importância exatamente para constatar, por meio de dados estatísticos, de forma empírica, quais são os padrões de vida mínimo, e mediano, prevalentes em uma dada sociedade. Obtidas essas informações, é possível afirmar com segurança que as limitações políticas à atividade executiva que ignoram a realidade social, no fundo, sofrem de anacronismo e, na verdade, acabam por proteger quem não deveria ser beneficiário da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à execução forçada, como está se tentando demonstrar.

Mas a análise econômica pode nos levar mais longe. Pode demonstrar, além da flagrante injustiça relativa à extensão da proteção absoluta a salários que extrapolam em muito o conceito de verba alimentícia, que a insegurança jurídica trazida pela ineficiência da execução vitima principalmente os mais pobres. A falta de crescimento econômico, inviabilizado em parte pela redução do investimento potencial, reduz a capacidade de geração de emprego e de renda na sociedade. Como observa Castelar Pinheiro:

Quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas se tornam as relações sociais e, em especial, as transações econômicas. Isso porque as bases onde estas se calcam ficam mais instáveis; os seus efeitos, mais difíceis de prever; e os seus custos e benefícios, mais complicados de calcular. Há três reações possíveis e essas incertezas, todas elas implicando sacrifício da eficiência econômica: não realizar as transações que tem alto nível de risco, abrindo-se mão dos ganhos que ela poderiam gerar; realizá-las de outra forma, reduzindo apenas parcialmente o ganho obtido; ou compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo mais recursos em atividades-meio.

Portanto, se obviamente não há neutralidade social nos efeitos diretos da superproteção dos altos salários, o mesmo viés em prol dos mais abastados se verifica nos efeitos indiretos provocados pela impenhorabilidade absoluta: o aumento nos custos de transação, o

aumento da insegurança jurídica e, finalmente, a redução do investimento global penalizam mais fortemente os mais pobres.<sup>190</sup>

Porque a execução tradicional é, via de regra, real, e tem por objetivo o patrimônio do executado, e portanto é preciso considerações sobre o princípio da responsabilidade patrimonial.

Hospedada no art. 591 do CPC, esse princípio quer significar que a regra no sistema brasileiro é que os atos executivos alcançam tão-somente o patrimônio (e não a pessoa) do executado. Cândido Rangel Dinamarco o conceitua como “a suscetibilidade de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva: sabido que a execução por sub-rogação é uma sanção, ou conjunto de medidas destinadas a atuar sobre bens integrantes de um patrimônio (penhora, busca e apreensão etc.), responsabilidade é um estado de potencial sujeição a ela, ou seja, é a sujeitabilidade à sanção”.<sup>191</sup>

A responsabilidade patrimonial ou executiva, se trata, pois, de consagração no direito moderno de evolução da conquista inicialmente alcançada no direito romano por meio da *Lex poetelia papiria*, no ano 326 a.C., que deu início ao processo de humanização e tutela executiva.<sup>192</sup>

A regra, de acordo com esse princípio, é que todo o patrimônio do devedor responde por suas obrigações. Ocorre, porém, que a evolução dos direitos humanos desde longa data vem lançando luzes sobre os ordenamentos jurídicos dos países, de modo a fazer com que sejam incorporadas regras que põem limites à atuação da tutela executiva. Trata-se, no dizer de Cândido Dinamarco de limitações políticas, que “integram um binômio de equilíbrio entre valores, segundo o qual a execução deve buscar a satisfação integral do credor, mas sem sacrificar demasiadamente o devedor”.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações. Texto para Discussão**. n. 1.125, p. 5, Rio de Janeiro: Ipea, out. 2005.

<sup>191</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 441.

<sup>192</sup> GRECO, Leonardo. **O processo de execução**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 14.



As limitações políticas à tutela executiva, por óbvio, impedem o desapontamento de certos bens do executado. Como a penhora é o primeiro dos atos materiais que conduz à expropriação, entendemos que assiste razão a Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que ser impenhorável quer significar, na realidade, *ser inexpropriável*.<sup>194</sup>

A impenhorabilidade, tal como é conhecida nos dias de hoje, é considerada uma evolução do *beneficium competentiae* existente no direito romano. Leonardo Greco explica que esse instituto significava originariamente um privilégio gozado por certas pessoas em razão de alguma condição especial (v.g., pais, filhos, sogros e irmãos do credor, militares etc.). Nelson R. Mora G., fazendo alusão ao art. 1.684 do CC colombiano, conceitua o benefício de competência como “*El que concede la ley a ciertos deudores para nos obligarlos a pagar más que lo que buenamente pueden, dejándoles, por conseguinte, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna*”. Araken de Assis, ao comentar sobre o *beneficium competentiae*, assevera que “tal valor se impôs à consciência humana no período romano das *extraordinariae cognitiones* quando, então, o devedor inocente do seu estado de insolvência adquiriu direito à execução patrimonial da *cessio bonorum*”.<sup>195</sup>

Nessa seara, é importante registrar que, embora a *Lex poetelia papiria* de 326 a.C. tenha representado importante avanço no sentido da humanização das execuções, durante o feudalismo, especialmente entre os séculos VIII a XIII da nossa era, a *manus injectio* do direito romano se viu restaurada, importando significativo retrocesso, até ser definitivamente suprimido na França pelas Ordenações Reais de Luís IX, em 1254, e na Espanha pelas *Siete Partidas* de Afonso X, em 1265.<sup>196</sup>

Quanto ao Brasil, Pontes de Miranda faz rápido relato sobre o histórico da impenhorabilidade de salários. Segundo o mestre alagoano, foi o § 13 da Lei de 21.10.1763 que pôs a salvo de penhora os soldos dos militares. O Decreto de 11.10.1740, por sua vez,

---

<sup>193</sup> ABELHA, Marcelo. **Manual da execução civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p.89.

<sup>194</sup> ABELHA, Marcelo. **Manual da execução civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p.339.

<sup>195</sup> ABELHA, Marcelo. **Manual da execução civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p.208.

<sup>196</sup> G. MORA, Nelson R. **Procesos de ejecution**. 2. Ed. Bogot: Temis, 1973. t.I.

permitiu a penhora de até um terço das verbas remuneratórias,<sup>197</sup> o que foi logo suprimido, preservando-se a total impenhorabilidade dos salários. A mesma linha foi seguida pelo Regulamento 737, a Consolidação Ribas e diversos códigos de processo estaduais.<sup>198</sup>

O CPC/39, no inc. VII do art. 942, previu absoluta impenhorabilidade para “os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação”.

A tradição foi seguida pelo CPC/73, que previu no inc. IV do art. 649 que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamentos de prestação alimentícia”, e manteve-se com o veto presidencial ao § 3º do art. 649, proposto pela Lei 11.382/2006.

A Jurisprudência do STJ jamais se afastou da letra da lei para piorar a situação do devedor. Ao contrário, elasteceu, corretamente, o conceito de *salário*, contido na norma, de modo a compreender também comissões e honorários de profissionais liberais. Apesar disso, cresce na doutrina hodiernamente movimento no sentido de flexibilizar tais regras em favor do credor.

O sentimento que imbui os defensores, *de lege lata*, da flexibilização das regras de absoluta impenhorabilidade vigentes no Brasil é o de que o legislador, quando protege indevidamente um bem do executado, acaba por negar justiça ao exequente, violando preceito constitucional. Essa corrente doutrinária, que ganha corpo diante da inércia do legislador quanto ao tema, é bem explicada pelas palavras precisas de Marcelo Abelha:

“(…) o credor não deve ser visto apenas como um simples titular de um direito de crédito, mas alguém com direito à tutela jurisdicional justa e efetiva, e, muitas vezes, não se pode esquecer que o prejuízo que lhe foi causado pelo devedor, e que ora tenta ser restabelecido pela tutela

---

<sup>197</sup> MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro; Forense, 1976. t. X, p. 183-184.

executiva, poderá ter causado danos de toda monta (patrimoniais e extrapatrimoniais), ferindo-lhe, igualmente, a dignidade. Exatamente por isso é que aqui se sustenta que, não obstante o rol do art. 649 do CPC ser claríssimo no sentido que ali estão previstas as hipóteses de impenhorabilidade escolhidas pelo legislador, é mister que o magistrado, no caso concreto, e, fundamentando-se em princípios constitucionais possa afastar a imunidade de determinado bem arrolado nos incisos do art. 649, por entender que naquele caso concreto o valor jurídico da ‘proteção da dignidade do executado’ não está em jogo pelas próprias peculiaridades que envolvem a causa”.<sup>199</sup>

Tal entendimento doutrinário já tem encontrado eco na jurisprudência, como revela o recente e brilhante voto da lavra do Des. José Jacinto Costa Carvalho, do TJDF, profundo conhecedor do direito processual civil, na qualidade de relator AgIn 10618-8, cujo excerto vale ser transcrito:

Não se desconhece, outrossim, a regra da impenhorabilidade de salário, expressa no art. 649 do CPC, contudo entendo que a sua aplicação apenas se dará quando demonstrada que tal constrição venha a comprometer a total subsistência material da parte devedora, Ora, na hipótese, há que se prestigiar a eficácia da execução (fulcrada, repita-se, em título executivo judicial), a qual não pode ‘cair no vazio’, sem qualquer resultado efetivo, máxime quando se nota que o agravante é detentor da expressiva renda, disso resultando que o bloqueio de parte dela, na ordem de 30%, não colocará em xeque a sua sobrevivência, ainda lhe remanescendo parte considerável de seu salário para honrar as demais despesas que lhe são usuais, enquanto que, por outro lado, satisfará, ainda que gradualmente, o crédito do agravado.

