

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIO

Francisco Giordani*

SUMÁRIO: 1 Apresentação do tema; 2 Rápida visão sobre os princípios; 3 O princípio da proporcionalidade; 4 Da possibilidade da penhora de salário.

1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Tema dos mais instigantes, e que vem, nos dias que correm, provocando a reflexão dos operadores do direito e, com cada vez maior freqüência, sendo debatido em processos judiciais, é o que diz respeito à possibilidade, ou não, de penhora em contas correntes nas quais sejam creditados salários.

Com denodo e respeitáveis argumentos jurídicos, há os que sustentam, alguns com espantosa energia, que não é possível dita constrição judicial, por provocar inconciliável cizânia com o quanto estatuído no art. 649, IV, do Código de Processo Civil.

Outros, porém, entendem viável e regular a penhora em contas correntes nas quais estipêndios são depositados, drapejando e cortando os ares com a bandeira do princípio da proporcionalidade, para fundamentar seu posicionamento.

Parece que a primeira corrente se identifica mais com uma visão positivista, e a outra pretende superado tal modo de enxergar.

Tenho em que, antes de, propriamente, ferir a questão, necessária uma referência, sucinta, ao momento vivido pelos princípios, seu peso num ordenamento jurídico, se podem fazer mexer a balança a seu favor, quando, no outro prato, há uma regra dispondo, ao menos aparentemente, de modo diverso; em seguida, cumpre verificar se o princípio da proporcionalidade tem voz entre nós e se ela pode se fazer ouvir em questões como a ora em foco.

Porém, como um tributo certamente devido aos defensores, seja de um, seja de outro dos posicionamentos acima mencionados, gostaria de dizer que, seja qual for o entendimento que se torne em um dado momento majoritariamente aceito, isso representará o resultado do trabalho de todos, pois que o esforço de cada, com os argumentos que traga em prol de seu sentir, é que possibilitará o refinamento e ulterior amadurecimento da questão; com as devidas adaptações, de aplicar-se,

* Juiz do Trabalho da 15ª Região.

também aqui, a irresponsável observação de Maria da Conceição Ruivo, no sentido de que:

“A riqueza de uma nova teoria não se esgota de modo nenhum no trabalho dos pais fundadores. Segue-se um longo trabalho de elaboração, de maturação, através do qual há uma depuração de toda a ganga inicial, tornada depois desnecessária ou mesmo inconveniente. Analisemos três exemplos.

O primeiro exemplo é o da mecânica Clássica. É sabido que na ciência de tradição aristotélica não havia distinção entre as noções de força e velocidade, tal como aliás é de uso na linguagem comum (o carro foi com toda a ‘força’ contra o poste...) ao passo que, no quadro da física newtoniana, força e velocidade são grandezas distintas, a força é a causa da variação da velocidade... Se é verdade que Newton é o gênio criador da Mecânica Clássica, também é verdade que esta não ficou pronta e acabada com Newton; de facto, ela vai-se tornando um edifício consistente graças ao trabalho continuado de homens como Euler, Bernoulli, Lagrange, Hamilton e D’Alembert.”¹

2 RÁPIDA VISÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS

Ouso convidar, à partida, ao possível leitor, solitário em sua leitura, como eu, aqui e agora, que se deixe envolver pelo encanto e pela magia do vocábulo “princípio”, que dê asas ao seu espírito, deixando-o viajar pelo tempo e pelo espaço, vendo, sentindo e sendo levado pelo suave sopro dessa palavra, mais, pelo significado dessa palavra, em tudo o que possa ter ligação com o homem e sua passagem por este mundo; de fato, o que se pode imaginar sem um princípio? O que se pode explicar sem um princípio? Quantas e quantas vezes foram desastrosas, na história do homem, a desconsideração pelos princípios? Acho melhor parar por aqui, pois meu espírito já está se envolvendo com essas indagações e preciso me concentrar um pouco mais, para continuar tendo a esperança de contar com a paciência do amigo que se dispôs a meditar comigo sobre o tema objeto dessas linhas; depois, voltarei a viajar...

Rubem Alves, com a simplicidade que apenas uma vasta cultura permite, diz que: “‘Princípio’, em grego, é palavra filosófica, que significa não apenas ‘princípio’ no sentido de começo no tempo, mas fundamento, aquilo que é a base do que existe”². Por sua abrangência, conquanto muito concisa, o que, também, apenas um profundo conhecimento acerca do que se fala permite, vale reproduzir a definição de Rodolfo Luis Vigo, que diz: “Por princípio, entende-se aquilo do qual algo procede, seja na linha do ser, do obrar ou do conhecer”³; que não é específico dos tempos atuais o

1 A Ciência tal qual se faz ou tal qual se diz? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 589.

2 *Entre a ciência e a sapiência* – o dilema da educação. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2003. p. 23/4

3 *Interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 2005. p. 130.

D O U T R I N A

voltar o homem seus olhos para a relevância dos princípios, fica claro com a leitura da seguinte passagem de Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz, ao lembrar que: “Os princípios – escreve Sêneca – asseguram a nossa firmeza e tranqüilidade, porque simultaneamente abrangem toda a nossa vida e toda a natureza das cousas”⁴.

Quero acreditar, então, que não se pode, validamente, imaginar alguma forma e/ou área de conhecimento, para ser como tal considerada, que não implique, não se baseie na existência de princípios; daí já se ter asseverado que: “A doutrina indica que toda a forma de conhecimento, filosófico ou científico, implica no (*sic*) existência de princípios. Por essa razão, vem-se percebendo, atualmente, uma dedicação especial dos doutrinadores ao estudo das peculiaridades dos princípios em cada ramo do Direito”⁵. A mesma senda, muito bem acompanhada por grande mestre, percorre Paula Oliveira Mendonça, como se nota de suas colocações: “Para Miguel Reale, com a autoridade de várias décadas de ensino toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de Princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem todo campo do saber”⁶.

No ponto em que estamos, tenho por interessante trazer à colação os ensinamentos do Professor Manoel Messias Peixinho, que, com muita clareza, dilucida:

“Toda ciência se desenvolve e se estrutura a partir de princípios. Princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer, em que o significado dos dois termos, princípio e fundamento, estão estreitamente relacionados. Neste sentido, não há como falar de determinado pensamento científico sem descobrir os seus princípios, ou seja, sem apreender os postulados lógicos que lhe dão racionalidade.”⁷

Em sendo assim, fica fácil concluir, acompanhando o preclaro Rui Portanova, que, por sua vez, valeu-se dos ensinamentos do mestre de todos nós, Celso Antonio Bandeira de Mello, no sentido de que: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”⁸, mesmo porque, como já se disse, de modo muito consistente: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma

4 *Apontamentos sobre a noção ontológica do processo*. São Paulo: RT, 1936. p. 11.

