

Garantismo processual, decisionismo e impenhorabilidades



As relações entre o direito processual e o poder constituem uma temática

que merece ser melhor revelada no cenário acadêmico. No âmbito do *procedimento civil*, estudantes são habituados a pensar o processo como um reles instrumento de atuação do poder jurisdicional. Olvida-se, desse modo, que o processo tem substancia e que o seu cerne reside, justamente, na limitação do poder [i]. O senso comum, no entanto, conspira lado a lado com um projeto de recrudescimento do poder jurisdicional [ii], o que é acompanhado por inesgotáveis doutrinas tendentes a franquear as barreiras da legalidade em favor de uma espécie de juristocracia. Com isso, ignora-se que uma das formas de limitar o poder é reparti-lo horizontalmente – eis o *élan vital* da tripartição de poderes típica do liberalismo constitucional: fracionar o poder para, assim, controlá-lo [iii]. Sob essa perspectiva, o poder jurisdicional abocanha inclusive os demais poderes estatais. Trata-se de uma máxima inerente ao poder: a sua expansão [iv].

Para quem vê no processo uma garantia do indivíduo contra o poder estatal, o diálogo com perspectivas teóricas voltadas a criticar o fenômeno do decisionismo judicial é sempre muito frutífero. Desse modo, o problema da frouxidão legislativa e, conseqüentemente, da absorção da legalidade pela criação *contra legem* do direito pelos nossos tribunais é encarado na perspectiva do seu campo teórico, vale dizer, do direito constitucional, da garantística e, mais especificamente, do devido processo. Sob essa perspectiva, os caminhos do processualista cruzam com outros campos do conhecimento jurídico interessados em preservar a legalidade, impedir o arbítrio, a contaminação do direito por discursos morais, etc.

No âmbito da dogmática jurídica, não somente o direito processual tem sido refém de posturas pró-jurisdicionais. O direito civil brasileiro, por exemplo, foi infestado de discursos tendentes a corroer o seu próprio estatuto epistemológico, os quais, por sinal, são bastante conhecidos pela processualística. É o caso do *neoconstitucionalismo* – “uma espécie de elemento aglutinador de discursos que se unificam pela plurivocidade conceitual e por uma agenda de discursos progressistas” –, do *uso generalizado da ponderação nas decisões judiciais*, das *cláusulas gerais*, da recuperação de “legados malditos da jurisprudência dos interesses, da Escola do Direito Livre e da Escola de Kiel”, bem como da transformação da dignidade da pessoa humana “em um *tropo retórico*, esvaziando-a de sentido, utilidade prática e credibilidade conceitual” [v]. Outro exemplo de combate a inimigos comuns também à processualística é o realizado, no âmbito da teoria e da filosofia do direito, por correntes doutrinárias que há muito tempo combatem o recurso à ponderação, os pamprincípios, o neoconstitucionalismo, o ativismo judicial, o solipsismo judicial, etc [vi].

Não há dúvida que, sob a lente do garantismo processual, todos esses “apetrechos teóricos pró-jurispcionais” representam uma tentativa de solapar as garantias do indivíduo contra o poder jurisdicional. Mas não é só isso: também a ciência procedimental civil – que comumente é confundida com a ciência processual [vii] – tem sido, no Brasil, infestada por esses mecanismos voltados a transformar o procedimento, vale dizer, o elemento corporificador das garantistas contrajurispcionais do indivíduo, em joguete na mão do próprio poder que ele visa a conter. Por isso, o já denunciado constante assalto à legalidade como meio para expansão do poder.

Um bom exemplo disso é o das regras de impenhorabilidade, que constituem uma espécie de limite político ao poder jurisdicional do Estado (clique [aqui](#)), e, mais especificamente, do discurso em favor da relativização da regra da impenhorabilidade de salários para além das próprias exceções legais – diz o CPC, que são impenhoráveis as verbas salariais (em sentido lato), salvo para o pagamento de dívidas alimentares, bem como naquilo que excederem 50 salários mínimos. Com tais regras (que tratam dos limites políticos da execução), o *poder legislativo* limita o *poder jurisdicional*, a fim de que a atuação do Estado-juiz sobre o patrimônio do executado fique adstrita somente aos espaços permitidos pela própria lei. A discussão acerca dos limites do *poder jurisdicional executivo* gravita, com efeito, no âmbito político. Não por acaso, o nomenclatura comum refere-se à limites políticos da execução.