---

<sup>198</sup> NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. 7, p. 20.

<sup>199</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

Reafirmo, pois, não ignorar o preceito da impenhorabilidade, entretanto a mesma tem de ser temperada em hipóteses excepcionais. Nesse palmilhar, considero factível a penhora incidente sobre verba salarial, desde que restrita a determinado percentual e quando caracterizada situação atípica, como é o caso dos autos, onde o próprio agravante afirma, textualmente, não possuir qualquer bem passível de sofrer constrição.

A propósito, calha trazer à tona, por analogia, entendimento jurisprudencial que preconiza a viabilidade de se apropriar de pelo menos 30% do salário do devedor para fazer face a pagamento decorrente de empréstimo bancário. Atine-se que tais decisões são proferidas em sede de processo de conhecimento. Reputo, pois, razoável a sua aplicação em sede de execução (conforme, aliás, já pronunciou esta Corte- AgIn 7865-3, 3ª T. Cív), devidamente aparelhada de título revestido de todos os seus requisitos legais.

Movimentos deste jaez nada têm de inéditos. Eles ocorrem todas as vezes que o direito legislado, por anacronismo, se afigura em desacordo com os valores que orientam uma sociedade, e são recorrentes na história. No pensar de José Afonso da Silva, quando as normas escritas deixam de traduzir a cultura do povo, acabam por perder juridicidade, e caem no desuso ou devem ser abrogadas; “se permanecem atuando, contra o direito real, satisfazendo apenas o interesse do Poder, dominado por uma classe social, assegurando seus privilégios, então cessaram de ser jurídicas, por não postularem justiça, para serem meramente políticas protecionistas.”<sup>200</sup>

Conforme já registrado, a investigação econômica tem enorme importância para revelar, por meios de dados estatísticos, de forma empírica, quais são os padrões de vida mínimo, médio e mediano prevalecem em uma dada sociedade.

---

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

O *padrão do mínimo* é o experimentado pela fração da população que está na base da pirâmide econômico-social. Em países pouco desenvolvidos economicamente, ou que apresentam elevado grau de desigualdade social, esse nível mínimo de subsistência pode estar abaixo do aceitável para a satisfação dos direitos fundamentais. Por essa razão, talvez seja melhor denominar o *padrão mínimo* de *menor padrão observado*.

A investigação desses padrões- *menor observado, médio e mediano*- requer uma breve digressão estatística. Compreendidos tais conceitos, é possível se debruçar sobre os dados estatísticos produzidos pela Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios do IBGE, ano-base 2005 (PNAD 2005). O objetivo da análise será conhecer o perfil de rendimentos e salários dos brasileiros, como ponto de partida para a crítica da atual classificação dos salários, independentemente de sua magnitude, em verbas alimentícias.

Essa associação automática, como ficará demonstrado à luz da análise empírica e estática, é ideológica e falaciosa, distanciando-se do sentido original de proteção da dignidade do executado, para se tornar um indisfarçável e odioso privilégio. O mais grave, no entanto, é que essa associação não tem apenas efeitos no campo doutrinário ou nas disputas acadêmicas. Tem fundas repercussões negativas sobre a eficiência econômica e, conseqüentemente, sobre as taxas de crescimento, sobre o nível de emprego e sobre o bem-estar social, especialmente dos mais pobres.

Segundo a tabela da PNAD 2005, havia, em 2005, aproximadamente 87 milhões de brasileiros ocupados, com idade de 10 anos ou mais. Fazendo-se as operações apropriadas, chega-se a conclusão de que o rendimento médio dos brasileiros ocupados em 2005 era de 2,5 salários mínimos, e o salário mediano era de 1,46 salários mínimos. Mantida essa escala de salários para 2006, poderíamos projetar os seguintes valores: rendimento médio: R\$ 874; e rendimento mediano: R\$ 511. Além disso, o *valor mínimo observado* - o salário mínimo legal- era o limite de rendimento de 34,9% dos brasileiros ocupados - no que podemos denominar de *limite mínimo observado*. O fato de a *média* ser bem superior à *mediana* é um sinal de que a distribuição de renda no Brasil não é muito equilibrada. De fato, a tabela da PNAD 2004 corrobora essa conclusão, ao mostrar que o *coeficiente de Gini* no Brasil, em 2004, era de 0,55. Portanto, tem-se, no Brasil, uma distribuição de renda concentrada, com grande disparidade entre os valores mínimo e máximo, na qual os percentuais superiores da

população detêm parte considerável de seu fluxo. Para complementar, 34,9% da população ocupada recebe o valor mínimo observado.<sup>201</sup>

À luz desses dados empíricos, não é possível, por mero golpe retórico, igualar no mesmo conceito abstrato- salários- rendas que estejam na base da pirâmide de renda e outras que estejam nos grupos que compõem os percentuais mais ricos da sociedade.

Parece evidente, pois, não faz sentido econômico a inexistência de qualquer restrição ou limite à impenhorabilidade de salários no Brasil, pois como o padrão de renda da população é muito baixo, as regras irrestritas da impenhorabilidade acabam por criar privilégios para devedores abastados, subvertendo a lógica da proteção da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, o limite proposto no PL 4.497/2004 - de 20 salários mínimos -, além de ser relativo, era extremamente benévolo com os percentuais superiores de renda do País, uma vez que os poucos salários elevados no Brasil contrastam com uma grande maioria de baixos salários, caracterizando uma situação de má concentração de renda, o que se comprova pelo elevado índice de Gini no País: 0,55 (2004), como já afirmado.

Os números do PNAD 2005 revelam que, apesar de bem intencionada, a falta de critérios científicos para definir o novo regime fez com que a proposta vetada não apresentasse qualquer aderência com a realidade. De um universo de 87 milhões de brasileiros ocupados, dos quais quase 60 milhões (70%) auferem até 3 salários mínimos, apenas 728 mil, o equivalente a 0,8%, seriam atingidos pelo regime proposto. Ademais, em um país em que 70% da população ocupada ganha até 3 salários mínimos, soa como humor negro a definição do equivalente a 20 salários mínimos como o mínimo para preservar a dignidade da pessoa humana.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 448.

<sup>202</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 448-449.

A leitura que se pode fazer a partir daí é que, longe de se constituir em uma medida de justiça social, tratava-se da consolidação inconstitucional e injustificável de um privilégio, pois, considerada a função última da impenhorabilidade de salários, o valor proposto no projeto assumia como pressuposto que o valor equivalente a 20 salários mínimos é o mínimo a ser preservado para manter a dignidade do executado e sua família. Um flagrante disparate, dadas as condições de vida do brasileiro e tendo em vista o caminho apontado pela experiência estrangeira.

Vale a pena reforçar que, ainda que o projeto tivesse sido sancionado sem vetos, afora o equívoco da proteção de devedores abastados, o resultado prático estaria muito longe do ideal. Como a penhorabilidade recairia sobre as parcelas líquidas (excluídos tributos) e só incidiria a partir de 20 salários mínimos, mediante a modesta alíquota de 40%, o efeito seria verdadeiramente insignificante, seja em razão do número de indivíduos atingidos. Isso se revela ainda mais gritante se compararmos a proposta brasileira com a realidade de outros países. A título de exemplo, um servidor público que percebesse uma remuneração bruta de R\$ 15 mil (R\$ 10.181,34, líquidos), só poderia ter penhorado o seu salário mensalmente na módica quantia de R\$ 1.272,74. Pior, um servidor público, com salário bruto de R\$ 10.000,00 (R\$ 6.955,09 líquidos), não teria um centavo sequer subtraído de uma renda mensal!<sup>203</sup>

Disso podem derivar situações absolutamente esdrúxulas igualmente protegidas pelo atual modelo, como, *v.g.*, o servidor público do segundo exemplo são bens aparentes, pagar o jardineiro que lhe corta a grama de casa com um cheque de R\$ 100,00 sem fundos. O pobre jardineiro, de posse do título executivo extrajudicial, até poderia promover a execução competente, mas jamais verá qualquer Bem do executado ou qualquer centavo de seu salário ser penhorado, pois a lei assegura que o caloteiro zombe da justiça e continue a gozar da “dignidade humana” que a plenitude de seu salário pode proporcionar, enquanto o “perverso” credor suportará sozinho o ônus do princípio da solidariedade social.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 449.

<sup>204</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos**

Embora reconheçamos, como José Afonso da Silva, que o direito é um fenômeno cultural e compreendamos que nem sempre é possível a transposição literal de regras do sistema jurídico de um País para outro, é inegável que num mundo globalizado os países que deixam de compatibilizar seus ordenamentos com padrões mínimos de eficiência, acabam por perder competitividade, o que, evidentemente, reflete negativamente para seu povo em termos de riqueza.<sup>205</sup>

Ademais, estamos de acordo com Maria Isabel Garrido Gomez, quando anota que "O direito comparado atende multifuncionalidade: um promove uma melhor compreensão, interpretação e aplicação do direito próprio; serve para defender reformas legislativas; É um aperfeiçoamento da vida, unificação sistêmica e harmonização; veículo para a compreensão e povos estrangeiros, e suporte para as relações internacionais Estabelecimento de cooperação e integração.