5 FRAGA, Thelma Araújo Esteves. O princípio da igualdade das partes e uma releitura do art. 100 do CPC, à luz da Constituição e do novo código civil. In: *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 527.

6 Princípios processuais, importância de seu estudo para o direito processual. *Revista da ESMape*, n. 9, v. 4, p. 311, jan./jun. 1999.

7 Princípios constitucionais da administração pública. In: *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 441.

8 *Limitação dos juros nos contratos bancários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57.

de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, agressão ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”⁹.

Com a palavra o grande constitucionalista Paulo Bonavides, que observa de maneira muito percuciente: “A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos”¹⁰, bem por isso há concordar com Pietro Lora Alarcón, quando este assevera: “O Estado será tanto mais democrático e de Direito quanto melhor reproduza, na prática, os princípios que o fundamentam”¹¹, o que poderá contribuir para abrir espaço “visando reforçar um novo Estado Democrático de Direito, à medida que o direito vem sendo distinguido da lei e primeiro vem se sobressaindo ao segundo, formando uma ordem jurídica que se constitui de valores e princípios onde a lei é apenas um dos componentes integradores da decisão judicial”¹² (destaquei).

Peço vênia para insistir nesse novo aspecto, nesse novo modo de ver, que leva a um recuo e/ou uma contenção da absoluta primazia antes emprestada à lei, na e quando da solução de um conflito de interesses; para tanto, de muita relevância a transcrição da seguinte passagem de Alexandre Pasqualini, ao esclarecer que: “A lei apresenta-se tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua resistência, os princípios e valores, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição”¹³; logo, “tanto quanto as leis – e mais do que elas –, os princípios são fontes primárias do Direito e integrantes do ordenamento jurídico positivo”¹⁴; daí, há concluir que: “Os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência”¹⁵, e mais, como diz Aramis Nassif: “Lembrando exaustivamente que os princípios, sempre superiores no sistema, mantêm ascendência hierárquica sobre a concretude legal”¹⁶, o que leva

9 BARBOSA, Edna Maria Fernandes. Colisão de princípios e regras no ordenamento jurídico: uma leitura atual. *Revista TRT – 11ª Região*, Amazonas, n. 12, p. 38, 2004.

10 *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 396.

11 Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Método, n. 2, p. 166, jul./dez. 2003.

12 SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. O princípio da proporcionalidade. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 360.

13 Sobre a interpretação sistemática do Direito. *Revista da Ajuris*, n. 65, ano XXII, p. 286, nov. 1995.

14 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. *Cadernos de Soluções Constitucionais*, São Paulo: Malheiros, v. 1, 2003. p. 24.

15 *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

16 Acusação: o totem, a interpretação e Kelsen. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 43.

a que: “O lugar da legalidade, *rectius* a lei, não está nos dias de hoje colocado no pedestal que ocupava no liberalismo”¹⁷.

O culto Sérgio Ferraz bem apanhou o que se passa quanto à importância que se há de atribuir aos princípios e o papel que lhes cumpre desempenhar, iluminando bem o assunto, tornando-se, pois, relevante reproduzir suas observações:

“[...] os princípios jurídicos não existem tão apenas como afirmações de máximas, que ressoem bem ao ouvido. O princípio filosófico jurídico não é estipulado tão apenas por amor à arte ou ao culto da palavra. Ele tem de preencher uma finalidade. O direito existe como valor, que tende à realização de um determinado ideal; e esse ideal é o atingimento da justiça. O Direito existe como uma estruturação cultural, que só se justifica desde o momento em que cumpra a sua vocação, que é a realização do ideal de justiça.”¹⁸

Em sendo assim, bem se compreende sentenciar Fábio Konder Comparato que “os princípios jurídicos são normas superiores”¹⁹; esse asserto, bem é de ver, confere aos princípios a dignidade de norma, o que se harmoniza com a doutrina, hoje bem aceita, de que as normas se dividem em princípios e regras, aqueles com um teor maior de abstração e, por isso mesmo, mais maleáveis e que não precisam, necessariamente, ser sempre e sempre aplicados, podendo deixar de sê-lo em dado caso concreto, quando mais de um princípio nele possa incidir, cabendo fixar-se, em tal situação, quando há um conflito entre os princípios em tese aplicáveis, qual há de preponderar, afastando-se o outro que, nem por esse fato, perde sua condição, já que poderá ser observado em outra situação, na qual não haja o conflito que obstou sua aplicação em determinada hipótese. Com as regras, embora possam ter também uma certa maleabilidade, não é da sua natureza possuí-la na mesma intensidade que um princípio, sendo, ao reverso, do seu normal, ocorrido o fato nela previsto, sua plena incidência, ou seja, conflitos entre regras não são de verificarse, via de regra, ao menos com idêntica intensidade que os conflitos que possam ocorrer entre princípios, mas numa escala acentuadamente inferior, havendo mesmo os que não vêm as coisas desse modo, entendendo que não há espaço para atritos entre normas, pois o ordenamento jurídico já contém soluções para as possíveis antinomias; já conflitos entre princípios é algo mais natural e, pois, mais freqüente de acontecer.

De tal fato decorre, como salientado por Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, com base no grande Alexy, que “toda norma

17 SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, João Tabora da. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral antiabuso. In: *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 105.

18 Igualdade processual e os benefícios da Fazenda Pública. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, v. 13/15, p. 431.

19 Igualdades, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, p. 70, 1/1993.

ou é uma regra ou é um princípio”²⁰; aliás, ensinamento do mencionado Alexy se encontra também no substancial artigo de Marcelo Ciotola, *verbis*: “*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones [...] Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre tipos de normas*”²¹. Outra não é a senda percorrida por Sérgio Nojrl, ao se posicionar no sentido de que “o vocábulo princípio, para a ciência do Direito, deve revestir-se da qualidade de norma jurídica”²², para, linhas após, explicitar melhor o conceito de princípio, aduzindo que: “Princípio, como já vimos, é uma norma jurídica que veicula determinados valores que a diferencia das demais regras jurídicas e, por isso mesmo, influi direta ou indiretamente no entendimento dos demais elementos normativos do sistema que com ela se conectam”²³.

