

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIOS - NOVAS PONDERAÇÕES (água mole em pedra dura tanto bate até que fura...”

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani *

Resumo: Relevância dos princípios nos dias que correm, a utilização do princípio da proporcionalidade nos diversos ramos do direito, levando a conclusão de que nada justifica, antes, é perfeitamente possível sua utilização para penhora de salário.

Palavras-chave: Princípios. Princípio da proporcionalidade. Penhora de salário.

Tive já oportunidade de realizar alguns estudos acerca da possibilidade da penhora de salário (1)(2), mas como o assunto é muito controvertido, havendo quem entenda ser possível e os que acham que cuida-se de posição insustentável, ambos os lados com ponderações de peso e respeitáveis, torna-se necessário continuar pesquisando, raciocinando, com o escopo de procurar dar cada vez maior consistência ao posicionamento adotado, com novos argumentos, úteis ao fim pretendido.

Para tanto, gostaria de começar dizendo que estamos envolvidos pela proporcionalidade – somos uma ilha, cercados de proporcionalidade por todos lados -, quando um jovem tenta um galanteio, uma paquera, não cuida de ver se o que vai dizer não é proporcional, ao menos para o meio social em que vive, para não passar da medida e prejudicar a tentativa de aproximação? E quando os pais precisam dar uma dura nos filhos, também não cuidam da proporção do feito com a dura? A velocidade que alguém imprime ao seu automóvel não tem de ser proporcional à quantidade de carros que está na rua pela qual ele transita? Os exemplos não acabam..., pelo menos assim é que vejo; aliás, a proporcionalidade só não funciona, às vezes, para mim, quando estou frente a um bom prato de comida, pois aí, não raro, o prazer de saboreá-lo supera as necessidades do meu organismo, de maneira desproporcional.

Então, se a proporcionalidade nos rodeia, não estará ela, a proporcionalidade, por meio de seu respectivo princípio, presente no direito, nos seus mais variados ramos? E se tiver, qual o peso dessa presença? Temos que chegar a uma conclusão sobre isso, para, então, examinar a possibilidade de aplicação do princípio da

proporcionalidade quando se trata da penhora de salários.

Hoje em dia, parece assente que uma ciência só se desenvolve a partir de princípios.

E com o Direito, não acontece de forma diversa, sendo decisiva a influência dos princípios no mundo do direito, tanto que autores há que afirmam, como o fez o preclaro Sebastián Borges de Albuquerque Mello, com todas as letras, que:

O Direito vive hoje a era dos princípios. Nunca se gastou tanta tinta para discutir o conceito, a função, a força normativa e a função sistemática dos princípios na ordem jurídica. Isso porque, atualmente, o pensamento principiológico se coloca como uma forma de equilibrar, de um lado, a rigidez do positivismo axiomático, e, de outro, a abertura e a incerteza do decisionismo arbitrário.(3)

Vale frisar que os princípios jurídicos contidos em uma Constituição, sejam eles expressos ou implícitos, traduzem os altos valores de uma sociedade, razão mais do que suficiente para que sejam fielmente respeitados e observados (4) (5).

Aliás, numa quadra em que se percebe, nitidamente, que a lei não dá resposta a todas as necessidades de uma sociedade altamente complexa, pois o legislador, por mais que queira e tenha boa vontade (supondo-se que efetivamente queira e tenha boa vontade!), não consegue a tudo prever, nada mais recomendável, o apelo aos princípios, ou, como superiormente dito pelo insigne Professor Carlos Alberto Carmona: “Em tempos de crise, nada melhor do que uma prolongada visita crítica aos princípios” (6).

E que os princípios são normas também, não parece mais ser lícito questionar; e nesse ponto, geralmente se invoca a linha de raciocínio desenvolvida pelo grande mestre Norberto Bobbio, por sua simplicidade, consistência e irrecusabilidade. Dele lembrou a culta Gisele Santos Fernandes Góes, em sua preciosa monografia sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil, tendo assim se expressado:

Norberto Bobbio esclarece que ‘os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?’ (7).