Por estas razões, ele é obrigado a ter decisivas relações entre homens e Estados, observando o conhecimento em lógica e sistemática das regras, em conexão com a realidade através dos critérios para a qual interpretação sociológica que capta possibilidades de harmonização histórico e teológica. Além disso, complementa a política ou legal que é sinônimo, regras Processos legislativos de produção, além de servir para a formação de juízo crítico e complementar a filosofia do direito.”<sup>206</sup>

Nesse sentido, com a finalidade de enriquecer a argumentação, tomamos o cuidado de buscar nos sistemas português, belga, espanhol e alemão, as regras que, naqueles países, autorizam a penhora parcial de salários. Como veremos, todos eles apresentam algum critério que permite concluir que foi feito cálculo para alcançar o padrão mínimo de renda que não pode ser retirado do executado, de modo a prestigiar o princípio da dignidade humana. Com isso, esses países permitiram a penhora das parcelas salariais que ultrapassam tal padrão, o

---

**em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 449.

<sup>205</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1963

<sup>206</sup> GARRIDO GOMEZ, Maria Isabel. **La utilidad Del iuscomparatismo em La armonización de lós sistemas jurídicos**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, v. 36, n. 108, p. 907-926, diciembre 2003.



que se mostra, a nosso ver, absolutamente coerente com a finalidade maior da vedação de penhora de salários.

Essa postura rompe o falso dogma de que cada centavo recebido a título de salário tem natureza alimentar.

As mudanças no ordenamento jurídico são uma das formas de mudança institucional a que a sociedade pode recorrer para buscar maior desenvolvimento econômico e social. O papel das instituições é cada vez mais valorizado no entendimento dos processos de desenvolvimento econômico. Um dos autores que mais enfatizam essa relação, inclusive dando grande atenção à relação de causa e efeito entre boas instituições e desenvolvimento no longo prazo, é Douglas North: “As instituições são as regras do jogo na sociedade, ou, mais formalmente, são os condicionantes elaborados pelos seres humanos para dar forma às suas interações. Por consequência, elas estruturam os incentivos nas trocas humanas, sejam políticos, sociais ou econômicos. As mudanças institucionais determinam a maneira segundo a qual as sociedades evoluem ao longo do tempo e são, portanto, a chave para entender a mudança histórica”.<sup>207</sup>

No entanto, nos alerta o mesmo autor, a mudança institucional depende, por sua vez, do complexo jogo de interesses políticos e econômicos que se dá por meio das forças políticas e econômicas enfiadas em organizações. É a força relativa das organizações que define se a evolução das instituições será no sentido de promover o maior desenvolvimento econômico e a maior justiça social ou se, ao contrário, elas serão um impedimento a esses desideratos.

Como nós podemos explicar os desempenhos radicalmente diferentes das economias ao longo de grandes períodos de tempo?(...)”

A resposta está na diferença entre instituições e organizações e nas interações entre elas, que fazem mudar a direção das mudanças institucionais. As instituições e restrições econômicas determinam as oportunidades de mudança em uma sociedade. As organizações são

---

<sup>207</sup> NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990. p.3.

criadas para tirar vantagem dessas oportunidades, e, a medida que evoluem, elas alteram as instituições. A trajetória institucional resultante é determinada (a) pelos *lock-in* que surgem da relação simbiótica entre instituições e organizações, organizações que, por sua vez, se desenvolveram como consequência dos incentivos determinados pelas instituições existentes (b) pelo processo de retroalimentação pelo qual os seres humanos percebem as mudanças nas oportunidades e reagem a elas”.<sup>208</sup>

O grande institucionalista está chamando a atenção para o fato de que as mudanças institucionais não são fruto de sua conveniência para o desenvolvimento econômico, ou, para usar o léxico *rousseauuniano*, o “bem comum”. O que torna politicamente viáveis as mudanças institucionais “progressistas” é o resultado de um complexo jogo que se dá, por um lado, em razão de haver, a cada momento, um campo de oportunidades, e, por outro, de haver um conjunto de organizações em disputa em torno de interesses que podem resultar na mudança ou podem ser um obstáculo a ela. Márcio Pugliese apresentou semelhante ponto de vista. “(...) contrariamente ao que se supõe, as normas não promanam de um seráfico e intangível legislador, mas de um conjunto de homens que vivem sua época e são afetados pelas influências e poderes de seu tempo, opondo-se a alguns e compondo-se com outros, no vasto tecido das intenções e interesses sociais e particulares.”<sup>209</sup>

Na discussão empreendida, à luz dos dados estatísticos de distribuição de renda no Brasil e da comparação internacional é difícil não admitir que: (i) o PL 4.497/2004, no que se referia à penhora de parte do salário, era uma mudança na direção correta; e (ii) que, apesar de estar na direção correta, o resultado prático deste Projeto de Lei seria, ainda, exageradamente tímido e, na verdade, acabaria por cristalizar juridicamente uma situação de assimetria e injustiça, que é a tônica da sociedade brasileira.

---

<sup>208</sup> NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge University, 1990. p. 5-7.

<sup>209</sup> PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS, 2005. p.44

Ainda assim, mesmo diante da flagrante timidez da iniciativa, ela foi o objeto do veto presidencial. Isso apenas demonstra que, apesar de haver um conjunto de oportunidades abertas à sociedade brasileira para a mudança institucional, o conjunto majoritário de organizações relevantes politicamente tem poder suficiente para impor à maioria da população regras institucionais amplamente desfavoráveis à maioria e contraproducentes do ponto de vista do desenvolvimento econômico, embora atenda aos interesses específicos desses grupos, numericamente pequenos, especialmente quando o processo não é conduzido de forma suficientemente hábil.

Realmente, no Brasil, a absoluta impenhorabilidade de salários adquiriu status de direito subjetivo absoluto, incontestável e inexorável. Olvidou-se, porém, que sua natureza é instrumental e não finalística: assegurar o mínimo necessário para que o executado sobreviva dignamente, e não constituir imunidade dissociada de qualquer aspecto da realidade fática.

Isso, evidentemente, acarreta diversas consequências sociais e econômicas, como já ponderamos. Cabe ainda, porém, formular a seguinte indagação: em que medida a mudança institucional representa pelo fim da impenhorabilidade absoluta dos salários significaria um importante incentivo ao desenvolvimento econômico?

Do ponto de vista microeconômico, haveria dois efeitos importantes: o primeiro seria a simplificação da execução forçada, uma vez que, sendo a maioria da população formada por assalariados, nasceria naturalmente um grande estoque de garantias; O segundo seria a satisfação mais rápida e por meios mais baratos do crédito do exequente.

Para fins econômicos, poderíamos fundir esses dois efeitos juridicamente diversos em uma mesma categoria: ampliação e reforço das garantias nas operações de crédito. Como a diferença entre a taxa de juros paga aos aplicadores de recursos nos bancos e a taxa cobrada dos bancos nos empréstimos que fazem aos clientes- o chamado *spread bancário*- é sensível à qualidade e extensão das garantias oferecidas nos empréstimos, uma das consequências do PL 4.497/2004, em sua forma original, seria a redução do *Spread bancário*.

Outra face do elevado Spread Bancário que temos no Brasil é a injustiça que se traduz na elevação exagerada das taxas de juros para o público em geral, de modo que as instituições financeiras tenham uma compensação- obtida pelo adimplemento dos bons pagadores- pela frouxidão do sistema e da exagerada proteção da lei aos maus pagadores.

Ora, se o *Spread Bancário* é reduzido, os empréstimos para investimento e consumos são feitos a taxas menores e, portanto, há maior possibilidade de consumo e investimento, gerando maior desenvolvimento econômico e emprego.

Nesse diapasão, dada a nossa crença de que o vigente modelo da impenhorabilidade absoluta de salários e anacrônico, injusto e promove a desigualdade social, animamo-nos a reunir argumentos capazes de desconstruir o dogma de que toda e qualquer verba salarial tem natureza alimentícia. Para tanto, fomos à história buscar a origem e a *ratio essendi do beneficium competentiae*, para, por meio da observação de sua evolução, constatar que a preservação da dignidade do executado e sua família foi e continua a ser o principal motivo a dar sustentação a essa exceção à responsabilidade patrimonial.

A partir daí, valem-nos de ferramentas inerentes à economia (econometria em menor escala, e estatística, principalmente) para demonstrar que o mal dimensionamento- de forma proposital ou não- de uma importante garantia da sociedade pode se voltar contra ela, causando-lhes graves prejuízos. Embora isso nem sempre transpareça de forma cristalina aos estudiosos do direito, a célebre frase do prêmio Nobel de economia Milton Friedman cai aqui como uma luva: “there are no free lunches”. Quando o estado retira do alcance do credor determinados bens do devedor, em homenagem à solidariedade social e à dignidade da pessoa humana, é evidente que alguém na sociedade (quando não toda ela) arca com essa decisão.