Por óbvio, não seria o diferente grau de abstração e/ou de efetividade que seria decisivo para o enquadramento de um princípio como espécie do gênero norma; nesse passo, com a palavra Ana Luísa Celino Coutinho, que diz filiar-se “àqueles que entendem os princípios como espécie do gênero normas, mesmo considerado o seu alto grau de abstração e o seu menor grau de efetividade”²⁴.

Todos esses ensinamentos de tão renomados juristas levam-me à forte convicção, já antes manifestada, da importância, cada vez maior, dos princípios no e para o ordenamento jurídico, permitindo ao intérprete, com sua utilização, sair das redes e das armadilhas que, não tão raramente, as leis trazem em si, em seu bojo, já que sua aplicação, sempre e invariavelmente, a todo e qualquer caso, pode levar a flagrantes injustiças, normalmente em desfavor da parte mais fraca e/ou, conforme o caso, não integrante do Poder Econômico, sempre bem representado pelos parlamentares e governantes do nosso Brasil varonil, e com tal esmero que torna lícita a indagação: o homem simples do povo, aquele que não detenha alguma força (*rectius*: poder econômico), tem, efetivamente, algum representante no Congresso e/ou no Governo ou não, malgrado as aparências e os discursos, comoventes, belos, mas não traduzidos no plano do real, ficando apenas na fala e nos registros respectivos? Ainda que assim não seja – passe a ingenuidade –, a aplicação da lei, sem considerações outras às peculiaridades da situação concreta, não pode distanciá-la da aderência que deveria ter a realidade à vida?

20 A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 10.

21 Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 46.

22 O papel dos princípios na interpretação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 21, p. 322.

23 O papel dos princípios na interpretação constitucional, *cit.*, p. 324.

24 O concurso público e a sua relação com os princípios constitucionais da administração pública. *Revista da ESMESE*, n. 1, dez. 2001, p. 177/8.

D O U T R I N A

Peço vênia para, aqui, voltar a citar o Professor Paulo Bonavides, que adverte: “Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador”²⁵. Como evitar, no âmbito da interpretação e aplicação do direito, ou, se evitar completamente é impossível, minimizar os males que, bem o sabemos, despencam sobre os ombros dos cidadãos brasileiros, da atuação dos nossos parlamentares (insistindo sempre nas exceções, embora lastimando sempre serem exceções)? *Pensamos que, para tanto, de muita valia o bom e vigoroso manejo dos princípios.*

Poderei, entretanto, ter lançada à face a seguinte objeção: a segurança jurídica, tão relevante, restaria seriamente atingida com esse modo de enxergar as coisas, com essa defesa à utilização intensa dos princípios.

Reconhecendo, embora, o preparo e a cultura de quem fizer semelhante reparo, não me darei por vencido, ao ouvi-lo, e por favor não pensem tratar-se de pura teimosia, longe disso (não estou afirmando que não seja teimoso, o que não vem ao caso, mas sim que, na situação aqui em exame, sinto-me firme no que sustento, pois assim faço com amparo nos ensinamentos de juristas de escol), apenas acredito que a aludida segurança jurídica não restará prejudicada por um denso recurso aos princípios, longe disso, ao reverso, porquanto a consideração pelos mesmos propiciará um desejável equilíbrio entre a segurança jurídica, que deve ser oferecida pelas regras, e a justiça de um caso concreto, a cargo dos princípios. Com a palavra Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, aos quais muito devem as letras constitucionais em nosso País:

“O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.”²⁶

Então, ainda que se faça, como neste está sendo feita, abstração do debate acerca de para quem e/ou a quem interessa a tão decantada segurança jurídica e ainda que se considere que os nossos legisladores merecem uma outra idéia, relativamente ao desenvolvimento de seu trabalho, nem por isso estará abalada e/ou diminuída a relevância que deve ser atribuída aos princípios, no estágio atual dos estudos que se fazem sobre essa questão, eis que, de toda sorte, há reconhecer que a lei, hodiernamente, se aplicada a toda e qualquer situação que a ela se tenha por subsumida, pela complexidade da vida atual, pode fazer com que injustiças e/ou

25 *Curso de direito constitucional*, cit., p. 396.

26 O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 232, abr./jun. 2003, p. 149.

inconstitucionalidades sejam praticadas, daí a necessidade de se fazer uma ponderação, para o que imprescindível o apelo aos princípios, ou, como dito, de maneira irrespondível, pelos já mencionados Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não-aplicação da regra que o contravenha”²⁷, em situações quejandas, os princípios, como diz o Professor Carlos Roberto Siqueira Castro, outro jurista que orgulha as letras constitucionais de nosso País: “Teriam o condão de fundamentar uma sentença, e bem orientar o intérprete no sentido da aplicação ou da não-aplicação ao caso de um conceito normativo”²⁸.

Vistas as coisas por esse ângulo, de inferir-se que aos princípios, por mais maleáveis, cabe a elevada função de temperar o rigor de uma lei, equilibrando, destarte, a previsão geral, com as peculiaridades de uma dada situação particular, o que atende aos anseios de segurança, que não pode significar impermeabilidade às peculiaridades que os fatos e a realidade podem oferecer – e, aí sim, com essa ressalva, poderá ser útil ao Direito –, com as necessidades, não menores, nem inferiores, de aderência à realidade social, à vida e às mudanças que estas, a cada momento, trazem à tona; tendo chegado a essa altura do desenvolvimento do pensamento que vem de ser exposto, de evocar o interessante olhar derramado ao tema por Marco Antonio Ribeiro Tura:

“O modelo, assim, de um sistema normativo composto por princípios e por regras tem mais conveniências do que inconveniências (Alexy, 194, p. 174 *et seq.*; Canotilho, 1999, p. 1089). Ele permite a tensão contínua entre os valores da permanência e da mudança, da previsão e da surpresa, do controle e da resistência, sem se quebrar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por regras, fazendo-nos mergulhar na bruta faticidade, e sem se esgarçar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por princípios, fazendo-nos voar para a pura validade (Canotilho, 1999, p. 1088 *et seq.*)²⁹; por certo, não será despidendo observar que essa coexistência, entre regras e princípios, a par de imprescindível, não obsta a que estes tenham um maior valor, decisivo mesmo, pois, além de serem ‘fortes fatores de agregação’³⁰, ‘são hoje considerados normas-chaves de todos os sistemas jurídicos, aparecendo nas Constituições contemporâneas como pontos axiológicos de mais alto destaque

27 O começo da história. A nova interpretação..., cit., p. 174.

28 *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57.