Fica claro, destarte, que, quando se fala em princípio, não se está procurando uma solução para fugir de um comando legal desfavorável, ou procurando uma solução que a lei não autoriza, ou discutindo pelo prazer de discutir - o que muitos adoram fazer - mas sim perseguindo a solução que mais se conforme aos valores que a sociedade tem e preza, em determinada época e determinado momento, os quais adquirem concreção via princípios e se refletem sobre as regras. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, jurista de valor e já citado nas linhas transatas, de maneira muito lúcida, asseverou, *verbis*:

Um princípio, por conseguinte, não é mera tertúlia acadêmica nem refúgio de descontentes com a lei. É na verdade, a *prima ratio*, a primeira concretização normativa de um valor, é um fundamento das regras, com força prospectiva, revelando o conteúdo e o limite das demais normas, como seus alicerces (8).

A importância que, hodiernamente, se atribui aos princípios, leva a que se reconheça que a antiga primazia da lei não existe mais, e só existiu porque interessava a certos segmentos da sociedade que assim fosse, cabendo hoje a proeminência aos princípios, que não de ser considerados uma espécie de norma, a outra representada pelas regras, leis, ou seja, há o gênero norma, que tem como espécies os princípios e as regras, e, havendo colisão entre princípios e regras, aqueles não de prevalecer, por materializarem, como já asseverado, valores caros à sociedade.

Por isso que se diz que “O direito do estado constitucional democrático e de direito não é então mais um direito das regras dos códigos, mas um direito que leva a sério os princípios, é um direito de princípios, na feliz expressão cunhada pelo gênio de Canotilho”. (9).

Até me parece que pode ser dito que, enquanto a lei atende aos **interesses** do homem – ou dos homens que compõem as classes dominantes -, um princípio atende mais a **natureza** do homem, daí o seu peso maior, já que mais conforme com os seus - nossos - valores.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, sabemos que teve, de início, a missão de conter ou controlar a atividade do Estado, e a partir daí apresentando-se, de maneira firme, sólida e segura, como o meio adequado para resolver conflitos entre princípios, nos mais diversos ramos do direito.

Idéia também bem aceita nos dias que correm, é a de que o princípio da proporcionalidade está umbilicalmente ligado à idéia de justiça, de equilíbrio.

Note-se que, o que se busca com o princípio da proporcionalidade, não é novidade dos tempos atuais, mas algo já conhecido ou ao menos procurado pelos homens, desde épocas bem recuadas da história da humanidade, não sendo desconhecido, por exemplo, dos antigos filósofos gregos; mais adiante, podendo ser encontrado na Magna Carta do Rei João Sem-Terra, de 1215, e posteriormente, sendo objeto de reflexão, por parte de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764) (10).

Vale notar que o princípio da proporcionalidade é composto de três subprincípios, a saber: **subprincípio da adequação**, **subprincípio da necessidade** e **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**, os quais, numa rápida síntese podem ser assim descritos: **o da adequação**, *indaga se o meio adotado contribui para a realização do fim perseguido*, **o da necessidade**, *por meio do qual se procura ver se esse fim não poderia ser alcançado por um outro meio mais suave ou menos restritivo* e **o da proporcionalidade em sentido estrito**, *quando se vê se as vantagens obtidas como resultado do meio adotado, do meio eleito, superam as desvantagens decorrentes de sua utilização*. (11).

Como ensina Jane Reis Gonçalves Pereira (12),

O conceito de necessidade traz ínsito uma idéia negativa, de que a medida há de ser entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim. A noção contida nessa fórmula é expressa pela célebre imagem de Jellinek: não se abatem pardais com canhões.

Como consequência do valor dado aos princípios, nos dias que correm, como retro-enfatizado, imprescindível o apelo e a valorização do princípio da proporcionalidade, pois não podemos esquecer que a existência dos princípios é conflituosa.

Conquanto não expressamente previsto na nossa Lei Maior, irrecusável que o princípio da proporcionalidade é princípio implícito no Texto Maior, e decorre, para uns, do Estado Democrático de Direito, para outros, do Devido Processo Legal, havendo os que o liguem ao princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, os que o tem como princípio autônomo, que não deriva de qualquer outro.

O princípio da proporcionalidade, como disse, é uma realidade nos diversos ramos do direito, utilizado num sem-número de situações, e, vale notar, sem maiores traumas, ou seja, está, diariamente, no centro da solução de inúmeros casos e nem por isso provoca alguma surpresa ou crítica, nem é acusado de heresia quem dele se vale, e que se fosse em outros tempos, haveria de ser entregue ao fogo – insaciável – da Inquisição.

