

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO BAUER

RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

CURITIBA

2015

LEANDRO BAUER

RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Setor de Ciências Jurídicas, à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Eduardo Talamini.

CURITIBA

2015

“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.”

Disse o dono da régua.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONFRONTO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	8
2.1 Distinção conceitual entre princípios e regras.....	8
3. CONFLITOS ENTRE NORMAS.....	10
3.1. Conflito entre regras.....	11
3.2. Conflito entre princípios	12
3.3. Colisão entre regras e princípios.....	13
3.3.1. Colisão entre regras inconstitucionais e princípios	14
4. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL	16
4.1. Principais características	17
4.2. Origem histórica do neoconstitucionalismo	17
4.3. As mais frequentes críticas apontadas pela doutrina	19
4.3.1. O suposto teor antidemocrático	19
4.3.2. A aposta nos princípios e a consequente insegurança jurídica.....	21
4.3.3. A “hiperconstitucionalização” do direito e o enfraquecimento da autonomia popular.....	22
5. HISTÓRICO DA IMPENHORABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	23
5.1. A crise no processo de execução e a reforma legislativa de 2006.....	25
5.2. As razões do veto ao § 3º e o Parágrafo único do Art. 649.....	27
6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	30
7. PRINCÍPIOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO	32
7.1. Princípios setoriais da execução.....	33
7.1.1. Princípio da autonomia da execução	33
7.1.2. Princípio do título	34
7.1.3. Princípio da realidade da execução	34
7.1.4. Princípio da responsabilidade patrimonial	35
7.1.5. Princípio da disponibilidade da execução	35
7.2. Incidência na execução dos princípios gerais do processo civil	36
7.2.1. Princípio da máxima utilidade da execução.....	36
7.2.2. Princípio do menor sacrifício do executado	37
7.2.3. Princípio do contraditório	Erro! Indicador não definido.

7.3. A doutrina de Luiz Edson Fachin	38
8. BALANCEAMENTO DE PRINCÍPIOS.....	39
8.1. Balanceamento da regra da impenhorabilidade do salário e do princípio da máxima utilidade da execução	40
9. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	42
9.1. Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro	43
9.2. A eficácia dos princípios e da dignidade humana no ordenamento	44
9.3. Conteúdos mínimos da dignidade humana	44
9.4. Elementos essenciais da dignidade	45
9.5. O mínimo existencial como corolário da dignidade humana	46
9.6. A inadequação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como princípio reitor da impenhorabilidade do salário	47
10. JURISPRUDÊNCIAS	48
10.1. Outras verbas de caráter alimentar	49
10.2. Outras hipóteses de desconto das verbas salariais	51
10.2.1. A previsão de desconto salarial do Direito Administrativo	52
11. ADEQUAÇÃO DOS VALORES LIMITES DE IMPENHORABILIDADE COM O PADRÃO MÉDIO BRASILEIRO	53
11.1. Propostas para reforma legislativa do instituto da impenhorabilidade do salário	56
12. A PREFERÊNCIA DO DINHEIRO	58
13. A PENHORA ON-LINE	60
14. AS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO	61
15. CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	66

RESUMO

O art. 649, do Código de Processo Civil ainda vigente, estabelece as hipóteses de impenhorabilidade absoluta. Em seu inciso IV está posto que o salário, as remunerações e os vencimentos não são suscetíveis de penhora, salvo para o pagamento de pensão alimentícia.

Com a mudança do Código de Processo Civil o instituto da impenhorabilidade do salário foi parcialmente relativizado. O art. 833, §2º adiciona mais uma exceção à impenhorabilidade: quando o salário recebido for superior a 50 salários-mínimos. O objetivo desta regra processual é proteger o trabalhador e seus proventos para que não haja prejuízo de seu sustento ou de sua família, uma derivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. No entanto, há situações em que pessoas físicas recebem proventos de alto valor, que superam – em muito – a necessidade de sustento próprio e familiar, e ainda sim estão protegidas pela impenhorabilidade quando cometem algum ilícito.

Este estudo procura demonstrar que a impenhorabilidade do salário de quem recebe proventos vultosos, mesmo nos limites propostos pelo novo código, contraria princípios constitucionais e processuais, além de distanciar-se do objetivo da regra processual, que é proteger os mais vulneráveis economicamente, e que, portanto, pode ser relativizada com o instrumental do neoconstitucionalismo e do controle de constitucionalidade no caso concreto.

Palavras-chave: salário, impenhorabilidade, neoconstitucionalismo, mínimo existencial, processo de execução.

1. INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, desde sua criação, teve uma atuação bastante intervencionista, tanto na esfera pública como na privada. O escopo moderno deste intervencionismo é proteger o cidadão de abusos de outros cidadãos, do poder econômico, do poder estatal e até de si mesmo.

Entre estas medidas intervencionistas que buscam proteger o indivíduo está a proteção do patrimônio mínimo para serem satisfeitas as necessidades básicas de uma pessoa, principalmente daqueles hipossuficientes economicamente. Com este norte, historicamente nossos códigos processuais exibiam um rol de impenhorabilidades absolutas, que estão dispostas no art. 649 do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 833 do Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, ao buscar proteger os mais desfavorecidos, por não criar limites legais razoáveis a este instituto, o legislador acabou também por proteger o patrimônio do devedor que não está em uma condição de hipossuficiência econômica.

O salário – aqui compreendido em seu sentido *lato sensu* – é um exemplo constante no rol das impenhorabilidades. Entretanto, há pessoas que, aproveitando-se desta regra, “blindam” seus proventos, mesmo quando de alto valor. Visando uma aplicação mais adequada dos princípios que orientam o processo de execução, este estudo objetiva indicar a melhor alternativa legislativa e judicial para devolver à impenhorabilidade seu caráter protetivo àqueles em situação de fragilidade econômica, buscando dirimir os desvios de finalidade através de uma relativização da impenhorabilidade dos proventos salariais, ainda que inferiores a cinquenta salários mínimos e que não destinados ao pagamento de pensão alimentícia.

O escopo deste trabalho é o estudo dos princípios constitucionais e processuais concernentes ao processo de execução e à penhora, a fim de demonstrar que a impossibilidade da penhora do salário, quando superior ao necessário para manter uma vida digna, contraria os princípios supra citados e a lógica deste instituto processual.

Entre os objetivos específicos está o de demonstrar como a jurisprudência nacional, através do fenômeno do neoconstitucionalismo e do controle de constitucionalidade difuso, relativiza o instituto da impenhorabilidade do salário.

2. CONFRONTO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Para o objetivo deste trabalho, não será verticalizada a análise do âmbito de atuação dos princípios e das regras em todo o ordenamento jurídico. Uma análise mais aprofundada sobre este assunto seria, por si só, suficiente para preencher o objeto de um estudo autônomo. Portanto, restringe-se o objeto buscando avaliar o confronto entre regras e princípios para os institutos de processo civil aqui aventados.

Dependendo do conceito de princípio que se adote, o seu confronto com a regra será analisado de forma diferente. Utilizaremos aqui as distinções feitas pelo constitucionalista Virgílio Afonso da Silva¹.

2.1. Distinção conceitual entre princípios e regras

Grande parte da doutrina afirma que a distinção entre regras e princípios é principalmente de grau (grau de importância ou de abstração), conforme explicita Virgílio Afonso da Silva²:

Há autores que sustentam que entre *regras* e *princípios* há uma diferença de grau. A partir desta ideia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais gerais e abstratos que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis.

Um dos conceitos de princípio mais conhecido e utilizado no ordenamento brasileiro, cuja doutrina e jurisprudência majoritária repetem em maior ou menor grau, é o de Celso Antônio Bandeira de Mello – que, em síntese, afirma que os princípios são as normas mais fundamentais de um sistema:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

² *Ibidem*. p. 44.

sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³

Não obstante, Virgílio Afonso da Silva recusa-se a seguir esta distinção de grau entre princípios e regras, adotada pela maior parte da doutrina brasileira. Para o autor, as classificações não devem ser entendidas no aspecto valorativo, se são boas ou ruins, melhores ou piores, e sim no critério pragmático, se são úteis ou inúteis, conforme o objetivo da análise.

Apesar de reconhecer a importância e a influência que a conceituação de princípio como “mandamento nuclear de um sistema” tem no ordenamento brasileiro, Virgílio segue a categorização da dicotomia entre regras e princípios segundo a teoria dos princípios, cuja principal distinção é a estrutura de direitos que essas normas garantem. Para ele, assim como para os maiores especialistas sobre este assunto, Ronald Dworkin e Robert Alexy, a diferença não é de grau, mas qualitativa. “No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”.⁴

Segundo esta classificação, se uma regra garante um direito, esse direito é definitivo e a regra aplica-se totalmente, desde que aplicável ao caso concreto (mas esta regra admite algumas exceções). É a lógica do *tudo ou nada*⁵, esculpida pelo jurista americano Ronald Dworkin,⁶ segundo a qual ou uma regra se aplica, ou ela não se aplica. Em relação aos princípios, Dworkin assevera que eles não seguem a mesma lógica, aplicam-se parcialmente, pois há diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e o que é garantido definitivamente.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. , rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. --. São Paulo: Malheiros, 2008. p.942.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

⁵ “Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.” SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 610.

⁶SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

Na doutrina do jurista alemão Robert Alexy⁷, o cerne da teoria acerca dos princípios é a definição deles como *mandamentos de otimização*, sendo o princípio uma espécie de norma oposta à regra, teoria acatada por Virgílio Afonso da Silva.

Para ele [Alexy], princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. [...] dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas”. [...] no caso das regras a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a *subsunção*⁸ e o *sopesamento*^{9,10}.

Para este trabalho utilizaremos a noção de princípio conforme preceitua a doutrina de Alexy.

3. CONFLITOS ENTRE NORMAS

Cabe, inicialmente, fazer uma necessária distinção entre texto e norma. Texto é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado¹¹. Princípios são normas, assim como as regras, portanto a diferença entre eles não é meramente textual, e sim normativa. No entanto, princípios e regras necessitam, *a priori*, ser interpretados pelo julgador antes de aplicados.

O ordenamento jurídico foi estruturado para ser coeso e completo. Mas, naturalmente, devido à extensão e à complexidade do sistema jurídico, haverá situações em que normas irão contradizer-se ou serão incompatíveis com dada

⁷SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.46.

⁸ Subsunção significa incluir a situação fática, mais restrita, em uma hipótese mais aberta, positivada no texto legal.

⁹ “Esse conceito [sopesamento] costuma ser expresso da seguinte forma: (P1 P P2)C. Isso significa, pura e simplesmente, que nos casos de colisão entre dois princípios – P1 e P2 – O princípio P1 prevalece sobre o princípio P2 apenas nas condições daquele caso C. É possível – e provável -, contudo, que em uma situação C’ seja o princípio P2 que prevaleça sobre o princípio P1, ou seja: (P2 P P1)C’. A despeito de se tratar, nos dois casos, dos mesmos princípios não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta.” *Ibidem*. p. 51.

¹⁰ *Ibidem*. p. 47

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 617.

situação em um caso concreto. Neste trabalho, assim, apresentaremos os critérios de resolução de antinomias, de acordo com as soluções que a doutrina clássica traz para os confrontos, aparentes ou reais, entre regras, confrontos entre dois princípios diferentes e confrontos entre regras e princípios, que é o objetivo último desta análise.

3.1. Conflito entre regras

Regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos. Se existe uma situação de conflito entre regras, uma solução para esse conflito não pode relativizar a regra do “tudo ou nada”. Se há conflito entre regras, total ou parcial, com consequências jurídicas diferentes para um mesmo fato, uma delas se aplica e a outra não, necessariamente. Para o confronto de regras, utilizaremos a doutrina dos critérios de resolução de antinomias de Norberto Bobbio.¹²

Em se tratando de confronto de regras de hierarquias diferentes, como uma regra da Constituição Federal em contradição com outra do Código Civil, aplica-se o critério do *lex superior derogat legi inferior*, ou seja, lei superior hierarquicamente derroga lei inferior. No exemplo proposto, aplicar-se-ia a regra da Constituição, por este diploma legal ser hierarquicamente superior ao Código Civil.

No caso de conflito entre regras em uma mesma hierarquia, ambas da Constituição Federal ou do Código Civil, devemos usar outros critérios. Se há uma antinomia entre uma regra criada anteriormente e uma regra criada posteriormente, e as duas continuam existindo no ordenamento, o brocardo latino *lex posteriori derogat legi priori* aplica-se, ou seja, lei posterior derroga lei anterior. Neste caso, seria aplicável ao caso concreto a lei mais recente.

Já quando não há diferença hierárquica ou temporal entre duas regras colidentes, utiliza-se a fórmula *lex specialis derogat legi generali*, lei específica derroga lei genérica. Exemplo disso é uma situação de duas regras, dentro de um mesmo diploma legal, em que uma estabelece uma hipótese genérica, e outra pormenoriza ou excetua alguma outra situação.¹³

¹² BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1999.

¹³ “Há uma regra que prevê que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.784). Essa regra é complementada por outra, que define o conceito de herdeiro legítimo (CC, art. 1.829), que inclui, entre outros, os descendentes (CC, art. 1.829, I). *Isoladamente consideradas*, ambas as regras são aplicáveis à seguinte situação: está

Todo conflito entre regras, seja ele total ou parcial, deve ser resolvido no plano da validade, devendo-se escolher qual regra é válida, ou seja, qual a consequência jurídica da aplicação da norma no caso concreto. “Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade”¹⁴.

3.2. Conflito entre princípios

Os princípios são diferentes das regras. A solução para as hipóteses de conflito entre dois ou mais princípios também será distinta das soluções propostas para o confronto entre regras. Aos princípios não é dado declarar sua invalidade ou excluir um ou outro.

O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de relações condicionadas de precedência. [...] Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes.¹⁵

Nosso ordenamento é recheado de princípios. Como mandamentos de otimização, eles servem tanto para orientar a criação de regras, quando dirigidos ao legislador, quanto para preencher lacunas legislativas, quando dirigidos ao julgador. Como há muitos princípios, é comum que no caso concreto haja uma colisão entre eles.

O exemplo clássico da doutrina de colisão entre princípios é o direito à privacidade *versus* o direito à liberdade de expressão. A liberdade de expressão, não é um princípio absoluto (aliás, nenhum princípio é absoluto), encontra limites no direito à honra e à privacidade. O mesmo vale para a privacidade, que em certas situações é dirimida, em homenagem ao princípio da liberdade de expressão.

O julgador não pode, nestes exemplos, declarar a invalidade de algum princípio, mesmo que escolha qual deverá prevalecer no caso concreto, ambos continuarão existindo validamente em nosso ordenamento. O caso concreto, com

aberta a sucessão de um pai de família que foi morto por um de seus filhos. A primeira regra exigiria a transmissão da herança ao filho; a segunda exige que o filho seja excluído da sucessão. Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui exceção à primeira. [...] Trata-se portanto de um conflito parcial entre duas regras.” SILVA, Virgílio Afonso da Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

¹⁴ *Ibidem*. p. 49.

¹⁵ *Ibidem*. p. 50.

suas peculiaridades e particularidades determinará, sob a batuta do juiz, qual princípio prevalecerá. É essa ideia que preenche o conceito de *relações condicionadas de precedência*.

3.3. Colisão entre regras e princípios

Partindo dos pressupostos já expostos, que em um ordenamento convivem regras e princípios - que são diferentes entre si, é corriqueiro que existam também conflitos entre princípios e regras. Esta questão é a de maior complexidade na teoria dos princípios. A doutrina do professor Virgílio Afonso da Silva aponta duas possíveis respostas para o problema, levando em consideração, porém, que ambas têm graves consequências:¹⁶

1) Nas colisões entre uma regra e um princípio é necessário fazer um sopesamento entre ambos para saber qual deverá prevalecer: nesse caso, a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito de válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca sua validade. Além disso, um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenha a *dimensão do peso*, o que regras não têm.

2) As colisões entre uma regra e um princípio devem ser solucionadas no campo da validade: nesse caso, seria necessário aceitar que, quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico. Isso seria incompatível com a ideia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma.

Uma outra tentativa de solucionar este problema, sem passar por estas duas propostas de solução e portanto mais funcional, seria sopesar o princípio em colisão com o princípio que deu origem à regra, uma vez que regras não são sopesáveis. No entanto, esta técnica também traz um sério problema. Ela abre um precedente em que o julgador poderá sempre afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais relevante que permite esse afastamento, o que prejudica em demasia a segurança jurídica, visto que o papel das regras é justamente fornecer maior previsibilidade ao ordenamento.

O legislador democrático tem por base os princípios jurídicos de determinado ordenamento. Leva (ou deveria levar) sempre em consideração os

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

princípios para, então, criar regras que os otimizem, que os limitem. A relação entre regras e princípios pode ser entendida como relação de restrição, a regra restringe a aplicação do princípio no caso concreto, por meio da subsunção do fato à norma.

3.3.1. Colisão entre regras inconstitucionais e princípios

Uma situação específica que merece tratamento diferenciado é quando há dúvidas acerca da constitucionalidade de uma regra. Nesta hipótese, o juiz deverá fazer o controle de constitucionalidade da regra pela via difusa abstratamente considerada, ou seja, no caso concreto.

Caso o juiz opte pela constitucionalidade da regra, ela se aplica. Caso a opção seja pela inconstitucionalidade da regra em face de outro princípio, considerado mais importante, a regra é declarada inconstitucional e sua aplicação é afastada. Contudo, caso a regra seja constitucional, e sua aplicação for incompatível com outro princípio decisivo para o caso concreto, encontramos uma situação problemática.

Um caso recente pode ilustrar essa situação. Na estreia de uma de suas peças de teatro, ao final da apresentação, o diretor Gerald Thomas foi vaiado e, segundo algumas versões, grosseiramente ofendido pela plateia. Em reação, o diretor exibiu as nádegas ao público, razão pela qual foi acusado, em ação penal, pelo crime de ato obsceno. Segundo o Código Penal, em seu art. 233, é crime punível com detenção de três meses a um ano, ou multa, a prática de “ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público”. A solução para este caso, de forma simples, seria, em caso de tipicidade da conduta, a simples aplicação da subsunção da regra penal e da cominação da pena.

Mas alguns poderiam ver, aí, também uma colisão entre a regra penal em questão e o princípio constitucional que garante a liberdade de expressão. Como a regra não é, abstratamente considerada, inconstitucional, a única solução possível, diriam alguns, seria recorrer ao sopesamento¹⁷ entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio que dá suporte à regra que pune o ato obsceno, que seria a proteção da ordem pública e, subsidiariamente, dos “bons costumes”. Nesse caso, no entanto, se se decide pela prevalência da liberdade de expressão, é necessário aceitar que [as regras], embora aplicáveis a um caso concreto, podem eventualmente não ser aplicadas. Isso, contudo, contraria o caráter de definitividade da regra.¹⁸

¹⁷ “O sopesamento, aqui, não é uma forma de *aplicação*, mas uma forma de *interpretação*. O sopesamento tem como finalidade definir se o quadro se enquadra na norma. Em caso afirmativo, a regra deve ser aplicada, em caso negativo, não. Como se vê, a estrutura da regra permanece intacta.” SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59.

¹⁸ *Ibidem*. p. 53.

No caso acima narrado, especificamente, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela atipicidade da conduta, não viu a ação do diretor como ato obsceno¹⁹. É possível argumentar que esta foi uma saída pela tangente, já que a conduta encaixa-se plenamente no tipo penal e que o fato ocorrido na verdade foi um velado sopesamento do princípio que embasa a regra, a proteção da ordem pública, com o outro princípio em conflito, a liberdade de expressão, tendo-se, neste caso concreto, optado por dar maior importância ao princípio da liberdade de expressão.

Certo é que não se pode aplicar este raciocínio da atipicidade para toda colisão entre uma regra e um princípio.

Em alguns casos o que ocorre é justamente o contrário, ou seja, é necessário *incluir* uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, mas tal inclusão esbarra em um preceito contrário de uma regra. Um caso muito frequente neste sentido é o levantamento dos valores da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço/FGTS para pagar o tratamento de saúde de um dependente do titular da conta. A Lei 7.670/1988, em seu art. 1º, II, autorizava esse levantamento para os casos em que o *titular* da conta era portador do HIV. A partir de determinado momento os juízes passaram a se deparar com pedidos de levantamento dos valores para o pagamento de tratamento de seus dependentes. A regra prevista na lei não poderia ser aplicada ao caso, já que não previa o benefício para aquelas situações. Muitos viam aí uma colisão entre o direito à vida e a regra que restringia o uso do dinheiro do FGTS. Com base nesta ideia, muitos juízes passaram a permitir o levantamento dos valores, *mesmo contra a regra legal*.²⁰

Trata-se, conforme exemplo acima, de uma hipótese de sopesamento entre o princípio, direito à saúde e à vida, e o princípio, que dá guarida à regra, da legalidade administrativa. É em verdade uma decisão *contra legem*, ou seja, contrária ao disposto no texto legal. Não é raro encontrar decisões judiciais que contrariam expressamente o texto legal em nosso ordenamento jurídico.²¹

¹⁹ “Tendo-se em conta as circunstâncias em que se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às 2h da manhã -, *entendeu-se atípica a conduta* praticada pelo paciente, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria inserida no contexto da liberdade de expressão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 83.996. Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 17/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJu 26.08.2005.

²⁰ *Ibidem*. p. 55.

²¹ Outro exemplo de decisão *contra legem*, no Direito Previdenciário, é o do acréscimo no valor do benefício por necessidade de assistência permanente de terceiros a todas as modalidades de aposentadoria, e não apenas à aposentadoria por invalidez, única modalidade prevista em lei que poderia receber este acréscimo. Lei 8.213/1991 Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). BRASIL. Tribunal Regional Federal. Quarta Região. Apelação Cível n. 5010330-

Mas este tipo de sopesamento não acontece repetidas vezes. Os juízes ao permitirem o uso do FGTS em situações não previstas ou proibidas por lei, uma vez consolidada a jurisprudência em determinado sentido, criam uma nova regra, que institui exceção à regra não prevista ou proibida.

Ou seja: os juízes ao liberar o levantamento de valores mesmo em casos vedados ou não previstos pela legislação, não fazem uma análise caso por caso, como ocorre nas hipóteses de colisão entre princípios. O que ocorre [...] é a criação de uma regra – por exemplo: “É permitido o levantamento dos valores da conta do FGTS para o tratamento de saúde de dependentes do titular nos casos em que esses sejam portadores do HIV” -, e essa regra é aplicada por subsunção.²²

Por mais que esta seja uma regra criada pelo sopesamento de dois princípios, feita pelo Judiciário através da consolidação da jurisprudência, e não pelo processo legislativo democrático previsto pela Constituição, ela é válida e eficaz. O sopesamento somente ocorre no processo de surgimento. No processo de aplicação, utiliza-se esta regra-exceção como se regra fosse, de caráter definitivo.

É dever do Judiciário garantir a justiça substantiva no caso concreto, portanto, este tipo de construção jurídica é aceitável, e deve ser feita quando se perceber que a pura aplicação de uma regra por subsunção pode causar uma grande injustiça no caso concreto, desde que respeitados certos limites que aqui serão analisados.

4. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

As teorias constitucionais existentes não eram capazes de fornecer uma resposta satisfatória e convincente para o novo papel que se exigia do Direito, como instrumento para efetivação de direitos fundamentais.

A corrente filosófica positivista ainda exerce muita influência na ciência do direito, e como contraposição ao positivismo, vários juristas passaram a admitir a ideia de que o juiz poderia julgar em desconformidade com o texto legal da Constituição, quando fosse necessário para dar uma melhor resposta ao litígio.

02.2013.404.7102, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon. Publicado no DJu em 15.12.2014.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55.

4.1. Principais características

Há, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, um fenômeno novo que está influenciando e modificando a forma de interpretação e aplicação do Direito no Brasil, alcunhado de "neoconstitucionalismo". Daniel Sarmento buscou apontar as principais características deste fenômeno²³:

- (a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) Rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.;
- (c) Constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) Reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;
- (e) Judicialização da política das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Apesar das várias discordâncias doutrinárias em relação a esta mudança de paradigma, é certo que esta tendência tem um forte impacto na sociedade e precisa ser adequadamente estudada. O próprio conceito de "neoconstitucionalismo"²⁴ é bastante criticado, e também há diversos autores que veem o fenômeno com características e consequências diferentes das acima previstas. No entanto, é possível traçar alguns pontos comuns relevantes entre as diversas discordâncias, principalmente o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa.

4.2. Origem histórica do neoconstitucionalismo

Para melhor avaliar este fenômeno é preciso compreender sua origem histórica. Até aproximadamente a Segunda Grande Guerra, prevalecia na Europa continental uma tendência de cultura jurídica prevalentemente legalista. A lei era a

²³SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG. p. 113.

²⁴Trata-se de um conceito formulado, sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira dos últimos anos (...). Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino." *Ibidem*. p. 115.

principal, quando não a única, fonte de direito. Depois da Segunda Guerra Mundial, este cenário sofreu transformações. Percebeu-se, sobretudo com a ascensão democrática do Partido Nazista na Alemanha e do Partido Fascista na Itália, que as maiorias ainda que democraticamente eleitas poderiam restringir via Poder Legislativo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Para tentar impedir que estes abusos que ocorreram pudessem acontecer novamente, buscou-se aumentar o poder das constituições, através da criação de direitos fundamentais constitucionais que protegessem os cidadãos até mesmo do legislador infraconstitucional, a chamada proteção das minorias.

As constituições europeias da segunda metade do século XX, que influenciaram as demais Cartas Magnas mundo afora, sobretudo a América Latina, são documentos mais extensos, analíticos, que tratam de diversas matérias, não apenas de questões civis e políticas, mas culturais, econômicas e sociais. A mudança ocorreu também em outros aspectos, como o procedimental. As modernas constituições são mais programáticas, e incluem direitos de natureza prestacional. Isso fez com que a interpretação destes textos aumentasse a influência da constituição sobre todo o ordenamento, levando a novas técnicas e métodos de leitura e aplicação do Direito.

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.²⁵

Neste cenário, o Poder Judiciário sofreu uma hipertrofia e passou a ser muito importante na arquitetura institucional, visto que é quem definitivamente dá a última palavra sobre a validade ou não de determinada norma, retirando essa faculdade do Poder Legislativo. O juiz é o maior protagonista neste novo cenário, e a

²⁵SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG. p. 118.

ele é demasiadamente confiada a tarefa de garantir as promessas civilizatórias. Este novo papel do Judiciário é conhecido por ativismo judicial.

Pode-se afirmar que, em parte, este modelo é uma tentativa de superação do paradigma positivista, valorizando a razão prática no âmbito jurídico. Para esta corrente neoconstitucional, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental ou deduzido matematicamente da norma, mas também aquilo que o Direito possa equacionar aos princípios, no caso concreto. Deixa-se de lado a lógica formal das ciências “duras” e aproxima-se de uma ideia de racionalidade razoável, reconhecendo a força normativa de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, entre outros.

Tem sido comum o Judiciário como um todo, e não apenas a Suprema Corte, utilizar como argumentos das decisões os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de fazer várias referências filosóficas às argumentações. A técnica de ponderação entre princípios também tem sido bastante utilizada.

4.3. As mais frequentes críticas apontadas pela doutrina

Sarmiento aponta as principais críticas que podem e devem ser tecidas sobre o neoconstitucionalismo, enumerando da seguinte forma as três objeções mais comuns²⁶:

- (a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático;
- (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação em detrimento de regras e subsunção é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades de nossa cultura;
- (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

4.3.1. O suposto teor antidemocrático

Sobre a crítica inicial, pelo fato de o neoconstitucionalismo dar uma maior autoridade ao Judiciário sobre a verdadeira interpretação e sobre a validade ou não das leis, isso causaria um *déficit* democrático, visto que no Brasil os juízes não são eleitos e não estão sujeitos ao *accountability* vertical da população, do controle político de representatividade, ao contrário do Poder Legislativo, que é eleito via

²⁶ *Ibidem*. p. 132.

sufrágio universal e instância representativa da vontade popular por excelência.

Essa “judiocracia” seria menos legítima, porque as decisões sobre a validade das leis ou sobre a sua melhor interpretação, que são decisões políticas, devem ser tomadas pelo próprio povo, direta ou indiretamente, através de seus representantes eleitos. Ainda que se reconheçam a crise de legitimidade dos representantes eleitos e a crítica às decisões majoritárias que não levam em consideração os direitos das minorias, uma excessiva concentração de poderes nas mãos dos Juízes poderia cercear a capacidade do povo decidir os próprios rumos. Esse receio é bastante justificável, porque o nosso ordenamento é permeado por cláusulas abertas, juridicamente indeterminadas e por princípios, fatores que poderiam conceder aos juízes o poder de interpretar o ordenamento conforme suas preferências políticas pessoais, por isso a ideia de ativismo judicial é tão criticada.

Outra provável consequência nefasta seria o enfraquecimento da mobilização política do cidadão. A falta de interesse e do debate acerca de questões que interferem diretamente na vida dos cidadãos pode ser agravada, visto que mesmo que seus representantes eleitos queiram dar prosseguimento a estes interesses, o Judiciário poderá vetá-los. Saber que a última palavra é de membros de uma Corte, sobre os quais o povo não tem nenhum poder de escolha, não instigaria o desejo de fazer mudanças na sociedade via processo legislativo.

O neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que o voto e a política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF.²⁷

O fato de os juízes dizerem o Direito encerraria um debate interdisciplinar e interinstitucional. É preciso que as outras esferas de poder possam também ter uma opinião relevante sobre o que dizem as leis, inclusive o próprio povo, de quem o poder emana²⁸. Ainda, é ingenuidade acreditar que os juízes estão livres da contaminação política, da corrupção ou da influência do poder econômico, só por

²⁷SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG. p. 135.

²⁸Constituição Federal, art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

não fazerem parte do Legislativo democraticamente eleito²⁹.

Aliados a isto, há outros problemas - como a sobrecarga de trabalho dos juízes, que não podem se dedicar com afinco a todos os processos e às suas peculiaridades para aplicar as modernas teorias de interpretação das normas. A falta de conhecimentos técnicos aprofundados de membros do Judiciário em matérias econômicas, sociais, ambientais, entre outras, quando levados a julgar estas questões à revelia das leis, poderia criar sérios problemas de aplicação da ordem judicial.

As leis, ao serem elaboradas contam, geralmente, com comissões técnicas qualificadas para entender e opinar sobre as peculiaridades de temas complexos, devendo, via de regra, esta análise mais acurada do processo legislativo ser preferida. O ativismo judicial não é, *de per se*, algo ruim, mas ele precisa ser feito com máxima e extrema cautela, apenas nos casos difíceis e quando a lei definitivamente não dá uma resposta satisfatória para o problema da realidade.

4.3.2. A aposta nos princípios e a consequente insegurança jurídica

De acordo com esta nova maneira de enfrentar a realidade à luz do Direito, as decisões deverão ser muito mais e melhor fundamentadas, com base em argumentos racionais sólidos, em consonância com as modernas teorias de interpretação. Mas, nem sempre as decisões feitas com base neste método, aplicando a ponderação e os princípios, guardam o cuidado necessário que a teoria neoconstitucional exige.

Preteriram-se, em vários casos, decisões baseadas nas regras legais às decisões fulcradas nos princípios, mesmo quando isso não era necessário. As regras são vistas com bastante desconfiança aos olhos de muitos juízes, por serem automáticas e muito positivistas. Claro que é preciso observar a importância e aplicação dos princípios, mas, agindo de maneira exagerada, estão olvidando o papel das regras no ordenamento. Elas foram criadas justamente para fornecer maior previsibilidade, segurança jurídica e celeridade processual, além de diminuir a chance de erro judicial e de jurisprudência conflitante.

As regras foram criadas democraticamente pelo legislador, e somente em

situações excepcionais não deverão ser aplicadas. O desafio é encontrar uma justa medida, que não engesse o papel do aplicador do direito, mas que também não permita um decisionismo com base em qualquer argumentação.

Naquelas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto. A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem representa o povo e seja por ele escolhido.³⁰

É preciso muito cuidado com a aplicação desta teoria, pois ela poderia também permitir uma penetração de interesses particulares, ideológicos, pessoais, do poder econômico, nas esferas de decisão, é o chamado “oba-oba constitucional”: a qualquer pretexto o juiz poderia relativizar regras em nome de algum princípio.

É esta uma questão aberta e não resolvida: no caso brasileiro necessitamos de um direito mais rígido, para garantir a igualdade formal e impedir a interferência e privilégios dos “amigos do rei” que legislam em causa própria, ou de um direito mais flexível, que oportunize ao Judiciário corrigir as distorções e garantir a justiça substantiva no caso concreto?

4.3.3. A “hiperconstitucionalização” do direito e o enfraquecimento da autonomia popular

As constituições passaram a ser vistas com a finalidade de disciplinar o processo de produção de outras normas jurídicas, como as leis, cabendo, tanto ao intérprete das normas como ao legislador, observar e fazer cumprir os fundamentos, objetivos e princípios constitucionais. Uma ínfima parte da doutrina se mostra contrária a esta tendência, de irradiar os valores humanitários da constituição por todo o ordenamento, mas há de se ouvir aqueles que objetam que este processo

³⁰SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG. p. 141.

deve ter limites, que não se pode anular totalmente o papel das outras leis e do Poder Legislativo.

É necessário impor limites a estes novos poderes do Judiciário. É possível dizer que há uma superação destas barreiras quando se operam o decisionismo e a judicialização da política feita por juízes. Estes primeiros exemplos tratam mais especificamente de conflitos entre agentes públicos, mas também é preciso colocar freios quando há uma interferência muito forte nas relações privadas. Não se pode deixar que, com o intuito de realizar os valores constitucionais, imponham-se condutas paternalistas aos particulares, privando-lhes da liberdade e do direito de escolha. Este tipo de interferência é admitida apenas em situações limite, nas quais exista grave risco de ameaça a direitos fundamentais. É preciso encontrar um equilíbrio entre a liberdade de conformação e a judicialização.

Em perfeita síntese do que poderia ser benéfico ao nosso ordenamento, está a citação de Sarmiento³¹ transcrita a seguir:

O neoconstitucionalismo [...] como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar seu uso. [...] Visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. [...] Certamente, uma visão equilibrada da Teoria do Direito com tais características pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil.

5. HISTÓRICO DA IMPENHORABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No Direito Romano antigo as dívidas contraídas pelo devedor recaíam sobre sua pessoa e poderiam atingir até seus descendentes, e as sanções para o inadimplente eram demasiadamente desproporcionais.

Na Roma antiga, até a lei *Poetelia* (325 a.C.) os credores encontravam garantia à satisfação das obrigações na pessoa do devedor ou, ainda, na pessoa de algum familiar deste. Devido aos abusos e absurdos cometidos pelos patrícios-credores contra os plebeus-devedores, houve um movimento

³¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG. p. 146.

de opinião que se consumou na mudança do sistema. Esta alteração deslocou a garantia à satisfação do credor da esfera da pessoa do devedor, ou de familiar seu, para o patrimônio do devedor.³²

Com o passar dos anos, reconheceu-se que esta forma de se satisfazer o credor era exagerada, e buscaram-se meios para coibir estes abusos contrários à dignidade humana. Primeiro, proibiu-se que as dívidas pudessem permitir a escravização do devedor, depois, em países mais civilizados, não se permitiu mais a prisão por dívidas. Hoje não apenas a pessoa do devedor é protegida, mas também seu patrimônio, com vistas a impedir que a contração de uma dívida o reduza a uma situação indigna. No Brasil, desde o século XX, esta previsão de proteção de um mínimo patrimonial é observada.

O primeiro Código de Processo Civil Federal brasileiro data de 1939, Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939. Em que pese ter sido promulgado em um período ditatorial, durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, no qual não havia espaço para deliberação do legislador democraticamente eleito e muito menos de participação popular efetiva, esta Lei já especificava as hipóteses legais de impenhorabilidade absoluta, com vistas a garantir o direito de um “mínimo existencial”, em seu art. 942.

Também havia neste diploma a previsão de impenhorabilidade do salário, no inciso VII, excetuando apenas a questão da prestação de alimentos.

Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados:

VII – 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 prestação³³;

O Código de 1939 viveu por trinta e quatro anos. A sociedade brasileira modificou-se drasticamente neste período, houve um enorme êxodo rural, principalmente com a industrialização do país, e as cidades passaram a abrigar e concentrar cada vez mais pessoas. Com estas mudanças profundas na sociedade,

³² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.73.

³³ BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

também se modificaram as relações jurídicas, e a legislação processual teve de se transformar para aperfeiçoar-se àquela nova composição social.

Desta vez, sobre a égide de outro período autocrático, a ditadura militar, foi criado o Código de Processo Civil de 1973, Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Paradoxalmente, apesar do evidente *déficit* democrático, esta legislação também buscou salvaguardar os direitos do devedor, baseados em princípios humanitários.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia³⁴;

Na redação original desta lei, havia também um rol de impenhorabilidades absolutas, desta feita sublinhado no art. 649, e a hipótese de impenhorabilidade salarial estava prevista no inciso IV, que também ressaltava a hipótese de penhorabilidade em caso de prestação alimentícia.

5.1. A crise no processo de execução e a reforma legislativa de 2006

Assim como o primeiro Código de Processo Civil Federal de nossa história estava defasado, visto que a velocidade das mudanças sociais, políticas e econômicas do Brasil foram muito aceleradas, também se fizeram necessárias melhoras no Código de 1973 para acompanhar as transições da sociedade. Houve, para cumprir este objetivo, várias reformas legislativas.

Uma das principais mudanças³⁵ ocorreu em 2006, com a Lei 11.382 de 6 de Dezembro de 2006³⁶, que alterou quase uma centena de dispositivos do Código, principalmente no que tange ao processo de execução, que era visto como o “calcanhar de Aquiles” do processo civil brasileiro.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Lei N. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

³⁵ Houve também outras reformas legislativas importantes, como a alteração trazida pela Lei 11.232/05, que extinguiu a execução de títulos judiciais e instituiu a fase ou etapa do processo de conhecimento.

³⁶ BRASIL. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Lei Nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

Houve mudanças legislativas estruturais no processo de conhecimento, já em 2006 foi a vez do processo de execução que necessitava de alterações emergenciais, visto que, nos moldes em que estava, constituía um antijurídico estímulo à inadimplência e ilicitude, porque benevolente com o autor de ilícitos, ou seja, com aquele que causa danos morais e materiais a outrem. O contexto anterior às reformas ensejou verdadeira crise na jurisdição, pois uma execução sem resultados constitui entrave gravíssimo à prestação jurisdicional do Estado.³⁷

O projeto de lei tramitou inicialmente em 19/11/2004, na Câmara dos Deputados, como PL 4497/2004. Este foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP³⁸, e foi apresentado pelo Ministro da Justiça. Foi fruto de um amplo debate de uma equipe técnica extremamente qualificada, que buscava aprimorar o processo civil brasileiro,³⁹ conferindo-lhe maior celeridade e eficiência.

O texto original do Projeto de Lei tinha como intuito, em relação ao processo de execução, regular da seguinte maneira a questão das impenhorabilidades:

Art. 649.

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.”

“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.”

³⁷ PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 17.

³⁸ GIANNICO, Maurício. Breves Comentários Sobre a Lei n. 11.382/06. Disponível em: <<http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/mau-lei11382-execucao-titulo-extrajudicial04.pdf>> p. 03. Acesso em: 30 de jun. 2015.

³⁹ "Com o objetivo de propiciar o mais amplo debate no concernente a um melhor processo de execução, vale mencionar que as normas a seguir expostas foram durante dois anos debatidas no Instituto Brasileiro de Direito Processual, e posteriormente no Ministério da Justiça, bem como submetidas à crítica dos processualistas e dos operadores do processo; assim, foram bem cumpridas as etapas de reflexão e crítica necessárias a uma tomada de posição sobre assunto de tanto interesse, principalmente interesse prático, na defesa dos direitos invocados em juízo." p. 18. BRASIL. Projeto de Lei. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao Processo de Execução e a outros assuntos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C0D26215AFDBDC8CD351E4FCB1910B0A.proposicoesWeb2?codteor=252414&filename=Tramitacao-PL+4497/2004> . Acesso em: 30 de jun. 2015.

No entanto, o § 3º e o Parágrafo único do art. 649 foram vetados pelo então presidente da República. Para os fins deste estudo analisar-se-ão apenas os motivos do veto relacionados à impenhorabilidade do salário.

O legislador, ao tentar proteger a dignidade do devedor, operou um movimento inverso - ao exagerar no rol de impenhorabilidades do patrimônio do devedor - criou um grande desequilíbrio, levando à crise e ao descrédito o processo de execução.

5.2. As razões do veto ao § 3º e o Parágrafo único do Art. 649

Cumpra aqui informar que, conforme a Constituição Federal⁴⁰, o veto presidencial a um Projeto de Lei só poderá ser feito com base em dois argumentos: inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público. No entanto, a argumentação trazida à baila para justificar o veto presidencial foi extremamente frágil, e não apontou para nenhum dos dois motivos elencados pela Carta Maior. Segue a transcrição original da mensagem de veto:

Razões dos vetos⁴¹

“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.**

⁴⁰ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁴¹ BRASIL. Mensagem de Veto Presidencial. Mensagem Nº 1.047, de 6 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei no 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. "Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo." (grifo nosso)

É importante ressaltar que até mesmo na razão dos vetos está apontada a afirmação de que a proposta de limitar o valor do salário a ser penhorado em vinte salários mínimos "parece razoável". O argumento trazido para justificar a decisão de vetar os dispositivos da Lei foi o de que o estabelecimento de um critério objetivo, a partir do qual não poderá mais se presumir que os rendimentos pessoais tenham caráter alimentar, é *contrário à tradição jurídica brasileira*. Ainda, *entendeu-se que o assunto deveria voltar a ser debatido pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral*. Estas razões merecem uma análise mais acurada.

Cabe ressaltar que as propostas de alteração do Código de Processo Civil de 1973 foram amplamente debatidas durante aproximadamente dois anos pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e posteriormente discutidas no Ministério da Justiça. O processo legislativo, desde o protocolo inicial do projeto de lei até a sua promulgação, levou cerca de dois anos, controvertido adequadamente, seguindo os trâmites legais, entre as duas casas legislativas, com a possibilidade de acompanhamento e contribuição por qualquer cidadão. É evidente que o Executivo extrapolou sua competência, e até certo ponto ofendeu o princípio pétreo da separação dos Poderes. Aqui cabe a argumentação de Marinoni e Arenhart⁴² sobre ser justamente o processo legislativo o espaço adequado para fazer este debate e sobre a inconstitucionalidade do veto:

O motivo apontado para o veto é apenas a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas nas regras, o que, evidentemente, não constitui razão suficiente para autorizá-lo. O espaço para discussão da viabilidade de nova disciplina jurídica é exatamente o Legislativo, não se admitindo que o executivo possa alegar, não obstante a decisão legislativa pela instituição da regra, que o seu conteúdo deve ser melhor discutido.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, volume 3: execução. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 261.

O argumento de a impenhorabilidade absoluta dos rendimentos pessoais ser uma *tradição* no processo civil brasileiro nada tem de relevante. Tradições existem para ser mantidas ou para serem superadas, e é papel da sociedade, diretamente ou por meio de seus representantes, escolher qual destes dois caminhos deve ser seguido, e não do Poder Executivo.

Por estes motivos, os processualistas supracitados acreditam que o veto é inconstitucional e que a regra de penhorabilidade do salário, quando este for superior a 20 (vinte) salários-mínimos, deve ser aplicada.

Em conta disso, parece manifesta a inconstitucionalidade do veto presidencial aposto, que merece ser reconhecido, de forma a tornar aplicáveis as regras em questão. Não se alegue, a respeito, que esse controle de constitucionalidade seria inviável na medida em que deveria ter sido feito pelo Legislativo – que poderia rejeitar o veto. Embora coubesse, de fato, ao Legislativo essa providência, isso não exclui a possibilidade de que esse controle seja feito também pelo Poder Judiciário. Outrossim, esse controle tanto pode ocorrer por via direta como por via incidental, de modo que qualquer juiz pode – e deve – afastar o veto presidencial em questão, admitindo a penhora nos termos dos preceitos aqui tratados.

Além disto, o veto viola frontalmente a cláusula da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*). De fato, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo inviabiliza proteção adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O impedimento da penhora de tais bens obstaculiza a tutela prometida pelo direito material e, por consequência, o exercício efetivo do direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF). Ou melhor, o Estado, diante do veto, está conferindo proteção insuficiente ao direito fundamental de ação, impedindo o seu exercício de forma efetiva ou de modo a permitir a tutela do direito de crédito. Na verdade, ao chancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante.⁴³

A própria argumentação do veto do §3º do art. 649 é contraditória com a arguição do veto do art. 6º da Lei 11.382/2006, que previa o prazo de seis meses para a entrada em vigor destas alterações processuais. Primeiramente, argumentou-se que o tema deveria ser mais bem debatido, e, posteriormente, admitiu-se que o conteúdo do Projeto de Lei fora amplamente debatido pela comunidade jurídica, evidenciando uma contradição lógica bastante evidente.

A entrada em vigor das alterações relativas ao cumprimento das sentenças sem a entrada em vigor das alterações relativas ao processo de execução gerou leve quebra do sistema processual civil.

Ademais, **o conteúdo do presente Projeto de Lei foi largamente debatido pela comunidade jurídica durante o seu trâmite parlamentar,**

⁴³ *Ibidem*. p. 262.

não se fazendo necessário aguardar seis meses para que se tenha o amplo conhecimento de que fala o art. 8o da Lei Complementar no 95, de 1998.

Assim, parece conveniente o veto à cláusula de vigência para fazer com que a Lei entre em vigor quarenta e cinco dias após a data de sua publicação, nos termos do art. 1o do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. (grifo nosso)

Ainda, até mesmo a arguição de que a criação de um limite objetivo da remuneração é contrária à tradição jurídica brasileira encontra barreira em outras regras instituídas pela própria Lei 11.382/2006. Esta lei incluiu o inciso X no art. 649, considerando absolutamente impenhorável “X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança”, ou seja, é possível penhorar os valores que se encontram depositados em caderneta de poupança que superem o valor de 40 (quarenta) salários mínimos.

Ora, se o argumento de contrariedade à tradição jurídica brasileira, *no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração*, fosse realmente um empecilho, deveria ter-se aplicado a mesma lógica ao dispositivo do inciso X - que deveria ser vetado, mas não foi. É muito difícil sustentar logicamente que para o salário não se pode estabelecer um limite para a impenhorabilidade, enquanto que esse raciocínio não se aplica aos valores depositados em caderneta de poupança.

Em virtude da inconstitucionalidade do veto aqui analisada, há concordância com a argumentação dos processualistas curitibanos, e defende-se, portanto, que o juiz, no caso concreto, aplique a regra da Lei 11.382/2006, alegando a inconstitucionalidade do veto presidencial.

6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de 1973 foi muitas vezes reformado. No entanto, para conferir maior organicidade e sistematização a este diploma, tendo em consideração as inúmeras reformas que recebeu, entendeu-se que já era tempo de se criar um novo Código de Processo Civil.

Este novo Código iniciou a tramitação como Projeto de Lei 8.046/2010, inicialmente na Câmara dos Deputados, em 22/12/2010. Depois de quase cinco anos de debates, foi promulgado o Novo Código, Lei 13.105, de 16 de Março de 2015, cuja entrada em vigor será, *a priori*, em 16 de março de 2016, conforme

disposto no Art. 1.045: “Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.” Este novo diploma legal finalmente inova o tratamento de inúmeros institutos, dentre eles, a relativização da impenhorabilidade absoluta do salário.

No processo de elaboração do Novo Código, o debate democrático foi amplo, com uma série de sessões e audiências públicas, nas quais se ouviu os clamores da população e as opiniões dos principais processualistas sobre o assunto. A questão da criação de um limite objetivo para a impenhorabilidade do salário foi aventada na 8ª Audiência Pública⁴⁴, realizada em 16/04/2010 na cidade de Curitiba/PR, entre os principais aspectos abordados. Desta vez, o limite objetivo aventado para a impenhorabilidade era o montante de 15 (quinze) salários mínimos.

Aqui emprega-se o termo salário na sua acepção mais ampla, relacionada aos proventos da pessoa física. A conceituação do civilista Paulo Lôbo sobre proventos, muito bem se aplica para definir o sentido em que utilizaremos o termo salário ao longo deste trabalho:

A lei utiliza o termo “proventos” como gênero, do qual são espécies: a) as remunerações de trabalho assalariado público ou privado; b) as remunerações decorrentes do trabalho prestado na condição de empresário; c) as remunerações de aposentadoria, como trabalhador inativo; d) os honorários do profissional liberal; e) o pro labore do serviço prestado.

Sua origem etimológica autoriza a abrangência, pois vem do latim *proventus*, com sentido de ganho, proveito, resultado obtido ou lucro no negócio. No sentido estrito do termo, proventos tem sido empregado para remuneração de aposentadoria. Os rendimentos concernem a qualquer atividade desenvolvida [...], seja agrícola, liberal, industrial, comercial.⁴⁵

Apesar da racionalidade acerca da tentativa de estabelecer um limite justo e adequado a partir do qual não se poderia presumir que o valor do salário compunha natureza alimentar, o resultado final, promulgado na Lei, foi o limite de 50 (cinquenta) salários mínimos.

Art. 833. São impenhoráveis:

⁴⁴Restabelecer a redação antiga do art. 649, §3º e do art. 650, parágrafo único, para tornar possível a penhora de bens de grande valor. Tornar possível a penhora de bem de família, no que excedera mil salários mínimos. Permitir a penhora de salário, em até 40% dos salários acima de 15 salários mínimos.” BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> p. 371. Acesso em: 30 de jun. 2015.

⁴⁵ LOBO, Paulo. Direito civil : famílias. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 346.

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

§ 2º 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.

É preciso reconhecer, entretanto, que o legislador avançou. Se antes o salário era absolutamente impenhorável, e qualquer tentativa de limitação a essa impenhorabilidade era *contrária à tradição jurídica brasileira de impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração*, ao menos agora há um limite objetivo, estabelecido em lei, acima do qual não mais se presume que o salário ainda tenha natureza alimentar. Mas este avanço poderia ter sido muito maior, reconhecendo um limite verdadeiramente razoável e proporcional, levando em conta o padrão médio de salários recebidos no Brasil.

Este critério do médio padrão de vida é mais plausível, e está expressamente admitido no texto legal trazido pela reforma de 2006:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, **salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida**.

A redação deste artigo está em perfeita sintonia com os demais princípios processuais e constitucionais do ordenamento. Seria razoável que fosse aplicada a mesma lógica, ou seja, excetuar o patrimônio *de elevado valor ou que ultrapasse as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida* para todas as hipóteses de impenhorabilidade.

7. PRINCÍPIOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

No processo de execução vigoram todos os demais princípios processuais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a inércia da

jurisdição, entre outros. Segundo Talamini e Wambier⁴⁶ a extensão da aplicação dos princípios processuais ao processo de execução não sofre alterações substanciais no CPC/2015. Os princípios processuais foram depreendidos do escopo principal do processo civil, segundo lição de Giuseppe Chiovenda:

Concebeu Chiovenda fórmula muito expressiva, segundo a qual o processo se destina a proporcionar a quem dele necessita para fazer valer sua afirmação de direito, exatamente aquilo que receberia se tivesse havido o cumprimento espontâneo da obrigação.⁴⁷

Entre os princípios comumente destacados como fundamentais no processo de execução, alguns são entendidos pela doutrina como praticamente exclusivos do processo executivo. Outros princípios gerais do processo aplicam-se ao processo de execução de maneira peculiar. Os autores acima dividem a classificação dos princípios no processo de execução desta maneira: entre os específicos ou setoriais da execução; e os princípios gerais do processo civil, cuja aplicação ao processo de execução está sujeita a alguma particularidade.

7.1. Princípios setoriais da execução

No processo civil, a fase (ou processo) de execução, também chamada de fase de cumprimento de sentença, inicia após a fase de conhecimento. Na execução o contraditório é bastante dirimido, e a jurisdição se volta para fazer valer o mandamento judicial, de viés mais pragmático, pois parte do pressuposto que o direito já foi discutido. Por ter um objetivo diferente do processo de conhecimento, é natural que a execução possua alguns princípios próprios ou setoriais.

7.1.1. Princípio da autonomia da execução

O processo de execução é funcionalmente autônomo. A fase de execução é diferente das demais fases ou processos, como o processo de conhecimento ou o processo cautelar.

⁴⁶ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 181.

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de Processo, vol. 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003. p.142.

Há também uma autonomia estrutural, pois o processo de execução pode ser autônomo e independente. No novo código, há permanências e mudanças. O objetivo do legislador era reduzir esta autonomia, mas ela permanece em algumas situações, como quando a execução (por título extrajudicial, por exemplo) ocorre em processo próprio.

7.1.2. Princípio da *nulla executio sine titulo*

A presença de um título executivo, judicial ou extrajudicial, é o suficiente para que se instaure um processo judicial contra o devedor. Há uma crítica por parte da doutrina em classificar a sentença judicial como título executivo, devido à sua desnecessidade, já que algumas ações se executam de ofício.

7.1.3. Princípio da realidade da execução

Estes princípios estão positivados na nova Lei Processual, no art. 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. É a mesma redação do art. 591 do CPC de 1973. Sobre isto, assim posicionam-se Talamini e Wambier⁴⁸:

De acordo com o princípio da realidade da execução, a execução civil recai precipuamente sobre o patrimônio do executado, e não sobre sua pessoa. Mas há marcantes exceções: pense-se, por exemplo, na remoção, com uso de força, do executado do bem imóvel objeto de execução; no uso da prisão civil contra o devedor de alimentos; no emprego dos meios de *pressão psicológica*, mesmo quando esses tem caráter patrimonial. [...]

A diretriz de responsabilidade patrimonial implica que: (I) todos os bens do devedor respondem por suas obrigações (inclusive os que ingressaram em seu patrimônio depois de contraída a dívida ou iniciada a execução); (II) somente os bens do devedor respondem por suas obrigações. Mas também aqui há marcantes exceções, legalmente estipuladas: (I) impenhorabilidades; e (II) responsabilidade patrimonial de terceiros, respectivamente.

⁴⁸ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 183.

7.1.4. Princípio da responsabilidade patrimonial

O título executivo submete o devedor à responsabilidade patrimonial. Esta última, por sua vez, é uma relação de sujeição a que o patrimônio do devedor (e não a sua pessoa) se submete frente ao direito do credor de ter seu crédito adimplido.

Por razões de ordem pública, social ou humanitária, a lei exclui da responsabilidade patrimonial alguns bens específicos do executado. Trata-se dos bens absoluta e relativamente impenhoráveis.

Absolutamente impenhoráveis são os bens que, em hipótese alguma, podem vir a ser objeto de penhora e alienação, na execução por quantia certa. Não havendo nenhum outro bem, a execução poderá até resultar infrutífera (não obter sucesso), que mesmo assim persistirá o veto à expropriação desses bens.⁴⁹

No Código de Processo Civil de 1973, havia uma grande gama de bens impenhoráveis, que fazia pender a balança demasiadamente para o lado do devedor. Buscando coibir essas garantias excessivas e em desconformidade com o ordenamento, o legislador editou a Lei 11.382/2006.

Antes da reforma de 2006, quaisquer bens que guarnecessem a residência do devedor eram impenhoráveis. Depois, acrescentou-se à redação do art. 649, II “salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”. Pode-se observar que aqui acertou o legislador, ao destituir da impenhorabilidade os bens que fogem ao “médio padrão de vida”. Havendo bens em duplicidade – por exemplo, duas televisões – penhora-se o de maior valor.

7.1.5. Princípio da disponibilidade da execução

O art. 797 do Novo CPC reza que: “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”, repetindo a regra do art. 612 do CPC de 1973. O que se extrai do escrito acima é a interpretação literal de que a execução realiza-se buscando a satisfação do interesse do credor.

⁴⁹ TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

Tanto é dessa forma que o credor pode desistir da ação, a qualquer momento, sem que o devedor possa objetar. Pode também transferir o seu direito a um terceiro, que tomará o seu lugar tornando-se a parte autora da ação, mesmo no curso da execução, fato ao qual o devedor deve se sujeitar, sem a possibilidade de qualquer recurso.

7.2. Incidência na execução dos princípios gerais do processo civil

Obviamente também incidem na fase executória e no processo de execução os princípios gerais do processo civil, que devem orientar o magistrado na busca pela melhor solução jurídica para o caso concreto.

7.2.1. Princípio da máxima utilidade da execução

O principal objetivo do princípio da máxima utilidade da execução é fazer com que a execução se dê em proveito do credor, buscando o resultado real mais próximo que teria caso não tivesse seu direito infringido. É um desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, compendiada no brocardo jurídico de que “o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito”.

Esse princípio, entretanto, assume especial importância na execução, na medida em que, nesta, a atuação da sanção e a satisfação do credor só são concretamente atingidos mediante obtenção de resultados materiais, fisicamente tangíveis: só se estará dando a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe cabe quando se consegue, mediante meios executivos, modificar a realidade, fazendo surgir situação concreta similar, quando não idêntica, a que se teria com a observância espontânea das normas.⁵⁰

Inclusive, para Talamini e Wambier, este princípio deriva do mandamento constitucional do art. 5º, XXXV, inerente à garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional adequada. Está em consonância também com o art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 184.

O princípio da máxima utilidade da execução é um desdobramento, em sede executiva, do princípio segundo o qual da atividade jurisdicional deve a parte receber exatamente aquilo a que tem direito (princípio da máxima utilidade da tutela jurisdicional).

Justamente no processo de execução [...] o que se quer são atos materiais, de força, capazes de compelir o executado ao cumprimento da obrigação a que foi condenado (se de título judicial se tratar) ou a que se comprometeu pela via obrigacional (título extrajudicial).⁵¹

Uma série de medidas judiciais derivam da busca pelo cumprimento deste princípio, como a previsão de multa diária; a execução provisória; a antecipação de tutela no processo de execução; arresto de bens do devedor não encontrado, entre outras.

7.2.2. Princípio do menor sacrifício do executado

A norma do art. 805 do Novo Código de Processo Civil, de redação idêntica ao art. 620 do Código anterior, orienta que a execução deve ser feita de maneira a produzir a menor onerosidade ao executado. “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.” Desta leitura extraímos que o objetivo do processo executório não é a punição do devedor por sua conduta antijurídica, mas sim, satisfazer o seu débito para com o credor. Ainda, este princípio encontra guarida no mandamento da proporcionalidade.

O disposto no art. 620 não é mais do que desdobramento do princípio da proporcionalidade, que permeia todo o direito (não só o processual). Pelo princípio da proporcionalidade, sempre que houver a necessidade de sacrifício de um princípio em prol de outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário.⁵²

Levando este dispositivo em consideração, muitas garantias são dadas ao credor para que a sua obrigação não seja demasiado punitiva. Como exemplos podemos citar⁵³:

⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de Processo vol. 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003. p. 143.

⁵² TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 186

⁵³ *Idem.*

(I) O direito de pedir a substituição do bem penhorado, conforme art. 847: “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente”;

(II) O direito de requerer a substituição do bem penhorado, mesmo tendo passado os dez dias do artigo supracitado, nas hipóteses do art. 848;

(III) A possibilidade, via de regra, de o depositário ficar com os bens penhorados na qualidade de depositário, nas hipóteses do art. 840 § 2º: “Os bens poderão ser depositados em poder do executado nos casos de difícil remoção ou quando anuir o exequente”;

(IV) O direito de não ter seu bem vendido por preço extremamente baixo, conforme art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil;

(V) A impenhorabilidade absoluta dos bens do devedor, disposto no rol do art. 833, a impenhorabilidade relativa, conforme o art. 834, bem como as hipóteses de impenhorabilidade da Lei 8.009/1990;

(VI) O direito que tem o executado de, reconhecendo a dívida, poder pagá-la em parcelas mensais, conforme disposto no art. 916.

7.3. A doutrina de Luiz Edson Fachin

Cabe também colacionar, em muito como contraponto a o que se defende neste trabalho, a obra de Luiz Edson Fachin. No livro “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, obra de caráter fortemente humanista, Fachin enumera outros princípios para o processo de execução, com forte conotação da defesa da pessoa do devedor e de sua dignidade:

A execução deve ter atividades disciplinadas em lei e consoante a todos os mandamentos constitucionais, dentre eles:

- a. princípio da *nulla executio sine titulo*, cabendo ao exequente apresentar a prova da inexecução da obrigação pactuada devidamente comprovada com o protesto ou qualquer outro meio legalmente permitido e o título executivo, seja judicial ou extrajudicial, que represente ou comprove a obrigação assumida (art. 566, I do CPC);
- b. princípio da inércia ou da demanda, uma vez que a jurisdição é inerte, cabendo ao credor insatisfeito promover a execução judicial (art. 2 do CPC);
- c. princípio da responsabilidade do exequente (art. 574 do CPC);
- d. princípio da determinação legal ou judicial dos atos executivos (art. 577 do CPC);
- e. princípio da documentalidade, a apresentação judicial do título no original sob pena de indeferimento da inicial (art. 584 e 585 do CPC);
- f. princípio da liquidez e certeza do título executivo (art. 586 do CPC);
- g. princípio da responsabilidade do devedor sobre as obrigações assumidas, com seus bens presentes e futuros (art. 591 do CPC);
- h. princípio do interesse do credor, em virtude do qual a execução se realiza (art. 612 do CPC);
- i. princípio da escolha pelo credor do tipo de execução a ser ajuizada (art. 615, I do CPC);

- j. princípio da menor onerosidade da execução em face do executado (art. 620 do CPC);
- k. princípio da relatividade, não incidindo sobre os bens considerados impenhoráveis ou inalienáveis (art. 648 do CPC);
- l. princípio da substituição a qualquer tempo do bem penhorado por dinheiro (art. 688 do CPC);
- m. princípio da remissão da execução a qualquer tempo desde que antes da arrematação ou da adjudicação (art. 651 do CPC);
- n. por fim, o princípio de que a execução não pode levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana.⁵⁴

Até mesmo a doutrina mais protetiva reconhece o princípio da responsabilidade do devedor sobre as obrigações assumidas, com seus bens presentes e futuros, e o princípio do interesse do credor (similar ao da máxima utilidade da execução), em virtude do qual a execução se realiza.

Em que pese o autor trazer à baila o princípio da relatividade, que protege os bens impenhoráveis, e o princípio de que a execução não pode levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana, aqui se demonstrará que a defesa da relativização da impenhorabilidade de altos salários em nada confronta com estes princípios, pelo contrário, reforça a igualdade material e protege os verdadeiramente hipossuficientes.

8. BALANCEAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS

No curso do processo de execução o juiz deparar-se-á, inevitavelmente, com a oposição de dois valores fundamentais: por um lado, a satisfação do credor, amparada no princípio da máxima utilidade da execução – e, por outro lado, a preocupação com a não penalização excessiva do devedor, alicerçada no princípio do menor sacrifício do devedor.

Quando ocorre um choque entre princípios igualmente relevantes, é necessária ponderação no caso concreto, entre os dois princípios, para se atingir o resultado mais justo.

Retome-se o exemplo da faculdade que tem o devedor, no processo de execução, do Livro II do Código, de requerer a substituição do bem penhorado por outro (art. 847) – expressão do princípio do menor sacrifício possível. O art. 835, por sua vez, estabelece uma ordem de preferência dos bens a serem penhorados, a qual toma em conta, sobretudo, o princípio da máxima utilidade da execução (deu-se preferência ao dinheiro e, na ótica do

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 184.

legislador, aos bens mais fáceis de serem alienados). Eventualmente, o devedor sugere a substituição do bem sem respeitar rigorosamente a ordem prevista. Nem por isso, necessariamente, será desprezado pleito de substituição do devedor. Se concretamente for verificado que a penhora de outro bem, anterior na ordem legal de preferência, redundaria em graves prejuízos ao devedor (exemplo: penhora do dinheiro destinado às despesas mínimas e essenciais para que o estabelecimento comercial da sociedade executada continue funcionando), poderá ser desconsiderada a hierarquia prevista no art. 835. Neste exemplo, teria prevalecido, na medida do necessário e útil ao processo, o princípio do menor sacrifício do devedor. O mesmo substrato legal poderia ser utilizado para exemplo no sentido oposto: é penhorado bem, respeitando-se a ordem do art. 835; o credor impugna a nomeação, pedindo que a penhora recaia sobre outro bem, que é posterior, na ordem legal, ao indicado pelo devedor, diante das circunstâncias concretas poderá o juiz acolher a impugnação do credor, por reputar que só assim a execução atingirá resultado satisfatório e útil.⁵⁵

No caso concreto, quando há um confronto de princípios será feito um juízo de proporcionalidade. A regra do art. 835 procura privilegiar a eficiência da execução, mas sem desconsiderar o princípio do menor sacrifício do executado (art. 805). Precisamente por buscar o equilíbrio entre dois princípios, tal ordem não é rígida e absoluta.

É importante salientar que o CPC de 2015 inova quando redige o art. 835 § 1º: “É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. Em verdade, a doutrina e jurisprudência já largamente admitiam que a penhora pudesse recair sobre bens em posição posterior na ordem de preferência, tendo em vista o princípio do menor sacrifício do executado, visto que poderia ser extremamente grave a consequência de uma leitura restrita do dispositivo legal.

Essa relativização da regra processual pode até mesmo beneficiar o credor. O art. 848 estabelece hipóteses para se requerer a substituição da penhora, para ambas as partes, por exemplo, quando a penhora recai sobre um bem de baixa liquidez (inciso V) ou quando fracassar a tentativa de alienação judicial do bem (inciso VI). Isto vai ao encontro dos princípios do processo de execução, notadamente o da máxima utilidade da execução.

8.1. Balanceamento entre o princípio que embasa a regra da impenhorabilidade do salário e do princípio da máxima utilidade da execução

⁵⁵ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil : execução, volume 2 – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 188.

Como já fora tratado anteriormente, arguiu-se que se deve afastar a regra de impenhorabilidade do salário quando o devedor receber proventos maiores do que 20 (vinte) salários-mínimos em virtude da inconstitucionalidade do veto, por padecer de inconstitucionalidade formal. Entretanto, há quem afirme que o rol de impenhorabilidades no processo civil brasileiro também é materialmente inconstitucional.

O rol exagerado de impenhorabilidades está em flagrante contradição com a duração razoável do processo, com o acesso à justiça, devido processo legal, responsabilidade civil protetora da dignidade humana e função jurisdicional previstos na Constituição da República. Em suma [...] são inconstitucionais.⁵⁶

No entanto, mesmo que se entenda que a impenhorabilidade do salário de alta monta é material e formalmente constitucional, também poderá ser relativizada a aplicação da regra da impenhorabilidade em face de outros princípios constitucionais entendidos como mais importantes no caso concreto.

Veja-se que a regra da impenhorabilidade deriva do princípio da dignidade humana⁵⁷ e da proteção do mínimo existencial, ambos de valor constitucional, enquanto que a relativização da impenhorabilidade está fulcrada nos valores da segurança jurídica, na ordem econômica⁵⁸ e no princípio da tutela jurisdicional efetiva.⁵⁹

Admite-se como incontestado, contemporaneamente, que no rol dos direitos fundamentais da pessoa (natural ou jurídica) encontra-se o *direito fundamental à eficácia da jurisdição*. Alçado à mesma categoria dos demais direitos fundamentais e, em razão disso, revestido de força diferenciada, que o afasta da antiga noção de norma meramente programática, o direito à tutela jurisdicional adquire novo *status*.⁶⁰

Como explicitado no início deste trabalho, deve-se fazer um sopesamento, no caso concreto, entre a regra contida no art. 649, IV do antigo Código de Processo Civil (e art. 833, II e §2º do novo diploma processual) derivada do princípio da dignidade humana com os outros princípios constitucionais acima citados. No caso de confronto entre uma regra e um princípio, quando a regra é aplicável ao caso

⁵⁶ PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 105.

⁵⁷ Sobre a dignidade da pessoa humana falaremos no capítulo seguinte.

⁵⁸ Constituição Federal, art. 170 e incisos.

⁵⁹ Constituição Federal, art. 5º XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁶⁰ PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p.142.

concreto, mas sua aplicação pode gerar vários problemas, a melhor solução é sopesar o princípio que dá origem à regra com o outro princípio em colisão.

Ao fazer isso, o juiz estará criando nova regra, que se consolidada pela jurisprudência, poderá ser aplicada como se regra fosse a todos os casos similares. Não será necessário fazer este sopesamento em todo caso concreto, visto que se pode aplicar esta construção como regra, conforme visto anteriormente.

Defendemos aqui que, no caso da colisão acima referida, deve prevalecer o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Não se trata de decidir não aplicar o princípio da dignidade humana, e sim, de interpretar que essa regra de impenhorabilidade não está protegendo o mínimo existencial ou a existência digna, e sim o patrimônio elevado de um devedor inadimplente. Como será demonstrado a seguir, a dignidade da pessoa humana tem contornos que não se encaixam na defesa da existência da regra da impenhorabilidade de altos salários.

9. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O argumento da dignidade da pessoa humana é exageradamente utilizado, principalmente no Brasil, como fundamento racional para as situações judiciais mais díspares possíveis⁶¹. Com vistas a impedir que este princípio, que sem dúvidas é de extrema importância, seja usado em contextos nos quais não tem qualquer relevância, e até mesmo para promover a dignidade e não esvaziar seu conteúdo, importância e aplicação, é preciso se fixar limites e parâmetros mínimos para poder utilizar este princípio como recurso argumentativo. Sobre a abrangência do assunto, assim leciona o Ministro Luís Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões

⁶¹“Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homo afetivas, *hate speech*, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.” BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 03.

judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica.⁶²

Um argumento que pode ser utilizado por dois lados contrários em uma discussão provavelmente não será útil a nenhum deles. Para que a dignidade humana sirva efetivamente como recurso relevante, é urgente e necessário que para ela se estabeleça um conceito menos subjetivo, mais evidente, que possa ser mais bem operacionalizado. No entanto, deve-se levar em consideração que esta definição é variável, conforme a época e conforme os agentes que a operacionalizam. Tanto é verdade que há vários autores que identificam este princípio, devido à sua abrangência e plasticidade como meramente retórico e até mesmo como inútil.

9.1. Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro

O primeiro passo em direção a fornecer uma maior concretude a este princípio é identificar a sua natureza jurídica. A nossa Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República. Para nosso ordenamento, a dignidade humana é um *valor*, ligado à ideia de bom, de correto, de justo. É tão importante para o Direito como outros valores, a exemplo da vida, da liberdade e da justiça. Antes mesmo de estar positivado no ordenamento, este princípio já exercia grande influência na política e no Direito, na elaboração das leis e na sua aplicação.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.⁶³

⁶² *Idem.*

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 10.

O autor procurou estabelecer, para fins didáticos, as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade humana em particular, em três categorias: direta, interpretativa e negativa.

9.2. A eficácia dos princípios e da dignidade humana no ordenamento

Pela eficácia direta, a aplicação do princípio é parecida com a da regra. Em que pese o princípio ser mais abrangente, sempre possuirá um núcleo sob o qual se poderá extrair algum mandamento concreto. Por exemplo, o STF extraiu a regra da proibição do nepotismo através da leitura do princípio da impessoalidade.

A eficácia interpretativa indica que os valores contidos nos princípios condicionam o sentido e a abrangência das normas. Sendo assim, princípios como a dignidade humana terão uma dimensão de peso maior em casos que envolvam ponderação. Serve também como critério para preencher as lacunas legislativas em casos de não previsão expressa de uma regra.

A eficácia negativa, por sua vez, tem como consequência a suspensão da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio afetado, muito comum em casos de controle de constitucionalidade abstrato ou concreto. Também é preciso observar que, apesar da importância da dignidade humana, ela, como qualquer outro princípio, não possui caráter absoluto, e portanto, também pode ser relativizada.

Embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão.⁶⁴

9.3. Conteúdos mínimos da dignidade humana

Como a dignidade humana se tornou tão importante, já se falou sobre a necessidade de se preencher esta categoria jurídica de conteúdos mínimos, para fornecer coesão, aceitação e objetividade à sua interpretação e aplicação.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 15.

Dentre estes conteúdos mínimos, os dois principais apontados por Barroso são a *laicidade* e a busca pelo máximo de *neutralidade e universalização política* possível. Pelo primeiro, para estabelecer o critério de dignidade, não se pode preferir uma determinada interpretação religiosa, ainda que majoritária. É preciso respeitar todas as definições de dignidade ofertadas pelas diferentes religiões.

Também é imprescindível buscar o máximo de *neutralidade e universalização política* possível na tentativa de fixar os conteúdos mínimos da dignidade, com a ancoragem de elementos que possam razoavelmente ser defendidos por pessoas das principais concepções políticas democráticas: conservadores, liberais e socialistas.

9.4. Elementos essenciais da dignidade

Barroso ainda traçou os três elementos essenciais da dignidade humana, que necessariamente deverão ser observados e aplicados a qualquer ser humano, onde quer que se encontre. Segundo o autor, são: o valor intrínseco da pessoa humana; a autonomia da vontade e o valor social ou comunitário da dignidade humana.

O primeiro está ligado à ideia de ser humano natural, à visão do ser humano como moralmente superior às outras formas de vida e todas as outras coisas. É um valor objetivo, independente de qualquer critério sexual, religioso ou étnico. As duas máximas que se podem extrair desta visão são a de que o homem é um fim em si mesmo e de que o Estado existe para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado. O respeito à vida, à integridade física e à igualdade nascem deste pressuposto.

A autonomia da vontade está conectada com a razão. A pessoa é responsável por seus atos, é a única capaz de autodeterminar-se - e pode livremente decidir os rumos da sua própria vida, os riscos e os caminhos que pretende seguir, segundo sua própria consciência, desde que respeitadas certas regras, quando não há ofensa a direitos de terceiros.

O valor comunitário é uma concepção de dignidade compartilhada com forte consenso pela comunidade à qual o indivíduo pertence e está inserido. De certa maneira, restringe a liberdade e a autonomia da pessoa em prol da manutenção de certo padrão de correção, que se não respeitado abrirá precedentes para pôr em

risco os direitos de outras pessoas. Exemplo disso é a proibição que alguns Estados fazem da prostituição, ainda que consentida.

A jurisprudência brasileira e internacional têm observado, quando se trata de questões envolvendo o princípio da dignidade humana, se estão presentes os seus dois conteúdos mínimos: laicidade e a busca pelo máximo de neutralidade e universalização política possível; e os seus três elementos essenciais: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e o valor social ou comunitário da dignidade humana. É necessário que estas características estejam presentes sob pena de se esvaziar o alcance e banalizar o princípio da dignidade humana.

9.5. O mínimo existencial como corolário da dignidade humana

Ainda, o constitucionalista, observando o princípio da dignidade humana, também traçou o conteúdo de uma ideia derivada deste princípio, o mínimo existencial, brilhantemente condensado na citação abaixo:

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito, como já feito na doutrina, o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.⁶⁵

Como o disse o exímio doutrinador, é impossível criar um rol taxativo e universal acerca do mínimo existencial, e há séria divergência doutrinária sobre a abrangência de seu conteúdo. Ainda assim, esta tentativa é válida e útil, na medida em que fornece subsídios ao menos para nos aventurarmos a esboçar o que definitivamente extrapola este conteúdo mínimo, e conseqüentemente, esvazia e banaliza o argumento da dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 26.

9.6. A inadequação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como princípio reitor da impenhorabilidade do salário

Para analisar a adequação da regra contida no art. 649, IV do antigo Código de Processo Civil, com correspondência no art. 833, II e §2º do novo Código, é necessário verificar se estão presentes os conteúdos mínimos e os elementos essenciais da dignidade.

Em relação aos conteúdos mínimos, pode se dizer que esta regra cumpre com o requisito da laicidade, visto que não tem um caráter clerical único de uma determinada religião em detrimento das demais. No entanto, certamente não cumpre o mandamento da busca pelo máximo de neutralidade e universalização política possível. Ora, é evidente que este instituto, tanto na visão liberal como na socialista, não tem respaldo. É possível dizer que nas correntes políticas modernas democráticas praticamente não há exceção quando se fala em proteção da dignidade humana, mas a garantia da impenhorabilidade dos salários, independentemente do valor, ou dos salários que superem e muito os padrões médios de vida, não deverá ser protegida da penhora. O objetivo da regra é proteger os padrões mínimos de sobrevivência.

Não se trata, porém, de causar “mal” a outrem, ainda que de modo legítimo ou inimputável. Contudo, não se pode olvidar a possibilidade da ocorrência de sacrifício de interesses, principalmente dos credores. Daí porque a migração proposta: entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, opta-se por esta que deve proporcionar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência.⁶⁶

Já dentre os elementos essenciais, não há nesta regra nada que confronte com o valor intrínseco da dignidade ou com a autonomia da vontade. Mas não pode se dizer o mesmo do valor comunitário. Como demonstrado, mesmo aqui no Brasil este instituto tem sido severamente criticado, e mundo afora, não encontra respaldo. O direito comparado nos mostra que a impenhorabilidade absoluta dos salários, ou o limite exagerado de 50 (cinquenta) salários-mínimos, é uma proteção excessiva que só aqui existe, divergindo do papel do valor comunitário, uma vez que a sociedade vê como injusto dar uma mesma proteção para indivíduos em posições materiais muito distantes, ferindo o preceito da isonomia material, e também o direito do

⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.173.

credor a ter seu ilícito reparado. Portanto, não se pode dizer que é possível encaixar a lógica da impenhorabilidade, tal como se encontra positivada no nosso ordenamento, ao princípio da dignidade da pessoa humana ou do mínimo existencial.

10. JULGADOS

Os Tribunais de Justiça Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça têm adotado a doutrina que propõe a relativização da impenhorabilidade salarial para situações nas quais o devedor recebe proventos de alta monta, que perdem o caráter alimentar, como se pode observar nos dois julgados a seguir:

PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE QUE NÃO RESTOU CUMPRIDO. PENHORA "ON LINE". ALEGAÇÃO DE CONSTRIÇÃO DE SALÁRIO. EM DETERMINADOS CASOS **A QUESTÃO DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA PELO ART. 649, IV, DO CPC, PODE SER RELATIVIZADA. SITUAÇÃO FÁTICA EM QUE O AGRAVANTE PERCEBE MENSALMENTE ALTA REMUNERAÇÃO E EFETUA GASTOS DE ALTA MONTA COM ITENS SUPÉRFLUOS**, O QUE DENOTA QUE O NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO SE DEU POR LIVRE DELIBERAÇÃO SUA. DE TODO MODO, A CONSTRIÇÃO RECAIU SOBRE VALORES QUE NÃO CORRESPONDEM AO SALÁRIO AUFERIDO, INDEPENDENTE DA SUA ORIGEM. AGRAVO DESPROVIDO. (grifo nosso).⁶⁷

DECISÃO: Acordam os integrantes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - **PENHORA DE 30% (TRINTA POR CENTO) DO MONTANTE LÍQUIDO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DA AGRAVADA - POSSIBILIDADE - PONDERAÇÃO DE VALORES - MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO X MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR - CARÁTER REMUNERATÓRIO DAS VERBAS QUE, POR SI SÓ,**

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70057021727 RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo. Data de Julgamento: 05/12/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/12/2013.

NÃO INDUZ À IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, AINDA MAIS SE OS RENDIMENTOS FOREM DE ELEVADA MONTA - REGRA DO ART. 649, VI, do CPC, QUE OBJETIVA GARANTIR A SOBREVIVÊNCIA DIGNA DO DEVEDOR, E NÃO A MANUTENÇÃO DE UM PADRÃO DE VIDA ÀS CUSTAS DO CREDOR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A PENHORA MENSAL PREJUDICARÁ A SUBSISTÊNCIA DA AGRAVADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. VISTA, relatada e discutida a matéria destes autos de Agravo de Instrumento nº 1.238.001-3, originário da 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, nos quais figuram, como agravante, MAURO AKIO TAKEDA, e, como agravada, FRANCISCA RAMOS DE CAMARGO MAZZINI. I – RELATÓRIO. (grifo nosso).⁶⁸

10.1. Verbas de caráter alimentar

O Superior Tribunal de Justiça também tem relativizado a questão da penhora do salário, não só para o pagamento de prestação alimentícia, como pensões alimentícias, mas também para outras verbas de natureza alimentar, como os honorários advocatícios, como comprovam os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. **PENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.** COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. 1. O caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC, quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias. 2. **Os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, têm natureza alimentícia.** 3. Assim, é possível a penhora de verbas remuneratórias para pagamento de honorários advocatícios. 4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 12380013 PR 1238001-3 (Acórdão), Relator: Carlos Eduardo A. Espínola. Data de Julgamento: 14/04/2015, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJe: 28/04/2015.

acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 5. Negado provimento ao recurso especial. (grifo nosso).⁶⁹

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. REVISÃO. CONTRATO. POSSIBILIDADE. **VERBA ALIMENTAR**, DEPÓSITO EM CADERNETA DE POUPANÇA E OUTRAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS. **PENHORABILIDADE. LIMITES**. 1. Admite-se a revisão de contratos, inclusive aqueles objeto de confissão de dívida, em sede de embargos à execução. Precedentes. 2. **Valores caracterizados como verbas alimentares somente manterão essa condição enquanto destinados ao sustento do devedor e sua família, ou seja, enquanto se prestarem ao atendimento das necessidades básicas do devedor e seus dependentes. Na hipótese do provento de índole salarial se mostrar, ao final do período - isto é, até o recebimento de novo provento de igual natureza - superior ao custo necessário ao sustento do titular e seus familiares, essa sobra perde o caráter alimentício e passa a ser uma reserva ou economia, tornando-se, em princípio, penhorável.** 3. Valores até o limite de 40 salários mínimos, aplicados em caderneta de poupança, são impenhoráveis, nos termos do art. 649, X, do CPC, que cria uma espécie de ficção legal, fazendo presumir que o montante assume função de segurança alimentícia pessoal e familiar. O benefício recai exclusivamente sobre a caderneta de poupança, de baixo risco e retorno, visando à proteção do pequeno investimento, voltada à garantia do titular e sua família contra imprevistos, como desemprego ou doença. 4. **O art. 649, X, do CPC, não admite interpretação extensiva, de modo a abarcar outras modalidades de aplicação financeira, de maior risco e rentabilidade, que não detêm o caráter alimentício da caderneta de poupança, sendo voltados para valores mais expressivos e/ou menos comprometidos, destacados daqueles vinculados à subsistência mensal do titular e sua família.** Essas aplicações visam necessidades e interesses de menor preeminência (ainda que de elevada importância), como aquisição de bens duráveis, inclusive imóveis, ou uma

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1365469 MG 2013/0024547-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 18/06/2013, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 26/06/2013.

previdência informal (não oficial) de longo prazo. Mesmo aplicações em poupança em valor mais elevado perdem o caráter alimentício [...](grifo nosso).⁷⁰

10.2. Outras hipóteses de desconto das verbas salariais

Cabe ressaltar que em outras hipóteses é permitido o desconto nas verbas salariais, a exemplo do empréstimo consignado. O Superior Tribunal de Justiça quando provocado a manifestar-se sobre a legalidade desta modalidade creditícia, posicionou-se favoravelmente.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**. LEGALIDADE. RETENÇÃO PELO ÓRGÃO PAGADOR NÃO REALIZADA. **POSSIBILIDADE DE PENHORA DO VALOR CORRESPONDENTE NA CONTA SALÁRIO**. 1.- A jurisprudência desta Corte reconhece a legalidade do empréstimo com desconto em folha de pagamento tendo em vista a autonomia da vontade e a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para o consumidor. Precedentes. 2.- **Como consectário lógico desse posicionamento é de se admitir a possibilidade de penhora do valor depositado em conta salário que, por falha, não tenha sido retido pelo órgão pagador nem voluntariamente entregue ao credor pelo mutuário, como forma de honrar o compromisso assumido**. 3.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (grifo nosso).⁷¹

Ora, se há o reconhecimento jurisprudencial da validade do desconto em conta-salário em casos de empréstimo consignado, mesmo se tratando de valores baixos de salário, por que não permitir esta penhora quando se trata de outra modalidade de dívida quando os proventos salariais são de alta monta que não ponham em risco a existência digna do devedor? Não parece razoável essa lógica.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1330567 RS 2012/0129214-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 16/05/2013, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 27/05/2013.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1394463 SE 2013/0262021-3, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 17/12/2013, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 05/02/2014.

10.2.1. A previsão de desconto salarial do Direito Administrativo

O Direito Administrativo brasileiro também criou na lei nº 8.112/90 uma hipótese de desconto na folha de pagamento do servidor, que, em termos práticos, atinge diretamente seu salário.

Art. 46. As **reposições e indenizações ao erário**, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º **O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração**, provento ou pensão.

[...]

Art. 48. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial.

Apenas o servidor público civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ativo ou inativo, está submetido a esta Lei. Está disposto que quando o servidor receber proventos indevidamente (reposições) ou quando for condenado com multa pecuniária em favor do Erário (indenizações) os seus proventos poderão ser constringidos até o limite de 10% (dez por cento) de sua remuneração.

Em que pese o art. 48 dizer que a remuneração não será objeto de penhora, trata-se, efetivamente, de uma penhora de parte dos vencimentos do servidor público, cujo valor será utilizado para pagamento dos débitos contraídos com o Estado. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de manifestar-se favoravelmente sobre a legalidade deste desconto.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTO EM CONTRACHEQUE DE IMPORTÂNCIA RECEBIDA POR FORÇA DE LIMINAR, NÃO MANTIDA NO JULGAMENTO DO MÉRITO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E DO LIMITE DE DESCONTO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. INTELIGÊNCIA DO **ART. 46 DA LEI N.º 8.112/90**. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está firmada no sentido de que é

obrigatória a devolução de vantagem patrimonial paga pelo erário público, em face de cumprimento de decisão judicial precária, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. 2. **Reconhecido o direito da Administração para se proceder os referidos descontos**, desde que, no procedimento administrativo, observem-se os princípios da ampla defesa e do contraditório e o percentual máximo de desconto nos termos do art. 46 da Lei 8.112/90. 3. Agravos regimentais desprovidos. (grifo nosso).⁷²

11. ADEQUAÇÃO DOS VALORES LIMITES DE IMPENHORABILIDADE COM O PADRÃO MÉDIO BRASILEIRO

Apesar do avanço por parte do legislador ao dizer que não se aplicam à hipótese de penhora as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, este valor é muito superior àquele estabelecido primeiramente pela lei 11.382/2006, 20 (vinte) salários-mínimos.

O valor do salário mínimo atualmente em vigor no Brasil, a partir de 01/01/2015, é de R\$ 788,00. A hipótese de penhorabilidade para os proventos que excederem os 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais atinge somente uma parcela ínfima da população, numericamente imprecisável, apenas aqueles que recebem salários superiores a R\$ 39.400,00. Na prática, o estabelecimento deste valor acaba por esvaziar o instituto. Este limite é maior, inclusive, que a remuneração de um ministro do Supremo Tribunal Federal, de R\$ 33.763,00⁷³ (trinta e três mil, setecentos e sessenta e três reais), que é o teto remuneratório dos servidores da administração pública direta e indireta.⁷⁴ Ou seja, tal limite estabelecido pela lei é tão

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1130667 RJ 2009/0057032-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2009, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 09/11/2009.

⁷³ BRASIL. Lei que dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Lei Nº 13.091, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13091.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

⁷⁴ Art. 37 XI da Constituição Federal: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em

inapropriado que até mesmo o ocupante do mais bem remunerado cargo público do Brasil estará protegido pela impenhorabilidade do salário.

Entendemos que é possível definirem-se os limites da impenhorabilidade levando-se em conta a *média nacional de conforto*, isto é, o padrão de vida médio da sociedade brasileira. Essa média pode ser aferida, por exemplo, de acordo com índices do IBGE, observados com base em critérios técnicos altamente respeitados. *Se assim não se proceder, estar-se-ão deixando fora da possibilidade de incidência da penhora, bens que para a maioria da população são suntuosos, no sentido de serem absolutamente desnecessários para a manutenção da dignidade da pessoa humana e afastados do critério da essencialidade para o funcionamento regular de uma casa.*⁷⁵

Para melhor embasar a discussão sobre qual o valor mais adequado para se estabelecer a hipótese de impenhorabilidade, tendo em conta os princípios da máxima utilidade da execução e da dignidade da pessoa humana, é necessário levar em consideração algumas estatísticas do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio Econômicos, que trabalham com os perfis sócio-econômicos do brasileiro e do seu poder aquisitivo.

De acordo com o IBGE, em dados de 2010, apenas 0,9% dos brasileiros possuíam renda superior a 20 (vinte) salários-mínimos. Não foi possível encontrar dados mais recentes, não obstante, deve-se levar em consideração que, depois de 5 (cinco) anos, estes números podem estar defasados. Ainda assim, é importante demonstrar que se fosse adotado o critério de impenhorabilidade do salário da Lei 11.382/2006, menos de 1% da população brasileira seria atingida por esta mudança, algo em torno de 2 milhões de brasileiros.

espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.” Ainda, esta disposição está reforçada na Lei 13.091/2015, em seu art. 2º II - a posição do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal como teto remuneratório para a administração pública. (grifo nosso).

⁷⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de Processo, vol. 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003. p. 145.

RENDIMENTO MENSAL (EM SALÁRIO MÍNIMO*)

RENDIMENTO	POPULAÇÃO
Sem rendimento**	6,6%
Até meio salário mínimo	8,1%
Entre meio e 1 salário mínimo	24,5%
De 1 a 2 salários mínimos	32,7%
De 2 a 3 salários mínimos	10,6%
De 3 a 5 salários mínimos	8,3%
De 5 a 10 salários mínimos	6,1%
De 10 a 20 salários mínimos	2,2%
Mais de 20 salários mínimos	0,9%

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010

* Salário mínimo utilizado: R\$ 510

** Inclusive as pessoas que recebiam somente em

Tabela 1. Rendimento mensal (em salário mínimo). Fonte: IBGE.⁷⁶

Devemos ter em conta que há uma enorme dificuldade de acesso à justiça no Brasil, principalmente para quem tem menor renda, e, portanto, ainda que esta percentagem represente pequena parcela populacional, é auto evidente que pessoas com mais renda participam percentualmente de maior número de litigâncias judiciais. Acertada é a doutrina que aponta que deve ser descartada a tese de que a impenhorabilidade deve existir para manter o padrão de vida do executado.

Em nosso entender, a manutenção do padrão de vida pessoal do devedor é critério absolutamente inadequado para nortear o regramento sobre a impenhorabilidade, pois, como é sabido, é crescente e constante, especialmente nas classes média e alta, a pressão exercida pelos meios de comunicação que [...] faz com que se incorporem ao sentimento de bem-estar do ser humano sempre mais e mais bens.⁷⁷

Portanto, é lícito dizer que este critério é o mais justo, tem uma abrangência razoável, e pode ser aplicado sem que haja uma mudança legislativa, visto que é

⁷⁶ Portal UOL Economia. IBGE: 72% dos brasileiros ganhavam até 2 salários mínimos em 2010. Disponível em: < <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/19/ibge-72-dos-brasileiros-ganhavam-ate-2-salarios-minimos-em-2010.htm>>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de Processo, VOL 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003. p. 146.

possível afastar o veto presidencial por controle de legalidade concreto, conforme já tratado anteriormente.

11.1. Propostas para reforma legislativa do instituto da impenhorabilidade do salário

Conforme dito anteriormente, é deveras necessário proteger o mínimo existencial, a vida digna, e para isso também é preciso proteger o salário da penhorabilidade. No entanto, é necessário encontrar um limite que não seja tão baixo, a ponto de prejudicar o mínimo existencial, mas que também não permita “blindar” o patrimônio do causador de ilícitos que tenha uma renda alta e que se exima, com o manto da lei, de cumprir suas obrigações, quando tem condições de fazê-lo. Esta é, reconhecidamente, uma tarefa muito árdua, visto a dificuldade de se estabelecer estes limites mínimos e máximos.

O mínimo [patrimonial] é, com efeito, conceito complexo. Num sentido estrito a noção é precária. O mínimo pode até ser a menor quantidade que preserva as características de algo. Aparentemente é com esse sentido que a palavra mínimo é empregada nos textos legais. Eis o salário como exemplo de uma quantidade suscetível de diferentes grandezas. O salário deve “atender às suas (dos trabalhadores rurais e urbanos) necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. [...] O salário mínimo não atende às necessidades vitais básicas do trabalhador e família com o menor valor possível, o que recomenda ver de outro modo, não apenas individual.”⁷⁸

Uma alternativa interessante seria utilizar o critério do salário-mínimo necessário, ou seja, aquele que cumpriria os ditames constitucionais para uma família média brasileira. Segundo o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos, em maio de 2015, o salário mínimo mensal necessário⁷⁹ para se manter uma família média, no Brasil é de R\$ 3.377,62⁸⁰.

⁷⁸FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: a luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 275.

⁷⁹ Para calcular o Salário Mínimo Necessário, o DIEESE considera o preceito constitucional de que o salário mínimo deve atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família e cujo valor é único para todo o país. Usa como base o Decreto lei nº 399, que estabelece que o gasto com alimentação de um trabalhador adulto não pode ser inferior ao custo da Cesta Básica de Alimentos. A família considerada para o cálculo é composta por 2 adultos e 2 crianças, que por hipótese, consomem como 1 adulto. DIEESE. Metodologia da Cesta Básica de Alimentos. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

⁸⁰ DIEESE. Salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

Outro critério interessante seria permitir a penhora do salário para quem recebe rendimentos a ponto de fazer incidir sobre eles a maior alíquota do Imposto de Renda para a pessoa física (27,5%), ou seja, acima de R\$ 4.664,68, em valores de 2015.⁸¹

Estas hipóteses são relativas ao limite mínimo, a partir do qual poderá ser penhorado o salário. Quanto ao valor passível de constrição judicial, uma proposta muito interessante é aquela do art. 649, §3º do CPC, vetada pela presidência: Será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de determinado valor, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Também é importante considerar que as verbas de que trata a penhorabilidade são as verbas salariais líquidas, não utilizando como critério para a penhorabilidade parcelas de natureza indenizatória, e calculada após feitos todos os descontos compulsórios.

Obviamente, seria desarrazoado e desproporcional permitir a penhora de todo o salário, sendo mais adequado permitir a constrição de apenas um percentual do que ultrapassar o limite legal. Essa regra é bastante pertinente, visto que é possível, mesmo que a pessoa receba um alto salário, que ela não tenha condições financeiras de manter seu sustento próprio ou de sua família, se estiver obrigada a pagar outras dívidas e/ou obrigações, e a penhora do seu salário iria com certeza agravar ainda mais sua situação econômica. Até mesmo a doutrina mais protetiva assevera que não é objetivo deste instituto proteger todo o patrimônio, mas sim o mínimo existencial.

Considerando que o patrimônio, por vezes dotado de um determinado fim, espera-se a compreensão de que o patrimônio individual não é apenas fruto das oportunidades individuais, mas algo que é antes definido pelo coletivo, dotado de um sentido social.⁸² Ou seja, a proteção legal deve estar relacionada ao mínimo existencial, e não a proteção integral do patrimônio.

É esta uma questão aberta ao arbítrio do legislador democrático infraconstitucional. Não há dúvidas acerca da necessidade de reformar este

⁸¹ Portal Tributário. Tabela do IRF - Vigência a partir de 01.04.2015 Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/tabelairf.html>>. Acesso em: 30 de jun. 2015.

⁸² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: a luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

dispositivo do processo de execução. Obviamente, é dever da sociedade civil organizada, em especial dos que possuem formação em ciências jurídicas e econômicas, participar deste debate e fornecer argumentos com qualidade para a reforma do instituto da impenhorabilidade do salário.

Neste sentido, os apontamentos feitos estão em sintonia com o ordenamento e obedecem à lógica dos outros institutos do processo de execução. As palavras de Fachin muito bem explicitam as balizas pelas quais o instituto da impenhorabilidade do salário deve ser orientado:

Nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.⁸³

12. A PREFERÊNCIA DO DINHEIRO

Como já fora dito anteriormente, o processo é elemento vivo, e deve sempre ser aperfeiçoado com vistas a cumprir os seus objetivos. O pífio resultado positivo obtido com a recomposição patrimonial da vítima de ilícitos ensejou uma mudança paradigmática: o abandono da busca por bens (móveis e imóveis) e uma maior procura por dinheiro, em espécie ou em aplicações, adaptando-se à nova realidade.

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e alienação do bem a terceiro. O dinheiro, expresso em valor monetário, é o bem mais fungível de todos, e a ele deve se dar preferência no momento de garantir a efetividade da execução.

Além disto, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores “relativos” e, por isto mesmo, são objeto de venda em leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado.

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280.

Se há cinco ou seis décadas os bens capazes de suportar a constrição judicial eram mais “conhecidos”, já que as fortunas se concentravam em imóveis, com a democratização do mercado de capitais, operada em nosso país durante a década de 60, a riqueza mudou sua face, tonando-se portátil, representada não mais apenas por bens de raiz, mas por papéis, nem sempre nominativos e frequentemente entregues a um gestor, encarregado de administrar seus lucros com a rapidez que tais negócios exigem. É difícil promover a penhora de tais ativos financeiros, assim como é praticamente impossível alcançar as fortunas que se encontram fora do país.⁸⁴

O art. 655, I, do Código de 1973, com correspondência idêntica no art. 835, I do Código de 2015, estabelece a ordem dos bens a serem penhorados. O primeiro item constante do rol é “o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”. Esta mudança veio com a lei 11.382/2006, que buscou ofertar maior operacionalidade ao processo de execução. Esta disposição deriva do princípio da máxima utilidade da execução, porque o dinheiro é o bem mais fungível de todos, e favorece a célere e eficiente compensação do débito. Ademais, a busca por outros bens tem a finalidade última de convertê-los em pecúnia, e isso pode gerar vários embaraços, como a dificuldade de arrematação dos bens, e até mesmo prejuízos para o executado, quando o bem é vendido por um valor menor do que valia.

É necessário impor nova racionalidade ao exercício da atividade dos operadores do direito, com o combate à protelação, ao cumprimento de ordens judiciais e ao respeito à dignidade do autor, vítima de ilícitos causados pelo réu. Essa nova racionalidade deve observar valores constitucionais como, por exemplo, duração razoável do processo, dignidade humana [do credor], acesso à justiça, tutela efetiva de direitos e observância de direitos fundamentais de quem sofreu danos morais ou materiais.⁸⁵

É preciso que a prestação jurisdicional seja célere⁸⁶ e eficaz⁸⁷ para se garantir, em tempo razoável, os direitos aos jurisdicionados, visto que estes são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. No Brasil, infelizmente a composição de direitos rápida e eficiente não é a regra. A morosidade processual e a ineficiência da tutela judicial são muito frequentes. O processo de execução é

⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de Processo, VOL 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003. p.138.

⁸⁵ PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 19.

⁸⁶ Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸⁷ Constituição Federal, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

exemplo disto. Como há um rol muito extenso de impenhorabilidades, frequentemente não se encontram bens para serem executados, e quando são encontrados, não raro estão protegidos pela regra da impenhorabilidade.

É na execução que se presta a devida tutela jurisdicional [...] é na execução que os direitos violados são recompostos. [...] Uma execução idônea funciona como inibição e prevenção de ilícitos, ou seja, se já sabe previamente que prejudicar alguém resultará em uma reparação de danos com uma execução e penhora eficazes, este contexto jurisdicional idôneo funcionará como uma prevenção de ilícitos.⁸⁸

Não basta que se elejam vários direitos sem uma devida prestação jurisdicional para garanti-los. O direito não pode ser alheio à realidade e às transformações sociais e tecnológicas da sociedade. A internet é um meio verdadeiramente revolucionário no que tange à rapidez da transmissão de informações e pode ser uma exímia ferramenta para se recompor direitos.

13. PENHORA ON-LINE

Hoje já é possível utilizar os sistemas eletrônicos para serem efetuados bloqueios em contas judiciais e de depósitos ou aplicações em instituições financeiras. Esse mecanismo vai diretamente ao encontro da celeridade processual, visto que este procedimento é rápido e dificulta a ocultação de bens penhoráveis por parte do devedor, bem como diminui a extenuante busca por bens penhoráveis que quase sempre é infrutífera, e acaba por culminar no arquivamento dos processos de execução sem a efetiva composição de direitos.

Há um forte e evidente desequilíbrio no processo de execução. O executado tem muitas garantias legais, e o exequente tem o maior ônus. Somada a isto, a dificuldade em recompor o patrimônio daquele que foi lesado é muito maior, visto que precisa dispendir mais tempo e recursos com os procedimentos processuais, sabendo que muito provavelmente deparar-se-á com uma situação de não recomposição patrimonial. Com um processo de execução extremamente ineficiente, chega a ser paradoxal que aquele que busque a tutela jurisdicional efetiva seja mais prejudicado do que aquele que permaneça inerte diante do ilícito, visto que tem que efetuar gastos para movimentar a máquina judiciária na busca do patrimônio do

⁸⁸ PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 22.

devedor e do acolhimento do seu pedido judicial. O processo civil tem como objetivos principais⁸⁹ a recomposição patrimonial e a prevenção de ilícitos, e um processo de execução falho e inoperante tem o efeito contrário: incentiva a ocorrência de ilicitudes e afasta a recomposição patrimonial.

Os dogmas da impenhorabilidade no Brasil estão exagerados. Não se permite penhorar rendimentos da pessoa natural nem sua residência, mesmo que o rendimento seja acima do padrão médio e sua residência seja uma bela mansão. Total absurdo é exagero condenável em detrimento da tutela de direitos do exequente, ou seja, de direitos materiais e processuais.⁹⁰

Como no resto do mundo, a impenhorabilidade deve ser a exceção e não a regra. Quando inadimplente, o devedor precisa adequar-se a práticas austeras e diminuir o padrão de vida a fim de arcar com as consequências de seus atos.

14. AS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO

Um instrumental muito útil, e paradoxalmente pouco utilizado no Brasil, é o estudo do Direito Comparado. Confrontar legislações de países diferentes sobre institutos semelhantes, como a penhora, é uma experiência enriquecedora, porque demonstra como outros povos lidam e solucionam problemas universais, podendo servir de orientação àqueles que buscam melhorar a aplicação do direito no seu país.

Dessa forma, não poderia ser diferente com o instituto da impenhorabilidade do salário. É bastante compensador observar como países da Europa e América Latina tratam a questão da impenhorabilidade dos salários. Para esta exposição, utilizaremos o artigo do professor Sérgio Cruz Arenhart⁹¹.

Existe, sem dúvida, um limite até o qual a remuneração deve ser protegida; extrapolado, porém, esse teto, não há razão para considerar o restante com caráter também alimentar. Afinal, não é a origem do dinheiro que deve ditar a sua essência alimentar, mas sim a sua finalidade. É certo que, passado um limite, o excedente do salário não mais será usado para custear as

⁸⁹“O que importa deixar claro [...] é que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

⁹⁰PUCHTA, Anita Caruso. Penhora de dinheiro on-line. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 31.

⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: ASSIS, Araken de (Org.) et al. Direito civil e processo. São Paulo: RT, 2007.

despesas básicas da família, mas sim atenderá ao gasto supérfluo, que nenhuma relação terá com a ideia de alimentos, por mais ampla que seja. A proteção, então, indiscriminada do dinheiro proveniente de contraprestação por trabalho estará tutelando, por via oblíqua, o esbanjamento, o luxo, a ostentação e, enfim, tudo aquilo que não precisaria de proteção contra os interesses do credor.⁹²

No direito português a lei autoriza a penhora de um terço de qualquer remuneração percebida, bem como de qualquer outra prestação periódica a exemplo da aposentadoria. A lei ainda estabelece que a proteção da impenhorabilidade tem como limite máximo o valor de três salários-mínimos, e o limite mínimo de um salário-mínimo, que não pode ser penhorado, salvo para pagamento de prestação alimentícia. O juiz ainda pode alterar estes limites, atendendo às peculiaridades do caso concreto, levando em consideração a natureza do crédito e a situação econômica do devedor.

Na Itália também há limitação de penhora de verbas salariais. Até o limite de um quinto do salário, este pode ser penhorado para a satisfação de débitos de qualquer natureza, mas esse limite é alargado quando se trata de dívida alimentícia. A lei italiana também não protege os bens familiares de elevado valor econômico.

A lei alemã também restringe as hipóteses de penhora do salário. Há muito amparo para algumas verbas salariais indenizatórias, como horas extras e gratificação natalina. Em geral, os salários são impenhoráveis até um limite de recebimentos estabelecido em lei. “Já os salários em geral são impenhoráveis apenas até o limite de 930 euros mensais, 217,50 euros semanais ou 43,50 euros diários (ZPO, § 850c, 1), sendo penhorável o excedente para quaisquer tipos de dívidas”⁹³.

Os salários são também parcialmente penhoráveis na França, segundo certas faixas de valor⁹⁴, e não há proteção de impenhorabilidade absoluta dos bens de família.

⁹² *Ibidem*. p. 527.

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: ASSIS, Araken de (Org.) et al. Direito civil e processo. São Paulo: RT, 2007. p. 537.

⁹⁴ Esses limites são, atualmente, fixados pelo Decreto n. 2006-1738, de 23 de dezembro de 2006, e correspondem, basicamente, ao seguinte, em valores anuais: é possível a penhora de 1/20 da parcela inferior ou igual a 3.310 euros; de 1/10 da parcela superior àquele valor e igual ou inferior a 6.500 euros; de 1/5 da parcela entre 6.500 euros e 9.730 euros; de 1/4 da parcela entre 9.730 euros e 12.920 euros; de 1/3 da parcela entre 12.920 euros e 16.120 euros; de 2/3 da parcela entre 16.120 euros e 19.370 euros; e da totalidade do montante percebido superior a 19.370 euros. Esses valores são aumentados em 1.250 euros, por dependente do devedor, sendo sempre impenhorável a parcela referente ao salário mínimo, que é de 440,86 euros mensais. *Ibidem*. p. 538.

Na legislação de países sul-americanos, com características culturais, históricas e econômicas mais parecidas com as brasileiras, também a impenhorabilidade salarial encontra limites.

No Chile os salários são considerados penhoráveis quando ultrapassam um limite legal (56 unidades de fomento) e a penhora até metade do salário é autorizada para o pagamento de pensão alimentícia e para a indenização de atos ilícitos praticados pelo empregado. O imóvel familiar de alto valor também não é protegido por lei.

No Uruguai não é diferente, apesar de possuir uma legislação também amplamente protetiva. Não há proteção contra a penhorabilidade de bens de família vultosos, e os salários podem ser penhorados para o pagamento de dívidas tributárias e pensões alimentícias em até um terço do total da renda percebida pelo devedor.

Conforme observamos na experiência do Direito Comparado, os limites trazidos pelo Novo Código Civil estão em desarmonia com o resto do mundo civilizado. A maior parte das nações ocidentais protege apenas o indispensável à manutenção de uma vida digna, e via de regra, a maior parte permite a penhora de pelo menos parte do salário. Já no Brasil mesmo quem recebe salários equivalentes a cinquenta vezes ao salário-mínimo ainda está protegido pelo instituto da proibição da penhora salarial.

15. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país de grande desigualdade social. O próprio salário-mínimo não é capaz de entregar todos os direitos que a Constituição promete que ele cumpra. Aqui, milhões de cidadãos conseguem viver mesmo ganhando menos de um salário-mínimo mensal, enquanto outra parcela da população, desde membros da burocracia estatal até grandes empresários, recebem grandes somas mensais que ultrapassam o necessário para um padrão de vida digno.

Neste cenário de extrema desigualdade é inconcebível que seja dada a mesma proteção legal a rendimentos tão díspares. Não se trata de negar que se deva preservar, inclusive legalmente, as condições mínimas de vida digna de uma pessoa, um “mínimo-existencial”, garantidas através do recebimento de salário.

Todavia, é necessário buscar um equilíbrio, estabelecer um limite para a impenhorabilidade dos proventos da pessoa física que seja justamente o necessário para se manter um padrão médio de vida.

Não deve o instituto da impenhorabilidade ser usado para proteger os altos rendimentos de uma pessoa, pois isso além de uma injustiça, é um empecilho para a justa recomposição patrimonial daquele que sofreu um ato ilícito. Resta mais do que claro que a atual Lei Processual dá uma proteção excessiva ao salário e conseqüentemente prejudica a segurança jurídica e econômica. Afirma-se, diante disso, que acaba por produzir o efeito contrário, já que em virtude desta insegurança econômica, torna-se mais caro o acesso ao crédito justamente aos hipossuficientes.

É também plausível afirmar que a proteção dos altos rendimentos, da maneira disciplinada em lei, não encontra guarida no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana. Pode-se inclusive ir além, e afirmar materialmente inconstitucional este abrigo legal do devedor inadimplente que tem condições financeiras de honrar com suas obrigações, pelos motivos já aventados, e, portanto deve-se afastar a regra da impenhorabilidade do salário com base no direito fundamental à eficácia da jurisdição e do princípio processual da máxima utilidade da execução.

Os juízes têm a faculdade de proceder à penhora do salário da pessoa física nos processos de execução, pois como já demonstrado, é possível afastar a constitucionalidade da regra (pela via de controle difusa), em consonância com a jurisprudência brasileira e também observando as regras do Direito Comparado, que denunciam como a tratativa deste instituto tem sido singular e equivocada no processo civil brasileiro.

Por último, é necessário que o legislador democrático altere o limite de impenhorabilidade salarial disposto no Código de Processo Civil, buscando adequá-lo legalmente, para garantir maior segurança jurídica e econômica, reservando o dogma da impenhorabilidade apenas para as situações em que houver possibilidade de se afetar a existência digna do devedor. Deve ter por base para elaborar este limite as necessidades comuns a um médio padrão de vida no Brasil e o instrumental do Direito Comparado.

Há uma inegável crise no processo de execução brasileiro, em grande parte causada pela tentativa do legislador de que sejam garantidos os direitos fundamentais. Mas o direito é vivo, deve estar em constante observação e

aprimoramento, buscando acompanhar as mudanças da sociedade. Esta tentativa do legislador mostrou-se contraproducente na medida em que dificultou o acesso a uma decisão célere, justa e eficaz. A diagnose do problema já foi concluída, as propostas de solução já foram aventadas, é dever da sociedade pugnar pelo cumprimento dos valores constitucionais e exigir que os reparos sejam feitos, com o fim de propiciar um Direito melhor a todos e, conseqüentemente, uma vida melhor.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A penhorabilidade de Imóvel de família de Elevado valor e salários**. IN: ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ASSIS, Araken de; MAZZEI, Rodrigo; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOBO, Paulo. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 3: execução**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. , rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. --. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 17 de fevereiro de 2010**. / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 11.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PUCHTA, Anita Caruso. **Penhora de dinheiro on-line**. Curitiba, PR: Juruá, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. N. 09 – jan./mar. 2009. Editora Forum : Belo Horizonte/MG

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003).

SABATOVSKI, Emilio, FONTOURA, Iara. **IMPENHORABILIDADE nos tribunais: bem de família (Lei 8.009-90), salário, instrumento de trabalho, bem público, etc**. Curitiba: Juruá, 2004.

TALAMINI Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil : execução, volume 2** – 15. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VITA, Pedro Henrique Braz. **A MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DE RENDIMENTOS DA PESSOA NATURAL**. 2010. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la**. Revista de Processo, VOL 109. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : jan-mar de 2003.