



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABELLA NEGRÃO WALSH

**O POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO
DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE
IMPENHORABILIDADES BRASILEIRO**

Salvador

2021

ISABELLA NEGRÃO WALSH

**O POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO
DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE
IMPENHORABILIDADES BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em
Direito pela Universidade Federal da Bahia, como
requisito para obtenção do grau de Bacharela em
Direito.

Orientador: Prof. Luiz Salomão Amaral Viana

Salvador

2021

ISABELLA NEGRÃO WALSH

**O POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE
IMPENHORABILIDADES BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela
Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do
grau de Bacharela em Direito.

Salvador, ____ de _____ de 2021.

Orientador: Prof. Luiz Salomão Amaral Viana

Professor Examinador: Eduardo Lima Sodré

Professor Examinador: João Glicério de Oliveira Filho

Salvador/BA

WALSH, Isabella Negrão. O Postulado da razoabilidade como instrumento de controle de constitucionalidade do regime de impenhorabilidades brasileiro. TCC – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso estuda o regime de impenhorabilidades e sua possível não aplicação diante do caso concreto, em razão de uma possível inconstitucionalidade, para tal se utiliza do postulado da razoabilidade. Assim, objetiva compreender o postulado da razoabilidade, partindo do conceito trazido por Humberto Ávila (2021). Bem como, entender o controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, estudar e compreender os fundamentos das normas de impenhorabilidade dentro do direito brasileiro. Dessa maneira, correlaciona o controle de constitucionalidade incidental e postulado da razoabilidade para análise das normas de impenhorabilidade. Assim, o primeiro capítulo aborda o postulado da razoabilidade, o segundo, o controle de constitucionalidade dentro do ordenamento brasileiro, o terceiro, o regime de impenhorabilidades existente no direito nacional e, por fim, no quarto capítulo, como o postulado de razoabilidade pode ser um instrumento de análise de constitucionalidade incidental quando da incidência das normas de impenhorabilidade.

Palavras-chave: postulado da razoabilidade, controle de constitucionalidade, impenhorabilidade, direitos fundamentais.

WALSH, Isabella Negrão. The razoability postulate as an instrument of judicial review of the brazilian regime of unseizability. TCC – Law Graduation, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This final paper studies the regime of unseizability and its possible non-application before a real case, because of a possibility of unconstitutionality, for this it is used the razoability postulate. Thus, aim to understand the razoability postulate, from the concept brought by Humberto Ávila (2021). As well, comprehend the brazilian system of judicial review. Still, it aims to study and comprehend the fundamentals of the unseizability norms within the brazilian law. Thus correlate the incidental judicial review and the razoability postulate for analysis of the unseizability norms. Thereby, the first chapter the razoability postulate, the second, the brazilian system of judicial review, the third, the unseizability regime within the brazilian law and, for the last, in the fourth chapter, how the razoability postulate can be an instrument of judicial review incidental analysis of the incidence of unseizability norms.

Key-words: razoability postulate, judicial review, unseizability, fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 O POSTULADO DA RAZOABILIDADE.....	4
2.1 OS POSTULADOS COMO NORMAS DE SEGUNDO GRAU.....	4
2.1.1 Normas, regras e princípios	4
2.1.2 Os postulados como normas jurídicas de segundo grau	8
2.2 A RAZOABILIDADE	10
2.2.1. A Razoabilidade como Postulado Normativo Aplicativo	11
2.2.2 A Razoabilidade como equidade	11
2.2.3 A Razoabilidade como congruência	15
2.2.4 A Razoabilidade como equivalência	15
2.2.5 Razoabilidade versus Proporcionalidade	16
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
3.1 O CONTROLE ABSTRATO	22
3.2 O CONTROLE CONCRETO OU INCIDENTAL	23
3.3 O CONTROLE CONCENTRADO	24
3.4 O CONTROLE DIFUSO	25
4 IMPENHORABILIDADES	27
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A IMPENHORABILIDADE	26
4.1.1 Penhora e Princípio da Responsabilidade Patrimonial	26
4.1.2 As regras de Impenhorabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	29
4.2 A IMPENHORABILIDADE COMO PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL	31
4.2.1 A impenhorabilidade no Direito Romano – o <i>beneficium competentiae</i>	34

4.2.2 A impenhorabilidade como proteção a outros direitos fundamentais	35
4.3 A IMPENHORABILIDADE COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA	36
4.4 A INTERPRETAÇÃO DAS IMPENHORABILIDADES	38
4.4.1 A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais	38
4.4.2 Aplicação das regras de impenhorabilidade	40
5. O POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE IMPENHORABILIDADES	43
5.1 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO REGIME DE IMPENHORABILIDADES	43
5.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO E DIFUSO NO REGIME DE IMPENHORABILIDADES E POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO EQUIDADE	45
5.3 CRÍTICA AO VETO DO ART. 2º DA LEI 11.382, DE 2006.....	47
6 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

Remonta do Direito Romano a ideia de bens que não podem ser penhorados dentro de uma execução para que, assim, se preserve um patrimônio mínimo do executado, com o *beneficium competentiae*. Atualmente, tal ideia se traduz nas normas de impenhorabilidade.

Assim, essas normas estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde o primeiro código de processo civil federal¹, mantendo-se nos dois códigos seguintes e, ainda, presentes em normas do Código Civil e em leis esparsas. Todavia, com a Constituição de 1988, a qual conferiu a dignidade da pessoa humana como princípio axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da impenhorabilidade ganhou novos contornos e fundamentos.

Nessa senda, a impenhorabilidade passou a resguardar uma ligação direta com a proteção da dignidade da pessoa humana e a ideia de um patrimônio mínimo, protegendo o executado de execuções que possam tirar seus bens de maneira que não seja possível manter uma vida digna. Entretanto, apesar de seu caráter de proteção a direitos fundamentais, a impenhorabilidade também é uma restrição a direito fundamental, qual seja, o direito fundamental à tutela executiva. Nessa senda, nota-se que a impenhorabilidade, então, é uma constante colisão de direitos fundamentais.

Diante das reflexões expostas, a presente pesquisa parte do seguinte questionamento: diante do caso em concreto é razoável que – nos casos de incidência das normas de impenhorabilidade – seja um bem impenhorável mesmo quando não haja proteção à dignidade da pessoa humana? Isto é, seria constitucional a aplicação da norma da impenhorabilidade?

É perceptível, então, a relevância social do tema do atual estudo, haja vista que o regime de impenhorabilidades representa uma proteção e, ao mesmo tempo, uma restrição a direitos fundamentais constitucionais. Assim, a relevância se demonstra, principalmente, no que concerne a tentativa de resguardo do mínimo existencial do executado. Dessa

¹ O primeiro código de processo civil brasileiro entrou em vigor em 1939, anteriormente a ele os códigos de processo civil eram de competência estadual, assim, os entes federados tinham diferentes normas quanto ao processo civil.

maneira, por meio deste estudo, busca-se demonstrar a necessidade da análise do caso concreto quando da incidência das regras de impenhorabilidade.

Desse modo, o objetivo geral da presente pesquisa é (I) compreender a fundamentação do regime de impenhorabilidades dentro do direito processual cível brasileiro; (II) demonstrar o controle difuso e incidental de constitucionalidade como mecanismo para proteção dos direitos fundamentais. Ademais, quanto aos objetivos específicos busca-se (I) estudar o postulado da razoabilidade como instrumento do controle de constitucionalidade concreto; (II) verificar a não aplicação das normas no caso concreto, apesar da sua incidência; (III) compreender a importância do mínimo existencial.

Com efeito, levando em consideração a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, bem como a forma adequada de fazer tal proteção dentro dos órgãos jurisdicionais, tem-se a hipótese de que o postulado da razoabilidade deve ser instrumento utilizado – diante do caso concreto – para verificar a constitucionalidade da aplicação das normas de impenhorabilidade. Portanto, pretende-se correlacionar o controle de constitucionalidade concreto e difuso e o postulado da razoabilidade diante da incidência das regras de impenhorabilidade.

Destarte, quanto à metodologia e percurso do trabalho, parte-se dos temas da impenhorabilidade e do postulado da razoabilidade. Para tal, se tem como marco teórico o conceito de postulado da razoabilidade trazido por Ávila (2021), segundo o qual a razoabilidade diferencia-se da proporcionalidade e impõe deveres de equidade, congruência e equivalência, bem como a razoabilidade não se enquadraria como um princípio, mas sim como um postulado normativo aplicativo. Ademais, quanto ao tema das impenhorabilidades se tem como marcos teóricos Fredie Didier Jr. (2020), Cândido Rangel Dinamarco e Marcelo Lima Guerra (2003).

Dessa maneira, trata-se de pesquisa que utiliza de conhecimentos de diversas áreas do Direito, analisando a interação entre institutos, princípios e normas intrínsecos ao Direito brasileiro. Assim, a metodologia utilizada no presente estudo foi a investigação jurídico-dogmática juntamente a hermenêutica. Portanto, será utilizado o raciocínio da dogmática jurídica, partindo da análise das normas de direito constitucional e direito processual civil, utilizando-se da hermenêutica jurídica para trabalhar com as vertentes normativas. Assim, o Direito será autossuficiente para a pesquisa pretendida.

Portanto, é utilizado o raciocínio hipotético dedutivo partindo de premissas gerais e abstratas. A primeira premissa refere-se ao postulado da razoabilidade como método a não aplicação de normas inconstitucionais no caso concreto, como segunda premissa, se tem que o regime de impenhorabilidade, apesar de ser uma proteção a direitos fundamentais, também é uma violação a direitos fundamentais; e a conclusão, encontra-se como o postulado da razoabilidade pode ser utilizado como instrumento de averiguação da constitucionalidade no caso concreto das normas de impenhorabilidade.

2 O POSTULADO DA RAZOABILIDADE

A doutrina e jurisprudência se preocupam em delimitar parâmetros, objetivos e subjetivos, para que as decisões judiciais sejam adequadas e sigam uma certa linha, evitando que haja disparidades entre decisões.

Alia-se isso a uma necessidade de que as decisões sejam justas na realidade fática, mas também obedeçam às normas jurídicas, haja vista que muitas vezes aplicar a norma, sem uma reflexão do contexto social que a circunda e do caso em si, não se alcança seu próprio objetivo.

Diante da necessidade de conciliar esses lados, que muitas vezes parecem antagônicos, há o postulado da razoabilidade, que visa tentar fornecer um suporte metodológico para análise de casos concretos.

2.1 OS POSTULADOS COMO NORMAS DE SEGUNDO GRAU

2.1.1 Normas, regras e princípios

Primeiramente, cabe pontuar que os textos legislativos são apenas as bases das normas jurídicas, isso significa que da interpretação sistemática desses textos se extrai o conteúdo e significado de uma norma jurídica, como dito por Ávila (2021). Nesse raciocínio pode-se inferir que há norma sem dispositivo, dispositivo que não seja possível extrair uma norma, norma derivada de mais um dispositivo.

Assim, o que se extrai de determinado texto legislativo depende diretamente do contexto histórico-social no qual o intérprete está envolvido, haja vista que a norma não existe *per se*, mas sim depende de um sujeito cognoscente que irá extrair o seu significado daquele texto.

Para efeitos de exemplo de como a norma é extraída pelo sujeito quem a interpreta, não sendo algo posto em pedra e imutável, há o fenômeno da mutação constitucional. Tal fenômeno, que é amplamente reconhecido pelos doutrinadores e estudiosos do direito

constitucional, tem o condão de alterar do significado extraído do texto constitucional. Definido por Dirley da Cunha Júnior como:

Na verdade, mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 225)

Assim, é um processo em que o sentido extraído do texto constitucional passa por uma “virada”, para que possa melhor acompanhar as mudanças e demandas sociais, contudo, o texto escrito continua o mesmo, sem alterações.

Feitas tais considerações iniciais sobre normas jurídicas, pode-se dizer que a doutrina jurídica predominante, principalmente pela influência dos doutrinadores Robert Alexy e Ronald Dworkin, entendem que as normas jurídicas são divididas em duas categorias: regras e princípios.

Vale pontuar que, como informa Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 29) a distinção entre regras e princípios não ocorre pelo texto, mas sim entre as normas que são extraídas desse texto. Dessa maneira, na concepção de Alexy a diferença reside na forma de resolução quando há colisão entre princípios e conflito entre regras.