Quantas não são as obras que cuidam da aplicação do princípio da proporcionalidade, por exemplo, no Direito Administrativo, principalmente agora, nessa quadra em que se considera, como ensina o Professor Juarez Freitas (13), que “O Estado apenas se legitima como defensor máximo do Direito, fora do qual seria uma simples e tentacular máquina de domínio ou repressão”.

Num momento, vale salientar, em que o princípio da legalidade não pode ser mais visto como o princípio-mór, no campo do direito administrativo, mas, antes, devendo ser ponderado (APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE) com os demais princípios existentes e que porventura também reclamem observância num determinado caso concreto, como, por exemplo, o princípio da confiança, que decorre do Estado de Direito, fica irrecusável, em tais situações, a imperiosa necessidade da observância do princípio da proporcionalidade.

E no direito Penal, no qual é expressiva, no entender dos especialistas, a aplicação do princípio da proporcionalidade, a ponto de se afirmar, como o faz o festejado Paulo Queiróz, no sentido de que:

O princípio da proporcionalidade é hoje, seguramente, o mais importante princípio de todo o direito e, em particular, do direito penal. Pode-se mesmo dizer que tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, desde a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legítima defesa, de coação irresistível, incluindo toda a controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar às causas de extinção de punibilidade (v.g., prescrição), pois o que se discute é, em última análise, em todos esses casos, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim, da intervenção jurídico-penal (14).

Por outras águas não singra a doutrina de Sebastián Borges de Albuquerque Mello (15): “O princípio da proporcionalidade inegavelmente se densifica no Direito Penal. Não se trata de princípio expresso no texto constitucional, mas não se pode deixar de reconhecer sua existência na ordem jurídica, [...]”.

Cita-se, como exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade na seara penal, a não-incidência do Direito Penal quanto a comportamentos insignificantes, o que se dá com a observância do princípio da insignificância, não se permitindo maiores conseqüências a comportamentos que, conquanto previstos como delituosos, não tenham maior expressão e/ou conseqüência; o já citado Paulo Queiróz, com pena de mestre, feriu a questão:

Da mesma forma, em razão do princípio da proporcionalidade, não se justifica que o direito penal incida sobre comportamentos insignificantes. Ocorre que, ainda quando o legislador pretenda reprimir apenas condutas graves, isso não impede, todavia, que a norma penal, em face de seu caráter geral e abstrato, alcance fatos concretamente irrelevantes.

Por meio do princípio da insignificância, cuja sistematização coube a Claus Roxin, o juiz, à vista de desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância...

E realmente é preciso ir além do convencional automatismo judicial, que, alheio à realidade, à gravidade do fato, à intensidade da lesão, se perde e se descredita na persecução de condutas de mínima ou nenhuma importância social [...] (16).

Ainda no âmbito penal, encontra-se referência ao princípio da adequação social, como demonstração da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal; por meio do aludido princípio, se o comportamento de alguém, ainda que previsto como crime, estiver de acordo e for considerado como adequado e/ou não recebe reprovação da respectiva ordem social, não deve ser tido como criminoso(17).

Nesse passo, útil o evocar ensinamento do professor Miguel Reale Jr (18), para quem:

O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes. Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade, e ao princípio da ofensividade. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta [...]

À guisa de despedida, neste estudo, do direito penal, vale um último registro, para colher a força do ensinamento de André Luis Callegari, que bem demonstra a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios, em tão relevante ramo da árvore jurídica, afirma o culto jurista que:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a conseqüência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta (19).

No Direito Civil também não há dúvida acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade; aliás, seria até mesmo inviável a um sistema que contém conceitos indeterminados e cláusulas gerais, para flexibilizá-lo, tornar-se viável sem recorrer ao princípio da proporcionalidade (20).

Inúmeras, também, as manifestações do princípio da proporcionalidade no direito processual; há mesmo quem o tenha como “verdadeira fonte e moldura de justiça” (21), imprescindível, portanto, para os operadores do direito, e, volto a insistir, não há espanto, nem críticas a isso.

Tanto na fase de conhecimento, como de execução, e em processo cautelar ou quando se pretende tutela antecipada, havendo colisão de princípios, há de ser chamado o princípio da proporcionalidade para resolvê-lo, o que, como vimos, é já algo rotineiro, nesse e nos demais ramos do direito, sem traumas, vale repisar.