29 O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa*, n. 163, ano 41, p. 219, jul./set. 2004.

30 CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. Os princípios e o direito. *Revista da ESMape*, n. 3, v. 2, p. 179, jan./mar. 1997.

e prestígio³¹, atuando ‘como *antenas*, captando os principais valores eleitos pelo grupo social³², ou seja, conquanto uma (a regra) precise do outro (o princípio), ‘quando uma regra está em conflito com um princípio, este deve prevalecer’, como bem diz Francisco Fernandes de Araújo³³.

Tenho em que, com base nos ensinamentos de grandes mestres, desafiados nas linhas transatas, não fique difícil acompanhar o preclaro Sérgio Nojirl, quando afirma: ‘O vocábulo princípio, para a ciência do Direito, deve revestir-se da qualidade de norma jurídica³⁴, ficando firme, outrossim, as suas importância e superioridade, sobre as regras, dada a sua maleabilidade e maior alcance, bem assim a sua íntima ligação com a Constituição, tamanha que, no sentir de Humberto Ávila: ‘É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principlológico’.³⁵

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para prosseguir, mister dedicar algumas linhas ao princípio da proporcionalidade.

Com esse escopo, há considerar, à partida, que, sempre, desde os tempos primevos, procurou e/ou pretendeu o homem (*quase todos, mas não todos!*) o equilíbrio, a justiça, o que fez com que Rebeca Mignac de Barros Rodrigues inferisse: “A idéia de proporcionalidade remonta aos tempos antigos, confundindo-se com a própria noção de direito. Desde a época de Talião, almejava-se alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito. A idéia de justo no imaginário humano pressupõe dar a cada um, proporcionalmente, o que lhe é devido”³⁶; o Professor Antonio Scarance Fernandes também faz referência à Lei do Talião, quando, em substancial obra, trata da proporcionalidade, tendo assim se expressado: “A idéia de proporcionalidade no Direito é muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei do Talião”³⁷. Por seu turno, o festejado e já citado Professor Carlos Roberto Siqueira Castro ensina que: “A idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada ao âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade”³⁸.

31 SARAIVA, Daniela Lacerda. O princípio da proporcionalidade, cit., p. 360.

32 ALVES JÚNIOR, Francisco. Os princípios e a importância prática da reflexão teórica no contexto pós-positivista: desconfiando da saída fácil. *Revista da ESMESE*, n. 3, p. 179, 2002.

33 *Princípio da proporcionalidade* – significado e aplicação prática. Campinas: Copola, 2002. p. 14.

34 O papel dos princípios na interpretação constitucional, cit. p. 318.

35 *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15.

36 Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal. *Revista da ESMAPE*, Recife, n. 21, v. 10, jan./jun. 2005, p. 407.

37 *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, nota de rodapé nº 16, p. 52.

38 A constituição aberta e os direitos fundamentais, cit. p. 88.

D O U T R I N A

De se inferir, então, que, com a idéia e – mais importante ainda – com a prática da proporcionalidade, o que se anela é que haja equilíbrio, quando da eclosão e para sua justa solução de um conflito de interesses, em que princípios estejam se contrapondo ou exista uma regra chocando-se com um princípio, de maneira que não se aniquile, por completo, um direito, face a outro, ainda que este haja de prevalecer, mas deverá sê-lo nos limites do absolutamente necessário, para que não se caia nas teias de algum absurdo, abuso ou de uma arbitrariedade, o que um sincero cultor do direito não pode aprovar, antes, deve envidar todos os esforços que puder, para evitar se concretize uma situação dessas; já foi mesmo asseverado que:

“É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando na medida em que se acata um e desatende ao outro.”³⁹

Talvez se possa mesmo afirmar que a proporcionalidade procura harmonizar os direitos que, em abstrato, todo homem possui com os direitos que um outro homem também possui, quando, podendo ser invocados, eles se encontram, se chocam, para que nenhum soçobre, ainda que sob o impacto de grandes agitações, mas que, apenas, um seja contido, no limite do absolutamente necessário, para que aquele outro, que se conclua deva prevalecer no caso concreto, tenha passagem, evitando-se que o choque entre os mesmos aconteça, ou, tendo acontecido, avarie, irreparavelmente, o direito que se tenha como devendo preponderar. Cuida-se, como é bem de ver, de uma maneira de se dar prevalência ao direito que deve prevalecer, sem esmagar outro direito com o mesmo colidente, contendo-o, apenas, nos limites do necessário. Ou seja, uma ponderação dos interesses, a ver qual, no caso concreto, tem maior peso. Em sede jurídica, responde a essas necessidades o princípio da proporcionalidade “essencial para a realização da ponderação constitucional”⁴⁰, e que possui estatura constitucional, prestando-se à defesa dos direitos dos cidadãos. Atento aos limites deste e por entender que os fins perseguidos ao menos se aproximam, tornando, para os fins aqui visados, desnecessária alguma distinção, não se entrará na discussão acerca da pretendida diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acerca do princípio em tela, afirmou o Professor Paulo Bonavides:

“Urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.

39 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241.

40 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 96.

D O U T R I N A

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um direito constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.⁴¹

Relevante notar que, prosseguindo, observa o festejado mestre: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional”⁴², o que se dá por representar esse princípio, hodiernamente, “axioma do direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”⁴³.

Os ensinamentos retrorreproduzidos, acredito, bem acentuam a importância atual do princípio da proporcionalidade, tão elevados os valores que visa a resguardar.

A circunstância de não estar o multicitado princípio da proporcionalidade expressamente previsto na Lei Maior não o deixa desonerado, pois, como dilucidado pela pena potente de Rebeca Mignauc de Barros Rodrigues:

“O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional, embora não existam no Texto Constitucional brasileiro disposições individuais expressas a seu respeito [...]

Mesmo com a ausência da previsão brasileira, isso não significa que não possamos reconhecer o princípio da proporcionalidade em vigor no solo pátrio, pois a mesma Constituição Federal brasileira, no seu art. 5º, § 2º, dispõe, que ‘os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]’.⁴⁴

De tal sentir não destoa o preclaro Willis Santiago Guerra Filho, um dos maiores conhecedores do que ao princípio da proporcionalidade toca, daí o valor que se há de extrair de sua colocação, reputando-o “princípio dos princípios”; são seus os seguintes ensinamentos:

“Daí termos acima referido a esse princípio como ‘princípio dos princípios’, verdadeiro *principium* ordenador do direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º.”⁴⁵

41 *Curso de direito constitucional*, cit., p. 395.