Segundo Alexy, os princípios são normas que impõem mandamentos de otimização, assim explica o autor alemão que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2012, p. 90).

Assim, quando em colisão de princípios, deverá o intérprete analisar qual dos princípios tem precedência sobre o outro. Portanto, se conclui que nos casos em concreto “os princípios têm pesos diferentes e que princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2012, p. 94). Dessa maneira, proceder-se-á a uma ponderação entre os princípios colidentes, para que assim se defina qual dos princípios em colisão deverá preponderar.

Todavia, para Robert Alexy, as regras são definidas como normas “que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2012, p. 91). Dessa maneira, quando essas entram em conflito, a resolução irá acontecer mediante uma cláusula de exceção contida em uma das regras ou com a declaração de invalidade de uma das regras. Assim, na declaração de

invalidez a regra deverá ser extirpada do ordenamento jurídico, segundo o supracitado autor.

Já na concepção de Ronald Dworkin, o que distingue as regras dos princípios é uma questão de grau e lógica. Assim, as regras são aplicadas de uma maneira *all or nothing* – em tradução nossa, tudo-ou-nada –, isto é, se um caso concreto se subsumir a hipótese descrita em uma regra, deverá aquela ser aplicada. Portanto, existindo conflitos entre regras, uma deverá ser considerada inválida e a outra aplicada, daí derivando o tudo ou nada. Nas palavras do autor:

As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 40)

Ato contínuo, Ronald Dworkin afirma que os princípios possuem uma “*dimension of weight*” – em tradução nossa, dimensão de peso. Assim, essa dimensão significa que quando da colisão de princípios na realidade fática, deverá se considerar o peso/importância de cada um dentro daquele contexto, sobrepondo-se um princípio e o outro, que não se sobrepôs, não perde a sua validade.

Dessa maneira, no caso das normas jurídicas que são princípios, segundo Dworkin (2002, p. 40), não há consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições de sua aplicação acontecem, diferentemente das regras. Ressaltando que isto não significa que um princípio não poderá ser decisivo.

Entretanto, Humberto Ávila, em sua obra intitulada Teoria dos Princípios, discorre pela insuficiência conceitual da divisão proposta por Alexy e por Dworkin, a qual ele chama de distinção forte² entre regras e princípios. Assim, sintetiza em o quê essa distinção forte se baseia, a saber:

O fundamento dessa distinção está na estrutura normativa: os princípios, porque instituem mandamentos superáveis no confronto com outros princípios, permitem o sopesamento, ao passo que as regras, porque estabelecem deveres pretensamente definitivos, eliminam ou diminuem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador. (ÁVILA, 2021, p. 114).

² Ávila (2021, p. 111-113) também tece críticas e demonstra a insuficiência teórica das “distinções fracas” entre princípios e regras, essas que justificam a diferença entre as normas com base no grau de abstração e generalidade da norma jurídica.

Assim, a primeira crítica que faz Humberto Ávila (2021, p. 115) se refere a uma inconsistência semântica na definição de princípios e regras com base no modo final de aplicação e de resolução de antinomia. Dessa forma, explica que as regras também podem ser objeto de ponderação, tanto interna quanto externa.

Dessa forma, a ponderação interna ocorre quando há “reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativa interpretativas” (ÁVILA, 2021, p. 115). Já a externa ocorre quando da resolução de duas regras em conflito e o resultado não é a decretação da invalidade de uma delas.

Ademais, critica que os autores que utilizam a definição forte acabam atribuindo a qualidade de princípio a normas que não obedecem às características impostas por essa definição. Ressalta-se não ser apenas uma questão de nomenclatura utilizada erroneamente, haja vista que o resultado da aplicação e de resolução de antinomias é diferente para regras e princípios e, assim, a imprecisão terminológica pode acarretar decisões consequências distintas.

Cabe, então, pontuar que Ávila (2021, p. 103) define princípio como uma norma que impõe condutas para que possa alcançar um estado ideal de coisas, de maneira que a “aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção” (ÁVILA, 2021, p. 104). Isto é, não possuem o caráter de resolver problemas, mas de elencar elementos que devem estar presentes nas decisões para que se possa alcançar esse estado, com atenção especial às condutas necessárias.

Assim, os princípios possuem uma pretensão de complementariedade e de parcialidade, uma vez que “não tem pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão” (ÁVILA, 2021, p. 103). Já as regras possuem “pretensão normativa”, ou seja, pretendem ter todos os elementos necessários a uma tomada de decisão, produzindo uma solução específica. Dessa maneira, o autor define as regras como:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2021, p. 104)

Assim, as regras possuem a pretensão de abarcar todos os elementos essenciais à tomada de decisão. Contudo, Ávila pontua que apesar dessa pretensão, existe o fenômeno da aptidão para cancelamento, descrito por ele como:

Isso significa que não são decisivas na medida em que podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não ser aplicáveis, pela consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra. (ÁVILA, 2021, p. 103)

Portanto, apesar das regras terem sua hipótese descritiva preenchida e incidirem em determinado caso, não significa que estas deverão ser aplicadas ao caso.

2.1.2 Postulados como normas jurídicas de segundo grau

Feita essa diferenciação entre princípios e regras, Ávila explica que apenas essas duas categorias não são suficientes para definir as normas jurídicas, assim, o autor desenvolve a uma terceira categoria de normas, os postulados. Portanto, para Humberto Ávila, as normas jurídicas são divididas em três categorias, sendo que as regras e princípios são normas de primeiro grau e os postulados são normas de segundo grau.

Ainda, dentro da categoria dos postulados há uma subdivisão entre postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos.

Ainda, dentro da categoria dos postulados há uma subdivisão entre postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos. Em relação aos postulados hermenêuticos, explica Ávila que estes são necessários “à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2021, p. 168). Portanto, estes não servem, geralmente, como elemento direto para a aplicação de normas e princípios, como os postulados normativos, mas sim para a compreensão de um determinado ordenamento jurídico, para que se preserve uma unidade coerente entre si de normas jurídicas.

Assim, os postulados hermenêuticos visam determinar um ordenamento que tenha harmonia em suas mais diversas áreas e espécies normativas, de maneira a coordenar a interpretação e aplicação das outras normas daquele ordenamento, dando um norte no

sentido de como deve ser interpretadas as normas, sendo dentre os mais importantes, segundo Ávila, o postulado da unidade do ordenamento jurídico.³

Destarte, Humberto Ávila define os postulados normativos aplicativos como:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. (ÁVILA, 2021, p. 167)

Então, dessa definição infere-se que os postulados normativos estão intrinsecamente ligados a outras normas. Portanto, como diz Ávila, são metanormas, normas sobre outras normas, não havendo aplicação destes individualmente consideradas, sempre havendo uma regra e princípio *in casu*, onde virão a ter sua aplicação estruturada e guiada pelos postulados normativos. Assim, pode-se dizer que os postulados normativos aplicativos visam estruturar a aplicação das outras normas, fornecendo um raciocínio estruturante para que estas sejam operadas.

É importante, então, proceder a uma diferenciação entre os postulados e as regras e princípios. Assim, explica Ávila (2021, p. 181), que os princípios – diferentemente dos postulados – são normas que impõem condutas para que se alcance um estado ideal de coisas dentro do ordenamento jurídico. Portanto, preconizam condutas para que possa alcançar um fim, enquanto os postulados agiriam nas condutas impostas, por assim dizer, coordenando os elementos para que se possa alcançar o fim e impondo os deveres inerentes ao postulado.

Também, não seria possível enquadrá-los à categoria de regras, uma vez que postulados não descrevem fatos e atos ou atribuem poder a agentes, mas sim estruturam e guiam os comportamentos e aplicação destes dois tipos de normas de primeiro grau. Ávila ainda explica como se deve proceder no estudo dos postulados normativos aplicativos.

O primeiro passo seria a análise jurisprudencial, num processo de separação de decisões que utilizaram os postulados em suas fundamentações, um levantamento estatístico. Em seguida, deve-se analisar a fundamentação dessas decisões, assim explica:

³ O postulado hermenêutico da unidade do ordenamento jurídico merece ser destacado, segundo Ávila, porque exige “o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e unidade.” (ÁVILA, 2021, p. 169). Coordenando, assim, o ordenamento jurídico como um organismo que deve ser coeso entre si.

“Depois disso, é necessário analisar a fundamentação das decisões, com a finalidade de encontrar quais os elementos que foram ordenados e como foram relacionados entre si” (ÁVILA, 2021, p. 185).

Além disso, deve-se analisar as normas que foram objeto das decisões, bem como qual a fundamentação utilizada pelo órgão jurisdicional. Por fim, ao realizar todo o processo de investigação, obtendo após os passos anteriores os casos típicos de aplicação de determinado postulado, deve o intérprete investigar os casos em que o postulado, apesar de mencionado, não foi utilizado ou não foi utilizado corretamente. Assim, devendo refazer a pesquisa jurisprudencial e “analisar criticamente as decisões encontradas, reconstruindo-as argumentativamente de acordo com o postulado em exame, de modo a evidenciar a falta de uso ou seu uso inadequado.” (ÁVILA, 2021, p. 187). Assim, pode-se dizer que os postulados se revelam pela prática jurídica cotidiana e se consolidam através desta

2.2 A RAZOABILIDADE

Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 116) a ideia de razoabilidade remonta à Magna Carta britânica do ano de 1215, onde se encontra a chamada cláusula *law of the land*⁴, assim, essa cláusula impunha a necessidade de um processo legítimo e de acordo com as leis para a restrição de direitos de um cidadão. É desse instituto medieval britânico que foi desenvolvida a garantia do *due process of law* – em tradução, devido processo legal –, que teve sua consagração na Constituição Norte-americana de 1787, portanto, sendo um instituto clássico da tradição anglo-saxã do direito.

Assim, a garantia do devido processo legal evoluiu de seu caráter meramente substantivo, que possui uma acepção formal e processual, onde se preocupava meramente as questões formais do processo, para também comportar uma face substantiva. Dessa forma, nessa segunda face, há uma permissão para que o órgão jurisdicional examine os atos do poder público, para que se permita a defesa de direitos individuais, com a

⁴ A cláusula denominada de *law of the land* preconizava, em tradução nossa: “Nenhum homem livre será apreendido ou emprisado, terá seus direitos ou posses retiradas, ou banido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem se procederá com força contra ele, ou envia-lo outros para fazê-lo, exceto por o julgamento legítimo de seus iguais ou pela lei do país”.

utilização deste para o controle de atos legislativos e da Administração Pública pela via judiciária:

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no Texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade. (BARROSO, 2009, p. 117)

Ato contínuo, dessa nova face da garantia do devido processo legal, surge a razoabilidade. Assim, para controlar e limitar os atos do poder público e para proteger os cidadãos das arbitrariedades estatais, a razoabilidade aparece como um parâmetro a ser utilizado. Dessa maneira o supracitado autor define a razoabilidade, a qual ele define como princípio, como: “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.” (BARROSO, 2009, p. 118).

Dessa maneira, a razoabilidade seria um instrumento de controle de constitucionalidade de atos discricionários da administração pública, bem como dos atos do poder legislativo. Atuando, então, como um limite a atos arbitrários do poder público, permitindo o controle *a posteriori* pelo judiciário, sem que isto seja considerado uma afronta a separação dos poderes, haja vista estar se resguardando a adequação daqueles atos ou normas para com o texto constitucional.

2.2.1. A Razoabilidade como Postulado Normativo Aplicativo

Como já exposto anteriormente, Humberto Ávila (2021) propõe uma divisão entre as normas jurídicas de maneira tripartida e com diferenciação entre normas de segundo e primeiro grau, assim, os postulados surgem como normas de segundo grau, que agem como diretrizes para a aplicação de regras e princípios, que são normas de primeiro grau.

Dessa maneira, a razoabilidade não seria um princípio, como geralmente tratado na doutrina e jurisprudência, porque, segundo Ávila, a razoabilidade tem “Sua aplicabilidade condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida)” (ÁVILA, 2021, p. 188). Portanto, o postulado da

razoabilidade terá a função de coordenar esses elementos no caso concreto. Assim, percebendo que para a existência de tais elementos é sempre necessário que seja preexistente regra ou princípio, que será objeto da incidência desse postulado.

