

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PENHORA E NA EXECUÇÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ALCANCE DE EFETIVIDADE

*Marcelo Pires Lima**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A constitucionalização do processo; 3. O princípio da proporcionalidade; 4. A proporcionalidade na penhora e na execução civil; 5. Conclusão.

I. Introdução

Ouvindo os atores sociais das realidades dos processos executivos, percebemos o que significa a penhora em um processo, seja ele de qualquer natureza.

De um lado os credores afirmando que são os vencedores de respectivas ações e que não compreendem os motivos que fazem com que definitivamente não visualizem resultados práticos em suas mãos já que são os vencedores, o que causa imediatamente uma série de transtornos para ambos, credores, familiares, advogados e sociedade.

Não é fácil explicar ao credor que, apesar de uma vitória, este ainda não vai receber o que lhe cabe; e de outro lado, os devedores ora preocupados em discutir o processo mais uma vez, ora preocupados em ganhar tempo ou preocupados em estabelecer algum tipo de vantagem porque já que houve a derrota e o quanto menor para se perder será o melhor.

Há hoje uma vantagem clara para o executado em face de suas obrigações para com o credor exequente, preocupando o processualista atento e toda a sociedade.

O instituto da penhora tem uma responsabilidade muito grande nesse aspecto pois traduz a própria coisa julgada, e é uma engrenagem meio que emperrada dentro da máquina que é o processo, apesar de ser muito importante.

O princípio da proporcionalidade resgata esta preocupação e faz nascer um conjunto de regras que nem sempre são observadas pela lei, pelo Direito ou pela Justiça, principalmente quando cotejados com exemplos dentro de ambos lei e Justiça, tendo em vista que este é fruto do Estado democrático de Direito, e é hoje mais que um paradigma e mais que uma referência para os operadores do Direito.

*Ex-aluno da FDSBC. Advogado. Professor Universitário. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

Em verdade o princípio da proporcionalidade precisa ser utilizado quando for dele suscitado respostas e quando há ocorrências de abusos, de erros, de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

Quando nos deparamos com o alcance da penhorabilidade que não traduz eficiência, não traduz equilíbrio, tão pouco igualdade consoante a regra do Codex interpretada isoladamente é que a proporcionalidade deve ser chamada.

Há no instituto da penhora – atualmente – pelo menos um atraso de informações e uma série de posicionamentos ultrapassados do ponto de vista da efetividade, que precisam necessariamente de novos contornos para um processo justo e efetivo, como por exemplo a escolha do objeto de penhora e futura expropriação pelo próprio exequente, a questão da locação dos bens, entre outros exemplos.

2. A constitucionalização do processo

Atualmente se percebe um número significativo de operadores do Direito que somente se sentem a vontade quando operam no dia a dia com fatos decorrentes de lei, ou seja, estão mais presentes no ordenamento jurídico os operadores do Direito intitulados positivistas-legalistas, quando deveríamos ter mais presentes os operadores constitucionalistas-positivistas-legalistas.

Essa necessidade de aplicação da lei é uma questão muito forte que está vinculada necessariamente a questões culturais e sociais dos operadores do Direito, decorrente que é da formação profissional não apenas nas faculdades, mas também com influência direta e indireta de toda a sociedade.

É célebre, entre nós pelo menos, a expressão do então Presidente da Câmara dos Deputados, glorioso Dr. Ulysses Guimarães, afirmando que cada brasileiro haveria de ter uma Constituição da República Federativa do Brasil, criando a figura da “constituição - cidadã”, expressão essa que gerou uma série de efeitos entre os brasileiros, todavia, uma destacou-se para os operadores do Direito, qual seja, a de que a Constituição Federal haveria de ser resgatada e aplicada amplamente, sem certos sintomas que em outras Cartas Federais estavam presentes de forma a praticamente anular ou minimizar direitos e deveres de toda sociedade brasileira tão sofrida.

Esse resgate significava a necessidade da aplicação e do uso da Constituição no dia a dia do cidadão brasileiro, devendo ser usada como um verdadeiro “manual” ou Bíblia dado seu grau de importância e necessidade.

Willis Santiago Guerra Filho¹ assegura que parece haver certa tendência no sentido de ocorrer o desentranhamento da disciplina constitucional para com a disciplina processual, já que não há nenhum outro ramo do Direito processual que abranja assuntos e os temas do direito de interesse geral, tais como civil, penal ou trabalhista, que aliás são temas típicos destas disciplinas

como a questão da organização da estrutura judicial ou mesmo os princípios gerais do processo já consagrados pela Carta Federal, como é o caso do princípio do contraditório.

As mudanças estão de igual forma relacionadas a forma de pensar constitucional porque passam necessariamente pelos fatos históricos, e conseqüentemente jurídicos em que as sociedades objetivaram desenvolver-se, somado ainda a figura sancionadora estatal e da necessidade de existirem normas mais significativas, normas ensejadoras de maiores previsibilidades quando focadas na esfera da previsão legal.²

Houve, portanto, uma evolução da forma de pensar e de agir, uma ampliação na visão social, onde a Constituição figura como alicerce.

E é desta forma que a matéria constitucional pousa em todos, especialmente nos juristas, que não podem esquivar-se de uma nova realidade constitucional, tornando evidente que o tributarista não possa ver apenas tão somente nas leis tributárias a solução de seus problemas e o resgate para suas constantes dúvidas e interrogações, pois percebeu este, assim como o penalista ou o civilista, que a lei infraconstitucional nem sempre atenderá seus anseios, sendo necessário ampliar a visão teórica e prática destes, restando claro que não será possível fazê-lo a não ser no conjunto de regras que cada Estado Democrático de Direito impõe e protege: a própria Constituição.

Nelson Nery Jr. aduz com segurança que na hipótese de uma lei infraconstitucional expressar matéria em desacordo com o texto constitucional a mesma lei infraconstitucional não poderá prevalecer, pois se a norma tiver sua edição anterior a Carta Federal esta não será recepcionada, e, se uma norma nascer após a Carta será inconstitucional porque sujeita a declaração de inconstitucionalidade,³ e, naquilo que interessa ao campo processual, temos que existem leis específicas para a própria aplicabilidade processual.

Separar a Constituição da lei processual é um trabalho que se afigura temerário porque distante de raízes lógicas, da evolução natural e social e de igual forma fora da natureza da maioria das regras estabelecidas. Provocar-se-á muito trabalho para um fim provavelmente incerto e desnecessário, porque teleologicamente sem sentido ou propósito jurídico-social.

A aplicação de ambos, processo e constituição, em um mesmo patamar idealiza o que a doutrina relevante identificou como “justiça constitucional”, razão pela qual se entende que, pela natureza predominantemente constitucional, o Supremo Tribunal Federal é que fulmina a aplicação da justiça constitucional, tendo em vista que em nosso país não há, como há em outras nações, uma visão específica voltada para o que atinge amplamente a matéria constitucional.⁴

¹ A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em Direito. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 69, p. 111/112, jan/1993.

² Guerra Filho, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Ed. Celso Bastos, 2000, p. 15/16.

³ Nery Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6° Ed., 2000, p. 20.

⁴ Nery Jr., Nelson. *Princípios...*, op. cit., p. 21.

É correto afirmar que o caminho que persegue o Direito - constitucional - processual leva em consideração regras de natureza puramente constitucional e regras de natureza absolutamente processual para somente em um segundo momento se afirmar que é o caso de existir uma regra constitucional - processual, visto que ambos se pretendem e cujo controle é automático, daí falarmos em princípios constitucionais.

Teresa Arruda Alvim Wambier sintetiza que até o início do século XX, os princípios chamados “gerais” abraçavam funções privatísticas, razão pela qual não podiam ser identificados como normas, e que possuíam verdadeiro caráter programático de maneira que seriam normas que não precisavam ser cumpridas até serem esquecidos no “auge do positivismo”, momento em que começaram a desempenhar a função de fonte do direito subsidiária, sendo que a inclusão dos princípios aos códigos fora realizada aos poucos⁵.

Neste passo, ao teor da utilização dos princípios no direito público, estes começaram a ser identificados como direito, incorporando valores que a sociedade já havia anteriormente premiado, sendo “normas fundantes” e regras gerais.⁶

A aromatização constitucional tem então, como síntese do ordenamento jurídico o contexto da principiologia, alcançando os princípios e fazendo deles uma espécie de pontos constitucionais tendentes a formarem um conjunto.

O sentido da existência dos princípios está na história e na evolução das sociedades, pois o agir da humanidade revelou-se e assim também a destruição de algumas idéias, de princípios e mandamentos pois ao mesmo tempo em que destruiu conceitos e regras, nasceram e construiu-se novas e diferentes regras.

Os princípios são, portanto, o fim, o caminho para o *status* de todo o Direito, daí seu significado excepcional no tocante a positivação do direito.

3. O princípio da proporcionalidade

Há na Carta Magna supremacia constitucional.

Esta supremacia legitima a compreensão, a natureza e o objetivo do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional implícito do Estado Democrático de Direito, sendo verdadeira garantia fundamental do cidadão.

Esclarece a doutrina que o princípio da proporcionalidade é o princípio mais importante princípio jurídico fundamental dado que a idéia de proporcionalidade significa exatamente o justo e o razoável genericamente.⁷

⁵ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 58/61.

⁶ *Ibidem*, p. 58/61.

⁷ Guerra Filho, *Teoria processual da constituição*, op. cit., p. 52.

Dessa forma esse princípio revela-se importante, não apenas pelo aspecto de ser princípio de natureza constitucional, ou da generalização da existência de leis, mas também pelo fato de que os princípios podem - quando da ocorrência de determinada colisão entre princípios com princípios ou estes com regras - usar certos critérios absolutamente inerentes de forma a solucionar tal albarroamento jurisdicional ao mesmo tempo em que otimizando ambos sujeitos do conflito.⁸

Helenilson Pontes afirma que é fundamental ver no princípio da proporcionalidade uma inescapável exigência do constitucionalismo moderno e de um novo Estado de Direito, os quais, mais do que protegerem a esfera a liberdade dos indivíduos contra intervenções estatais arbitrárias, buscam a realização concreta dos direitos fundamentais e das demais pretensões constitucionalmente asseguradas, sendo que o fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se precisamente na aceitação do compromisso de realização daqueles objetivos e de afirmação da própria normatividade constitucional.⁹

A função do princípio da proporcionalidade é estabelecer o limite do arbítrio no exercício das funções estatais e não estatais, assim como foca e assegura todos os direitos, valores que foram anteriormente consagrados do ponto de vista constitucional, sendo que sua natureza jurídica é discutida pela doutrina porque também se entende ser esse princípio uma “garantia constitucional imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e que exerce simultaneamente na ordem jurídica a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e de todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais.”¹⁰

A idéia de proporcionalidade tem como base três sub-idéias, que são princípios formadores da idéia central, portanto, que integram e formam a ideologia proporcional, sendo que os sub princípios, ou as idéias formadoras do princípio da proporcionalidade são: o sub-princípio da adequação, o sub-princípio da necessidade e o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro sub-princípio, a adequação, estabelece que para se atingir um resultado objetivado deverá se escolher um meio absolutamente adequado, devendo esse meio escolhido ser completamente útil.

O elemento adequação deverá ser pertinente entre o meio e fim do ato (legislativo ou administrativo) significando que medida deve ser apta para o fim pretendido ou estabelecido e ser o essencial ao objeto escolhido, sendo necessário um prévio questionamento: Por quê? E para que?

⁸ Ibidem, pág. 53.

⁹ Pontes, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000, p. 53.

¹⁰ Ibidem, pág. 56.

O segundo sub-princípio a ser estudado é o elemento necessidade. Este princípio estabelece que será realizada uma escolha voltada a um meio mais suave e que não seja admitido o excesso, ou seja, que em uma dada situação deverá ser escolhida uma solução que seja a menos gravosa.

Segundo preleciona Luís Roberto Barroso¹¹, este princípio também é conhecido como “princípio da menor ingerência possível”, o que vem significar que os meios utilizados para o atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão, eis que uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”.

O terceiro elemento é o critério da proporcionalidade em sentido estrito que leva em consideração uma mensuração de valores objetivando a proporcionalidade.

Este sub-princípio realiza um sopesamento de valores no sentido de realizar a idéia de proporcionalidade, questionando se a medida trará mais prejuízos ou trará mais vantagens, mais benefícios.

4. A proporcionalidade na penhora e na execução civil

A aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser esquecida no campo processual civil, sendo esta seara um campo de imediata utilização.

Neste passo, e, na tentativa de construção de uma nova sistematização no que se relaciona a penhorabilidade objetivando a efetividade da execução civil, é que temos o princípio da proporcionalidade como meio de efetividade processual.

Um primeiro ponto, dentre vários desta aplicação é a necessidade de se estabelecer penhora de salários e de remunerações em sentido amplo.

Na França a impenhorabilidade dos salários é parcial, assim como nenhuma impenhorabilidade prejudica a cobrança do crédito do fabricante ou vendedor do bem ou daquele que emprestou dinheiro para a mesma aquisição.¹²

O direito francês, nesse passo, é muito interessante, pois lá vigora determinada lei, em vigor desde 1895, que procura sempre solucionar essa questão da penhora sobre salários, procurando ajustar, concomitantemente, o interesse do trabalhador, que não pode ficar a mercê do credor, dado o caráter alimentar do salário, e o interesse do exequente, que também deve ser satisfeito, e, para tanto, criou uma regra de impenhorabilidade parcial, isto é, o salário, em

¹¹Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 219.

¹² Reis, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Volume 1º, 3ª Edição reimpressão, volume 2, reimpressão, Coimbra Editora, 1985, pág. 43.

senso largo, pode ser penhorado, como reserva de parte intocável, segundo o valor desse mesmo salário, que é classificado, para esse efeito, em faixas.¹³

A título exemplificativo, a tabela francesa aduz a proporcionalidade da execução dos salários:

Montante da remuneração anual	Fração Impenhorável	Fração penhorável
até 4.000 Francos	19/20	1/20
de 4001 a 8000 Francos	9/10	1/10
de 8001 a 12000 Francos	4/5	1/5
de 12001 a 16000 Francos	3/4	1/4
de 16001 a 20000 Francos	2/3	1/3
de 20001 a 24000 Francos	1/3	2/3
acima de 24001 Francos	não há	a totalidade ¹⁴

Nos Estados Unidos, em muitos estados a penhora não pode atingir bens ou dinheiro adquiridos pelo devedor depois de iniciada a execução, sendo igualmente, como no Brasil, impenhorável a casa própria, e, no aspecto da impenhorabilidade salarial, para essa regra existe certa limitação, sendo possível a penhorabilidade dos salários americanos,¹⁵ onde a Corte americana discricionariamente define a parte impenhorável dos salários, já que há uma lei federal que limita os descontos, determinando que o devedor permaneça com 75% de seu salário líquido ou 30 vezes o salário mínimo horário, valendo o valor que for maior.¹⁶ O magistrado americano decide qual é o valor a ser objeto de penhora, levando em consideração o que é preciso para o executado e sua família viverem com dignidade, diferente do processo espanhol, a par do reduzido rol de bens impenhoráveis, a remuneração está excluída da penhora apenas até o limite do salário mínimo profissional.¹⁷

A regra portuguesa tem algumas peculiaridades, já que são penhoráveis os instrumentos de trabalho para pagamento de sua aquisição ou reparo, ou ainda como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial, ao mesmo tempo em que apenas um terço dos salários, assim como um terço das aposentadorias e das pensões podem sofrer penhoras.¹⁸

Em relação a esses sistemas, a impenhorabilidade pode ser vista no Código de Portugal de 1876 e no Código Brasileiro, assim como no código francês se identifica a impenhorabilidade parcial e no código alemão se percebe que a legislação dessa natureza afirma que são impenhoráveis os salários e soldos respeitadas as regras de proporcionalidade¹⁹.

¹³ Machado, Antonio Carlos Marcondes. A penhora recante sobre salário, Anotações fundadas no direito francês. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n° 254, págs. 477/478, 1976.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 477.

¹⁵ Greco, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. São Paulo: *Revista de Processo* n° 94, abril/1999, p. 43.

¹⁶ Greco, Leonardo. A reforma do Processo de Execução. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, Volume n° 350, 1999, p. 79.

¹⁷ Greco, Leonardo. A execução..., op. cit. p. 43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹ Reis, José Alberto dos. *Processo de Execução*, Volume 1°, 3ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 384.

Ensina ainda que em território italiano só se permite a penhora na parte excedente a 750 liras, assim como na lei espanhola que isenta da penhora os salários de até seis pesetas diárias ou nos soldos ou pensões que não excedam 2000 pesetas anuais.²⁰

Ainda na Itália, como se percebe na informação da Doutrina e na própria legislação há uma regra de limitação de salário, fundamentalmente quando estes forem objeto de créditos alimentares.²¹

Em nosso vizinho Uruguai a impenhorabilidade da remuneração e dos bens de uso pessoal e doméstico não prevalece se a dívida resultou de sua aquisição ou de aluguéis da casa ou ainda se se tratar de bens suntuários de elevado valor, sendo que os instrumentos de trabalho podem ser penhorados se dados em penhor para garantir a sua aquisição e o direito de uso e o direito de habitação, como direito de natureza personalíssimos que são, gozam de impenhorabilidade²².