42 *Curso de direito constitucional*, cit., p. 396.

43 *Curso de direito constitucional*, cit., p. 397.

44 Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação quanto à utilização de provas ilícitas no processo penal, cit., p. 415/6.

45 *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 62.

Também Chade Rezek Neto exalta a suma importância do princípio da proporcionalidade, dizendo: “[...] considera-se o princípio em tela como um verdadeiro ‘princípio ordenador do direito’, o ‘princípio dos princípios’”⁴⁶.

A notável processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, cujos escritos encantam aos que os têm sob as vistas, em belas linhas, afirma que:

“A doutrina tem aludido com freqüência àquele que se poderia chamar de princípio dos princípios e que é, na verdade, uma regra para se lidar com os demais princípios: princípio da proporcionalidade.

Diz-se que é o princípio dos princípios, porque, na verdade, tem conteúdo que se pode chamar, sob certo aspecto, de metodológico. Com isso quer-se dizer que se trata de um princípio para lidar com os outros princípios, de molde a preservar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal.”⁴⁷

Diante do que foi dito, bem verdade, de maneira sucinta, acerca do princípio da proporcionalidade, resta claro que, com o mesmo, se pretende, de certa maneira e dentro do possível, equilibrar e harmonizar direitos em choque, incidindo sobre uma mesma situação, a ver qual deve prevalecer; certamente por isso foi já asseverado, a seu respeito, cuidar-se de “um critério de conciabilityde”⁴⁸, entendimento esse que bem se coaduna com o posicionamento do já mencionado Chade Rezek Neto, para quem a função do princípio da proporcionalidade, “como princípio máximo, é a de equilíbrio – a própria idéia do direito –, manifestado pela simbologia da balança, expresso na máxima de proporcionalidade”⁴⁹.

A vantagem, ou melhor, a necessidade de sua utilização, estende-se, como é bem de ver, potencialmente, a todos os conflitos, o que é fácil aceitar, uma vez não olvidado o que com ele se pretende, sendo que para o ilustrado constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho:

“O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se a conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal. Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações.”⁵⁰

46 *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. Franca: Lemos & Cruz, 2004. p. 57.

47 Efetividade da execução. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; FREITAS, Ney José de (Coords.). *Execução trabalhista – estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTR, 2002. p. 357.

48 EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 97.

49 *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*, cit., p. 57.

50 *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 264.

D O U T R I N A

Chegados a essa altura, de indagar: De observar-se o princípio da proporcionalidade, também, em sede processual?

Dúvida não há deva ser afirmativa a resposta a essa pergunta, porquanto irrecusável que, num processo judicial, que é direito vivo, pugnando por ser efetivamente reconhecido, para além de apenas enunciado, as tensões entre princípios, e entre estes e regras, acontecem com muita frequência. E cabe nas várias espécies de processos. A tranquilidade em fazer tal afirmação, encontro-a em diversos autores, entre os quais o conceituado processualista João Batista Lopes, *verbis*:

“No campo do processo civil é intensa a sua (princípio da proporcionalidade) aplicação, tanto no processo de conhecimento como no de execução e no cautelar. *No dia-a-dia forense, vê-se o juiz diante de princípios em estado de tensão conflitiva, que o obrigam a avaliar os interesses em jogo para adotar a solução que mais se ajuste aos valores consagrados na ordem jurídica*”⁵¹ (grifei) (Ouso chamar a atenção para a parte grifada, por sua extrema relevância!)

O grande Willis Santiago Guerra Filho, neste singelo estudo já mencionado, em trabalho que leva sua prestigiosa assinatura, fez o asserto a seguir reproduzido: “[...] a todos os ramos do direito processual, de modo a tornar inquestionável o emprego do princípio da proporcionalidade em toda a dimensão não-material do Direito. No direito processual, aliás, é conhecida a extrema importância dos princípios que lhe são próprios na sua estruturação, podendo-se em vários deles identificar manifestações da proporcionalidade, sendo ela também que fundamentaria a opção pelo predomínio ora de um deles, ora do seu oposto, nos diversos procedimentos. Não se esqueça, finalmente, que a relação mesma entre direito material e processual é de ‘meio-e-fim’, trazendo consigo a maca da proporcionalidade”⁵².

Vale repisar que, em muitas ocasiões, mas muitas mesmo, o juiz tem de fazer uma escolha, entre princípios em conflito, ou entre princípios em conflito com regras, escolha essa que, à evidência, não é arbitrária, mas, antes, tem em vista o bem reputado mais importante e que, por isso, há de prevalecer; a esse respeito, diz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

“Não são raras as vezes que o juiz tem de fazer uma escolha entre uma ou outra interpretação; em outras situações, a opção não se coloca mais no campo da simples interpretação, mas alcança a disputa entre duas normas, entre dois princípios que se encontram em conflito. Para sair desse dilema, o julgador projeta e examina os possíveis resultados, as possíveis soluções, faz a comparação entre os interesses em jogo, e, finalmente, a opção, a escolha daquele interesse mais valioso, o que se harmoniza com os princípios e os

51 Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil* – estudos em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 134/5.

52 Sobre o princípio da proporcionalidade, cit., p. 248.

fins que informam este ou aquele ramo do Direito. Esta atividade retrata a utilização do princípio da proporcionalidade⁵³; e assim há de ser, pois, vale insistir, com o princípio da proporcionalidade, se “leva em conta o bem da vida que está sendo tutelado proporcionalmente ao princípio constitucional ou processual por ventura prejudicado”⁵⁴.

A eminente juíza Amini Haddad Campos, de maneira muito clara e objetiva, esclarece que “o princípio da proporcionalidade se efetiva em todos os campos do Direito, dentre os quais se destacam as normas processuais, penais e contratuais”⁵⁵.

É possível que a alguém pareça exagerado ou mesmo arriscado a utilização do princípio da proporcionalidade em sede judicial, o que poderia desaguar num arbítrio de algum juiz, retirando a segurança que a lei, somente ela, pode propiciar.

Tenho por balofa e até, se levada a extremos, falaciosa semelhante objeção, a uma, porque precisaria, antes do mais, ser definido que tipo de segurança de que se fala e qual(is) a(s) parcela(s) da sociedade que dela se beneficiaria(m), e isso tem muito a ver com a questão principal que ora se pretende enfrentar, e a duas porque, nos dias que correm, a par de o juiz não estar mais preso à letra da lei – às vezes fria, às vezes “queimando” –, mas ao direito, mesmo porque irrecusável que aquela não abarca, nem tem como fazê-lo, todas as peculiaridades que um caso concreto pode conter, fazendo com que sua “cega” aplicação leve ao cometimento de injustiças, essa idéia traz em seu bojo uma certa submissão do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, o que não mais se aceita (máxime em países nos quais a classe política e dirigente guarde – salvo honrosas exceções, volto a ressaltar – a mais completa indiferença para com os anseios e as necessidades do povo); pode-se até, hodiernamente, sustentar que a própria proporcionalidade é a forma de controle das decisões judiciais, não havendo, portanto, qualquer usurpação de competência, como decorrência de sua aplicação pelos pretórios. Ouçamos a voz de um processualista que tem muito a dizer, de processo em geral e do tema que ora nos ocupa, em particular, o preclaro Luiz Guilherme Marinoni, para quem: “A transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da idéia de que a lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial, e na necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto. Ora, a proporcionalidade é a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto”⁵⁶.

Diga-se mais, já agora com Caio Tácito, que: “A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade

53 Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo – estudos e pareceres*. São Paulo: DJP, 2006. p. 8.

54 PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 20.

55 *O devido processo proporcional*. São Paulo: Lejus, 2001. p. 58.

56 *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 137.

da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade⁵⁷; ainda, desta feita com Jairo Gilberto Schäfer, que bem dilucida que: “O juiz, ao aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade, nada mais faz do que adequar o agir do legislador aos princípios constitucionais, concretizando a subordinação da vontade do legislador aos preceitos objetivos da Constituição, o que não traduz uma substituição da vontade do legislador por sua vontade”⁵⁸.

Volvendo, ainda que muito ligeiramente, à questão da segurança, acima referida, e fazendo abstração das objeções então colocadas, de notar que, de todo modo, nem ela própria poderia – como não pode – ser tida à conta de um valor absoluto, pois à colocação – frágil, penso – de que a utilização do princípio da proporcionalidade a abalaria poder-se-á, com vantagem, responder, com o jurista ainda há pouco citado, Jairo Gilberto Schäfer, que: “A eventual diminuição da previsibilidade das decisões judiciais é amplamente compensada pela possibilidade de uma solução mais justa ao caso concreto, situação que se ampara legitimamente em um sistema constitucional que possui como centro de sua formação os direitos e garantias fundamentais”⁵⁹.

Aliás, só assim, com intensa aplicação do princípio da proporcionalidade, é que se estará prestando obediência e dando cumprimento ao que a Lei Fundamental espera e determina.

Como toda mudança, entretanto, esse novo modo de ver nem sempre é bem ou facilmente aceito, o que é, até certo ponto, normal, tendo já o grande pensador Bertrand Russell observado que: “Qualquer mudança em nossa imaginação é sempre difícil, especialmente quando não mais somos jovens”⁶⁰.

Quanto aos operadores do Direito, então, seu conservadorismo é proverbial, ao que não escapa, por óbvio, nem o direito constitucional, nem o direito processual. quanto a este, vejamos, para fazer um registro apenas, o que disse o Professor Cândido Naves, na “aula magna de inauguração dos Cursos, na Universidade de Minas Gerais, em 1936”:

“Infelizmente, porém, penso que ainda se pode repetir com Manfredini e Consentini que o processo é o ramo do Direito que menos evolui, o que Chiovenda explica como uma conseqüência do espírito conservador, que domina a classe forense, como geralmente acontece a todas as classes que se educam com preparação técnica mais ou menos demorada. Disse Vampré que os juristas são os apóstolos do passado.

57 A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, p. 7, abr./jun. 1996.

58 *Direitos fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 112.

59 *Direitos fundamentais – proteção e restrições*, cit., p. 113.

60 *ABC da relatividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, p. 10.

D O U T R I N A

O certo é que em toda parte a marcha evolutiva do direito processual tem sido sempre lenta e tardia.”⁶¹

Sem receio de incidir em alguma heresia, penso que não se deva seguir esse apostolado, mencionado nas linhas transatas.

Nossa Constituição não ficou imune a esse espírito, tendo o grande constitucionalista Luis Roberto Barroso observado que:

“Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.”⁶²

Aliás, o grande José Carlos Barbosa Moreira, sem favor um nome que orgulha as letras processuais pátrias, assim se expressou a respeito do assunto ora enfocado, em dado momento do raciocínio que estava desenvolvendo, para mostrar as dificuldades que a Constituição enfrentaria, colocando em risco a sua efetividade:

“[...]”

A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar ‘retrospectiva’: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. Pois bem: o que sucede com outros diplomas é passível de suceder igualmente com uma nova Constituição.”⁶³

Por seu turno, o culto Juiz do Trabalho Sebastião Geraldo de Oliveira assim sem manifesta: “[...] merece relevo, entretanto, a resistência às mudanças por parte dos juristas que se acomodam nas interpretações cristalizadas no passado e relutam em admitir o progresso jurídico [...]”⁶⁴.

61 *Páginas processuais*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1950. p.85.

62 Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 8, out./dez. 1998.

63 O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, p. 152, out./nov./dez. 1988.

64 *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 46.

Tendo esses ensinamentos sob as vistas, há sustentar algum conservadorismo dessa espécie?

4 DA POSSIBILIDADE DA PENHORA DE SALÁRIO

Passo, agora, sem olvidar a pergunta feita no item anterior, a abordar a questão central dessas simples observações, relativa à possibilidade da penhora em contas correntes nas quais salários são creditados, com base no princípio da proporcionalidade, registrando, antes do mais, que a preocupação com o tema não é recente, como se verá a seguir, talvez o sendo apenas a colocação do acento tônico no multicitado princípio da proporcionalidade, o que faz se conclua não se tratar de um modismo de última hora, de uma embarcação que jamais saiu do porto, por isso que cômodo e fácil ao seu comandante exaltar-lhe as qualidades e segurança, mas sim de uma embarcação que, há tempos, sulca os mares, cortando, com ondas de preocupações, as reflexões daqueles que enxergavam – e enxergam – que as mesmas, se muito fortes, poderiam – como podem – tragar direitos outros, por isso cumpria – como cumpre – estar alerta, para prevenir e/ou evitar os malefícios de um cataclismo, que leve consigo direitos de muitos.