Não se está aqui, evidentemente, a veberar que o *beneficium competentiae* deve ser suprimido. Não! A proposta é que se faça uma reflexão profunda sobre se, nos dias de hoje, da forma em que se encontra delineado, ele atende ou não o objetivo para que foi concebido e consagrado.

Parece-nos, portanto, que a razão está com Cândido Rangel Dinamarco e Marcelo Abelha, quando afirmam categoricamente que a impenhorabilidade de salários deve ser

observada *cum granu salis*, ou seja, cotejando, de um lado, o princípio da dignidade humana, que milita em favor do executado, e, de outro, a promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa, efetiva e célebre, na qual creu o exequente, e os efeitos nefastos que a manutenção da impenhorabilidade irrestrita acarreta para toda a sociedade. A solução, como parece óbvio, deve estar no equilíbrio entre os dois valores postos em jogo, aplicado caso a caso pelo Estado-juiz.

Ocorre, porém, que num sistema de origem romano-germânico como o nosso, o ideal seria que o legislador transportasse essa questão para o direito positivo, de modo a traçar parâmetros mínimos e trazer ao menos uma trilha a ser seguida pelo Poder Judiciário, mediante o emprego de conceitos vagos. É que, diferentemente dos sistemas da *common Law*, os precedentes aqui (exceção feita evidentemente, ao processo objetivo e à súmula vinculante) têm eficácia meramente persuasiva, o que invariavelmente conduz à insegurança jurídica.

E, como estamos de acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier quando leciona que o direito está intrinsecamente ligado a valores como segurança- aqui referido no sentido de previsibilidade e não de preservação do *status quo* -, cremos que por mais que dos princípios constitucionais seja possível extrair a viabilidade de penhora parcial de salários, tal questão estará bem mais acomodada em alteração no direito positivo, que revele sem sombra de dúvidas a opção política do legislador.

A técnica de ponderação ou de balanceamento é apenas uma parte do postulado – mais abrangente – da proporcionalidade.

### **3.2.6 - Da penhorabilidade do salário no direito estrangeiro**

Em Portugal, o art. 824 do CPC prevê a impenhorabilidade de 2/3 do salário do executado. Há porém, limites mínimo (art. 824,1) e máximo (art. 824,2): aquele é de um e este de três salários mínimos nacionais, em que 2007 equivale a £ 404.

A definição da tutela executiva é clássica e é aceita pela doutrina portuguesa. Como escreve LEBRE DE FREITAS: “*Diferentemente da acção declarativa, a acção executiva tem por finalidade a reparação efectiva dum direito violado. Não se trata já de declarar direitos, pré-existentes ou a constituir. Trata-se, sim, de providenciar pela reparação material coactiva do direito do exequente. Com ela passa-se da declaração concreta da norma jurídica para a sua actuação prática mediante o desencadear do mecanismo da garantia.*”<sup>210</sup>

A fórmula encontrada por Portugal é interessante porque cria uma faixa intermediária e evita que se penhore parte dos vencimentos de quem auferir menos de três salários mínimos ou que se preserve um terço dos vencimentos de quem auferir mais de nove salários mínimos nacionais.

Para compreender o cálculo levado a efeito em Portugal deve-se ter em mente que para que um terço dos vencimentos de alguém equivalha a um salário mínimo é necessário que um valor total dos vencimentos seja de três salários mínimos. De outra parte, para que um terço dos vencimentos de alguém equivalha a três salários mínimos, é necessário que o valor total dos vencimentos seja de nove salários mínimos nacionais.

Desse modo, é de se ver que o legislador português, valendo-se dos critérios estatísticos e económicos, concluiu que o montante equivalente a três salários mínimos (£ 1.212, em 2007) é suficiente para proporcionar aos executados uma vida digna de acordo com os padrões de sua sociedade.

Para melhor visualização, é possível resumir o quadro de impenhorabilidades em Portugal da seguinte maneira:

- Vencimentos < 3 salários mínimos (£ 1.212) = impenhorabilidade total;
- 3 salários mínimos (£ 1.212) < vencimentos < 9 salários mínimos (£3.636) = 2/3 impenhoráveis;
- Vencimentos > 9 salários mínimos (£ 3.636) = impenhorabilidade de 3 salários mínimos (£1.212), e o restante é 100% penhorável.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> FREITAS, Lebre de. **A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma**, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Pág.09

<sup>211</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e económicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário**, Execução Civil: estudos

Portanto, se a lei qualificar a dívida como comum, o exequente só a pode executar como comum; o mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o caso de a dívida ser qualificada pelo legislador como própria.<sup>212</sup>

### 3.2.6.2 - Bélgica

Na Bélgica, a disciplina sobre impenhorabilidade do salário está no art. 1.409 do seu *code judiciaire*. Segundo esse dispositivo, são estabelecidos limites mínimo e máximo para penhorabilidade. São fornecidos como parâmetros mínimo e máximo as quantias de £ 827,96 e 1.070,90. Além disso, o legislador belga estabeleceu importâncias intermediárias: £ 887,46 e 979,18.

Desse modo, se o salário do executado for inferior a £ 827,96, nenhuma parcela pode ser penhorada. Em situação diametralmente oposta, quando o salário for superior a £ 1.070,90, qualquer quantia que ultrapasse esse valor pode ser 100% penhorada.

Com relação as faixas intermediárias, a primeira se aplica quando o salário estiver entre o parâmetro mínimo (£ 827,96) e o valor de £ 887,46. Nesse caso, a legislação permite a penhora de 20% do total; a segunda faixa intermediária é aplicável quando o salário do executado situar-se entre £ 887,46 e 979,18, caso em que 30% do total poderá ser penhorado; por fim, a terceira faixa aplica-se quando o salário do executado estiver entre o valor de £ 979,18 e o parâmetro máximo (£ 1.070,90), quando se permite a penhora de 40% do valor total.

Visualizemos o resumo do quadro de impenhorabilidades na Bélgica:

- Salário < £ 827,96 = 100% impenhorável;

---

**em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 450.

<sup>212</sup> SOUZA, Miguel Teixeira de. Caderno I – **O Novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil** (2.<sup>a</sup> edição) Ano de Publicação: 2013 Série: Caderno Especial – Novo Processo Civil Edição: Centro de Estudos Judiciários Largo do Limoeiro 1149-048 Lisboa

- Salário >£ 1.070,90 = 100% do que exceder esse valor é penhorável;
- £ 827,96 < Salário < £ 887,46 = 20% do total é penhorável;
- £ 887,46 < Salário < £ 979,18 = 30% do total é penhorável;
- £ 979,18 < Salário < £ 1.070,90 = 40% do total é penhorável.<sup>213</sup>

### 3.2.6.3 - Espanha

Na Espanha, assim como em Portugal e na Bélgica, é permitida a penhora de salário sob algumas condições. Naquele país ibérico, é o art. 607 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* que estabelece os parâmetros para penhora de salários. Segundo esse dispositivo, a absoluta impenhorabilidade só ocorre quando a remuneração é inferior ao chamado *salário mínimo interprofesional*, cujo valor previsto para 2007 é de £ 570,00. A partir daí, faz-se um escalonamento, permitindo-se penhora de 30%, 50%, 60%, 75% e 90%, conforme a remuneração supere respectivamente 1,2,3,4 e 5 salários mínimos.

Vale registro de que os valores que excedem cinco salários mínimos (em 2007, £ 2.850,00) podem ser penhorados em expressivos 90%, ao passo que a total impenhorabilidade só se aplica quando o salário for igual ou inferior a um salário mínimo (em 2007, £ 570,00), o que evidencia o prestígio que o legislador espanhol atribui ao respeito às obrigações celebradas.

Façamos um resumo do quadro de impenhorabilidades na Espanha:

- Salário < £ 570,00 = 100% impenhorável;
- £ 570 < salário < £ 1.140 = Penhoráveis 30% do que exceder £570;
- £ 1.140 < salário < £ 1.710 = Penhoráveis 50% do que exceder £ 1.140;
- £ 1.710 < salário < £ 2.280 = Penhoráveis 60% do que exceder £ 1.710;
- £ 2.280 < salário < £ 2.850 = Penhoráveis 75% do que exceder £ 2.280;

---

<sup>213</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,, p. 451.



- Salário > £ 2.850 = Penhoráveis 90% do que exceder £ 2.850.<sup>214</sup>

### 3.2.6.4 - Alemanha

Na Alemanha, a *Zivilprozessordnung* (ZPO) contempla em seu § 850c a penhorabilidade parcial de salários. Segundo esse dispositivo, atualizado pela *PfändfreiGrBek* de 2005, são totalmente impenhoráveis os salários inferiores a £ 930,00 mensais, £ 217,50 semanais ou £ 43,50 diários. A parcela salarial que ultrapassa os referidos montantes é totalmente penhorável, de modo que, afora exceções relacionadas com valores que o executado eventualmente pague a títulos de alimentos impostos por sentença, o legislador alemão assumiu como pressuposto que a quantia de £ 930,00 mensais é suficiente para manter a dignidade do executado.