Quando se cuida de antecipação de tutela, assoma a relevância do princípio da proporcionalidade, pois nesse ensejo não de ser cuidadosamente ponderados os valores em causa, para que se conclua qual deve prevalecer, se sua concessão não importará em benefício excessivo a quem aproveita, se comparado com o prejuízo daquele que a suportará (22).

No campo da prova, seja quando da admissão, da realização e da valoração das provas, o princípio da proporcionalidade é, também, de larga aplicação, sendo mesmo, como afirma Gisele Santos Fernandes Góes (23), “o diretor para a iniciativa do juiz no campo probatório e para o deferimento ou não dos meios de prova pleiteados pelas partes ou até por terceiros”.

Exemplo forte dessa aplicação encontramos no art. 130, CPC, que dispõe: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, decompondo aludido dispositivo legal, tem-se que:

Necessárias, a dizer que, no processo que se tem em mira, não de ser utilizados certos e determinados meios de prova, e não outros.

Diligências Inúteis, a dizer que deve ser pertinente o meio de prova pretendido.

Protelatórias, as que, se realizadas, serão mais inconvenientes do que proveitosas, provocando distorções perfeitamente dispensáveis, ou, como superiormente esclarecido pela competente e já mencionada processualista Gisele Santos Fernandes Góes (24):

A expressão provas necessárias denota o critério da necessidade, ou seja, da exigência que, para aquele processo, deve ser utilizado aquele meio de prova e não outro.

O adjetivo inúteis na expressão diligências inúteis leva ao entendimento de que deve haver adequação, com isso, a propriedade do meio de prova escolhido, revelando-se a sua pertinência no contexto processual.

E, por último, o qualificativo protelatórias também para as diligências aponta para a realidade de que o juiz deve indeferir qualquer meio de prova que

leve ao excesso, ao desequilíbrio da relação jurídica processual e violento o devido processo legal, promovendo a cisão na isonomia e na prestação de uma tutela jurisdicional delimitada, acertada e apropriada.

O art. 332, do CPC, dispõe que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”, trata-se, à evidência, de comando legal que não teria maior relevância, na prática, não fosse o princípio da proporcionalidade, para ponderar, do valor de determinado meio para a prova da verdade de algum fato.

No que tange à prova, ainda podem ser citados os arts. 342, 405, § 4º, 418, 427, 437, 440, do CPC (25).

E o que falar do princípio da proporcionalidade na execução, pode-se negar sua imensa incidência na fase de execução? Parece claro que a resposta tem que ser negativa.

Considerando, por um lado, que o devedor normalmente sente que os meios empregados para que cumpra o comando judicial que o condenou a pagar determinado valor ao credor, invadem e magoam a sua dignidade de pessoa humana, que há de ser sempre respeitada, mas havendo, de outra parte, o legítimo e irrecusável direito do credor, titular do direito fundamental à tutela executiva, que se extrai do devido processo legal, em que existam meios eficazes para garantir e tornar efetivo o que lhe foi reconhecido como de direito, resta indiscutível a importância do princípio da proporcionalidade na execução.

Por ser de muita proficuidade, de transcrever o seguinte excerto da lavra de Márcio Kammer de Lima, pela elevada consistência:

Vimos a proporcionalidade como ‘princípio dos princípios’, informadora de todo o tecido normativo e assim alojada na plenitude das várias ramificações do direito. Sem embargo, parece legítimo afirmar que a pujança do princípio mais avulta na seara da atividade executiva, quando o plano do dever ser tangência o do ser e busca-se a subordinação dos fatos da vida ao imperativo das proposições prescritivas de direito. Neste plano é que se concretiza o acesso à ordem jurídica justa e efetiva-se o direito subjetivo do credor através de atos materiais agressivos à esfera de interesses do devedor.

Ambiente saturado de projeções de direitos fundamentais colidentes, na atividade executiva basicamente dois interesses estão em jogo: o do credor – titular do direito fundamental à tutela executiva, corolário do devido processo legal, e que se traduz na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo – e o do devedor – a quem se reserva o direito à preservação da dignidade da pessoa humana.

E nessa contextura o princípio da proporcionalidade irá aparecer como norma de calibragem, pois pode e deve ser empregado como critério para solucionar da

melhor forma as colisões de direitos fundamentais e os choques de princípios instalados, harmonizando na medida em que se prestigia um e desatende o mínimo possível o outro princípio (26).