Prosseguindo, de considerar que apenas um excessivo apego ao ideário positivista pode sustentar a impossibilidade da penhora de salário, quando tal se dê para a satisfação de crédito de natureza alimentar, reconhecido como devido em reclamatória trabalhista.

Porém, esse posicionamento atrita, a mais não poder, com o entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, e que reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses, em que princípios se chocam, ou há choque entre algum princípio e uma regra, o que precisava mesmo ocorrer, mormente num país no qual os responsáveis pela feitura de leis quase não se preocupam (ou não se preocupam um mínimo sequer?) com as necessidades e os interesses da sociedade – salvo honrosas exceções, como insisto sempre –, e sim e tão-somente com os daqueles segmentos cujos interesses tomam a peito (e alma) defender, para o que, aí sim, não medem esforços, sendo incomparavelmente dedicados. Partindo desse novo modo de sentir, não mais vinga a tese da impenhorabilidade do salário, sempre e em qualquer situação, pois, em cada caso concreto, há de existir um exame dos interesses postos em posição antagônica, para se ver qual deles é o protegido pelo sistema jurídico, lembrando que o pós-positivismo, entre suas idéias, trouxe a de que os princípios são uma espécie do gênero norma, sendo a outra espécie a regra, como já acima exposto, tendo ambos, portanto, vocação para embasar uma decisão judicial, pois que, em sendo assim, como de fato é, os princípios podem (*rectius*: devem) ser tidos em conta na magna hora em que se vai definir qual norma a que compete

regular o caso concreto, no trabalho e na busca de se definir qual o direito deva prevalecer.

Destarte, quando parte do salário é penhorado para a satisfação de crédito de natureza salarial, prestigiado resta, como deve ser, atento aos ensinamentos de renomados juristas, citados no transcorrer deste, o princípio da proporcionalidade, o que somente pode deixar de ocorrer em situações especialíssimas, nas quais outro princípio possa ser magoado, o que apenas o exame do caso concreto poderá determinar.

Enfim, existindo uma questão de impenhorabilidade de salário reclamando solução, a mesma não pode ser encontrada apenas nos horizontes, hoje estreitos e/ou insuficientes, do quanto disposto no art. 649, IV, do CPC, a não ser assim, de acrescentar, a própria Constituição Federal será atropelada.

Volto a socorrer-me dos grandes mestres.

Com esse escopo, de vir à tona o quanto, a respeito do assunto, afirmou o afamado José Martins Catharino, referindo, inclusive, posicionamentos e lei bem anteriores ao que então manifestou:

“Como criticamos no nosso Tratado jurídico do salário (n^{os} 554, 555, 558 e 559), a impenhorabilidade total e ilimitada é demasiada, produzindo efeitos contraproducentes. O ideal seria a impenhorabilidade parcial e limitada. Impenhorabilidade total e ilimitada até certo valor do salário, e, daí para cima, penhorabilidade progressiva. Não é justa ausência de distinção, por força do princípio constitucional da igualdade. O caráter alimentar da remuneração – fundamento da impenhorabilidade – decresce em proporção inversa do seu valor. Por conseqüência, impenhorabilidade total e ilimitada, impenhorabilidade regressiva e penhorabilidade progressiva deveriam ser coordenadas (no mesmo sentido: MARIANI, José Bonifácio de Abreu. Da penhora. Tese, Bahia, n. 4, 1949, p. 90 e 91; na França, penhorabilidade e impenhorabilidade parciais existem desde 1895, por lei de 12 de janeiro, datando sua última modificação de 02.08.1949, sendo que a Lei de Finances, de 20.12.1972, estabeleceu regras relativas às contas bancárias).”⁶⁵

Dessa orientação não destoam os notáveis Orlando Gomes e Elson Gottschalk, como se percebe da leitura atenta de seus ensinamentos:

“As divergências entre os autores surgem quando se trata de determinar a extensão que deve ser dada à medida protetora. Sustentam alguns que a proteção deve ser absoluta, cobrindo todo o salário do empregado, qualquer que seja a sua importância, origem ou forma. Entendem outros que só se justifica parcialmente, quer em relação ao montante da remuneração, quer em relação à forma do pagamento. Para os adeptos dessa corrente doutrinária, a impenhorabilidade somente deve existir em relação a determinada parte do salário, podendo a outra ser objeto de penhora. Outros se inclinam para

65 *Compêndio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1982. p. 111.

D O U T R I N A

um sistema de penhorabilidade progressiva pelo qual a percentagem penhorável será tanto maior quanto maior for o salário que o empregado percebe. Finalmente, há quem pense que certas formas de remuneração, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa, posto que tenham natureza de salário, não devem estar isentas de penhora. A impenhorabilidade absoluta não se justifica para empregados que percebem salário de alto padrão, muito superior ao necessário para atender à sua subsistência. Por isso, é vitoriosa na doutrina a tendência para admitir a penhorabilidade parcial ou progressiva.”⁶⁶

Como se disse em linhas anteriores, não é recente a preocupação com o tema, sentindo a doutrina, de há tempos, que a impenhorabilidade absoluta podia gerar injustiças – e, aqui, peço vênia para, numa meteórica digressão, perguntar: O que quer que seja, que diga respeito à vida, ao viver em sociedade, que o seja em termos absolutos, não pode, se levado às últimas conseqüências, gerar alguma(s) injustiça(s)? –; ora, em sendo assim, como de fato é, cumpre evitar se concretize aludida injustiça, se não tiver em vista esse fim – o de obstar conheça êxito uma injustiça –, que objetivo restará à ciência jurídica?

Na Justiça do Trabalho, para citar uma possibilidade, em inúmeras situações se dá o caso de que, não existindo mais a empresa executada, o que acontece, como é fácil de imaginar, pelos motivos os mais diversos, se volte a execução contra a figura de um sócio, agora empregado, que tem, então, seus estípedios, depositados em uma conta corrente, penhorados; esse sócio vem a juízo, sustentar a ilegalidade/abusividade da determinação judicial, sustentando, vigorosamente, a impenhorabilidade dos seus salários, sendo que, mantida referida constrição judicial, não terá com que manter-se, nem aos seus, restando magoada sua dignidade de pessoa humana.