Dessa forma, não podendo ser a razoabilidade um princípio, uma vez que é um método para a aplicação das outras normas, não querendo promover um estado de coisas razoáveis individualmente considerado, mas sim, que se alcance esse estado de coisa de maneira razoável. Portanto, para efeitos do presente trabalho a razoabilidade será considerada como um postulado normativo aplicativo, como proposto por Ávila (2021). Por fim, cabe o exame individualizado de três faces que a razoabilidade impõe ao intérprete, segundo o referido autor.

2.2.2 A Razoabilidade como equidade

Uma das faces que o postulado da razoabilidade revela é como equidade. Ávila (2021) ainda divide esta face em duas acepções. Primeiramente, o doutrinador entende que a equidade é a necessidade de presumir que os acontecimentos estão dentro da normalidade da norma jurídica. Portanto, a razoabilidade leva o intérprete a considerar que os atos dos agentes, públicos ou privados, se encontram dentro da descrição feita pela norma jurídica.

Nessa senda, a normalidade aqui em questão é extraída da interpretação da norma jurídica, desde que não fira ou diminua os princípios constitucionais. Uma vez que uma interpretação que não se ampare nessa normalidade, acabaria, então, por violar outros valores ou princípios constitucionais que aquela norma visa resguardar.

Ainda vale pontuar que tal concepção é amplamente utilizada no direito administrativo como definição da razoabilidade, para guiar a atuação e decisões da Administração Pública, coibindo decisões arbitrárias que possam vir a prejudicar os administrados. Nas lições de Diógenes Gasparini:

O particular, salvo alguma anomalia, não age de forma desarrazoada. Seu comportamento, diante das mais variadas situações, predispõe-se, sempre a seguir o sentido comum das pessoas normais. Assim também deve ser o comportamento da Administração Pública quando estiver no exercício de atividade discricionária, devendo atuar racionalmente e afeiçoada ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência

recebida para a prática, com discricção, de atos administrativos. (GASPARINI, 2010, p. 78)

Dito isso, a outra acepção posta por Ávila dentro da razoabilidade equidade, seria a ideia de uma equidade material, remetendo a frase “tratar os desiguais na medida da sua desigualdade”. Portanto, é uma concepção de que as generalidades e universalidades, em determinados casos concretos, não gerariam a equidade de tratamento desejada, uma vez que acabaria por prejudicar não razoavelmente uma das partes envolvidas. Desse raciocínio, permite-se concluir que pode uma norma jurídica geral não ser aplicada por causa da anormalidade de um caso concreto a qual essa incide.

Esta ideia, de que a aplicação de maneira uniformizada das leis a todas as pessoas pode gerar prejuízos em determinadas situações, tem origem com o pensamento aristotélico. Assim, o filósofo grego já explicava a necessidade de se atentar às peculiaridades de cada caso:

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. (ARISTÓTELES, 2005, p. 97-98)

Nota-se que Aristóteles ponderava a universalidade das leis frente a especificidade do caso concreto, concluindo não ser equitativa a aplicação da norma jurídica universal para aqueles casos excepcionais, que fogem à normalidade que visava quando da edição da norma pelo legislador.

Portanto, preservar a igualdade não seria aplicar na mesma medida as regras para todos, mas sim, mediante juízos de valores, compreender que existem situações anormais que devem afastar aquela aplicação, apesar da incidência da norma. Pois assim a igualdade material estaria preservada.

Dessa forma, a ideia que se revela é que, a depender da excepcionalidade do caso em questão, a regra – supostamente como geral e abstrata – deve ter sua aplicação afastada, pois não seria razoável sua aplicação naquele momento. Assim, é irrazoável a aplicação

da norma, porque com a generalidade da norma aquilo que não foi previsto se mostra como uma ofensa à equidade entre os agentes. Assim, explica Ávila:

Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua razão contrária (ÁVILA, 2021, p. 201)

A partir dessa definição, permite-se concluir que a regra não existe individualmente considerada, ela está inserida dentro de um ordenamento jurídico, o qual é produto político, histórico e social. Então, as normas jurídicas são consequência desta construção e estão em permanente diálogo com as outras normas do ordenamento, em especial aquelas de caráter constitucional.

Portanto, conforme dito por Barroso (2009) e Ávila (2021), a razoabilidade como equidade é corolária do princípio constitucional da justiça, presente no art. 3º da Constituição Federal. Dessa forma, a não aplicabilidade das regras por não obedecerem ao postulado da razoabilidade deriva do princípio constitucional da justiça e, como dito por Ávila (2009, p. 6), os princípios constitucionais devem bloquear as regras quando estas são incompatíveis com o que estes visam promover.

Nesse raciocínio, quando por causa de uma excepcionalidade no caso concreto a aplicação da norma geral criar uma injustiça à uma das partes, o princípio constitucional da justiça, por meio da razoabilidade, impõe o bloqueio da aplicação daquela norma. Assim, Jane Pereira relata que estes dois entendimentos: “correspondem à antiga ideia de que as leis, em sua aplicação, devem ser amoldadas às exigências particulares dos casos que regulam” (PEREIRA, 2011, p. 41-42).

Cabe pontuar, ainda, que estas faces da razoabilidade reforçam sua essencialidade de postulado normativo aplicativo, posto que se revelam as desigualdades e as “normalidades” apenas no caso concreto. E, assim, este postulado estruturará e guiará a aplicação das regras e princípios no “mundo real”. Assim, define Ávila (2021) a razoabilidade como uma exigência de harmonização da norma jurídica de primeiro grau – regra ou princípio – com o caso individual.

2.2.3 A razoabilidade como congruência

Humberto Ávila, ainda, identifica outro dever contido na ideia de razoabilidade, qual seja, a congruência. Nessa perspectiva, a razoabilidade aparece como uma exigência "a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação" (ÁVILA, 2021, p. 202). Assim, dentro da congruência, o supracitado autor explica haver duas exigências essenciais.

A primeira exigência é que todo ato a ser adotado necessita de um suporte empírico existente. Assim, os atos adotados pelos entes estatais necessitam de uma realidade que os suportem e os justifiquem, uma clara relação de causa e efeito, isto é, o suporte justificante tem de existir concomitantemente a adoção daquele ato.

Ademais, essa exigência procura evitar anacronismos legislativos, isso porque, nos casos em que determinadas legislações visavam ser resposta a uma causa específica, que por algum motivo superveniente não há mais ou que foi superada, não se revela razoável a aplicação daquela norma, haja vista não haver mais a causa justificante.

Já quanto à segunda exigência dentro da equidade como congruência, Ávila explica como uma necessidade "relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada" (ÁVILA, 2021, p. 203). Ressalta-se que não é uma relação entre meio e fim, mas sim se o critério adotado pelo ente estatal, para determinada diferenciação de tratamento, é razoável à medida eleita.

2.2.4 A razoabilidade como equivalência

Ainda, o postulado da razoabilidade impõe “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (ÁVILA, 2021, p. 205). Assim, trata-se de faceta da razoabilidade que se demonstra como uma análise se o critério estabelecido para determinar a consequência guarda uma relação de equivalência com a medida a qual esse critério incide.

Assim, é possível observar claramente essa face do postulado no princípio da insignificância ou bagatela do direito penal, onde se entende que a punição imposta não

seria equivalente ao delito cometido, de modo que a conduta perde a sua tipicidade material.

2.2.5 Razoabilidade *versus* Proporcionalidade

Diante de tudo quanto exposto, é necessário, ainda, uma diferenciação conceitual entre a razoabilidade e proporcionalidade, haja vista estes dois conceitos serem tratados muitas vezes, doutrinária e jurisprudencialmente, como sinônimos. Assim, por exemplo, Luís Roberto Barroso (2009), Gilmar Mendes (2012), Dirley da Cunha Júnior (2016), tratam em suas obras a razoabilidade como princípio e como sinônimo da proporcionalidade.

Nessa senda, o uso como sinônimos de razoabilidade e proporcionalidade, advém do fato de que de maneira generalista, ambos têm os mesmos objetivos dentro do ordenamento e estão fortemente entrelaçados a noção de igualdade material e proteção contra a discricionariedade de atos do poder público. Como dito por Jane Pereira:

Sem embargo, há consenso no sentido de que ambos estão vinculados à ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis. (PEREIRA, 2011, p. 2)

Contudo, apesar deste tratamento majoritariamente comum, cabe diferenciar os dois conceitos. Primeiramente, a proporcionalidade – seja ela definida como regra, princípio ou postulado⁵ –, é doutrinariamente definida como um exame concreto de relação entre fins e meios, onde analisa-se o ato/lei sob à luz de três critérios ou subprincípios, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Alexy define estes três subprincípios:

O princípio da proporcionalidade, o qual na última década tem recebido cada vez mais reconhecimento na teoria e prática do controle de constitucionalidade, consiste em três subprincípios: o princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três subprincípios expressam a ideia de otimização. [...] (ALEXY, 2016, p. 2. Tradução da autora)

⁵ Virgílio Afonso da Silva (2014) define proporcionalidade como uma regra; Alexy (2016) define como um princípio; já Humberto Ávila (2021) define como postulado normativo aplicativo.

Assim, pormenorizando esses três critérios ou subprincípios, primeiramente, a adequação é comumente definida como uma análise das medidas adotadas e se estas são compatíveis para atingir os fins desejados. Assim, se analisa se para alcançar os fins desejados, os meios “x”, “y” e “z” são idôneos e capazes para tal.

Já a necessidade se entende como “entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 199). Dessa forma, entre os meios “y” e “z” qual desses é o menos gravoso para os direitos dos indivíduos, direta ou indiretamente, afetados por aquela medida.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito pode ser descrita como um sopesamento entre as vantagens e desvantagens trazidas pela medida adotada. Portanto, ao se adotar “y” como medida para alcançar “x”, o benefício que “x” trará, em um juízo de valor, será maior do que o malefício que a medida “y” acarreta. Virgílio Afonso da Silva, então, explica:

A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. (SILVA, V. A., 2014, p. 175)

Ainda, como posto por Alexy (2016, p. 3), a proporcionalidade, mediante seus três subprincípios/critérios, denota uma ideia de otimização, sendo a adequação e necessidade uma otimização em relação às possibilidades do caso concreto e a proporcionalidade uma otimização em relação às possibilidades legais. Enquanto, como já demonstrado anteriormente, a razoabilidade procede a uma análise de equidade, equivalência e congruência, não uma ideia de otimização dentre as medidas adotadas.

Assim, percebe-se que, apesar de em certa medida terem semelhanças, a razoabilidade e a proporcionalidade não podem ser utilizadas como sinônimas. Uma vez que a razoabilidade, ao contrário da proporcionalidade, não é uma relação entre meio e fim. Dessa forma, a razoabilidade como equidade determina que se presuma que os fatos estão dentro de uma normalidade ou que a regra geral pode não ser aplicada apesar de sua incidência no caso concreto, inexistindo uma relação de causa e efeito ou otimização como na proporcionalidade.

Ainda no dever de razoabilidade como congruência, como dito por Ávila (2021, p. 206-207) é um dever de harmonização do Direito com suas relações externas de aplicação. Assim, uma qualidade não leva a medida adotada, mas é um critério intrínseco a ela. Por fim, na razoabilidade enquanto dever de equivalência, não há nexos causal entre os elementos, mas sim “uma relação de correspondência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2021, p. 207).

Vale salientar que, apesar de ser mais comumente tratado como um conceito sinônimo, em algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal diferencia a razoabilidade da proporcionalidade, como é o caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29⁶, aqui transcrita a ementa de seu acórdão:

ACÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. [...]. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. [...] **2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. [...].** **5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.** **6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus* público. [...]. (grifos da autora).⁷**

⁶ A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29 analisou – e declarou – a constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 135/10, popularmente conhecida como lei da ficha limpa, a qual previu novas hipóteses de inelegibilidade. O ponto central da discussão girava em torno se a lei feriria a presunção de inocência ao impor a sanção de inelegibilidade antes do trânsito em julgado.

⁷ STF - ADC: 29 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012

Aqui, percebe-se que denotam duas perspectivas da razoabilidade. Primeiramente, como uma expectativa razoável derivada da segurança jurídica proporcionada de um ordenamento jurídico. E, em sua segunda forma, como aquilo que é oposto à arbitrariedade, ou seja, tem de ter um arcabouço fático que dê suporte e fundamente aquela decisão.