Processualistas de nomeada apontam o art. 620, do CPC, que estabelece que “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”, como aquele que materializa e/ou traduz a aplicação do princípio da proporcionalidade na execução (27).

Aqui, cabe abrir um parênteses, para fixar que estou com aqueles que entendem que o tratamento mais suave para o devedor tem de receber algum tempero, pois não se pode perder de vista que a execução se processa no interesse do credor, segundo comando do art. 612, do CPC, até para não premiar os maus pagadores.

Outro exemplo citado, da aplicação do princípio da proporcionalidade na execução, é a quebra do sigilo bancário, quando se dá a colisão do direito fundamental do devedor ao sigilo de dados seus pessoais, seu direito mesmo à intimidade e a vida privada, com o direito fundamental à tutela executiva, por parte do credor, cabendo, para definir se é o caso de quebra do sigilo, o recurso ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Ainda podem ser referidos – e efetivamente o são, por processualistas de escol - os casos de penhora de faturamento da empresa, de fraude de execução e preço vil, como momentos de aplicação do princípio da proporcionalidade (28).

Como é bem de ver, o princípio da proporcionalidade marca presença, e que presença, no nosso mundo, o mundo do direito; e não causa, como dito, maiores surpresas, arrepiou algum, ao reverso, sua não-observância é que pode provocar alguma reação desfavorável! Então, cabe perguntar, justifica-se sua observância, para autorizar penhora de salário ou não?

Como se sabe, com o art. 649, IV, do CPC, se pretende a preservação daquele mínimo patrimonial que se entende necessário a que o devedor possa manter sua dignidade, mas, como já mencionado, do outro lado, está o direito fundamental do credor à tutela executiva, e para não desequilibrar um, exageradamente, em prol do outro, só com a utilização do princípio da proporcionalidade, mesmo porque, a proibição de penhora, a pretexto de preservar a dignidade do devedor, sem quaisquer outras considerações, não é adequada, podendo tornar a prestação jurisdicional ineficaz, o que, força é convir, deve ser evitado.

Indiscutível a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana do devedor, mas não podemos esquecer que, do outro lado, o do credor, há também uma pessoa, que precisa se sustentar e aos seus, e que tem também a sua dignidade, e que, para mantê-la necessita e tem o direito de receber o que lhe foi reconhecido judicialmente como devido.

Ainda: trata-se de uma pessoa sobre a qual não pode ser jogado o peso de uma iniciativa empresarial que não logrou êxito, mesmo porque, se todos podem e devem tentar vencer na vida, tem de assumir os riscos de suas opções, não esquecendo jamais daquele provérbio que diz que “a vida não oferece certezas, mas apenas possibilidades”, ou seja, cada um que se arrisque no que pretender, mas se a sorte não lhe sorrir, assuma as consequências dos seus atos e de suas escolhas, o que não é possível é, com base no direito, tente transferir aos que para ele trabalharam, as consequências do seu insucesso. Isso é que não é possível!

Aliás, como superiormente dito pela brilhante Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani, que orna o TRT 15ª Região com seus votos (29):

Todo empregador é muito cioso de seu poder exclusivo de dirigir a atividade empresarial e, via de regra, não aceita que haja qualquer participação dos empregados. Por esse motivo, o direito do trabalho também deve ser vigilante para impedir que sejam imputados aos empregados os efeitos decorrentes do insucesso patronal nos negócios.

Muitos operadores do direito entendem que há de ser flexibilizada a disposição do art. 649, IV, do CPC, posição que pode ser muito bem sintetizada pela voz de Milton Paulo de Carvalho Filho, para quem:

[...] não se vislumbra impedimento para que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, nossos tribunais relativizem a regra da impenhorabilidade absoluta dos vencimentos e salários, mantendo-se as necessidades básicas do devedor, em busca da efetividade da jurisdição assegurada pela Constituição ao credor” (30).

Aliás, lógico que quem não recebe aquilo que lhe foi judicialmente reconhecido como devido deixa de ter acesso à ordem jurídica justa, atento a que o acesso à justiça não se limita a propositura da ação, mas reclama o cumprimento das decisões judiciais, do contrário, qual o resultado prático do ingresso em juízo? Resumir-se-á a alardear que ganhou a ação? Isso é suficiente?