Indiscutível a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana do executado, mas do outro lado, o do credor, há uma pessoa, que também precisa se sustentar e aos seus, que tem sua dignidade, e que, para mantê-la, vê-la respeitada, necessita e tem o direito de receber o que já foi reconhecido judicialmente como lhe sendo devido, e mais: uma pessoa à qual não pode ser jogado o peso de uma iniciativa empresarial que não logrou êxito, porquanto, claro é, se todos podem tentar vencer na vida, os escolhos que então se apresentarem não podem ser contornados, colocando-se os mesmos no caminho de quem, útil quando se tentou uma atividade empresarial, incomoda quando o prosseguimento da mesma não se afigurou mais como possível, isso me parece óbvio!

Sinto que essa tela não pode receber cores de aprovação da Justiça do Trabalho, o que caminharia para a própria negação de sua razão de ser, e para obstar seja emoldurada, reproduzindo a triste cena de um trabalhador desesperado, que teve seus direitos reconhecidos, mas frustrados por ulterior falta de quitação, pelos

66 *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 269.

motivos aqui expostos, com seus filhos, chorando, esfomeados, e sua mulher, amargurada, decepcionada e já sem forças, há de ser aplicado o princípio da proporcionalidade, por meio do qual, sem agredir o art. 649, IV, do Estatuto processual, dar-se-á resposta ao direito e à necessidade do credor/trabalhador/certamente desempregado.

Em artigo no qual discorreu sobre a “Efetividade do Processo e Técnica Processual”, observou o célebre José Carlos Barbosa Moreira observação que, atendidas as peculiaridades da questão que aqui se enfrenta, serve-lhe muito adequadamente:

“Consiste o primeiro na tentativa de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. *É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma a que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro.*”⁶⁷ (destaquei)

É o que se dá em situações como a objeto de nossa atenção, nesse momento: é necessário procurar conciliar os interesses contrapostos, o do credor, que tem o direito de receber o que lhe é devido, e o do devedor, que se defende com base na impenhorabilidade de seus salários. Como venho afirmando, é o princípio da proporcionalidade que permitirá equacionar o problema, e em vários julgados o mesmo vem sendo chamado a sustentar as respeitantes decisões, entendendo-se que a fixação/limite da penhora, nesses casos, em 30% dos salários, é razoável e permite atender aos interesses do credor, sem ignorar os do devedor. Presumivelmente, o devedor se rebelará, dizendo que não conseguirá manter-se com essa redução de seus já parcos vencimentos; essa argumentação soçobrará, entretanto, com a observação de que o credor, certamente por um bom período, ficou sem vencimento algum e, ainda agora, terá que se virar com bem menos do que a metade que ficará – e, justamente, frise-se – com ele, devedor. *Logicamente, em situações muito extremas, em que, efetivamente, os estipêndios recebidos sejam muito reduzidos – até para a realidade brasileira, é importante realçar –*, e que, se efetivada a constrição judicial, o devedor ficará com sua dignidade ferida, por absolutamente inviável o manter-se, aí sim poderá haver um choque entre os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, levando a que, nesse caso específico, não se efetue a penhora, mas, importa insistir – e muito –, isso só poderá ter lugar se o executado receber salários em valor que, mesmo para o padrão brasileiro, sejam tidos como manifestamente reduzidos, o que, força é convir, reduz, acentuatadamente, as possibilidades de que tal se verifique. Para reforçar a idéia de que o recurso ao princípio da proporcionalidade é que permitirá a melhor, por mais justa, solução do impasse, de lembrar importante colocação de Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a saber:

67 *Repro*, n. 77, p. 171, jan./mar. 1995.

D O U T R I N A

“O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza resultado indesejado pelo sistema, fazendo a justiça do caso concreto.”⁶⁸

Creio em que, com essa linha de conduta, o legal se adaptará e entenderá com o justo, o que dará uma nova dimensão ao Judiciário, livrando-o, do que pode ter de excessivo o apego à técnica, ao essencial e exclusivamente legal, permitindo-lhe rumos mais elevados, que o aproximem da Justiça, com todas as limitações que a possibilidade dessa aproximação contenha; diga-se mais, eis que esse modo de agir evitará o automatismo na análise do caso concreto, não mais se decidirá: foi penhorado salário, não pode, é ilegal e pronto e ponto; não, agora haverá o exame mais detido da situação específica colocada à apreciação e se decidirá de acordo com o que a mesma apresentar, suas particularidades. Assim, não mais se ignorará “o justo para fazer valer o legal, o instrumental”, o que, afirma o culto Felipe Vasconcellos Cavalcante, deve ser evitado, por “reduzir a função jurisdicional à estrita aplicação impessoal e literal das leis, sem o comprometimento com o tempo em que vive [o juiz] e com o povo a quem deve servir”⁶⁹.

O ilustrado Procurador Max Möller, em substancioso artigo intitulado “O Direito à Impenhorabilidade e a Nova Interpretação Constitucional”, assevera que a regra da impenhorabilidade do art. 649 do Estatuto Processual deve ter “afastada a sua aplicação em razão das peculiaridades do caso concreto”⁷⁰, asserto esse que vem ao encontro do quanto ao longo deste vem sendo dito.

Francisco Fernandes de Araújo, ao cuidar da impenhorabilidade de vencimentos estabelecida no art. 649, IV, do CPC, muito lucidamente, dilucida que os respectivos devedores:

“Não podem gozar da situação de forma absoluta, a ponto de ofender princípios da isonomia e da efetividade da justiça, e igualmente o princípio da dignidade da pessoa humana, no caso de o credor estar necessitado, também previstos como direitos fundamentais (art. 5º, XXXV, da CF), em detrimento do credor.”⁷¹

Finalizando, reitero que não há mais espaço para a aplicação praticamente mecânica do art. 649, IV, do CPC, devendo ser feito o exame do caso concreto, tendo bem presente as agruras do trabalhador/credor/necessitado, pena de desrespeito ao direito que lhe foi reconhecido, o que pode representar uma agressão à própria Constituição Federal e a princípios a ela muito caros.

68 O começo da história..., cit., p. 165/6.

69 A crise dos direitos fundamentais e a participação do Poder Judiciário no Brasil. *Revista da Esma – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas*, n. 1, ano II, p. 145, jan./jun. 2003.

70 GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Coords.). *Direito constitucional – constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton, 2005. p. 208.

71 Princípio da proporcionalidade, cit., p. 90/1.