Todavia, é cristalino que ao se falar do conceito de proporcionalidade, o Relator, Ministro Luiz Fux, procedeu com uma análise do caso à luz dos três subprincípios supracitados. Dessa forma, subsumiu o caso concreto ao exame de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

Feitas tais considerações sobre a proporcionalidade, a razoabilidade, como posto por Ávila (2021) e Pereira (2011), é, em verdade, um conceito plurissignificativo que se revela empiricamente no caso concreto.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a Constituição encontra-se em uma posição de hierarquia e supremacia em relação às outras normas, assim, superando-se a ideia de que a Constituição seria meramente uma carta política sem força de norma jurídica, como explicado por Hesse (1991)⁸. Dessa maneira, a Constituição é a Lei Fundamental do direito do ordenamento, portanto, é o fundamento de validade, material e formal, de todas as outras. Assim, para preservar a hierarquia e supremacia constitucional, é necessário mecanismos que permitam o controle de atos e leis em relação ao conteúdo da Constituição:

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a *supremacia* da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2009, p. 65).

Ainda, diante da supremacia constitucional, o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir e com o fim na Constituição, assim, para tal estabelece-se alguns princípios para interpretação. Dessa forma, um desses princípios é o da unidade da Constituição, a saber:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios que é instituído pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque - relembre-se do círculo hermenêutico - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. (COELHO, 2011, p. 159-160)

Assim, a interpretação das normas infraconstitucionais, bem como das normas constitucionais, deve ser feita a partir daquilo que a Constituição institui. Não há, portanto,

⁸ Em sua obra, “A força normativa da Constituição”, Konrad Hesse, demonstra e explica que a Constituição não é meramente uma carta política que depende dos fatores reais e efetivos de poder, como definido por Ferdinand Lassalle em sua obra “A essência da Constituição”, mas sim possui força normativa e é a norma jurídica fundamental do ordenamento.

microsistemas isolados dentro do ordenamento, mas sim uma relação de conexão entre o sentido das normas.

Cabe, então, acrescentar que o parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade é o chamado bloco de constitucionalidade, que engloba o texto constitucional, as emendas constitucionais⁹, os atos das disposições constitucionais transitórias (ADCT)¹⁰, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e submetidos ao trâmite do art. 5º, §3º¹¹, da Constituição e os princípios constitucionais implícitos. Dessa maneira, conclui-se que os parâmetros utilizados para averiguação de constitucionalidade não são apenas os textos escritos explicitamente na Constituição.

Assim, os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição e deles decorrem princípios implícitos e corolários lógicos, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade. Assim, o controle de constitucionalidade se revela como essencial para a garantia e proteção destes. Da mesma forma, pontua Cunha Júnior:

Mas o controle de constitucionalidade, a par de assegurar a superioridade e força normativa da Constituição, também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, p. 232., 2016)

Então, o controle de constitucionalidade é entendido como um instrumento que permite que se analise a constitucionalidade de atos e leis, bem como de emendas constitucionais e de omissões legislativas. Assim, analisando-se se há adequação formal – devido processo legislativo e regras de competência – e material desses atos em face com o que a Constituição preconiza.

Como supracitado, o controle de constitucionalidade é um mecanismo para garantir a eficácia, supremacia e unidade da ordem constitucional vigente. Assim, o controle pode ser feito pelo poder executivo, legislativo e judiciário, bem como podem ser preventivos ou repressivos em relação ao momento do ato violador. Contudo, para

⁹ Pontua-se que as Emendas Constitucionais têm de obedecer aos limites formais e materiais impostos pelo art. 60 da Constituição, caso não obedeça, a Emenda deverá ser considerada inconstitucional

¹⁰ As normas do ADCT serão parâmetro de constitucionalidade enquanto ainda tiverem eficácia, uma vez que algumas normas da ADCT já se esgotaram e não mais tem efeitos, por exemplo, o art. 2º, que determinou a realização de um plebiscito em 1993 sobre o sistema e a forma de governo.

¹¹ Atualmente, no Brasil existem quatro tratados com status de normas constitucionais, são esses: Convenção da ONU sobre o Direito de Pessoas com Deficiência; Protocolo adicional à Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoa com Deficiência.; Tratado de Marraqueche; Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

efeitos do presente trabalho, será discutido o controle feito pelos órgãos jurisdicionais de maneira repressiva.

Atualmente, no Brasil, estão previstos na Constituição Federal, bem como regulamentados no Código de Processo Civil e leis especiais, as ações e o procedimento incidental para instauração do controle de constitucionalidade, o qual se divide em espécies e possui legitimados diversos.

3.1 O CONTROLE ABSTRATO

Primeiramente, cabe explicar o controle abstrato de constitucionalidade, o qual tem por objeto a norma em tese. Assim, a redação daquela norma, ou a possível interpretação a ser extraída desta, não está de acordo com o conteúdo da Constituição, ou o seu processo legislativo não observou a forma adequada, seja por um vício de competência ou por um vício de procedimento. Portanto, não se discute um caso concreto onde aquela norma foi aplicada, mas sim que a sua própria existência ou uma interpretação que possa ser extraída dela é inconstitucional.

Nestes casos, as ações a serem propostas são objetivas, ou seja, não há polo passivo naquela ação, assim, é um processo onde não há pretensão resistida da parte contrária. Dessa maneira, dentro do controle abstrato, há ações específicas para o questionamento da lei em tese: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É importante pontuar que essas ações supracitadas são restritas a legitimados, especiais e universais¹², que estão elencados em um rol taxativo do art. 103, da Constituição Federal. Ademais, há de se observar que as decisões exaradas em sede de controle abstrato são de efeitos *erga omnes*, portanto, oponíveis a todos agentes do ordenamento jurídico, conforme art. 28, parágrafo único da Lei 9.868. Ainda, as decisões podem ter seus efeitos temporais modulados por decisão de dois terços dos Ministros, isto é, pode-se determinar o alcance temporal daquela decisão.

¹² Se divide entre legitimados universais e especiais porque é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que os legitimados dos incisos IV, V e IX do art. 103 da Constituição só podem propor as ações de controle abstrato quando o objeto guardar pertinência temática com a atuação desses.

Cabe ainda salientar a existência do fenômeno da não-recepção, uma vez que no direito brasileiro não há a chamada inconstitucionalidade superveniente, isto é, norma anterior a Constituição vigente se tornaria inconstitucional com a nova ordem constitucional. Assim, quando a norma pré-constitucional não é compatível materialmente com a nova Constituição, se declara que ela não foi recepcionada pela Constituição. Atentando-se para o fato que a não-recepção é a apenas para o conteúdo material, não podendo se discutir o processo legislativo daquela norma.

Destaca-se também que as Emendas Constitucionais também são parâmetro para a não-recepção. Assim, uma norma sancionada após 1988, mas que após essa sobreveio Emenda Constitucional, pode se tornar não-recepcionada.

Por fim, cabe mencionar que há, ainda, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. A omissão inconstitucional é definida:

[...] quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 334-335)

Assim, ocorre a omissão quando uma norma constitucional determina que o Estado adote certos comportamentos ou edite certas leis e este se omite, desobedecendo o mandamento constitucional. Nessa senda, há uma ação objetiva específica para questionar tais omissões, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

3.2 O CONTROLE CONCRETO OU INCIDENTAL

Diferentemente do controle abstrato, em sede de controle concreto o que será discutido é a aplicação daquele ato ou norma em um caso específico e concreto, ou seja, não se discute no campo do dever ser, mas sim a aplicação fática, que pode se revelar como inconstitucional. Dessa forma, o controle será feito por via incidental em um processo, em que a constitucionalidade daquele ato ou norma se revela prejudicial ao resultado do processo. Assim, a questão se revela um dos fundamentos da decisão a ser exarada pelo órgão jurisdicional.

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão

judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. (MENDES, 2012, p. 876)

Desse modo, tem-se que aquela norma não é *per se* inconstitucional, como no caso do controle abstrato, mas a aplicação dela em determinada situação revelaria um resultado oposto ao que a Constituição visa garantir, violando preceitos fundamentais constitucionais. Ou seja, a aplicação naquele momento, diante da situação em concreto, violaria a Constituição. Então, para se preservar a unidade da constituição, é necessário que o órgão jurisdicional competente daquele processo afaste a aplicação daquele ato ou norma.

Assim, para resguardar a supremacia da Constituição, bem como a unidade dessa, o controle incidental pode ser feito de ofício pelo órgão julgador, não dependendo de suscitação de uma das partes envolvidas no processo, haja vista ser dever de todos os integrantes dos três poderes preservar a Constituição.

Por fim, cabe explicitar que, nessa modalidade de controle, o efeito da declaração de inconstitucionalidade será, em regra, *inter partes*. Assim, aquela decisão só tem efeitos dentro daquele processo onde foi suscitada a inconstitucionalidade incidental, vinculando apenas aqueles indivíduos e apenas naquela situação *sub judice*.

Todavia, existe uma exceção aos efeitos *inter partes*, presente na hipótese do art. 52, X, da Constituição Federal. Assim, esse artigo preconiza que o Senado Federal poderá suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que o Tribunal procedeu com os controles difusos e concretos. Por fim, acrescenta-se que não há legitimado especial para o controle concreto, mas sim qualquer um pode suscitar em qualquer ação.

3.3. O CONTROLE CONCENTRADO

O controle de constitucionalidade no Brasil surgiu – e se manteve durante muito tempo – apenas como difuso e incidental, uma vez que o controle difuso estava previsto desde a primeira Constituição da República, em 1891. Contudo, com a emenda nº 16/65

à Constituição de 1946 surgiu a Representação de Constitucionalidade¹³, esta que foi a primeira ação de controle difuso. Assim, com a emenda n° 7/77 passou a competência exclusiva do processamento dessa ação para o Supremo Tribunal Federal.

Nessa senda, com a criação das outras ações do controle difuso, passou-se a se dar maior ênfase ao controle concentrado, nas palavras de Gilmar Mendes:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema a *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 2012, p. 872)

Assim, nessa espécie de controle há apenas um órgão jurisdicional com competência para proceder com o exame de constitucionalidade. No Brasil, estes órgãos são o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 da Constituição Federal, e os Tribunais de Justiça dos estados, consoante art. 125, §2º, da Constituição Federal. Por fim, cabe ressaltar que o controle concentrado sempre será abstrato.

3.4 O CONTROLE DIFUSO

Por fim, no âmbito do controle difuso, qualquer órgão judiciário pode proceder com o controle, até mesmo de ofício, desde que no âmbito de um devido processo. Nas palavras de Barroso, “do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.” (2016, p. 52).

Neste caso, há um processo subjetivo, onde há vontades opostas nos polos processuais, sendo a constitucionalidade de determinada norma ou ato, prejudicial a decisão a ser exarada no âmbito daquele processo.

Assim, tal controle, quando suscitado pelas partes, ocorre de maneira incidental, por exceção ou forma de defesa. Dessa maneira, revela-se que o controle difuso será sempre concreto, haja vista que depende de um caso concreto onde a norma em questão tenha a sua aplicação questionada como constitucional

¹³ Essa ação de controle de constitucionalidade guarda correspondência com a atual Ação Direta de Inconstitucionalidade, não mais existindo com o nome de Representação de Constitucionalidade.

Contudo, é de suma importância destacar que quando o juiz singular examina a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição, caso entenda pela inconstitucionalidade no caso, não haverá declaração de inconstitucionalidade, mas sim ele deixará de aplicar a norma. Nesse sentido, explica Streck:

É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Nesse sentido, há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo, deixa de aplicá-lo. (STRECK, 2018, p. 186)

Desse modo, quando os Tribunais declaram a inconstitucionalidade de uma norma, é necessário observar o Princípio da Reserva do Plenário, o qual determina que para se declarar inconstitucionalidade de uma norma, é necessária a maioria dos membros do tribunal ou órgão fracionário deste¹⁴. Esse princípio encontra previsão no art. 97 da Constituição Federal, art. 948 do Código de Processo Civil e foi objeto de Súmula Vinculante nº 10.

¹⁴ Conforme os arts. 948 e 949 do Código de Processo Civil é exceção ao Princípio da Reserva do Plenário quando sobre aquela questão já tiver havido pronunciamento do plenário do próprio tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim, podendo decidir sobre a não aplicação da norma por inconstitucionalidade sem submeter ao plenário ou órgão fracionário

4 IMPENHORABILIDADES

O regime de impenhorabilidades é formado por normas jurídicas que podem ser encontradas no Código de Processo Civil, no Código Civil e em leis especiais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei nº 8.009, de 1990 (lei do bem de família). Assim, essas normas podem ser regras explícitas, como o art. 833 do Código de Processo Civil, bem como podem ser extraídas da interpretação das normas do Código Civil, a exemplo dos bens inalienáveis.

Nesse sentido, é um instituto tradicional do processo civil brasileiro, presente desde o primeiro código de processo civil federal, Decreto-lei nº 1.608, de 1939, nos arts. 942 e 943. Assim, foi mantido pelo código de 1973, Lei 5.869, e pelo atual de 2015, Lei 13.015. Revelando-se de suma importância dentro do processo de execução e da fase de cumprimento de sentença no processo civil brasileiro.

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE IMPENHORABILIDADE

Ab initio, cabe pontuar que o conceito de impenhorabilidade é melhor definido *a contrario sensu*, assim, como aquele bem que não pode ser objeto de penhora judicial. Dessa forma, se faz necessário algumas considerações sobre processo de execução *latu sensu*, o que é a penhora dentro do processo civil e sobre o princípio da responsabilidade patrimonial.

4.1.1 Penhora e Princípio da Responsabilidade Patrimonial

Primeiramente, para melhor compreensão, explica-se que na execução *lato sensu* – onde se compreende o processo de execução e a fase de cumprimento de sentença¹⁵ – dentro do processo civil, todo o patrimônio do executado responde perante aquela dívida,

¹⁵ Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o cumprimento de sentença de quantia certa passou a ser uma fase do processo de conhecimento.

essa é a inteligência do art. 789 do Código de Processo Civil. Assim, tal norma jurídica é denominada como o Princípio da Responsabilidade Patrimonial.

Dessa forma, o sentido extraído dessa norma é de que responderá pela execução apenas o patrimônio do executado, não podendo incidir a execução sobre a própria pessoa, haja vista que isso seria a responsabilidade pessoal¹⁶.

Cabe pontuar ainda que a dívida aqui referida é a de quantia certa ou a que possa ser quantificada em valor pecuniário. Haja vista que em uma execução de uma obrigação de dar ou fazer ou não fazer não há, em regra, penhora de valores para o pagamento da dívida. Portanto, ao se referir neste trabalho à execução, será implícito que são aquelas em que a dívida é de quantia certa.

Ato contínuo, se todo o patrimônio do executado responde pela execução, são precisos instrumentos que delimitem qual parcela daqueles bens serão efetivamente utilizados para a satisfação executiva. Daí, então, surge o ato da penhora, que é a individualização ou delimitação de quais bens – dentro do universo de bens do executado – será responsabilizado para aquela execução.

Diante disso, a penhora é definida por Araken de Assis como o “ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo” (ASSIS, 2016, p. 638).

Dessa maneira, percebe-se que, dentro do processo civil, o ato de penhorar, significa delimitar qual parte do patrimônio, que, *a priori*, responde de maneira integral, será utilizada na execução. Assim, visa garantir o resultado útil do processo, para que se acaso o executado venha a dispor daquele bem, o negócio jurídico de disposição não tenha efeitos perante a execução. Isto é, o negócio jurídico é existente e válido, mas não produzirá efeitos dentro do processo de execução.

Por fim, vale acrescentar que, conforme o art. 790 do Código de Processo Civil, também responde pela dívida o patrimônio daqueles que sejam terceiros responsáveis, seja contratual ou legalmente. Assim, há casos que não será o patrimônio do devedor a ser responsabilizado.

¹⁶ Atualmente, só há no Brasil uma hipótese de responsabilidade pessoal, qual seja, a execução de prestação pecuniária de alimentos, onde permite-se a prisão civil do devedor.

Todavia, do mesmo art. 789 do Código de Processo Civil, que impõe o Princípio da Responsabilidade Patrimonial, se tem uma limitação ao princípio, haja vista que o final deste preconiza “salvo as restrições estabelecidas em lei”. Portanto, o princípio poderá ser restringido por outras normas jurídicas, assim, nessa exceção, surgem as impenhorabilidades como uma limitação.

Por fim, cabe salientar que a penhora incidirá sobre objetos que detenham valor econômico, para que assim haja satisfação da tutela executiva, exceto sobre aqueles bens que sejam impenhoráveis, assim, explica Hermes Zaneti Jr.:

[...] o objeto da penhora, serão exatamente todos os bens passíveis de valoração econômica para satisfação do valor exequendo, que como se observa da redação do artigo será composto também de eventuais juros, das custas processuais e dos honorários advocatícios, salvo os impenhoráveis. (ZANETI JR., 2018, p.105)

Ainda, destaca-se que o valor econômico de um bem é aferido por meio de critérios objetivos, haja vista que o proprietário do bem pode possuir apego emocional e imensurável economicamente de certos bens.

4.1.2 As regras de Impenhorabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Feitas as considerações sobre o instituto da penhora dentro do processo civil, permite-se definir a impenhorabilidade como certos bens que – por motivos legais ou da própria natureza desses – não são passíveis de penhora. Assim, não podem esses bens serem utilizados para que se satisfaça a execução via ato do poder judiciário, portanto, aquele bem não pode deixar o patrimônio do executado por conta do ato executivo judicial. Assim, como explica Dinamarco:

Quando se diz que um bem é impenhorável, a ideia que nessa afirmação se expressa é a de que o bem não pode ser retirado ao patrimônio do devedor, o que significa que ele não só é excluído da possibilidade de ser penhorado mas, acima de tudo, de ser expropriado. (DINAMARCO, 2004, p. 339)

Salienta-se que, em regra, os bens impenhoráveis não significam que são bens dos quais o titular não pode dispor por ato de vontade em um negócio jurídico pré-processual ou até mesmo processual. Assim, a impenhorabilidade não é sinônimo de inalienabilidade

e indisponibilidade de um determinado bem. Todavia, é necessário pontuar que, por consequência lógica, aqueles bens que não podem ser alienados ou são indisponíveis pela sua própria natureza – extraído do próprio direito material – não podem ser objeto de penhora, como assim põe o art. 833, I do Código de Processo Civil.

Ainda nessa linha, percebe-se que a impenhorabilidade de certo bem, salvo seja ele inalienável pelo direito material, pode ser renunciada judicial ou extrajudicialmente pelo titular. Assim, permite-se que haja acordos pré-processuais e processuais acerca de bem impenhorável, não podendo se opor aquela impenhorabilidade contra quem celebrou o contrato.

É importante pontuar que, conforme Didier Jr. (2020, p. 844), isso ocorre exatamente porque o instituto das impenhorabilidades é um direito do executado, não sendo uma questão de ordem pública. Assim, é um direito disponível do executado, salvo aqueles bens inalienáveis e indisponíveis.

Por fim, pontua-se que tal instituto, dentro do processo civil, é, comumente, classificado de duas maneiras: a impenhorabilidade absoluta e a relativa, como classificado, por exemplo, por Didier Jr. (2020) e Assis (2016). Destarte, a diferença entre essas duas categorias reside na possibilidade de oponibilidade da norma de impenhorabilidade, isto é, o critério se revela a partir do sujeito que ocupa o polo do exequente ou da espécie de obrigação que gerou aquela execução.

Assim, as relativas seriam aquelas impenhorabilidades que, para determinados sujeitos ou a depender da origem da obrigação que gerou o processo, permitem que o bem possa ser penhorado. Um exemplo reside no bem de família, conforme dispõe o art. 1º da Lei 8.009, é impenhorável. Todavia, o art. 833, §1º do Código de Processo Civil dispõe que para dívidas relativas à aquisição daquele bem, a impenhorabilidade será afastada. Portanto, caso haja um contrato de financiamento de um imóvel, mesmo este sendo como bem de família, a instituição financeira, em possível execução, poderá penhorar o imóvel para sanar a dívida.

Já as impenhorabilidades absolutas, são aquelas que em nenhuma hipótese o bem poderá ser objeto de penhora, independentemente da obrigação que originou a dívida ou de quem integra o polo do exequente. Um exemplo disto, é o seguro de vida, conforme art. 833, VI, do Código de Processo Civil, onde não há possibilidade de penhora em qualquer situação.

4.2. A IMPENHORABILIDADE COMO PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL

No século XX, no período pós segunda guerra mundial, os ordenamentos jurídicos ocidentais sofreram grandes mudanças, dentre elas o caráter de centralidade da Constituição e sua característica como norma jurídica, não mais apenas como uma carta política. Dessa maneira, passou-se a entender que as constituições teriam força normativa, tornando-se o ponto inicial e final da interpretação do direito, sendo a Lei Fundamental do ordenamento jurídico.

Como resultado desse novo entendimento, passou-se a entender que os princípios que são constitucionais possuem força normativa, bem como possuem aplicabilidade direta nas relações horizontais, não apenas naquelas verticais – Estado e indivíduo. Assim, Barroso (2006, p. 16-17) entende que essas relações do direito para com os sujeitos e da Administração Pública revela a constitucionalização do direito.

A esse fenômeno se denomina de neoconstitucionalismo, sendo consagrado no Brasil com a redemocratização em 1985 e promulgação da Constituição da República de 1988. Assim, neste novo momento constitucional, os direitos fundamentais presentes na Constituição, sejam eles explícitos ou implícitos, têm força normativa e devem guiar a aplicação do direito nas relações jurídicas, inclusive as verticais, ou seja, entre particulares.

Dentro desse novo movimento visa-se, também, reverter a patrimonialização das relações jurídicas. Assim, há um esforço para que o indivíduo seja posicionado como fim do direito e não como o meio, então, coibindo a instrumentalização da pessoa humana. Uma vez que a herança que se tinha até tal momento era que, por conta das Revoluções Liberais Burguesas do século XVIII e XIX, o patrimônio era preponderante sobre a pessoa humana, prevalecendo os interesses patrimoniais do que os interesses do indivíduo.

Portanto, numa lógica burguesa, as normas visavam resguardar o patrimônio das pessoas, mesmo que isso se desse em detrimento da vida, liberdade ou dignidade de terceiro. Assim, o direito brasileiro restou fortemente influenciado por esses ideais em suas diversas áreas, principalmente, no direito civil e processual civil.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 veio como contraponto a tal centralidade do patrimônio, consagrando diversos princípios e direitos fundamentais com ênfase na pessoa ao invés do material, como, por exemplo, o princípio da função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana. Nesta linha de pensamento explicam os civilistas Farias e Rosenvald:

Justifica-se esse posicionamento uma vez que a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 505)

Dessa maneira, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, III, da Constituição Federal demonstra a preocupação do constituinte com a valorização do indivíduo dentro das relações jurídicas. Relacionando-se tal fato ao fenômeno do neocostitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais, percebe-se que este princípio, como posto por Cambi (2008, p. 96), deverá ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

Portanto, entende-se que todo o direito deve ser interpretado e aplicado conforme a Constituição, ainda que os direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata e direta. Nesse ínterim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ter especial prevalência e centralidade.

Todavia, o conceito de dignidade da pessoa humana se revela como uma construção histórico-social e de difícil delimitação. Dessa forma, Sarlet explica a dificuldade de conceituação de tal conceito e escreve:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 28)

Por conseguinte, percebe-se a indissociabilidade de um patrimônio mínimo para que se possa concretizar a dignidade da pessoa humana, haja vista não haver vida digna sem que exista condições patrimoniais para se alimentar, vestir e morar, sobretudo dentro de uma sociedade capitalista e de extrema desigualdade, como se revela a brasileira. Ou seja, é preciso que se resguarde ao menos uma parcela mínima do patrimônio das pessoas do alcance do direito.

Assim, em outras palavras, em uma sociedade capitalista, estratificada e hierarquizada como a brasileira, por mais que se volte para a personalização do direito, não há como dissociar a vida digna do patrimônio. Portanto, a personalização do direito, em oposição ao patrimonialismo, passa por garantir o mínimo existencial. Assim, Fachin (2006, p. 166) explica que “A defesa de um patrimônio mínimo denota o caráter instrumental (meio) da esfera patrimonial em relação à pessoa (fim)”.

Dessa forma, criam-se mecanismos dentro do direito para que se concretize essa ideia do mínimo existencial. Atentando-se que a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte o mínimo existencial, são conceitos que dependem da realidade fática a ser encarada. Assim, havendo uma pré concepção daquilo que se acredita ser essencial. Portanto, são conceitos que não podem ser abstratamente quantificados, mas podem ser delimitados quando se coloque em risco ou fira o necessário à sobrevivência digna do ser humano.

Dessa maneira, dentro do direito processual civil, a dignidade da pessoa humana se reflete, por óbvio, diretamente no processo de execução *latu sensu*. Assim, explana Dinamarco:

[...] A execução perdeu o primitivo caráter punitivo de infâmia, deixou de incidir sobre a universalidade do patrimônio do obrigado sem necessidade [...]. Ela é hoje balizada por algumas limitações, os chamados limites políticos da execução, impostos para a preservação da liberdade, da dignidade humana, direito ao patrimônio e, em geral, direitos da personalidade. (DINAMARCO, 2013, p. 291)

Diante do que descrito, o instituto das impenhorabilidades tomou outra face, visando resguardar, primariamente, a dignidade humana e o patrimônio mínimo. Assim, ao passar a proteger o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o corolário do mínimo existencial, que, como dito, são de imprecisão quantitativa, a escolha de quais bens são impenhoráveis se torna uma política, histórica e social dos legisladores, sem esquecer daqueles que são impenhoráveis pelo próprio direito material. Ou seja, ao

fim, o que torna um bem impenhorável é uma escolha dos legisladores, por entenderem que aquele bem deve ser protegido, *a priori*, da tutela judicial executiva para que se preserve a dignidade e o mínimo existencial.

Assim, ao proteger da expropriação determinados bens, não se visa proteger e institucionalizar formas de burlar a execução, mas sim, protege-se a dignidade do ser humano do devedor. Isso porque, retirar aquele bem do executado irá causar mais malefícios ao direito e ao meio social do que o benefício que trará ao credor receber o que lhe é de direito. Assim, pontua Dinamarco que “o objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades e o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado” (2004, p. 340).

4.2.1 A impenhorabilidade no Direito Romano – o *beneficium competentiae*

Apesar de, como supracitado, a ideia de dignidade da pessoa humana e o patrimônio mínimo serem ideais recentes ao direito, sendo formuladas a partir da metade do século XX. Os glosadores em meados do século XVIII, ao estudarem o Digesto – reunião de textos jurídicos romanos –, perceberam instituto semelhante dentro do direito romano. Este que passaram a nomear de *beneficium competentiae*, ressaltando que tal termo que não é encontrada nas fontes romanas, sendo nomeado pelos glosadores.

Traduzindo-se o termo em latim para português, chama-se de benefício de competência, o qual tinha como intuito, segundo Velasco (1996, p. 49), de humanizar o direito romano, no período pós-clássico. Contudo, ressalta que não era um instituto uniforme e que dependia sua aplicação do devedor em questão e suas relações dentro da sociedade romana e com o credor.

Portanto, percebe-se que no Direito Romano havia um instituto que diante de determinadas situações, seria impedido que o exequente, para ter satisfeita sua dívida, executasse determinados bens do devedor. Com o intuito de que o executado pudesse preservar uma vida digna para si e sua família. Segundo Velasco:

No direito pós-clássico e, principalmente, na compilação justinianéia, o *beneficium competentiae* mudou seu perfil. Tendo a execução pessoal caído em desuso neste período, sua principal consequência prática passou a ser a exclusão de alguns bens da execução patrimonial, com a

finalidade de garantir a subsistência do devedor e evitar que ficasse reduzido à indigência. (VELASCO, 1996, p. 51)

Sendo, dessa maneira, influência direta na tradição do direito brasileiro, que importou as fontes romano-germânicas de Portugal, na formação das impenhorabilidades no Brasil. Inclusive, Didier Jr. (2020, p. 851) informa que as regras do *beneficium competentiae* se encontram positivadas no art. 833, II a VIII e X do Código de Processo Civil de 2015.

4.2.2 A impenhorabilidade como proteção a outros direitos fundamentais

É importante salientar que, apesar da importância das regras de impenhorabilidade para a proteção do patrimônio mínimo, o rol dos bens impenhoráveis não possui como fundamento apenas a proteção à dignidade pessoa humana. Assim, os bens impenhoráveis são uma escolha legislativa e histórica de determinado ordenamento, portanto, existem bens escolhidos que integram esse rol para finalidade distinta da defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, como explica Didier Jr. (2020, p. 848), o instituto pode visar proteger a função social da empresa, direitos coletivos ou impedir o abuso de direito pelo credor. Ou até mesmo, há hipótese que advém da autonomia da vontade, haja vista que o art. 833, I, do Código de Processo Civil prevê expressamente as impenhorabilidades decorrentes de negócios jurídicos.

Cumprido salientar que, ressalvada a última hipótese listada, essas impenhorabilidades, apesar de não se ligarem diretamente ao patrimônio mínimo, são reflexos e se baseiam no princípio dignidade da pessoa humana e do fenômeno de personalização do direito. Isso porque, a função social da empresa foi trazida à Constituição Federal – art. 170, caput – com este intuito, dando a empresa responsabilidade social dentro da ordem econômica e responsabilização social.

Nessa senda, insere-se também a ideia dos direitos coletivos, segunda geração dos direitos fundamentais, que visam garantir a dignidade e qualidade de um coletivo, pregando que, ao proteger a coletividade em que a pessoa se insere, protege-se a sua

própria dignidade. Por fim, o abuso de direito é a própria superação de conceitos individualistas do direito, que previa o exercício do direito independentemente do resultado desproporcional ou irrazoável.

Ademais, outro exemplo cristalino de impenhorabilidade a qual não está se resguardando a dignidade da pessoa humana é o caso do art. 833, XII, do Código de Processo Civil. Neste artigo, é determinado a impenhorabilidade “os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político”. De acordo com Zaneti Jr.: “A finalidade partidária decorrente dos investimentos públicos transcende aos interesses dos dirigentes e dos membros do partido, razão pela qual acertada a regra.” (2018, p. 116). Dessa forma, percebe-se que a impenhorabilidade pode servir proteção de direitos diversos, não apenas à dignidade da pessoa humana.

Então, diante de tudo quanto exposto no presente tópico, conclui-se que as impenhorabilidades, diante de uma realidade constitucional voltada a dignidade a pessoa humana, uma posição de resguardar essa dignidade dentro do processo de execução.

4.3 A IMPENHORABILIDADE COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA.

Cabe iniciar o presente tópico esclarecendo que o direito fundamental à tutela executiva não está exposto no texto da Constituição Federal, portanto, esse se revela como um corolário lógico do direito fundamental ao devido processo legal, esse que está expressamente escrito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Assim, o devido processo legal é uma cláusula – e um direito fundamental – que preconiza que todos terão direito a um processo conforme o direito. Pontuando-se que ao se referir a processo nessa garantia, também se engloba os processos administrativos e legislativos. No presente trabalho se analisará o devido processo legal jurisdicional.

Ademais, tal direito fundamental se divide entre duas faces com características distintas, a formal e a substantiva. A primeira, de acordo com Cunha Júnior (2016, p. 631), é a dependência de um processo regular para que ocorra a restrição de direitos dos indivíduos, assim, o processo tem de obedecer a forma legal e não podendo ocorrer restrições de direitos sem que essa forma seja observada previamente. Dessa maneira, se

mostrando como uma proteção dos sujeitos contra atos arbitrários e autoritários dos entes estatais. Já na segunda divisão – a substantiva – se mostra como a necessidade de razoabilidade nas decisões que venham a restringir direitos.

Todavia, preconiza Didier Jr. (2019, p. 91-92) que o do devido processo legal é, também, um princípio de integração e interpretação do ordenamento jurídico, ou seja, estruturante do direito. Assim, na lacuna da lei deve se interpretar e integrar de acordo com o devido processo legal. Portanto, havendo direitos fundamentais e princípios que decorrem dele, implícitos e explícitos no corpo da Constituição Federal.

Ato contínuo, surge o princípio da efetividade do processo – que não se encontra escrito – em decorrência do devido processo legal. Assim, é necessário que para a proteção que pretende o devido processo legal – contra a arbitrariedade e autoritarismo, bem como proteger os direitos – que as decisões sejam efetivas, não bastando que haja a decisão sem sua eficácia. Uma vez que não se respeitaria a cláusula do devido processo legal a não satisfação do direito que foi objeto do processo, acabaria por tornar o processo um procedimento inócuo e de aparências, não permitindo a proteção dos indivíduos. Assim, explica Didier Jr.:

O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. *Processo devido é processo efetivo.* (DIDIER JR., 2020, p. 67)

Assim, dentro do direito fundamental e princípio do devido processo legal, na sua faceta de efetividade, surge o direito fundamental à tutela executiva. Segundo esta, o exequente tem o direito fundamental de ter a execução da decisão judicial, ou seja, cumprido o que determinado pelo juízo. Lima Guerra descreve como:

[...] No que se diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação de qualquer direito consagrado em título executivo. É essa a exigência, portanto, que se pretende ‘individualizar’, no âmbito daqueles valores constitucionais no ‘due process’ denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação de qualquer direito merecedor de tutela executiva. (GUERRA, 2003, p. 102)

Ainda, vale acrescentar que o direito fundamental à tutela executiva se encontra previsto no Código de Processo Civil no art. 4º, *in fine*, que preconiza que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Ademais, vale acrescentar que Maidame (2007, p. 94), identifica em sua obra um direito fundamental com o conteúdo muito semelhante ao que Guerra (2003) e Didier Jr. (2020) chamam de direito fundamental à tutela executiva. Contudo, para Maidame tal direito se desenvolveria do direito fundamental à propriedade, uma vez que deverá se proteger por meio do processo aquela propriedade que foi violada pelo devedor, assim, a tutela executiva teria como função restaurar o direito à propriedade.

Todavia, parece ser mais correta a abordagem proposta por Guerra, haja vista que o que se está tutelando, efetivamente, é o direito de que o processo jurisdicional seja justo e razoável para com as partes, assim, que cumpra sua função de reparação pela violação do direito e garanta o direito. Não podendo simplificar a tutela executiva a simplesmente violação do direito de propriedade do credor, haja vista a existência de execução de quantia certa que é de indenizações a título de danos morais, que não são gerados de danos patrimoniais, mas se traduzem em pecúnia.

Daí se extrai o direito fundamental à tutela executiva, haja vista que a execução *lato sensu* é a maneira processual que visa concretizar a decisão judicial, garantindo sua efetividade e a satisfação da pretensão executória do exequente. Portanto, não há garantia do devido processo legal, sem que este seja efetivo.

4.4 A INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE IMPENHORABILIDADES

4.4.1 A aplicabilidade dos direitos fundamentais

Como supracitado, a impenhorabilidade se assenta, na maioria das suas regras, na proteção ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e na restrição ao direito fundamental à tutela executiva. Dessa forma, se faz necessário algumas considerações sobre direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo José Afonso da Silva (2016, p. 180) os direitos fundamentais são “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Assim, resta claro que a ideia de direitos fundamentais é uma construção sociológica e histórica de determinado ordenamento e a sociedade na qual está inserido, com escolhas políticas do constituinte originário e derivado.

Ademais, como já brevemente explicado, o neoconstitucionalismo impera na força normativa da Constituição e na supremacia desta. Portanto, todas as normas contidas, explícita e implicitamente, no texto constitucional têm força normativa. Ultrapassa-se, portanto, a ideia de que existiriam normas constitucionais programáticas, que seriam aquelas com mero caráter político e sem vinculatividade. Neste sentido, preconiza Cambi (2008, p. 98).

Dessa maneira, no ordenamento brasileiro, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e direta, conforme artigo 5º, §1º da Constituição Federal. Isso significa que as normas que contêm direitos fundamentais não dependem de lei posterior para sua concretização, devendo ser aplicadas e concretizadas nas relações jurídicas verticais e horizontais de maneira imediata.

Portanto, essa aplicabilidade acaba por gerar um direito subjetivo aos indivíduos, qual seja, a observância daqueles direitos fundamentais pelo Estado, seja negativamente ou positivamente. Negativamente, quando impedir atos de terceiro ou do próprio Estado contra aquele sujeito e positivamente quando demandar uma prestação do Estado ou de terceiros.

Dessa maneira, Sarlet (2009, p. 270) explica que a exegese deste artigo deve ser de que os direitos fundamentais são mandados de otimização, ou seja, o Estado tem de sempre reconhecer e concretizar a maior eficácia possível dos direitos fundamentais dentro de determinada situação posta. Portanto, nos casos concretos, havendo direitos fundamentais envolvidos, a solução deve ser aquela que proteger de forma mais otimizada os sujeitos em questão.