Em diversos países se restringe a irresponsabilidade patrimonial, permitindo-se a penhora de salário, atendidas certas condições, normalmente ligadas ao valor do salário recebido, à título de exemplo, podemos citar a Alemanha, a França, os EUA, Portugal, Espanha e El Salvador, mas entre nós não...

Claro, então, que a tendência que se verifica nas diversas legislações é a de permitir a penhora de salário, respeitados certos limites que, se invadidos, acarretariam agressão à dignidade da pessoa humana do devedor, mas não ignorando ou passando por cima da dignidade da pessoa não menos humana do devedor, e claro também, que a nossa legislação não está em harmonia com essa tendência, ao contrário está em plena contramão.

O sentir de que é preciso flexibilizar a proibição legal acerca da penhora de salário, tanto existe que se materializou no Projeto de lei n. 51/2006 que originou a Lei n. 11.382/2006, com a inclusão de um parágrafo, o 3º, ao art. 649, que permitia, satisfeitos os requisitos que continua, a penhora de salário, mas esse sentir não sensibilizou a Presidência da República, que o vetou, quando da sanção da Lei n. 11.382/2006.

As razões do veto, que me parecem de duvidosa consistência, foram as seguintes:

O projeto de lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir a impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do projeto de lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece ser razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral (31).

Não me lembro do autor da frase, mas me recordo bem de haver lido em algum momento, que há pessoas que choram em um velório, não pela alma do falecido, mas por saberem que um dia estarão na mesma situação, o que se dá até de forma inconsciente; será que com a penhora do salário, *mutatis mutandis*, se dá o mesmo? Ou é a formação positivista que leva a tal conclusão, no sentido de sua impossibilidade?

Qualquer que seja a fonte de inspiração, respeitando a ambas, particularmente acho que há proceder a penhora de salário, quando não houver outro meio de dar cumprimento ao comando judicial que reconheceu o direito a um crédito, quanto ao primeiro motivo, por tratar-se de um motivo que escapa ao direito, quanto ao segundo, por acreditar que o positivismo já não pode mais dar resposta a todos os problemas que ao direito cumpre resolver, se é que alguma vez deu resposta.

O limite deve ser a preservação da dignidade da pessoa humana do devedor, dignidade essa que há de levar em linha de consideração a realidade nacional, e não pode ter por base manter o devedor seu anterior padrão de vida, quando o credor padrão algum possui mais, pois essa é a situação em que muitos credores se encontram!

Nessas situações, 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 pretende a impenhorabilidade de seus salários; e aqui é que apare-

ce a importância do princípio da proporcionalidade, pois só por seu intermédio a questão poderá ser resolvida.

A proibição contida no art. 649, IV, do CPC, não pode ser cega e/ou automática e/ou mecanicamente imposta, mas há de ser examinada, vale insistir, sopesando todos os interesses em jogo, não apenas os do devedor, mesmo porque não há olvidar que não apenas os seus salários são dignos de proteção, eis que os do credor - ex-empregado - hoje certamente necessitado, merecem não menor proteção!

De notar que, a não ser assim, o credor acaba sendo penalizado duas vezes, e o devedor, em contrapartida, acaba sendo favorecido duas vezes: o credor, por não receber o que lhe era devido, nem na época própria, nem depois de ter o seu direito reconhecido, e o devedor, por não ter pago o que devia, nem na época própria, nem depois, quando a obrigação decorre já de um comando judicial. O direito pode referendar uma situação dessas?

Tenho por inteiramente válidas as ponderações de Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo, no sentido de que

Aos fervorosos defensores do positivismo, na busca incessante de uma legislação de resultados, contrapõe-se, como solução de Justiça – enquanto não seja expressamente mitigado o rigor da redação do inciso IV – aquela que talvez seja a única alternativa plausível, consistente no reconhecimento, pelo Judiciário, de que o sistema normativo é composto de regras e princípios, com obediência aos deveres de proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso” (32).

Finalizo mais este estudo sobre a possibilidade da penhora de salário confessando que estou, cada vez mais, convencido de que nada justifica que o princípio da proporcionalidade, tão presente nas mais variadas situações e nos mais diversos ramos do direito, mesmo no penal que cuida da liberdade de um indivíduo, como vimos, não se faça também presente, intensamente presente, naquelas situações em que possível, aliás, mais do que possível, necessária, pelas razões acima desfiadas, a penhora de salário.