A legislação e a jurisprudência brasileira, como vimos acima, andam completamente atrasadas em relação a regra de impenhorabilidade porque não permitem a penhora de salários, salvo para fins de pensão alimentar ao mesmo tempo que é inegável que determinados profissionais que recebem bons salários (nada mais correto de acordo com cada atividade e com as características destas) não possam ser alcançados pela penhora.

A utilização do princípio da proporcionalidade pode ser aplicada em diferentes frentes, como na questão da citação do executado via correio, hora certa e pela internet, citação por oficial de justiça em comarcas vizinhas, na escolha da penhora diretamente pelo credor, na penhora dos bens inalienáveis, na questão do anel nupcial e os equipamentos dos militares, na ordem do artigo 655 processual, na penhora do bem de família, a questão da prisão civil quando de abuso de direito, na penhora de bens diversos dos que foram dados em garantia executiva, na penhora de bens de valores elevados, na penhora de “bens passados”, entre outros exemplos.

5. Conclusão

No caminho que sugere a doutrina brasileira²³ este estudo defende a necessidade de mudar o sistema executivo, de maneira a permitir com algumas modificações a satisfação executiva sendo que, o princípio da proporcionalidade, com ou sem modificações, deve sempre ser empregado e, em especial no tocante a questão da admissão da penhora.

Concluir-se-á, portanto, que fundamentalmente esta pesquisa defende alguns pontos cujo objeto, tenha-se em mente, é a efetividade processual:

²⁰ Ibidem, p. 384.

²¹ Gama, Ricardo Rodrigues. *Código de Processo Civil italiano traduzido e adaptado para a língua portuguesa*. Campinas: Aga Juris Editora, 2000, p. 200. Artigo 545.

²² Greco, Leonardo. *A execução...*, op. cit. p. 43/44.

²³ Dias, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 77, janeiro/2000. Esse autor afirma que a penhora pouco oferece de concreto para uma boa eficácia da execução, porque além de não trazer vantagem alguma ao credor, em face da existência de embargos, o devedor poderá a qualquer momento alienar o bem em referência, já que não existem sanções realmente serias para imibir esse tipo de fraude.

1. A definição de princípios assegura fundamento como norma jurídica;
2. O princípio da proporcionalidade assevera importante mecanismo de alcance de efetividade jurisdicional;
3. A jurisprudência brasileira aplica o princípio da proporcionalidade devendo ser esta provocada em relação a novas e diferentes matérias, como é o caso da penhora em situações específicas;
4. A doutrina brasileira admite a possibilidade de penhora em determinados casos, a exemplo de salários, de forma a interpretar a legislação com inferior rigorismo;
5. A efetividade do processo executivo tem estreita relação com o princípio da proporcionalidade, essencialmente no que diz respeito da aplicação deste na questão da penhorabilidade;
6. A penhora é um instituto essencial dentro do processo civil, de natureza própria portanto, e que necessita de maior atenção da doutrina como objeto de estudo e pesquisa;
7. Efetividade, penhorabilidade e proporcionalidade são temas de reflexão atual porque retratam a condição social e a relevância - interesse da Justiça;
8. A penhora não pode ser vista como sendo coadjuvante objetivando excepcionalidade, mas deve ser interpretada como objeto de responsabilidade, que independe da razão econômica atual do devedor - executado;
9. Admissão da penhorabilidade do bem de família, sempre com o condão do princípio da proporcionalidade funcionando como condicionador;
10. Os bens inalienáveis declarados por ato voluntário podem ser objeto de penhora acostados no princípio da proporcionalidade;
11. É absolutamente equivocado a regra de que cabe exclusivamente ao devedor a escolha e a determinação dos bens, ao mesmo tempo em que a regra do artigo 655 é completamente desequilibrada, devendo ambas as assertivas sofrerem de alterações;
12. O Estado deve ser chamado a ser responsável pelo processo executivo, de maneira a criar e dar condições para o processo ser possível.

BIBLIOGRAFIA:

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. São Paulo: *Revista de Processo* n° 94, abril/1999.

_____. A reforma do processo de execução. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, Volume nº 350, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em Direito. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 69, jan/1993.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Ed. Celso Bastos, 2000.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª Ed., 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000.

REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Volume 1º, 3ª Edição reimpressão, volume 2, reimpressão, Coimbra Editora, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.