Ainda, se revela outro aspecto, notadamente que, para que se proceda a restrições de direitos fundamentais por normas infraconstitucionais, é necessário, além de uma justificativa, que tal restrição se assente na proteção de outro direito fundamental. Desse modo, a restrição deve ser razoável e proporcional.

4.4.2 Aplicação das regras de impenhorabilidade

Primeiramente, salienta-se que há uma grande discussão dentro da doutrina e da jurisprudência pátria sobre o rol e interpretação do regime de impenhorabilidades.

Assim, há autores, como Maidame (2007, p. 79-82), que entendem que é um regime onde vigora a tipicidade, haja vista ser uma restrição a um direito fundamental do credor, portanto, restrições a direitos fundamentais devem ser tipicamente previstos nas normas.

Contudo, Maidame entende que é impossível prever todo o conteúdo das impenhorabilidades na lei, haja vista a necessidade de se analisar o caso concreto para a melhor proteção da dignidade da pessoa humana e do patrimônio mínimo, ou seja, o legislador não tem a capacidade de esgotar as hipóteses em que se demonstra necessária a impenhorabilidade como proteção ao mínimo existencial. Dessa maneira, defende que se aplique analogia para as situações concretas, ou seja, aplicando analogicamente as normas positivadas de impenhorabilidades.

Em sentido contrário, Dinamarco (2006, p. 342-343) entende que o rol de impenhorabilidades presente no Código de Processo Civil e em leis esparsas seria exemplificativo, isto é, aquelas hipóteses ali listadas podem ser ampliadas mediante atuação judiciária. Assim, explica o autor que entende ser exemplificativo, exatamente por também entender como Maidame da impossibilidade fática do esgotamento legislativo face à realidade concreta. Em outras palavras, “[...] é legítimo e necessário ir além do rol legal sempre que, em casos concretos, disso dependa a exclusão de bens indispensáveis, ali não indicados.” (DINAMARCO, 2006, p. 342). Portanto, sugere que deva haver uma interpretação teleológica das impenhorabilidades.

Assim, da análise do posicionamento que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça percebe-se que apesar de entenderem nos acórdãos pela interpretação teleológica, ao determinarem a impenhorabilidade de um bem não expressamente previsto, buscam uma das regras de impenhorabilidade para aplicar analogicamente.

Dessa maneira, ao se analisar o acórdão do Recurso Especial 1935102/DF e do Recurso Especial 1412247/MG, onde, respectivamente, foi decidido pela a

impenhorabilidade do Auxílio Emergencial e do seguro DPVAT¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça buscou deixar claro que deve se interpretar as impenhorabilidades de maneira a proteger o patrimônio mínimo mesmo quando não prevista em lei, mas também justificaram a impenhorabilidade pela aplicação analógica da regra. A exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PENHORA DE PERCENTUAL SOBRE AUXÍLIO EMERGENCIAL DA COVID-19 E SALÁRIO. VERBA REMUNERATÓRIA DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE, CONFORME ART. 833, IV, DO CPC, ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 318 DO CNJ E ART. 2º, § 13º, DA LEI Nº 13.982/2020. EXCEÇÕES DISPOSTAS NO § 2º DO ART. 833 DO CPC: PAGAMENTO DE VERBA NÃO ALIMENTAR OU GANHOS DO EXECUTADO SUPERIORES A CINQUENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. **1. Ao limitar a atividade executiva, o legislador almejou escudar alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado e o direito ao patrimônio mínimo, indicando um rol de bens impenhoráveis, em juízo apriorista de ponderação dos interesses envolvidos, malgrado uma interpretação teleológica das impenhorabilidades não impeça - a depender da situação em concreto, diante da finalidade da norma e em conformidade com os princípios da justiça e do bem comum - que referida proteção se estenda a outros bens indispensáveis ao devedor, ainda que não tipificados na legislação processual. [...]** 4. As exceções à regra da impenhorabilidade não podem ser interpretadas de forma tão ampla a ponto de afastarem qualquer diferença entre as verbas de natureza alimentar e aquelas que não possuem tal caráter [...]

7. A verba emergencial da covid-19 foi pensada e destinada a salvaguardar pessoas que, em razão da pandemia, presume-se estejam com restrições em sua subsistência, cercadas de itens de primeira necessidade; por conseguinte, é intuitivo que a constrição judicial sobre qualquer percentual do benefício, salvo para pagamento de prestação alimentícia, acabará por vulnerar o mínimo existencial e a dignidade humana dos devedores. 8. Recurso especial desprovido. (grifos da autora)¹⁸

Feitas tais considerações, para o presente considera-se mais adequado a interpretação teleológica proposta por Dinamarco, haja vista que existem situações concretas que o bem sob análise se revela essencial ao mínimo existencial, mas que a aplicação analógica da norma se revelará uma enorme abstração do direito, correndo o risco de analogias esdrúxulas e desnecessárias. Sendo, portanto, mais adequado declarar

¹⁷ No julgamento do Recurso Especial nº 1412247/MG foi decidido que a indenização fornecida pelo seguro DPVAT aos familiares da vítima é impenhorável, por se enquadrar na aceção de seguro de vida presente no art. 833, VI, do Código de Processo Civil.

¹⁸ STJ - REsp: 1935102 DF 2021/0125482-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 29/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2021

tal bem impenhorável pela sua necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana e o patrimônio mínimo do que por suposta analogia à regra.

Como as regras de impenhorabilidade representam também restrições a direitos fundamentais, sua aplicação em determinados casos concretos pode ser afastada. Assim, quando essa se revelar não razoável ou desproporcional não deve tal norma ser aplicada ao bem objeto passível de ser objeto da penhora.

Dessa maneira, a interpretação teleológica também impõe que se analise o caso como passível de não aplicação das regras da impenhorabilidade, mesmo que se tenha abstratamente a hipótese de incidência da regra. Assim, sempre se guiando pelo fim social a qual aquela regra se destina, nesse sentido, explica Fachin:

As leis que restringem a constrição judicial de certos bens visam à garantir da dignidade do ser humano como valor fundamental da sociedade. Na interpretação e aplicação dessas normas deve o magistrado ter sempre em mente o fim social a que elas se destinam de maneira a não tolerar abusos ou injustiças. (FACHIN, 2006, p. 220)

Portanto, o magistrado em sua aplicação deve fazer uma ponderação entre os dois direitos fundamentais em colisão. E, assim, se a realidade fática revelar que ao impedir a penhora não estará se resguardando o patrimônio mínimo, a norma deverá ser afastada e não aplicada, com o fito de preservar o direito fundamental à tutela executiva daquele exequente. Neste sentido, defendem também Dinamarco (2006, p. 343), Didier Jr. (2020, p. 841), Guerra (2003, p. 103).

5 O POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE IMPENHORABILIDADES

Diante de tudo quanto exposto no presente trabalho, é necessário, então, tecer considerações sobre a constitucionalidade do regime de impenhorabilidades diante do caso concreto, ainda, demonstrar como o postulado da razoabilidade, em sua face da equidade, deve ser um instrumento no controle incidental a ser feito.

Ainda, faz-se necessário pontuar que o regime de impenhorabilidades, conforme a divisão proposta por Ávila (2021), é composto de regras, portanto, normas jurídicas de primeiro grau. Uma vez que são normas que descrevem normativamente os fatos ocorridos e exigem que estes tenham correspondência com a descrição normativa, possuem a pretensão de decidibilidade e abrangência.

5.1 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO REGIME DE IMPENHORABILIDADES

Conforme já explicitado no presente trabalho, os direitos fundamentais são direitos que a ordem constitucional de um determinado ordenamento jurídico escolhe dar relevância e proteção diferenciadas, por entender que são imprescindíveis a condição humana e uma vida digna. Ademais, cabe pontuar que “Direitos fundamentais são direitos subjetivos. Isso significa que são posições jurídicas protegidas pelo Direito, e que podem ser sindicáveis judicialmente.” (BARROSO, 2020, p. 512)

Feita a consideração sobre direitos fundamentais, cabe pontuar que no regime de impenhorabilidades as regras, em sua maioria, representam uma proteção ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e ao seu corolário do mínimo existencial, outras protegem outros direitos fundamentais como, por exemplo, a função social da empresa. Ademais, todas as regras de impenhorabilidade – independentemente da sua fundamentação – representam uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva.

Necessário pontuar que, para efeitos do presente trabalho, ao se referir às regras de impenhorabilidade serão consideradas aquelas que se fundamentam na proteção da

dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial do executado. Assim, ao se referir a regras de impenhorabilidade, considera-se aquelas que visam proteger o patrimônio mínimo do executado. Assim, nota-se que da análise em tese das regras de impenhorabilidade sempre há uma colisão aparente de direitos fundamentais distintos, quais sejam, o mínimo existencial e o direito fundamental à tutela executiva.

Contudo, destaca-se que só há colisão de direitos fundamentais, como explicado por Gilmar Mendes (2012, p. 85), quando um direito fundamental afeta o círculo de proteção de outro direito fundamental. Portanto, não basta que as duas normas abstratamente protejam direitos fundamentais, essa proteção tem que aparecer diante do caso concreto.

Dessa maneira, diante do regime de impenhorabilidades, só há colisão entre o direito fundamental à tutela executiva e o mínimo existencial quando a regra de impenhorabilidade que incide *in concreto* está, realmente, protegendo o patrimônio mínimo do executado. Então, é possível que haja casos que a justificativa para a limitação do direito fundamental à tutela executiva não encontre suporte fático.

É necessário pontuar que o mínimo existencial a ser protegido pelas regras de impenhorabilidade não é o direito a manter o mesmo nível de vida anterior à execução, mas sim a condição de manter uma vida digna, com moradia e segurança alimentar. Assim, como já explicado anteriormente, para um direito fundamental sofrer restrições demanda-se que haja uma justificativa baseada na proteção de outro direito fundamental. Neste sentido, explica Zaneti Jr.:

O raciocínio não é diferente com a impenhorabilidade, pois devem ser admitidas restrições das restrições. A impenhorabilidade é uma restrição explícita ao direito fundamental à *tutela do crédito* e ao *direito fundamental ao processo para a tutela do crédito* (cf. premissas, 1.1). A impenhorabilidade somente pode se fundamentar, portanto, como uma restrição de direitos fundamentais que é, quando justamente fundada em direitos fundamentais do executado ou de terceiros que entrem em relação com o executado ou seu patrimônio. (ZANETI JR., 2018, p. 109)

Dessa forma, nota-se que não se justificaria e nem seria razoável a limitação ao direito fundamental à tutela executiva diante de determinados casos concretos, uma vez que não haveria o suporte fático necessário a justificativa da limitação. Portanto, sendo um direito fundamental, é necessário que proceda a uma análise de constitucionalidade *in concreto* sobre a aplicação da regra de impenhorabilidade. Assim, apesar da regra incidir,

essa poderá não ser aplicada, haja vista que violaria o conteúdo normativo da Constituição pela violação injustificada e irrazoável de um direito fundamental.

5.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO E DIFUSO NO REGIME DE IMPENHORABILIDADES E POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO EQUIDADE

Como visto anteriormente, no direito brasileiro, desde o juiz de primeiro grau até o presidente do Supremo Tribunal Federal podem – e devem – proceder com o controle de constitucionalidade diante de um caso concreto, assim, utilizando-se do controle difuso e concreto. Dessa maneira, é necessário que em determinadas situações, notadamente as que haja incidência das regras de impenhorabilidade, ocorra uma análise por parte do magistrado competente quanto à constitucionalidade da aplicação desta. Neste sentido:

Ou seja, é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional *deve* fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação se revelar inconstitucional, porque não razoável ou desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto (DIDIER JR., 2020, p. 840)

Portanto, dentro desse controle de constitucionalidade incidental, é necessário que se analise a razoabilidade da aplicação daquela regra diante do caso concreto, haja vista que, como explanado anteriormente, as regras de impenhorabilidade são um constante conflito aparente de direitos fundamentais.

Assim, o postulado da razoabilidade, na sua face da equidade, deve ser um instrumento utilizado como diretriz para a determinação da aplicação ou não das regras de impenhorabilidade. Uma vez que tal postulado determina que as normas devem ser adequadas ao caso concreto e, mesmo que suas condições de aplicabilidade estejam preenchidas, isto é, incida a norma, esta poderá não ser aplicada diante da excepcionalidade do caso. Nessa senda, o referido postulado determina que ao incidir uma regra universal e abstrata diante de um caso concreto, não estando presente a razão motivadora da própria regra, esta não deverá ser aplicada (ÁVILA, 2021, p. 201).

Dessa forma, as regras de impenhorabilidade aqui discutidas têm como razão motivadora a proteção ao patrimônio mínimo, assim, a normalidade é que aquele bem

protegerá o mínimo existencial. Portanto, será excepcional o caso concreto e não terá razão motivadora quando demonstrado que aquele bem não resguarda o patrimônio mínimo do executado.

Então, quando não há proteção a dignidade da pessoa humana, inexistente colisão de direitos fundamentais, assim, resta uma limitação irrazoável ao direito fundamental. Dessa maneira, tal limitação é irrazoável já que não observa as peculiaridades do caso concreto e não tem razão motivadora.

Percebe-se, portanto, que caso ocorra a aplicação da regra de impenhorabilidade nas condições acima descritas, haverá uma violação direta a um direito fundamental constitucional. Assim, diante de uma situação concreta em que haja violação da Constituição é dever do magistrado afastar sua aplicação, então, procedendo com o controle concreto e difuso de constitucionalidade.

Nesse raciocínio, o órgão judicial deve partir de uma análise do postulado da razoabilidade como equidade, uma vez que a norma, universal e abstrata, terá de ser não aplicada diante das individualidades do caso concreto, conforme informa Ávila (2021, p. 198). Nesse esteio, revela-se que não é razoável a aplicação da regra de impenhorabilidade diante de um caso em que não há proteção ao mínimo existencial, já que seria uma restrição irrazoável e inconstitucional ao direito fundamental à tutela executiva do exequente.

Portanto, o que se propõe no presente trabalho não é uma consideração do indivíduo que está no polo do exequente ou a natureza da obrigação que gerou aquela execução, pelo contrário, a única importância a ser considerada em relação ao exequente é que este é titular de um direito fundamental e, por conseguinte, não pode o ter irrazoavelmente restringido.

Nesse íterim, a análise deverá ser feita a partir das condições do bem em que se incide a impenhorabilidade, do caso em si e as circunstâncias que o rodeiam. Dessa forma, a razoabilidade tem de se atentar se, naquela situação, ao se aplicar a norma universal não se ferirá a equidade entre os agentes, haja vista que um terá o seu direito fundamental limitado injustamente.

Por exemplo, restando infrutífera a penhora de outros bens, caso haja um bem de família em que incida a norma do art. 1º da Lei 8.009, contudo, tal bem tenha o valor de mercado elevadíssimo e suficiente para o pagamento da execução, além de ser também

suficiente para se comprar outro bem imóvel, é possível a restrição da proteção ao bem de família.

Isso porque, não se demonstra razoável impedir a concretização do direito fundamental à tutela executiva do credor, quando claramente o patrimônio do executado ultrapassa o mínimo existencial.

Nesse sentido “Não se legitima, por exemplo, livrar da execução um bem qualificado como impenhorável mas economicamente tão valioso que deixar de utilizá-lo *in executivis* seria um inconstitucional privilégio concedido ao devedor.” (DINAMARCO, 2004, p. 343).

Assim, diante da peculiaridade do caso concreto, não deve a norma universal ser aplicada, haja vista que a sua aplicação geraria um desequilíbrio entre as partes. Portanto, como explicado por Ávila (2021), é necessário, para que se preserve a razoabilidade e a harmonização com o caso individual, podendo ser essa harmonização a não aplicação da norma.

Portanto, não havendo proteção ao patrimônio mínimo, não há colisão de direitos fundamentais, bem como não há razão motivadora necessária à aplicação da norma de impenhorabilidade. Então, pode-se concluir que, apesar da incidência da norma, esta não deve ser aplicada, haja vista que a sua aplicação não seria razoável diante da especificidade do caso concreto, assim, violaria a equidade.

Diante de tudo quanto exposto, conclui-se que, diante de alguns casos concretos, não é razoável a aplicação da norma de impenhorabilidade. Assim, essa falta de razoabilidade revela uma inconstitucionalidade no caso concreto, de modo que a não aplicação da norma se dará por um controle de constitucionalidade incidental e difuso.

5.3 CRÍTICA AO VETO DO ART. 2º DA LEI 11.382, DE 2006

Por fim, cabe acrescentar uma crítica ao veto feito ao Projeto de Lei 11.382, pelo então Presidente Lula. Explica-se que o art. 2º da referida lei mudaria a redação do Código de Processo Civil vigente para se permite-se a penhora do bem de família e dos rendimentos, assim a redação do art. 649, §3º e do art. 650, parágrafo único passariam a ser:

§ 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.

Contudo, a alteração foi vetada pelo Presidente da República. Não fosse o bastante, percebe-se que no Código de Processo Civil posterior – e atualmente vigente – também não ocorreram mudanças significativas quanto a esses dois temas. Assim, foi mantida a regra de impenhorabilidade quanto ao rendimento e do bem de família, sem a exceção quanto ao seu valor. Em suas razões de veto¹⁹, o Presidente Lula explicou:

[...] 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.

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.

O veto do Presidente a um projeto de lei é um controle de constitucionalidade político, mas também pode ser um juízo estritamente de conveniência e político. Nesse sentido explica-se:

Todavia, se uma dessas autoridades considerar que o projeto é, no todo ou em parte, inconstitucional, deverá vetá-lo, total ou parcialmente, assim impedindo que ingresse no mundo jurídico um ato legislativo incompatível com a Constituição. Modalidade diversa de veto é aquele que se funda em contrariedade ao interesse público, fundado em juízo

¹⁹ BRASIL. Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF

estritamente político de conveniência e oportunidade. (MENDES, 2012, p. 65)

Então, o Presidente, ao proceder com o veto por conta da tradição do direito brasileiro e por possível controvérsia acerca do tema em discussão, procedeu com um veto em sua modalidade puramente político.

Ressalta-se que a permissão da penhora em casos especificados em que, *a priori*, devido ao grande valor econômico, não haveria proteção ao patrimônio mínimo mostra-se compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento da impenhorabilidade do bem de família e dos rendimentos. Assim, diante uma grande quantia econômica, presumir-se-ia que o mínimo existencial estava resguardado.

Ademais, essas possíveis exceções presentes na regra não obstarium de um controle de constitucionalidade concreto acerca da aplicação da norma. Contudo, a lógica seria invertida, devendo o executado comprovar que aquela parcela do patrimônio integra o seu patrimônio mínimo e, assim, pela interpretação teleológica das impenhorabilidades poderia o magistrado afastar a aplicação daquela norma.

Assim, apesar de o veto ser um instrumento de controle de constitucionalidade político, percebe-se que nas razões apresentadas pelo Presidente Lula se baseiam em posicionamento ideológico e político, mas não no resguardo da Constituição.

6 CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto ao decorrer do presente trabalho, se faz necessário algumas conclusões finais. Primeiro, a razoabilidade se revela como um postulado normativo aplicativo, haja vista que age como uma diretriz a aplicação de outras normas, assim diferenciando-se das regras e princípios, assim, sendo uma norma jurídica de segundo grau. Ainda, a razoabilidade impõe deveres diferentes da proporcionalidade, isto é, antes não são sinônimos e devem ter sua aplicação delimitada. Ademais, a razoabilidade impõe três deveres para estruturação da aplicação das outras normas jurídicas, quais sejam, equidade, congruência e equivalência.

Quanto ao estudo sobre o controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que é dever de todos os agentes do poder judiciário resguardar e garantir a supremacia e unidade da Constituição. Dessa forma, o ordenamento jurídico permite o controle difuso e concreto, além do controle abstrato e concentrado. Assim, podendo qualquer sujeito, no âmbito de um processo, alegar a inconstitucionalidade de uma norma diante de um caso concreto, protegendo assim a supremacia da Constituição e os seus direitos fundamentais.

Em sequência, pela análise do regime de impenhorabilidades brasileiro, compreendeu-se que a penhora é parte importante diante da execução *latu sensu* de quantia certa no processo civil, assim, a partir da definição de penhora procedeu-se a definição do conceito de impenhorabilidade como bens que não podem ser expropriáveis por atos executórios judiciais.

Nessa senda, discutiu-se que as regras de impenhorabilidade, atualmente, se justificam na proteção de um direito fundamental, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Assim, diante de uma ordem constitucional, onde o princípio axiológico é a dignidade da pessoa humana, o processo de execução passou por transformações com vista a resguardar tal princípio. Contudo, também notando que algumas regras de impenhorabilidade se justificam na proteção de direitos diversos.

Constatou-se ainda que as regras de impenhorabilidade representam uma constante limitação a outro direito fundamental, qual seja, o direito fundamental à tutela executiva. Assim, percebendo que tal direito decorre implicitamente da garantida do

devido processo legal na sua face substantiva. Então, sendo um direito que determina a efetividade da tutela executiva, coibindo decisões inócuas.

Por fim, ao estudar sobre a interpretação das regras de impenhorabilidade, concluiu-se que o rol existente na lei é meramente exemplificativo, devendo ser interpretado de maneira teleológica para que possa proteger o patrimônio mínimo diante do caso concreto. Mas também essa interpretação teleológica representa que quando do caso concreto, não havendo a proteção ao direito fundamental, a norma de impenhorabilidade pode não ser aplicada. Assim, com os conceitos essenciais do estudo delimitados e expostos, demonstrou-se a correlação entre eles.

Noutro giro, percebeu-se que a colisão de direitos fundamentais das regras de impenhorabilidades, diante do caso concreto, pode ser aparente, ou seja, não há na realidade uma colisão, porque um dos direitos fundamentais envolvidos não está tendo o seu núcleo atingido porque não está protegendo o direito fundamental. Portanto, quando a regra de impenhorabilidade que se propõe a proteger o mínimo existencial não o faz, não há colisão com o direito fundamental à tutela executiva, mas simplesmente uma limitação irrazoável e inconstitucional a este direito.

Diante dessa falta de suporte fático para a justificação à limitação do direito fundamental à tutela executiva, deve-se, então, por meio do controle de constitucionalidade incidental e difuso proceder a não aplicação da regra de impenhorabilidade. Assim, para análise da não aplicação o postulado da razoabilidade deve ser um instrumento.

Dessa maneira, o postulado da razoabilidade no seu dever de equidade, que determina que a excepcionalidade do caso concreto, ao desvirtuar a razão motivadora, não deve ser aplicada a norma, aparece como a justificação ao controle de constitucionalidade daquelas regras.

Assim, durante o presente o trabalho, permite-se concluir que no caso em concreto quando a regra de impenhorabilidade – que tem como razão justificadora a proteção ao mínimo existencial – não esteja resguardando o patrimônio mínimo, será uma limitação injustificada e irrazoável ao direito fundamental à tutela executiva do credor. Portanto, diante de um controle incidental e difuso, deverá o órgão judiciário não aplicar a regra ao caso, uma vez que sua aplicação representaria uma desigualdade entre os agentes e uma restrição injustificada a um direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. *Constitutional rights and proportionality*. *Revus* 22, 2014. Disponível em <https://revus.revues.org/2783>. Acesso em 20/11/2021.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005. *E-book*.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: Manual da Execução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação*. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ÁVILA, Humberto. “Neconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito a ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2021

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, 240, 1-42. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>, 2006. Acesso em: 26 de ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *In Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Nº 17, p. 93-129, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1. 21ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*, vol. 5. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. *Subsídios para uma Teoria das Impenhorabilidades*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2009, n. 174
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil: Volume IV*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013
- DINIZ, Débora. *Carta de uma orientadora: o primeiro projeto de pesquisa*. 2. ed. Brasília: LetrasLivres, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert. *Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses*. 6. ed. Salvador: EDUFBA, 2019.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os Imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF*. In *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Organizadores: Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-206.

POVEDA VELASCO, I. M. Algumas considerações à respeito do *beneficium competentiae*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.]*, v. 91, p. 45-59, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67328>. Acesso em: 25 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Jaqueline Mielke. Os novos mecanismos de efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva efetiva e tempestiva previstos no NCPC (Lei 13.105/15).

Novos Estudos Jurídicos, v. 22, n° 1, p. 6-28, 2017. Disponível em:

<https://doi.org/10.14210/nej.v22n1.p6-28>. Acesso em: 15 de out. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XIV. São Paulo: RT, 2018.