Para muitos, esses limites impostos pela lei são muito exagerados. No plano hipotético, dois caminhos abririam-se aqui: o primeiro, que no cenário atual seria tachado até de “ortodoxo”, consistiria em discutir, na arena política, tais limites e, se for o caso, alterar a lei; o segundo, é o caminho da criação judicial do direito contra a lei. Por este caminho, ignora-se que, antes de mais nada, o processo é garantia do indivíduo contra o poder jurisdicional. Para implementá-lo, lança-se mão dos “apetrechos teóricos pró-jurispcionais”, aliados a uma doutrina que se vê na condição de reescrever o próprio direito legislado.

Por sinal, a questão já foi enfrentada ([aqui](#)) e noticiada diversas vezes ([aqui](#) e [aqui](#)) na **ConJur**. Felizmente, o próprio Superior Tribunal de Justiça já entendeu que apesar “das alegações da agravante no sentido de ser cabível um juízo de ponderação entre o mínimo existencial e o direito à satisfação executiva (...) o direito amparado pelo novel Código de Processo Civil, que manteve o mesmo sentido do Diploma de Ritos anterior, não pode ser mitigado em face de interpretações diversas pelo Poder Judiciário, razão pela qual é descabida a penhora parcial do subsídio da parte agravada, mesmo que no importe de 30%” [viii]. Em outro caso, a referida Corte, decidiu que “as dívidas comuns não podem gozar do mesmo status diferenciado da dívida alimentar a permitir a penhora indiscriminada das verbas remuneratórias, sob pena de se afastarem os ditames e a própria *ratio legis* do Código de Processo Civil (art. 833, IV, c/c o § 2º), sem que tenha havido a revogação do dispositivo de lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade” [ix].

No entanto, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 1.582.475 – MG, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por afastar a regra de impenhorabilidade do artigo 833, IV, do CPC, criando *contra a lei* a possibilidade de penhora de parte dos vencimentos do devedor desde que com isso não atinja a dignidade ou subsistência sua ou de sua família. O fundamento utilizado, para tanto, foi o de que

“as partes têm direito ao tratamento processual isonômico, o que se revela na execução civil como o

direito a receber tratamento jurisdicional que saiba equilibrar, de um lado, o direito do credor à satisfação do crédito executado e, de outro, o direito do devedor a responder pelo débito com a preservação de sua dignidade. Isto considerado, é de se notar que estão em questão, potencialmente contrapostos, direitos fundamentais das partes. De um lado, o credor tem direito ao Estado de Direito, ao acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo legal processual e material. De outro, também o devedor tem direito ao devido processo legal, que preserve o mínimo existencial e sua dignidade. Sob essa ótica da preservação de direitos fundamentais, o direito do credor a ver satisfeito seu crédito não pode encontrar restrição injustificada, desproporcional, desnecessária. No que diz respeito, portanto, aos casos de impenhorabilidade (e sua extensão), só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de seu mínimo existencial, à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes”.

Nota-se que, no caso, o ímpeto de reescrever a lei e sobrepor-se aos limites impostos ao seu poder fez com que o Superior Tribunal de Justiça transformasse um caso de simples aplicação do art. 833, IV, do Código de Processo Civil, num caso em que a decisão da causa passou a depender de um juízo de “ponderação” entre supostos direitos fundamentais do credor e do devedor”. Aqui a crítica de Otávio Luiz Rodrigues Jr. direcionada ao Direito Civil é plenamente cabível: “mesmo em conflitos que dispensariam perfeitamente o recurso a direitos fundamentais, procede-se à ‘ponderação de princípios’”. Trata-se, mais uma vez, do uso da “ponderação para encobrir julgamentos por equidade ou ao estilo do ‘decido conforme minha consciência’, denunciados por Lenio Luiz Streck” [x]. Ademais, o caso analisado demonstra uma espécie de “banalização dos direitos fundamentais” e de utilização da dignidade da pessoa humana como “trunfo argumentativo” [xi].

O julgamento dos embargos de divergência no EREsp 1.582.475 – MG não é um caso isolado. Além de servir de inspiração para decisões de tribunais locais (ver [aqui](#)), ele se baseia em influente doutrina brasileira [xii] que não tem nenhum pudor em reescrever o Código de Processo Civil naquilo que não lhe convém, ainda que, para tanto, seja necessário ignorar o próprio direito legislado. Trata-se de um nítido caso de arbítrio, mascarado com uma espécie de verniz de legitimidade construído mediante o emprego de apetrechos teóricos que somente servem ao recrudescimento do poder jurisdicional.

A isso, soma-se mais um componente extremamente perigoso: ao mesmo tempo em que o Superior Tribunal de Justiça decide casos desprezando o direito legislado, os mesmos autores que lhe servem de base para tanto defendem que competiria aos tribunais superiores a função de criar “precedentes obrigatórios”, a fim de que se obtenha segurança jurídica. O discurso é no mínimo contraditório, na medida em que o germe da alegada insegurança jurídica está justamente no desrespeito à legalidade e no decisionismo judicial. Cria-se, assim, uma fórmula paradoxal, pois aqueles que incentivam a insegurança jurídica a partir de uma espécie de legalidade frouxa são os mesmos que defendem a criação de precedentes obrigatórios para conter a insegurança jurídica da qual a sua própria doutrina é diretamente responsável. Diante disso tudo, fica evidente que diferentes posturas teóricas voltadas a combater o decisionismo judicial assumem a posição de fortes aliadas da noção de processo como garantia da liberdade individual.

ⁱ Para uma análise crítica da visão instrumental do processo e o contraponto em favor de

substancialidade do processo, ver ANCHIETA, Natascha. Em busca da substancialidade constitucional do processo: os percalços do desenvolvimento histórico da ciência processual – da noção instrumental à noção substancial de processo. *Empório do direito*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/8-em-busca-da-substancialidade-constitucional-do-processo-os-percalcos-do-desenvolvimento-historico-da-ciencia-processual-da-nocao-instrumental-a-nocao-substancial-de-processo>.

ii A respeito do tema, ver RAATZ, Igor. Da ausência de um estatuto epistemológico dos princípios no direito processual brasileiro e o projeto instrumentalista de recrudescimento do poder jurisdicional. *Empório do direito*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/11-da-ausencia-de-um-estatuto-epistemologico-dos-principios-no-direito-processual-brasileiro-e-o-projeto-instrumentalista-de-recrudescimento-do-poder-jurisdicional>. Sobre o instrumentalismo como projeto de poder, ver DELFINO, Lúcio. O processo é um instrumento de justiça? (desvelando o projeto instrumentalista de poder). *Empório do direito*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/10-o-processo-e-um-instrumento-de-justica-desvelando-o-projeto-instrumentalista-de-poder>

iii Sobre o tema, consultar COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. *Consultor jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. *Empório do direito*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>.

iv Sobre o tema, ver o excelente ensaio de William Galle Dietrich, sobre a história natural do sufocamento do processo, disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-84-o-processo-a-historia-natural-do-seu-sufocamento>.

v RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, §2º, Introdução.

vi Sobre o tema, ver STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

vii Sobre essa crucial distinção, consultar COSTA, Eduardo José da Fonseca. Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>.

viii Agravo em Recurso Especial, nº 1.336.881 – DF, Ministro RAUL ARAÚJO, Julgado em 26/09/2018.

ix AgInt no REsp 1407062/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/04/2019.

x RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, 47.3, §46, Capítulo Oitavo.

[xi](#) As duas expressões também são utilizadas por Otávio Luiz Rodrigues Jr., na obra citada, no §67 – O barateamento dos princípios constitucionais e a banalização dos direitos fundamentais, Capítulo Décimo Primeiro.

[xii](#) O voto condutor do julgado mencionado parte dos Comentários ao CPC de Hermes Zaneti Jr. e do Curso de Processo Civil de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart.

Date Created

11/05/2019