Notas

(1) GIORDANI, Francisco A. M. P. O Princípio da Proporcionalidade e a Penhora de Salário. *Revista LTr*, v.70, n. 5, p. 563 à 573.

(2) GIORDANI, Francisco A. M. P. O Princípio da Proporcionalidade e a Penhora de Salário - algumas outras considerações. *Revista LTr*; v. 71, n. 2, p. 154 à 161.

(3) MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*, Edições Podivm, 2007, p. 191.

(4) Em parágrafo que prima pela clareza, daí se justificar sua transcrição, diz Gisele Santos Fernandes Góes, “A função essencial dos princípios, em razão da sua generalidade e vagueza, é abrir caminho para o intérprete judicial

incluir todas as situações e acompanhar a transformação da sociedade e os novos valores”, in *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*, Saraiva, 2004, p. 23.

(5) Eduardo Melo de Mesquita, em obra de importante leitura, também realça esse aspecto dos princípios, qual seja, a sua ligação com os superiores valores de uma dada sociedade; com efeito, afirmou ele que: “Os princípios jurídicos consagrados na Constituição, sejam eles expressos ou implícitos, estes não formulados em enunciados linguísticos conclusivos, porém decorrentes daqueles princípios expressamente consagrados, veiculam os valores essenciais da sociedade”. In *As Tutelas Cautelar e Antecipada*. RT, 2002, p. 328.

(6) Apresentação do Prof. Carlos Alberto Carmona ao livro de Gisele Santos Fernandes Góes, *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. Saraiva, 2004, p. XV.

(7) GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. Saraiva, 2004, p. 22.

(8) MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Edições Podivm, 2007, p. 193.

(9) LIMA, Márcio Kammer de. *O Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 848, junho de 2006, p. 72.

(10) “O princípio da proporcionalidade irrompeu para o Direito público, acoplado à gestação dos primeiros controles jurídicos da atividade do Estado, e, desde então, não deixou de evoluir e espalhar-se por todos os ambientes jurídicos que regulam as relações entre os particulares e o poder público”, in MESQUITA, Eduardo Melo de. *O Princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência*. Juruá Editora, 2006, p. 62. Esse mesmo e brilhante jurista, em outra obra, de idêntica importância, ensina que: “O reconhecimento do ‘princípio da proporcionalidade’ pode ser buscado na Magna Charta Inglesa, do Rei João Sem Terra, de 1215, depois ratificada por Eduardo III, em 1356, na qual consta inequivocamente delineado pelos seguintes termos: ‘O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”, in MESQUITA, Eduardo Melo de *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, RT, 2002, p. 312-313. Por seu turno, diz Luciano Feldens que: “Embora sua problematização inaugural remonte à Antiguidade, um desenvolvimento mais intenso da proporcionalidade faz-se verdadeiramente visualizável na época da Ilustração, mais precisamente nos clássicos de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764)”, in *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 157.

(11) “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 o fim do ato (legislativo ou administrativo) significando que medida deve ser apta o fim pretendido ou estabelecido e ser o essencial ao objeto escolhido, sendo necessário um prévio questionamento: Porquê? E para que?

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 Barroso, este princípio também é conhecido como ‘princípio da menor ingerência possível’, azo 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”. LIMA, Marcelo Pires. O Princípio da Proporcionalidade na Penhora e na Execução Civil como Instrumento de Alcance de Efetividade, in: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 6, n. 10, 1º semestre 2003, p. 159.

(12) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade, in BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Renovar, 2007, p. 185.

(13) FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. Malheiros editores, 3. ed., 2004, p. 37.

(14) QUEIROZ Paulo. *Direito Penal – parte geral*, Saraiva, 3. ed., 2006, p. 44-45, nota de rodapé n. 89.

(15) MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Edições Podivm, 2007, p. 206.

(16) QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – parte geral*. Saraiva, 3. ed., 2006, p. 50. “Por seu turno, Luciano Feldens assevera que: ‘Exemplificativamente, o exame da proporcionalidade em sentido estrito entra em ação no Direito Penal quando invocado aquilo que costumeiramente se designa princípio da insignificância, que nada mais é do que a transposição, ao direito punitivo, dos postulados inerentes ao princípio da proporcionalidade’ in FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 166.