O § 850f da ZPO, todavia, flexibiliza a regra do § 850c, permitindo que o tribunal competente deixe de aplicar a penhorabilidade do salário, entre outros casos, quando assim o exigirem necessidades especiais de ordem pessoal ou profissional do executado, desde que se não contraponham a interesses do exequente, cuja dignidade o tribunal repute ser mais elevados.<sup>215</sup>

### 3.3 - Da relativização da impenhorabilidade

Portanto, em face das dificuldades encontradas pelo credor para o recebimento dos seus créditos na execução civil, o presente trabalho defende a necessidade de relativização da impenhorabilidade de bens, a fim de ampliar a responsabilidade patrimonial do devedor, o que irá possibilitar que o mesmo seja obrigado a cumprir com as suas obrigações, e que consequentemente possa o credor ter o seu crédito adimplido.

---

<sup>214</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., p. 451-452.

<sup>215</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação**, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2007, p. 452.

A relativização se torna necessária uma vez que o direito do credor ao recebimento do crédito na execução civil se trata de um direito fundamental. Ora, a necessidade é decorrente da atual proteção legal aos bens do devedor, já que o legislador quando definiu alguns bens como impenhoráveis, como por exemplo os bens indicados no art. 649, do CPC, teve como ideia evitar que o devedor ao ter que pagar o valor executado pelo credor na execução civil, ficasse prejudicado em seu próprio sustento, como também o da sua família.

Ocorre que a ideia do legislador se baseou em um princípio, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, da mesma forma que deve ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, também deverá ser exercido o direito fundamental do credor ao recebimento do seu crédito na execução civil, tendo, portanto, que ser utilizada o postulado normativo da proporcionalidade.

É válido destacar, que se ocorrer apenas o respeito ao princípio da dignidade humana, e a não satisfação do crédito do credor, tal situação terminará por acarretar uma infração a um direito fundamental do credor, qual seja, o de recebimento dos créditos.

Ora, se faz necessário convencer o legislador de que há um excesso de proteção ao devedor, e um total descaso em relação ao credor. Porém, enquanto o legislador não modifica os dispositivos legais, caberá ao magistrado, relativizar a impenhorabilidade com fundamentação nos postulados normativos, principalmente no da proporcionalidade. Ou seja, quem sairá mais prejudicado na relação, o devedor se ocorrer, a relativização, ou o credor em caso de se manter a impenhorabilidade?

Ao mesmo tempo em que o artigo 649, inciso IV, do CPC, determina a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, seu parágrafo 2º estabelece que isso não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. Com base nessa ressalva, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), julgou parcialmente procedente o recurso, de nº 0111600-05.2000.5.03.0006 AP, de um reclamante e determinou a penhora em 15% dos proventos do sócio da empresa executada.

O reclamante havia pedido o bloqueio de 30% dos proventos de aposentadoria do sócio executado, o que foi indeferido pelo juízo de primeiro grau. Inconformado, interpôs agravo de petição justificando que a verba trabalhista se reveste de natureza alimentar.

Segundo o trabalhador, a medida se impõe para o pagamento do seu crédito, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Analisando o caso, o juiz convocado Márcio José Zebende, deu razão parcial ao funcionário. Isto porque, de fato, o crédito trabalhista possui cunho alimentar. E mais: segundo o julgador, a natureza dele é a mesma da "prestação alimentícia". Por essa razão, ele entendeu aplicável ao caso o parágrafo 2º do artigo 649 do CPC. O dispositivo prevê que "o disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia".

Na visão do relator, os ganhos de aposentadoria do sócio executado não podem ser protegidos se ele deve verba de igual natureza alimentar. A dívida em questão surgiu justamente porque o sócio não foi capaz de gerir o empreendimento para pagar a mão de obra utilizada.

Ao caso, o juiz convocado aplicou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fundamentando de que a interpretação da expressão "pagamento de prestação alimentícia" deve ser buscada no artigo 100, parágrafo 1º-A, da Constituição Federal. Ali se define expressamente que os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários e outras dívidas trabalhistas. "É perfeitamente possível afastar parcialmente a impenhorabilidade para garantir a quitação da dívida trabalhista, uma vez que o preceito sob exame contém regra exceptiva para créditos de natureza alimentícia", constou do voto. Nesse contexto, a Turma de julgadores reconheceu a possibilidade de a penhora recair sobre parte dos proventos de aposentadoria do sócio executado. No entanto, o deferimento do agravo de petição foi parcial, por entenderem os julgadores que o bloqueio deve se limitar a 15% do valor dos proventos, mensalmente, até a integral satisfação do débito trabalhista do processo.

A impenhorabilidade dos salários, prevista no inciso IV do artigo 649, do Código de Processo Civil, não deve ser tomada ao pé da letra. Antes, precisa ser interpretada em consonância com a sua real finalidade, em atenção ao critério da razoabilidade.

Recentemente esse foi o entendimento majoritário da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao dar provimento ao recurso que irá permitir o desconto de honorários advocatícios diretamente da folha salarial da parte que perdeu a causa.

A relatora do Agravo de Instrumento, desembargadora Elaine Harzheim Macedo, negou a penhora, com base na literalidade deste dispositivo do CPC, independentemente de a pretensão se fundamentar em créditos que também sejam alimentares — no caso, honorários de sucumbência. A decisão foi tomada na sessão do dia 28 de novembro, de 2013.

O desembargador Gelson Rolim Stocker, porém, abriu divergência. Responsável por redigir o acórdão, Stocker afirmou que a verba honorária devida ao advogado — tanto a contratual como a de sucumbência — possui natureza alimentar, posicionamento que vem sendo acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para Stocker, a penhora de parte dos valores excepcionalizados pelo dispositivo não só deve ser permitida como vai, exatamente, ao encontro dos princípios que nortearam tanto a limitação da penhora como a sua excepcionalidade — tudo previsto na regra legislativa.

Nesta linha, o magistrado também se socorreu da jurisprudência do STJ. Diz o excerto de ementa da REsp 1326394/SP, relatado pela ministra Nancy Andrighi, em julgamento realizado na sessão do dia 12 de março de 2013:

[...]A regra do art. 649, IV, do CPC, constitui uma imunidade desarrazoada na espécie. Isso porque: (i) a penhora visa a satisfação de crédito originado da ausência de repasse dos valores que os recorrentes receberam na condição de advogados do recorrido; (ii) a penhora de parcela dos honorários não compromete a subsistência do executado; e (iii) a penhora de dinheiro é o melhor meio para garantir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional [...].

Cabe portanto, ao credor, quando da utilização da fundamentação de seu direito fundamental ao recebimento do crédito na execução civil, demonstrar que não ocorrerá nenhuma redução do devedor a uma situação de miséria ou que possa prejudicar o seu próprio sustento ou dos seus familiares.

Não podemos deixar de destacar que da forma que se encontra a aplicação da proteção aos bens do devedor, as execuções civis se arrastam por anos na esfera judiciária sem que o credor consiga receber o seu crédito, se tornando demandas inócuas.

Entre os princípios fundamentais que inspiram o processo de execução, destaca uma unanimidade a doutrina que a execução deve realizar-se pela forma menos gravosa ao devedor. É a imposição do art.620 do CPC, não alterado pela lei 11.382/2006. Não é outra lição de Humberto Theodoro Júnior. Para Araken de Assis, o lado econômico da execução, “evitando maiores sacrifícios ao devedor que os exigidos pelo resultado” expressamente contemplado pelo art. 620 do CPC, é, na verdade, outra face do princípio do resultado, esse mais abrangente, atendendo outros alinhamentos, como a satisfação do credor, a especificidade da execução, a exclusiva responsabilidade do executado pelas despesas processuais, ora voltando-se em favor do credor, ora tutelando o próprio devedor.

A penhora online vem absolutamente ao encontro da exigência de menor prejuízo ao executado. São inúmeros os benefícios que se lhe agregam, como alhures já ventilado, valendo a pena algumas ratificações, até para chamar a atenção para determinadas particularidades. Assim, o numerário penhorado não sendo caso de imediato levantamento pelo credor- permanecerá depositado, não sofrendo nenhuma defasagem, porque os depósitos judiciais estão submetidos a rendimentos e juros, de forma que possa o respectivo valor acompanhar a atualização do débito executado.

Se isso é uma vantagem em relação a outros bens que vão se desvalorizando ou mesmo deteriorando com o passar do tempo, por outro lado algumas dificuldades deverão ser enfrentadas, a merecer devido debate na jurisprudência, por exemplo, venham se utilizar, para a recomposição da dívida, índices diferenciados daqueles praticados pelo sistema financeiro. Cediço que nos últimos anos o índice de maior utilização na atualização dos valores devidos em ações judiciais é o IGP/M, enquanto os depósitos judiciais em instituições financeiras tem sido atualizados pelo índice e rendimentos da poupança (TR), que se têm demonstrado inferiores àqueles. Sob pena de ferimento ao princípio da economia e do disposto no art. 620 do CPC, tem-se que não é mais viável, se efetivada penhora on line, este conflito de índices, pagando-se o credor, quando superados os demais questionamentos processuais (embargos ou outros incidentes), pelo montante depositado junto ao estabelecimento bancário, afastadas quaisquer outras atualizações monetárias, a partir do depósito transformado em penhora, pena de se tornar infindável a dívida.

De sorte que índices contratuais ou índices que sejam acolhidos pelos cálculos judiciais poderão ser respeitados para o acertamento do montante do débito exequendo, mas apenas até o momento em que concretizada a penhora *on line*, pois, a partir daí, os critérios de atualização monetária e do rendimento do valor recolhido e os do crédito a ser satisfeito se unificam, não mais prevalecendo essa duplicidade de atualização da dívida.

De forma surpreendente, recentemente se cogitou, diante do novo CPC, (Emenda 614), uma mudança na penhora *on-line*, limitando-a aos casos em que não exista mais qualquer recurso no tocante à decisão que está sendo executada, o que foi duramente criticado pela doutrina.

Em artigo publicado na revista eletrônica consultor jurídico, a doutrina assim se posicionou: “Não há dúvidas que acaso acolhida a emenda, teríamos um verdadeiro retrocesso no processo de execução brasileiro, pois a penhora *on line* sem reservas - incorporada formalmente ao ordenamento há mais de sete anos – mostra resultados exitosos.

Boa parte da efetividade do processo de execução como se encontra atualmente – longe de ser a desejável – deve-se à penhora *on line*. Podemos dizer, sem medo de errar, que o bloqueio de ativos financeiros, de veículos e até de imóveis por meios eletrônicos está sendo vítima do próprio sucesso.

Com o devido e merecido respeito, a única explicação para essa pretensa limitação na aplicação da penhora *on line* é o ranço ainda presente na análise da figura do devedor. A desmedida proteção jurídica ao devedor no país é mais um desdobramento do famigerado jeitinho brasileiro, pois o inadimplemento deixa de representar o que verdadeiramente é - uma falta -, para ser considerado um grau na escala da esperteza.

Ninguém propugna um sacrifício do devedor, pois há também os devedores desafortunados, muitas vezes envergonhados pelo descompasso financeiro, cujo não pagamento decorre de circunstâncias absolutamente alheias à própria vontade destes. Exatamente por isso existe o processo de execução, instrumento de proteção do devedor quanto à eventual sanha do credor e arbítrio do Poder Público, evitando uma sujeição sem limites do primeiro.

Cabe destacar, que o Novo Código de Processo Civil, em determinada hipótese, permite a penhorabilidade de parte do salário do devedor. Em tempos em que se admite a constrição voluntária de parte do salário (via o chamado crédito consignado), é um contrassenso isso não poder ser feito pelo Judiciário. Essa sim seria uma alteração que traria maior efetividade ao processo.”<sup>216</sup>

O que é de estranhar é o entendimento do legislador, corroborado pela jurisprudência no que concerne a possibilidade de penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990.

Ou seja, o devedor não pode ter o seu bem de família penhorado, salvo algumas exceções (artigo 3º, da Lei 8.009/1990), mas por outro lado, o fiador de contrato de locação não recebe essa proteção, mesmo sendo devedor subsidiário. Inclusive, recentemente a 2ª Seção do STJ pacificou a questão da penhora do bem de família do fiador de locação imobiliária, quando do julgamento do *REsp 1.363.368/MS*.

No referido julgamento, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, reformou decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. A corte estadual havia invalidado a aplicação da norma por entender que ela estava em conflito com o direito à moradia. De forma contrária, foram citados precedentes do próprio STJ, além de decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de autorizar a penhora. Em voto no Recurso Extraordinário 407.688/SP, os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa apontaram, que o direito à moradia não tem caráter absoluto, devendo ser equilibrado com o chamado princípio da "autonomia privada".

Além disso, se discutiu no julgamento do referido Recurso, que, ao pretender tutelar um direito individual, o TJ-MS não levou em consideração os efeitos que sua decisão traria no mercado de locações, já que a maioria dos contratos tem como garantida a fiança. Além disso,

---

<sup>216</sup> Zulmar Duarte de Oliveira Junior é advogado.

Andre Vasconcelos Roque é advogado.

Fernando da Fonseca Gajardoni é professor doutor de Direito processual civil da Faculdade de Direito da USP  
Luiz Delloro é professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Artigo publicado na Revista **Consultor Jurídico**, 27 de dezembro de 2013.

se levantou que a impossibilidade de constrição do bem único do fiador tornaria quase impossível ao candidato à locação se utilizar de tal garantia, já que precisaria encontrar pessoa que tivesse em seu patrimônio mais de um imóvel.

Por isso, a defesa acerca da existência de um direito fundamental do credor ao recebimento do seu crédito na execução civil, e a necessidade de relativizar a impenhorabilidade de bens podem resolver milhares de processos que se encontram sem solução na esfera judiciária, tendo em vista que a execução se encontra paralisada enquanto o credor procura bens penhoráveis do devedor.

É urgente a necessidade de redução da impenhorabilidade dos bens, com a possibilidade de penhora dos vencimentos, da poupança, e do bem de família do devedor para que as dívidas possam ser adimplidas.

Com tal relativização, ocorrerá a cooperação do devedor para o desfecho útil da execução, uma vez que o credor na tentativa de convencimento do juízo de que a ausência de atos por parte do devedor acarreta uma infração ao direito do jurisdicionado de acesso à justiça, tendo em vista que tal direito constitucional não se restringe apenas ao fato do Estado garantir ao jurisdicionado o ingresso da ação, mas também possibilitar através de meios adequados a prestação dos serviços respeitando o princípio da duração razoável do processo e do devido processo legal.

Assim, a relativização atingirá milhares de processos judiciais que se encontram em execução civil de créditos, mas que se encontram suspensos pelo fato do devedor só possuir bem considerado impenhorável, e, portanto, não poder ser utilizado para o pagamento das dívidas por receber a proteção legislativa da impenhorabilidade.

Ora, a necessidade de ampliação da utilização do patrimônio do devedor para o pagamento das dívidas, fará com que se reflita qual seria a extensão das garantias legais em relação aos bens impenhoráveis, por exemplo. Além disso, se fará uma reflexão de que é direito fundamental do credor o recebimento do crédito discutido no processo de execução civil.



Poderemos ter, a depender da situação, em face do postulado normativo da proporcionalidade, devedores e credores diretamente atingidos. Os devedores de forma negativa, pois sofrerão prejuízos, e os credores de forma positiva, pois receberão seus créditos, e terão o cumprimento de um direito fundamental. Isso, no caso de considerarmos êxito em favor da relativização.

O desfecho citado acima poderá acarretar mudança de prática de atos utilizados pelos operadores do direito em milhares de processos, em que devedores e credores serão atingidos já no curso de seus processos, e outros milhares já poderão se aproveitar dos benefícios quando forem iniciar as suas Ações na tentativa de recebimento dos seus créditos na execução civil, já que se trata de um direito fundamental.

Não há dúvidas, portanto, que a impenhorabilidade de bens, atualmente prevista na legislação processual civil, acarreta a infração ao direito fundamental do credor ao recebimento dos seus créditos na execução civil..

Com exceção do devedor de prestação alimentícia, não há possibilidade de ocorrer a prisão civil do devedor por dívidas. E isso já é uma proteção do legislador que pretendeu com tal dispositivo evitar que o devedor pagasse com a sua liberdade por dívidas assumidas e não adimplidas.

Não é mais necessária a proteção patrimonial existente, vez que deve apenas o legislador se preocupar para que o devedor não fique em uma situação de miséria, prejudicando o seu sustento como também da sua família para o pagamento das dívidas.

Ora, será que proteger a caderneta de poupança do devedor até o montante de 40 (quarenta) salários mínimos não seria um exagero?

Se o dinheiro se encontra depositado em aplicação bancária é porque não é utilizado para o sustento do devedor e/ou de seus familiares. É aí que se encontra o excesso, por exemplo.

Da mesma forma que deve ser respeitado o princípio da dignidade humana, também deverá ser exercido o direito fundamental do credor ao recebimento do seu crédito na execução civil, tendo, portanto que ser utilizada a proporcionalidade.

O que tem que ser levado em consideração, é que na relação processual envolvendo devedor *versus* credor, é esse que deve ser considerado a parte mais prejudicada e consequentemente possuir meios-ferramentas de proteção para o recebimento de seu crédito.

Se o rol atualmente previsto na legislação processual civil de bens impenhoráveis é exagerado, o que termina por acarretar execuções inócuas, com o convencimento da existência de um direito fundamental do credor ao recebimento do crédito na execução civil, diversas execuções terão desfecho exitoso com o adimplemento da obrigação.

Outro ponto de relevante destaque diz respeito ao estudo do acesso à justiça no sentido de que o referido dispositivo processual surgiu para possibilitar não apenas o efetivo ingresso em juízo, mas também uma boa prestação do serviço, envolvendo uma duração razoável do processo, e com o desfecho da satisfação da obrigação constante na decisão judicial.

Portanto, se a parte autora-credora está ingressando com demanda judicial na tentativa de receber crédito, e o mesmo não é recebido apenas pelo fato da lei não permitir que alguns bens do devedor sejam utilizados para a quitação das dívidas, não restam dúvidas de que o acesso à justiça não está sendo oferecido satisfatoriamente pelo Estado.

No curso do procedimento executivo, o órgão jurisdicional poderá deparar com situações de conflitos de valores: de um lado, a preocupação em não se impor sacrifícios ao devedor; de outro, a exigência de que se satisfaça de maneira rápida e completa o direito do credor. O que deverá prevalecer?<sup>217</sup>

A aplicação dos princípios jurídicos – diferentemente do que se dá com outras normas jurídicas – sempre envolve prévio juízo de valor. Diante de situação para a qual se ponham dois princípios igualmente relevantes – como é o caso - , caberá balancear os fatores

---

<sup>217</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. vol. 2: processo de execução. 9. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.147.

concretamente envolvidos: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades.

O direito fundamental à tutela executiva designa uma daquelas exigências ou valores relativos ao processo judicial, inseridas no âmbito (ou campo semântico) do direito fundamental ao processo devido.<sup>218</sup>

Portanto, é urgente a necessidade da relativização da impenhorabilidade a fim de ocorrer o exercício do direito fundamental à tutela executiva por parte do credor.

### **3.4 - Lei 13.105/2015: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Em 16/03/2015, com a publicação da Lei 13.105/2015, passamos a ter um Novo Código de Processo Civil, que só entrará em vigor em 17/03/2015.

O referido código, em relação ao Procedimento de Execução não trará muitas modificações, tendo em vista que o Código de 1973 já vinha sofrendo “minirreformas”, e as referidas já haviam modificado bastante o Procedimento de Execução.

Podemos destacar a Lei 11.444/2002 que modificou o procedimento de cobrança das obrigações de fazer e de não fazer, e das obrigações de entrega de coisa, conforme os atuais artigos 461 e 461-A. Posteriormente tivemos a Lei 11.232/2005, que criou a fase de cumprimento de sentença para a cobrança de títulos executivos judiciais. E por fim, tivemos a Lei 11.382/2006 que tratou de disciplinar o Processo de Execução, quando da cobrança de títulos executivos extrajudiciais.

Portanto, em relação ao Procedimento de Execução, a Lei 13.105/2015 tratou de esclarecimentos de pontos controvertidos surgidos pelas modificações das leis citadas acima, quando da ocorrência das minirreformas também já citadas.

---

<sup>218</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.101.

O novo código, em seu Livro II da Parte Especial, trata do processo de execução (arts. 771 a 925). Tais artigos tratam da disciplina das técnicas disponíveis para a concretização da tutela jurisdicional executiva. Da mesma forma que ocorre no CPC de 1973, e ainda atual, a disciplina que reside no Livro II da Parte Especial toma como base a execução fundada em título executivo extrajudicial, iniciativa que complementa a disciplina relativa ao cumprimento de sentença, isto é, as técnicas a serem adotadas para dar início à fase destinada à satisfação do direito reconhecido existente por títulos executivos judiciais.

No Título I do Livro II está a disciplina proposta para as “disposições gerais” (Capítulo I), para as “partes” (Capítulo II), para a “competência (Capítulo III), para os “requisitos necessários para realizar qualquer execução” (Capítulo IV) e para a “responsabilidade patrimonial” (Capítulo V). Vale registrar que no Capítulo III, o novo código apresenta uma novidade que merece destaque, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do art. 782, que permite ao magistrado, a pedido do exequente, incluir o nome do executado “em cadastros de inadimplentes”, providência aplicável ao cumprimento de títulos judiciais (art. 782, § 5º).

Já o Título II do mesmo Livro, intitulado “das diversas espécies de execução”, traz, após as “disposições gerais” (Capítulo I), a disciplina da “execução para entrega de coisa” (Capítulo II), da “execução das obrigações de fazer ou de não fazer” (Capítulo III) e da “execução por quantia certa” (Capítulo IV). Vale registrar que na execução por quantia certa, o novo código traz um número maior de novidades, apesar de que muitas delas sejam apenas esclarecimentos de pontos controvertidos surgidos pelas modificações que o código de 1973 sofreu pela Lei 11.382/2006.

Podemos destacar como modificações, a definição de que o prazo para pagamento é de três dias contados da própria citação (art. 829, caput); a chamada “penhora on line” (art. 854), que passou a ser mais eficiente, viabilizando o estabelecimento do contraditório, e ainda, destacando que a penhora em dinheiro é prioritária (art. 835, § 1º); disciplina expressa da penhora de quotas ou ações de sociedade personificadas (art. 861) e do percentual de faturamento de empresa (art. 866); a “apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimento e de outros bens” como modalidade expropriatória (arts. 825, III, e 867 a 869); a solução de diversas questões atinentes à adjudicação, impondo expressamente prévio

contraditório à análise do pedido e definindo o instante de seu deferimento (arts. 876, § 1º, e 877, caput, respectivamente) e evidenciando também que é viável a adjudicação se frustradas as demais tentativas de alienação do bem penhorado (art. 880); e a “alienação em leilão judicial”, que pressupõe, como no CPC de 1973, a não efetivação da adjudicação ou da alienação por iniciativa particular (art.881, caput), eliminando a dualidade atualmente existente entre “praça e leilão”, havendo expressa preferência pela realização de alienação judicial por meio eletrônico (art. 882).

Outras novidades que merecem destaques se encontram nos Capítulos V e VI do Livro III, que admitem expressamente a execução contra a Fazenda Pública (art. 910) e a de alimentos com base em títulos executivos extrajudiciais (arts. 911 a 913). Merece destaque ainda, a disciplina da prisão civil, autorizada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que se encontra nos parágrafos do art. 528, que trata do cumprimento de sentença relativo àquelas obrigações.

No Título III do Livro III temos os “embargos à execução”, mantendo basicamente a disciplina do código de 1973 (arts. 914 a 920). Mas, no mesmo local há a previsão do executado requerer ao juízo da execução o pagamento parcelado do valor devido (art. 916), que ficará condicionado ao deferimento. Outra novidade, é que ficou expressamente assegurado o direito de o exequente manifestar-se previamente ao deferimento do pedido (§ 1º), tendo sido afastada a sua incidência do cumprimento de sentença (§ 7º).

O Título IV do Livro II, por fim, disciplina em seus dois capítulos, a “suspensão” e a “extinção” do processo de execução. A expressa admissão da “prescrição intercorrente” (derivada de hipóteses de suspensão do processo - art. 921, § 4º) como fator extintivo merece ser destacada (art. 924, V). Ressalte-se ainda, que “a extinção só produz efeito quando declarada por sentença” (art. 925), como já ocorre atualmente conforme previsto no código de 1973.

Por fim, vale destacar que em relação ao tema abordado no presente trabalho, haverá uma modificação aqui defendida, que será a possibilidade de se penhorar os vencimentos do devedor mesmo não sendo o débito de origem alimentar (art. 833, § 2º). O referido parágrafo prevê que “o disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para

pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

Ora, o inciso IV, trata da impenhorabilidade dos vencimentos, e o inciso X, trata da impenhorabilidade da quantia de até 40 salários mínimos depositadas em caderneta de poupança, o que no Código de 1973, só podem sofrer penhora por débito de natureza alimentar. Por outro lado, o art. 528, § 8º, trata do procedimento do pagamento e penhora quando a obrigação do devedor for de prestar alimentos, mantendo-se a preferência das respectivas verbas quando da penhora dos vencimentos do devedor. E o art. 529, § 3º, prevê a possibilidade do parcelamento da dívida alimentar diretamente dos rendimentos ou renda do devedor, desde que respeitado cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Portanto, o § 2º do art. 833, do novo código irá relativizar a impenhorabilidade dos vencimentos e da poupança, o que já é amplamente defendido no presente trabalho. Tudo bem que a relativização, com exceção do débito alimentar, só irá ocorrer nas importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, mais que já permite que nos devedores que se encaixem nesse perfil financeiro, já possamos ter acordos de parcelamento do débito, utilizando o desconto diretamente das referidas fontes impenhoráveis, por exemplo.

Assim, a previsão legal da possibilidade de relativização de bens impenhoráveis, possibilitará que a Jurisprudência amplie tais previsões, principalmente se baseando no direito fundamental do credor, tema ora trabalhado no presente trabalho.

## CONCLUSÃO

Nesse estudo, demonstramos que, a relativização da impenhorabilidade de bens, se faz necessário para possibilitar o recebimento do crédito do credor na execução civil como um direito fundamental do credor, tendo como uma das fundamentações a utilização do postulado normativo da proporcionalidade, em face do conflito entre direitos fundamentais do devedor e do credor.

A relativização também se fundamenta na exigência proveniente das diversas garantias constitucionais, entre elas, a da eficiência, da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

A partir da indicação dos bens considerados impenhoráveis, indicando os previstos nos artigos 649 e 650, do CPC, como também o previsto na Lei 8.009/1990, qual seja, o bem de família, possibilita-se a formação de um entendimento da existência de um excesso de proteção ao patrimônio do devedor.

Assim, a manutenção da referida proteção excessiva, viola uma garantia constitucional do credor, prevista no art. 5º, LXXXVIII, que garante além do acesso à Justiça, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Inclusive, a Justiça do Trabalho em diversas decisões relativizou a impenhorabilidade levando em consideração a possibilidade de se penhorar os vencimentos do devedor nos parâmetros-percentuais previstos na Lei 10.820/2003, conhecida como lei do empréstimo consignado.

É necessário registrar que o percentual de até 30% dos vencimentos do devedor, que pode ser utilizado para se obter um empréstimo consignado nada mais é do que uma penhora, tendo em vista que o desconto é realizado em folha de pagamento sem a possibilidade de escolha por parte do devedor se deverá pagar ou não as parcelas descontadas diretamente na referida folha.

O direito fundamental ao recebimento do crédito também tem como escopo o art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal, quando insere o referido direito no capítulo referente aos

direitos e garantias fundamentais. Ora, o direito fundamental é positivado através de norma com estrutura de princípio. E portanto, se encontra no ápice da pirâmide normativa.

Ocorre que para a utilização do referido direito fundamental o postulado normativo da proporcionalidade precisa ser utilizado. Ora, a norma pode ser aplicada por regras ou princípios. Porém, diferentemente das regras, onde a utilização de uma anula outra, ou de um princípio pode ser utilizado em detrimento de outro, como se em uma determinada situação, um princípio “tivesse um peso maior” do que o outro, o postulado normativo da proporcionalidade surge como norma de segundo grau para definir com a devida adequação e ponderação o conflito de direitos fundamentais do devedor e do credor.

Daí, a utilização da proporcionalidade quando estivermos no confronto do direito fundamental a proteção do patrimônio do devedor e o direito fundamental ao recebimento do crédito do credor.

Portanto, o magistrado não pode se recusar a relativizar a impenhorabilidade justificando na impossibilidade de aplicar princípios porque não há norma que expressamente preveja o direito ao recebimento do crédito como um direito fundamental, tendo em vista que direitos fundamentais não dependem de lei específica, e por isso, o juiz não só pode como deve relativizar.

É importante registrar que os direitos fundamentais estão incluídos no rol dos direitos e garantias individuais, e conforme o art. 60, § 4º, da CF, tais direitos são elevados ao nível de cláusula pétrea, não podendo ser modificado por emenda constitucional.

Também é preciso registrar que os argumentos contrários à relativização se baseiam na proteção ao patrimônio do devedor como sendo um direito fundamental, mas que são enfrentados, demonstrando que não se sustentam, sobretudo, porque se pode aplicar o postulado normativo da proporcionalidade.

Por outro lado, os argumentos favoráveis, além de garantirem harmonia e completude ao sistema, proporcionam benefícios aos jurisdicionados ao afirmarem as garantias constitucionais da eficiência, duração razoável do processo e da segurança jurídica.



Portanto, é chegado, então, um novo momento de se extirpar o excesso de proteção ao devedor, de uma vez por todas, aplicando a relativização dos bens impenhoráveis, a fim de quebrar velhos paradigmas e para dar nova roupagem aos processos judiciais. Afinal, não admitir a relativização, é ter a certeza de que a continuidade de execuções inócuas, retardando a aplicação de um direito fundamental acarreta uma “justiça tardia”, tão combatida por Rui Barbosa quando afirmou que “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

## REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual da execução civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- ALEXY, Robert. Entrevista com Manuel Atienza. In: **Revista Doxa** (Cuadernos de Filosofía Del Derecho – Universidad de Alicante). n. 24. 2001..
- \_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y La teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 13 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: **Revista de Direito Administrativo (RDA)** 215/151-179. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1999.
- \_\_\_\_\_. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. In: **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário** 7/73-104. Belo Horizonte, Del Rey, setembro-dezembro/2000.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo. Editora Malheiros.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Da penhora**. São Paulo: resenha Tributária, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista Diálogo Jurídico**. vol. 15. Jan.-mar. 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: **Arquivos de direitos humanos**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista de direito administrativo**. vol. 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2001; Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro; Renovar, 2003. t. II.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. vol. 2. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, vol. 1.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Márcia Celeste C. J. Santos, rev. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 6. ed, 1995.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.707, 04 de setembro de 1942**. Dispõe sobre a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil

BRASIL. STJ, 3ª T., **REsp 431.143/SR, rel. Min.** Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.05.2003, DJU 04.08.2003, p. 292

BRASIL. STJ, 3ª T., **REsp 351.932, rel. Min.** Castro Filho, j. 14.10.2003, DJU 09.12.2003, p.278

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva, 3. São Paulo. Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. . **“A principialização”** da jurisprudência através da Constituição. Revista de processo. vol. 98. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2000.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra : Livraria Almedina. 1999.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: **Sarlet**, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. Título Original: Giudici Legislatori?.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e processo**. Nápoles: Morano, 1958.

\_\_\_\_\_. **Instituzioni Del processo civile italiano**. 5. ed. Roma: Il Foro Italiano, 1956.

CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**, 14.ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ED. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado ; TARUFFO, Micheli. **Lezioni sul processo civile**. 4. Ed. Bolonha: Il Mulino, 2007. vol.1.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales em perspectiva: La cara jurídica de La política social. In: CARBONELL, Miguel (coord.). **Teoria de neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta Editorial, 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideo: B de F, 2005.

DERANI, Cláudia. **Direitos fundamentais e democracia**. Arquivos de direitos humanos, vol. 1, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Execução. vol. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **The model of rules**. University of Ghicago Law Review 35/14 e ss. 1967

- FACHING Hans. **O desenvolvimento do CPC austríaco nos últimos anos**. RePro, v. 5.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. In: VITALE, Ermanno (coord.). **Diritti fondamentali. Um dibattito teórico**. 2. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- \_\_\_\_\_. I fondamenti dei diritti fondamentali. In: VITALE, Ermanno (coord.). **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Trad. Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. Isonomia. vol. 16. abr. 2002.
- FREITAS, Lebre de. **A Ação Executiva Depois da Reforma da Reforma**, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- GARCIA, Emerson. **Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais**. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10. jan-jun. 2008
- GARRIDO GOMEZ, Maria Isabel. **La utilidad Del iuscomparatismo em La armonización de los sistemas jurídicos**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, v. 36, n. 108, p. 907-926, diciembre 2003.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**. Releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2007
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**: vol. 3. São Paulo. Saraiva, 2008.
- GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 3.
- GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoria constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007
- \_\_\_\_\_. Interpretation et description de norms. in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria e Dogmática delle Fonti**. Milano, Giuffrè Editore, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. **Cómo es posible la legitimidad por via de legalidad?**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Doxa, vol. 5. 1988.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1991.
- LUÑO, Antonio E.Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. Curso de Processo Civil 3, v 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976, v.4.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Trad. Regis Barbosa e Flavio Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983. V 1.

MICHELI, Gian Antonio. **Esecuzione forzata**, 2. ed. Bolonha/Roma: Zanicheli/Il Foro Italiano, 1977.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil – Teoria geral: princípios fundamentais**. 2. Ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das Leis**: Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 9. ed. Saraiva, 2008.

MORA G, Nelson. **Procesos de ejecution**. 2. Ed. Bogot': Temis, 1973. t.I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade**: legitimidade e limites da justiça constitucional. Disponível em: [[www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html)]. Acesso em: 11.09.2007.

NASCIMENTO, Bruno Dantas; KOHLER, Marcos Antonio. **Aspectos Jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil**: contribuição para um debate necessário, Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro júnior/coordenação, Ernane Fidélis dos Santos...[et al]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. 7.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

OLIVIERA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: **Revista de Processo**. vol. 155. São Paulo: Ed. RT, jan. 2008.

OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de; ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. Disponível em [[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)] **Acessível em 27 de dezembro de 2013**.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. In: **Revista Doxa** (Cuadernos de Filosofia Del Derecho – Universidad de Alicante). n. 14 (1993). Trad. Isabel Lifante Vidal.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Texto para Discussão, n. 1.125, p. 5, Rio de Janeiro: Ipea, out. 2005

PINTO, Cabral; SILVA, Luzia Marques da. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**: perspectiva global e regional. IN: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a j. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. RT, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro; Forense, 1976.

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito**: aspectos micro-sistêmicos. São Paulo: RCS, 2005.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. **Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Sobre epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. 2. ed. v.3. Milão: Giuffrè, 1957.

REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora. São Paulo: Método, 2007.

REIS, José Alberto dos. **Processo de execução**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1982

ROPPO, Enzo. **Responsabilità patrimoniale**. Enciclopedia del diritto. Milão: Giuffrè, 1988. v.39.

RUBINO, Domenico. **La responsabilità patrimoniale**. In: Vassali, Felippo. *Tratado di diritto civil italiano*. Turim: Uteet, 1952. V. 40. t. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; 2. ed., 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1963.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Caderno I – **O Novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil** (2.<sup>a</sup> edição) Ano de Publicação: 2013 Série: Caderno Especial – Novo Processo Civil Edição: Centro de Estudos Judiciários Largo do Limoeiro 1149-048 Lisboa

STRECK, Lênio Luiz. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales**. Disponível em [WWW.leniostreck.com.br/index.php?option=codocmantask=docviewgid=58Itemid=29]. Acesso em: 05.12.2007

\_\_\_\_\_. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional. estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Ed. RT, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol. I, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1997

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, v.12



WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. **Curso avançado de processo civil.**, vol. 2: processo de execução. 9. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** 8. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.