(17) “O princípio penal da adequação social pode ser visto como um corolário do princípio da proporcionali-

dade-adequação. Com efeito, uma conduta, ainda que formalmente subsumida ao tipo legal de crime, não será criminosa se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, justamente porque a intervenção penal não se presta a atingir o fim de proteção ao bem jurídico. Nas palavras de Welzel, a adequação social representa o âmbito 'normal' de liberdade de ação social, de tal maneira que restam excluídos dos tipos penais as ações socialmente adequadas ainda que possam subsumir-se ao teor literal dos tipos. Assim, se a conduta, em determinadas circunstâncias, não recebe juízo de reprovação social, não pode constituir um crime. Evidente que a medida penal é inadequada para coibir comportamentos que, além de repetidos, são aceitos socialmente como lícitos". MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Edições Podivm, 2007, p. 212.

(18) REALE JR., Miguel. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. In: *Revista do Tribunal*, ano 88, v. 763, maio 1999, p. 415.

(19) CALLEGARI, André Luis. Os Princípios da Proporcionalidade e da Ofensividade no Direito Penal como Legitimadores da Sanção Penal. Análise Crítica em Relação às Penas nos Crimes Contra os Costumes. In: *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXXIII, n. 102, junho 2006, p. 40-41.

(20) Ver, a respeito da técnica legislativa, por meio de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, com a mobilidade que emprestam ao sistema que delas se utiliza. In MESQUITA, Eduardo Melo de. *O Princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência.*, Juruá Editora, 2006, p. 46, nota de rodapé 43.

(21) GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. Saraiva, 2004, p. XX (Apresentação).

(22) "Não existe campo mais propício à aplicação do princípio da proporcionalidade que o processo cautelar e a antecipação de tutela, mais especificamente na concessão de liminar cautelar, com espeque no poder geral de cautela, encartado no art. 798 c/c o art. 804, ambos do CPC.

São inúmeras as considerações que devem ser feitas pelo intérprete para que alcance a melhor solução à espécie ocorrente em concreto, vários são os valores a serem sopesados para que possa ser vislumbrado aquele que deva prevalecer. Notadamente, em se tratando de medida constritiva, em que haja imediato e inafastável prejuízo à parte afetada, deve o aplicador da lei ponderar com depurada prudência se o benefício a ser alcançado com a adoção da medida urgente justifica-se relativamente à monta de prejuízo a ser suportado pela parte".

In: MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*. RT, 2002, p. 329.

(23) GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria Geral da Prova*. Edições Podivm, 2005, p. 146.

(24) GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria Geral da Prova*. Edições Podivm, 2005, p. 146-147.

(25) O que está com clareza demonstrado no livro *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*, de GÓES, Gisele Santos Fernandes. Editora Saraiva, 2004, p. 166-167.

(26) LIMA, Márcio Kammer de. O Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 848, junho 2006, p. 78-79.

(27) O preclaro Milton Paulo de Carvalho Filho, em substancioso artigo, afirma que "Buscar-se-á demonstrar que na execução o princípio da proporcionalidade, que já está sendo aplicado em institutos do direito processual civil, como na antecipação de tutela (reversibilidade) e na produção de provas (prova ilícita), o fundamento essencial da incidência do princípio está no disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, que estabelece a menor onerosidade para o devedor". CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade à Execução, à Luz das Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006. In: CARVALHO, Milton Paulo (Coord.). *Direito Processual Civil*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 474.

(28) No artigo já mencionado, Milton Paulo de Carvalho Filho, dá belo desenvolvimento a essas questões, citando o sentir de outros processualistas inclusive. (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade à Execução, à Luz das Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006. In: CARVALHO, Milton Paulo (Coord.). *Direito Processual Civil*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 488-489.

(29) *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 30, p. 20.

(30) CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade à Execução, à Luz das Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito Processual Civil*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 487.

(31) REDONDO, Bruno Garcia e LOJO, Mário Vitor Suarez. *Da Penhora*. Editora Método, 2007, p. 96, .nota de rodapé 49.

(32) REDONDO, Bruno Garcia e LOJO, Mário Vitor Suarez. *Da Penhora*. Editora Método, 2007, p. 98-99.

* Juiz Titular da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista