

UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA

FÁBIO MONTEIRO DE OLIVEIRA

A PENHORA DE SALÁRIOS E DE GANHOS DECORRENTES
DO TRABALHO: instrumento de efetivação do direito fundamental à
tutela executiva trabalhista.

Belém
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FÁBIO MONTEIRO DE OLIVEIRA

A PENHORA DE SALÁRIOS E DE GANHOS DECORRENTES
DO TRABALHO: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela
executiva trabalhista.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito
das Relações Sociais à Universidade da Amazônia como
requisito parcial para a obtenção de título de mestre na
área de Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

Belém
2008

Ficha catalográfica
Kátia L.M.Martins
CRB-2/849

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Oliveira, Fábio Monteiro de

A penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista / Fábio Monteiro de Oliveira; José Henrique Mouta Araújo.- Belém, 2008.

122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais) – Universidade da Amazônia-UNAMA, 2008.

Linha de pesquisa em Relações sociais e interesses difusos.

1. Salário-Penhora. 2. Direito processual do trabalho-Salário. 3. Tutela jurisdicional- Salário I. Araújo, José Henrique Mouta, orient. II. Título.

CDC: 342.1466

FÁBIO MONTEIRO DE OLIVEIRA

A PENHORA DE SALÁRIOS E DE GANHOS DECORRENTES DO TRABA-
LHO: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva
trabalhista.

Dissertação apresentada à Universidade da
Amazônia como requisito parcial para a
obtenção de grau de mestre em Direito das
Relações Sociais.

Dissertação defendida e aprovada em: .../.../ 2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Henrique Mouta Araújo - Universidade da Amazônia
(orientador)

Prof. Dr.
(membro)

Prof. Dr.
(membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as graças concedidas.

Agradeço à minha família, Mãe, Pai, Cris e Renato, pelas orações, amor e carinho que tornam minha vida mais abençoada.

Agradeço à Mildred, por ser o tesouro onde está o meu coração.

Agradeço pelo apoio que recebi do Banco do Estado do Pará S/A, o que faço na pessoa do seu Presidente, o Sr. Edilson Rodrigues de Sousa.

Agradeço ao meu orientador, o Dr. José Henrique Mouta Araújo, que muito contribuiu no desenvolvimento da pesquisa e na elaboração do texto final que resultou na presente dissertação.

Agradeço à Georgia Pitman, pela dedicação e ajuda na revisão do texto.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a pesquisa e realização do presente trabalho.

À Alzira, João, Renato e Cris.

À Mildred.

RESUMO

A presente dissertação trata da penhora dos salários e dos ganhos decorrentes do trabalho no âmbito do processo laboral. Preliminarmente, nela há uma abordagem sobre os princípios, com ênfase na doutrina que os concebe como espécie normativa. Há também uma parte dedicada à solução do conflito entre os princípios, o que se faz por meio da ponderação de interesses. Assim, por que tal concepção é relevante para o estudo dos direitos fundamentais, dedicamos um capítulo específico a estes e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Também no contexto da normatividade dos princípios abordamos o direito fundamental à tutela executiva trabalhista. A partir desse referencial, a dissertação trata do estudo da execução trabalhista, da penhora no processo do trabalho e, na seqüência, da situação concreta que consideramos fundamental: quando, de um lado, figurar a presença do devedor trabalhista, antes - ou ainda - tomador dos serviços (pessoa física, ex-empregador, ex-sócio, ex-tomador etc.) e, de outro, como credor, o trabalhador que aguarda a efetividade da tutela executiva. Em tal hipótese, sustentamos que há o conflito entre a dignidade do devedor e a do credor trabalhista, o que impõe uma nova leitura do dogma da impenhorabilidade dos salários. Logo, para além de uma interpretação literal do art. 649, IV, do CPC, o presente trabalho aborda a possibilidade de o intérprete judicial determinar a penhora dos salários, porquanto, com base na Constituição, em especial nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, o juiz está autorizado a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Direito processual do trabalho-Salário. Penhora jurisdicional-Salário.
Direito do trabalho-Salário. Processo de execução-Penhora-Salário.

ABSTRACT

The present work makes an analysis of the earnings' attachment derivative of labor's relations under the employment process. Further it brings a study about the principles, with emphasis on the doctrine that conceives it as a species legislation. It also talks about the resolution of the conflicts between principles, what is done through the balance of interests. And as this subject is relevant, the third part of this work shows a chapter that study through the fundamental rights, to the constitutional principle of human dignity. Continuing within this context of normativity of principles, approach the fundamental right to labor protection executive. From this point on, the dissertation deals with the study of the implementation labor, the attachment in the process of work and, in sequence, the concrete situation that we found: when, on the one hand, given the presence of the debtor labor before - or -- policyholder services (individual, former employer, ex-partner, ex-taker etc.). and, secondly, as creditor, an employer who awaits the effectiveness of executive authority. In this way, we maintain that there is a conflict between the dignity of the debtor and the creditor's labor, which requires a new interpretation of the unseizability's dogma wages. Therefore, apart from a literal interpretation, of art. 649, IV, from CPC, this works addresses the possibilities of the court interpreter, has to determine the attachment of wages, because, based on the Constitution, especially on fundamental rights and the principle of human dignity, the judge is authorized to adopt the measures that are most appropriate to provide prompt and full legal protection

Keywords: Procedural right of the work-Wage. Procedural jurisdictional-Wage. Right of the work-Wage. Execution process-Wage

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhista
CPC	Código do Processo civil
D.O.U.	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
SEDI	Seção especializada em dissídios individuais
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	DOS PRINCÍPIOS.....	16
2.1	O papel normativo dos princípios.....	16
2.2	O modelo de sistema jurídico composto por normas-regras e normas-princípios.....	19
2.3	A colisão de direitos fundamentais e a teoria dos princípios.....	25
2.4	O princípio da proporcionalidade.....	27
2.4.1	A origem do princípio da proporcionalidade.....	27
2.4.2	Compreensões terminológicas.....	31
2.4.3	Fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade.....	31
2.4.4	Subprincípios ou elementos da proporcionalidade.....	34
2.4.5	A ponderação de interesses.....	37
3	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	45
3.1	Direitos humanos e fundamentais.....	45
3.2	Breves apontamentos sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais.....	47
3.3	As dimensões dos direitos fundamentais.....	52
3.4	A dignidade da pessoa humana.....	57
4	O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA.....	64
5	A EXECUÇÃO TRABALHISTA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS DO PROCESSO CIVIL.....	69
6	A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIOS E DE GANHOS DECORRENTES DO TRABALHO.....	78
6.1	A penhora no processo do trabalho.....	78
6.1.1	A penhora eletrônica (<i>on-line</i>).....	80
6.2	A proteção dos salários.....	83

6.3	A proteção dos salários na convenção n. 95 da OIT e a possibilidade de penhora prevista no direito comparado.....	87
6.4	A proposta de reforma do CPC e o veto presidencial	90
6.5	A colisão de princípios: dignidade do credor vs dignidade do devedor trabalhista.....	92
6.5.1	A interpretação da impenhorabilidade dos salários de acordo com a Constituição Federal.	96
6.5.2	A penhorabilidade dos salários fundada na ponderação de interesses.....	99
7	DA (NÃO) APLICAÇÃO DA PENHORA DOS SALÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA BRASILEIRA.....	105
7.1	Esclarecimento inicial	105
7.2	Da interpretação literal do art. 649, inciso IV, do CPC	105
7.3	Da penhorabilidade de vencimentos, remuneração, subsídios, soldos e proventos de aposentadoria.	108
7.4	Da penhorabilidade de ganhos de trabalhador autônomo e de honorários profissionais.....	110
7.5	Da (não) aplicação do § 2º do art. 649, do CPC c/c art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal.	111
7.6	Da fixação de percentual para incidência da penhora sobre os salários.....	114
7.7	A penhora dos salários com fundamento no reconhecimento da colisão entre princípios.	118
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
	REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

Tema recorrente nas obras que tratam do processo civil e trabalhista, a efetividade da tutela jurisdicional das obrigações de caráter pecuniário passa por momentos de profundos debates nos campos doutrinário e jurisprudencial, notadamente impulsionados pelas recentes alterações legislativas introduzidas no Código de Processo Civil, que buscaram superar alguns aspectos conceituais que emperravam o sistema processual, mitigando a aplicação de alguns princípios até então consagrados como verdadeiros dogmas. Portanto, ao longo dos últimos anos é cada vez mais presente a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional.

Essa busca por uma melhor prestação da função jurisdicional que realize o democrático acesso à justiça escolhe como alvo frequente a tutela jurisdicional das obrigações de dar, especialmente as que se consubstanciam em pagamentos pecuniários. Afinal, de nada importa para o credor o sucesso no reconhecimento judicial do seu direito quando tal não vem acompanhado de sua efetiva realização material e mediante razoável duração do processo instaurado para o cumprimento da obrigação a que foi condenado o devedor.

As recentes reformas do CPC, contudo, ainda que voltadas ao objetivo de cumprir o princípio da efetividade, não afastaram alguns dogmas que se encontram imantados em nosso sistema jurídico de um caráter quase absoluto, os quais acabam por funcionar no sistema como verdadeiras barreiras para uma atuação judicial tendente à satisfação do direito.

Um deles é o que se refere à impenhorabilidade dos salários. É certo dizer que nosso direito consagra essa impenhorabilidade na medida em que reconhece a relevância do salário como meio de sustento do trabalhador e de sua família. Tanto é assim que prevê algumas exceções, as quais, porém, constam expressamente consignadas em textos legais e exclusivamente para os casos em que outro direito mereceu, por opção legislativa, igual acolhimento protetivo.

Ocorre, porém, que a impenhorabilidade dos salários como regra, com exceções previstas taxativamente na lei, dá azo – em alguns casos específicos - a uma excessiva proteção do patrimônio do devedor relativamente ao cumprimento de determinada obrigação já constituída em um título judicial, notadamente em desfavor daquele que aguarda a satisfação do seu direito: o credor. A situação é ainda mais grave para o credor de uma obrigação que ostenta a natureza de crédito alimentar, como é o caso do crédito trabalhista.

No âmbito do processo do trabalho, o reclamante - chamado de exequente na fase de cumprimento da sentença – frequentemente confronta-se com a situação de insuficiência dos

meios de satisfação do seu direito para realizar no mundo dos fatos não só aquilo que lhe assegura a lei, mas o conteúdo material do próprio título judicial no qual aquele foi reconhecido. Não são raros os casos em que o credor trabalhista enfrenta o quadro de inexistência de bens passíveis de penhora e alienação para regular satisfação daquilo que lhe foi reconhecido judicialmente.

Em um mundo globalizado e marcadamente instável do ponto de vista econômico, não só grandes empreendimentos podem ruir, como pequenas e médias empresas estão sujeitas a toda sorte de condições econômico-financeiras desfavoráveis, quer seja no âmbito interno, quer seja externo. Em situações dessa natureza, após a quebra, o ex-sócio pode passar a ser contratado por outras empresas para prestar serviços como empregado de nível mais elevado, dando consultoria em razão de sua capacitação profissional adquirida após longos anos à frente da sua antiga empresa. Nesses casos, por conta do infortúnio, restará ao empregado propor ação perante a Justiça do Trabalho, mas a ausência de bens da empresa falida, que sejam passíveis de penhora, pode resultar em indireta transferência, ao obreiro-reclamante, dos efeitos da ruína do seu ex-empregador, que, nessas circunstâncias, vive agora de salários e, por força da lei, tem o patrimônio que lhe resta protegido pela impenhorabilidade.

A consequência de se aplicar com rigor absoluto a regra da impenhorabilidade de salários seria a de que, na prática, o credor trabalhista, já desrespeitado em seu direito fundamental à tutela executiva e também à sua própria dignidade, pelo fato de que foi lesado em seus direitos trabalhistas, mesmo munido de um título judicial que lhe reconheceu tais direitos, estaria impedido de buscar a efetivação de seu crédito a partir do momento em que seu antigo empregador, pelo infortúnio de seu negócio, possuiria agora somente rendimentos de trabalho como empregado, servindo, assim, a regra em comento, à proteção da dignidade do devedor em detrimento da do trabalhador.

Em tais situações, protege-se o direito fundamental de um em detrimento do direito fundamental de outro ou, melhor dizendo, a dignidade de um em detrimento da de outro.

A interpretação a respeito da impenhorabilidade dos salários e dos ganhos decorrentes do trabalho tem despertado novos estudos, tanto que, a partir da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, o art. 649, inciso IV, do CPC, foi modificado para que, de uma forma mais ampla que na redação anterior, viesse a ser estabelecida a impenhorabilidade dos “vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”.

As inovações que de fato passaram a constar do aludido texto legal, contudo, longe de estabelecerem um equilíbrio nessa interpretação, apenas ampliaram as espécies remuneratórias protegidas pela impenhorabilidade.

É inquestionável que não se pode atingir o patrimônio do devedor sem que lhe reste assegurada a dignidade de um mínimo existencial. Porém, de outro lado, no âmbito do processo do trabalho, quem figura como credor é o trabalhador que, proprietário, quase sempre, apenas de sua força de trabalho para subsistir dignamente, já foi atingido nesse aspecto a partir do momento em que precisou recorrer ao Judiciário para obter o reconhecimento de seus direitos, a quem, então, deve ser garantido o direito de salvaguarda da sua dignidade, e, para tanto, precisa receber exatamente aquilo que lhe foi reconhecido no título judicial.

A dificuldade em admitir a penhora dos rendimentos do trabalho no caso concreto pode decorrer de uma insuficiente compreensão judicial de que hoje há uma mudança de paradigmas, a partir da qual é possível identificar-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, pois, que a teoria dos direitos fundamentais tem despertado uma profunda discussão sobre o papel do juiz na interpretação e aplicação do direito, com conseqüências muito positivas na prestação da tutela jurisdicional, especialmente quando em conflito, no caso concreto, valores positivados na Constituição. Assim, percebe-se, atualmente, um caminhar no sentido de certa negação do positivismo estrito, do entendimento até então arraigado de que o direito restringe-se exclusivamente ao texto legal.

Por tais razões, no Capítulo 2 trabalharemos inicialmente com a teoria que discute o papel normativo dos princípios, onde abordaremos, além da composição do sistema jurídico em regras e princípios, o princípio da proporcionalidade, dando ênfase à técnica de julgamento denominada ponderação de interesses.

No Capítulo 3, abordaremos os direitos fundamentais. Nesse trataremos especialmente da distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, faremos uma breve abordagem sobre a evolução histórica, bem como sobre as dimensões de tais direitos e, por fim, trataremos da relação desses direitos com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Capítulo 4, analisaremos o direito fundamental à tutela executiva, onde teremos a oportunidade de verificar se, e de que forma, o Juiz está autorizado a interpretar e a aplicar as normas legais que contemplam os meios executivos em consonância com os direitos fundamentais, tendo em vista a maior eficácia do direito fundamental à tutela executiva.

No Capítulo 5, abordaremos o momento vivenciado pela execução trabalhista diante das recentes alterações do processo civil, notadamente com a Lei nº 11.232/2005. Nesse capítulo analisaremos a aplicação subsidiária das normas do processo civil ao processo do trabalho, buscando situar o tema escolhido dentro do contexto atual em que se encontra a execução trabalhista.

Já no Capítulo 6, discorreremos sobre as questões que dizem respeito especificamente à penhora no processo do trabalho. Neste particular, além de algumas questões propedêuticas relevantes para o tema central, trataremos do valor que informa a proteção dos salários e de sua proteção na Convenção n. 95 da OIT e no direito comparado, enfocando ainda a proposta de reforma do CPC relativamente à exceção que seria prevista para a impenhorabilidade dos salários, bem como as razões que motivaram o veto presidencial a essa alteração.

Ainda no Capítulo 6, analisaremos a colisão de princípios que ocorre no caso concreto quando, de um lado da demanda há um credor trabalhista que aguarda a realização de seu crédito e, de outro, um trabalhador que só dispõe de seus salários como patrimônio que possa garantir o cumprimento de obrigação reconhecida judicialmente.

No Capítulo 7, examinaremos decisões de alguns Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de verificarmos como tem sido acolhida na jurisprudência a penhora dos salários. Em seguida, passaremos às considerações finais sobre o tema desenvolvido.

É importante ressaltarmos, nessas linhas preliminares, que defenderemos a possibilidade de interpretação e aplicação do direito com suporte na força normativa da Constituição, uma vez que seus princípios e valores adentram todos os ramos do sistema jurídico, demandando uma nova leitura de certos dogmas e tradições que não se coadunam com a evolução interpretativa do direito.

Assim, procuraremos abordar o tema a partir de uma preocupação centrada no princípio da dignidade do trabalhador e na premissa de que nenhum direito é absoluto em si mesmo, podendo ser ponderado no caso concreto para fins de conformação da ordem jurídica com os valores consagrados na Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cumpre-nos dizer que o título do presente trabalho indica uma opção de pesquisa sobre a possibilidade de penhora de créditos oriundos do trabalho em geral, o que inclui tão-somente os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos, ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, enfim, verbas protegidas pelo citado dispositivo legal diante da necessidade de assegurar a incolumidade do meio de subsistência do devedor e de sua família.

2 DOS PRINCÍPIOS

2.1 O papel normativo dos princípios

Qualquer tipo de análise para além de um processo de subsunção dos fatos à lei exige que essa análise seja pautada no instituto jurídico que tem recebido considerável atenção da doutrina: os princípios. De modo especial, tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira têm se dedicado ao estudo dos princípios enquanto pautas normativas, isto é, como comandos normativos tão preceptivos quanto as regras. Mas a teorização sobre os princípios jurídicos percorreu, ao longo da história e do desenvolvimento do pensamento jurídico, uma longa jornada. Tanto assim que Bonavides¹ aponta que esta juridicidade passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Os princípios, segundo os postulados jusnaturalistas, detinham uma dimensão ético-valorativa pautada nos postulados de justiça. Seriam eles, assim, axiomas jurídicos estabelecidos pela reta razão. Na fase juspositivista, contudo, a compreensão dos princípios jurídicos apresentou outro sentido. Embora admitidos nos Códigos, os princípios ganharam o *status* de meras fontes subsidiárias. Foram eles relegados à função supletiva, servindo ao sistema como válvula de segurança, especialmente para suprir as lacunas da lei. Na fase chamada pós-positivista, contudo, os princípios são considerados normas jurídicas. São espécies do gênero normas, assim como as regras, e, por conseguinte, perfeitamente capazes de vincular, do ponto de vista jurídico, o comportamento humano, seja individual, seja coletivo².

No mesmo sentido, identificando que a tendência de conceber a normatividade dos princípios coincide com uma fase pós-positivista, Eduardo Cambi³:

Sob o aspecto filosófico, a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compressão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 232

² *Ibid.*, p. 237.

³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Saber**. Ciências sociais aplicadas, Belém, v. 6, n.1-2, jan/dez. 2007. p. 7-33.

Neste contexto histórico é que se encaixa uma intensificação dos estudos sobre o fenômeno jurídico, voltados, em geral, à aproximação entre direito e moral⁴, algo que não será aprofundado no presente estudo e aqui restará perfunctoriamente exposto em razão da importância conjuntural das idéias sobre a normatividade dos princípios⁵.

De qualquer modo, entendemos que o importante é observar, assim como Eduardo Cambi⁶, que o artigo 126 do Código de Processo Civil, ao dispor que “*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei e que no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”, constitui-se, hoje, em verdadeiro anacronismo, pois tal regra não resiste às interpretações evolutivas e teleológicas a respeito do direito e do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais está enquadrada na arcaica visão da decisão enquanto silogismo jurídico, seja pelo fato de que se adota no Brasil o controle difuso de constitucionalidade, seja pelo fato de que as técnicas legislativas amparam-se cada vez mais nas cláusulas gerais (boa-fé, função social do contrato, função social da propriedade), que possibilitam abertura do sistema jurídico dado o caráter polissêmico dos textos legislativos e, por conseguinte, a possibilidade de mais de uma interpretação judicial racional.

Neste caminho aberto por Eduardo Cambi, no que diz respeito ao fenômeno jurídico e ao fato de que o direito admite interpretações evolutivas e teleológicas, os princípios, enquanto espécies normativas deixam de possuir caráter meramente assessório, de tal modo que podemos afirmar que tanto o art. 126, do CPC, quanto o art. 4º, da LICC, uma vez interpretados literalmente - e de modo a colocar os princípios em último plano no processo

⁴ É importante dizer que Kelsen (2006, p. 60-64) não nega a exigência de que o direito deva ser moral, isto é, para ele, que o direito deva ser bom, mas repele o ponto de vista de que o direito, como elemento da moral e que o direito, como direito, em algum sentido e de algum modo, seja moral. Para este autor, sua Teoria Pura do Direito apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto; ela indaga do real e do possível, e não do direito justo. Nesse sentido, é uma Teoria do Direito justo e também uma Teoria do Direito radical-realista. Aproxima-se do direito positivo para avaliá-lo. Porta-se, segundo afirma, como ciência, sem compromisso com nada, como direito positivo, que procura entender sua existência e, através de uma análise, compreender-lhe a estrutura.

⁵ Ainda assim, cabe, nestas linhas preliminares, situar o leitor sobre nossa posição acerca do positivismo jurídico e, para tanto, concordamos com o pensamento de Luis Roberto Barroso, para quem, mesmo correndo os riscos das simplificações redutoras, como alerta, o positivismo jurídico pode ser inferido pelas seguintes características: a) a aproximação quase plena entre Direito e norma; b) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; d) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui, diz o autor, se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 323.

⁶ CAMBI, 2007, p. 7-33.

hermenêutico - perdem sentido prático como disposição orientadora da atividade judicial na conformação dos direitos⁷.

A mesma afirmação podemos fazer quanto ao art. 8º, da CLT, que dispõe: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”⁸.

Nesse sentido, os princípios têm uma função bem mais ampla, ou seja, não obstante possam ser explícitos ou implícitos, vinculam não apenas o Poder Legislativo na produção das normas jurídicas e o Executivo na sua aplicação para os atos de sua competência, mas também o Poder Judiciário, tanto no que diz respeito à interpretação e integração do ordenamento jurídico, como no que se refere à função de resolver os casos submetidos à análise judicial.

Essa, pois, é a lição de Jorge Miranda⁹:

Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contra-põem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-regras.

⁷ Não ignoramos a utilização deste último artigo pela doutrina para ratificar a normatividade dos princípios, apenas não concordamos com uma interpretação reducionista, que situa a atividade judicial ao mero silogismo de aplicar exclusivamente a lei ao caso concreto. Nesse sentido, entendendo que o art. 4º, da LICC, compreende o caráter normativo dos princípios, GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.121. Cf. também em GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

⁸ A norma do art. 8º, da CLT, se interpretada literalmente, leva-nos a compreender os princípios como espécies normativas, mas estes são colocados, nessa perspectiva, em nível acessório, pois só poderiam ser utilizados na falta de disposições legais ou contratuais. Vale dizer, a doutrina especializada – a propósito, com a qual não concordamos - constrói uma ordem gradativa na colmatação das lacunas a ser seguida pelos juízes federais do trabalho, colocando os princípios no último plano. Esta é a posição de Amador Paes de Almeida quando diz: “O art. 8º deixa claro a prevalência da lei ou do contrato, indicando, outrossim, o modo através do qual a autoridade administrativa e a própria Justiça do Trabalho devem conduzir-se na lacuna da legislação de inexistência de normas contratuais – ‘na falta de disposições (legais ou contratuais)’”. Conclui, em arremate: “Assim, inexistindo lei, considerar-se-á, na solução do ‘caso’, a jurisprudência, decidindo-se, outrossim, por analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do Direito”. Cf. ALMEIDA, Amador Paes. **CLT comentada**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.47.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 250.

Tal entendimento também é expresso nos dizeres de J.J. Gomes Canotilho¹⁰:

a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são <standards> juridicamente vinculante radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na <idéia de direito> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Acolhemos, assim, o entendimento no sentido de que, hodiernamente, aos princípios não cabe apenas a tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. Além de possuírem uma função clássica de orientação numa fase pré-jurídica, ligada à produção das leis, bem assim a conhecida função auxiliadora na interpretação e integração do sistema jurídico, contribuem, de modo especial e efetivo, na atividade judicial de conformar os direitos¹¹.

2.2 O modelo de sistema jurídico composto por normas-regras e normas-princípios

O reconhecimento de que os princípios são normas deriva do fato de considerarmos, como parâmetro, o modelo de sistema jurídico que identifica a presença de duas espécies de normas: as regras e os princípios. Tal concepção, contudo, conduz a 2 (dois) questionamentos: se os princípios são normas, o que os diferencia das regras? E qual a solução para o caso de colisão entre regras ou entre princípios?

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003. T.2. p.1160-1161.

¹¹ Diante disto, apenas para firmar o nosso entendimento sobre a normatividade dos princípios, transcrevemos, em primeiro lugar, a lição de Bonavides (2000, p.260): “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. E, em segundo, os ensinamentos de Mello (2004, p. 842): “Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. Arremata o autor dizendo que violar um princípio é mais grave que violar uma norma qualquer: “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 de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

As respostas serão extraídas das lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin estrutura seu pensamento de modo a estabelecer um constante confronto com o positivismo jurídico, especialmente ao modo pelo qual, a partir de tal corrente, o direito é compreendido e aplicado judicialmente.

Com efeito, suas conclusões estão permeadas de reiteradas respostas aos pensamentos de um dos expoentes do positivismo, Herbert L. A. Hart, considerado o maior expoente de tal corrente do pensamento jurídico e cujas idéias são qualificadas como “o ponto alto” dessa doutrina¹². Hart, apesar de reconhecer que o sistema jurídico é composto por regras e princípios, não considera estes últimos como normas, com força preceptiva, mas os toma apenas como princípios gerais do direito, entendendo que possuem papel supletivo¹³.

Dworkin¹⁴ critica essa visão reducionista do direito na medida em que defende a existência de outros padrões normativos que nem sempre seguem o modelo de produção das regras, pois, para ele, o sistema jurídico é composto por regras, princípios e diretrizes¹⁵. Para esse autor, portanto, nas decisões judiciais estão presentes não só os princípios, mas também as diretrizes, que se constituem como os objetivos a serem alcançados tendo em vista fins coletivos (buscam, portanto, proteger objetivos da comunidade). E os princípios, que não se amoldam ao modelo de produção das regras, constituem-se em “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁶.

Assim sendo, como anota Grau¹⁷, Dworkin chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, estes geralmente relacionados a algum aspecto econômico, político ou social, e denomina princípios, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não por que viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral.

¹² Quem assim o considera é MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³ Hart (1996) defende que a característica distintiva do direito consiste numa fusão de normas primárias, que impõem deveres ou obrigações (como não matar, não furtar etc.), e secundárias, que conferem poderes, públicos ou privados, possibilitando aos indivíduos criar, fazer ou dizer certas coisas, confeccionar novas regras primárias, extinguir ou modificar as já existentes.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12.

¹⁵ Sobre o controle judicial de políticas públicas, remetemos o leitor ao livro de DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007, no qual este autor faz detida abordagem sobre as políticas públicas como padrão normativo na perspectiva dworkiana.

¹⁶ DWORKIN, op.cit., p. 36.

¹⁷ GRAU, 2002, p. 92.

Ainda para Dworkin, os princípios têm uma dimensão de ponderação e por isso podem ser mais ou menos influentes em qualquer caso concreto, enquanto as regras são aplicadas como um tudo ou nada (*all-or-nothing*), de tal forma que, preenchida a hipótese de incidência de uma regra, ou esta é válida e sua consequência deve ser aceita, ou ela não é válida. As regras, então, devem ser aplicadas de modo peremptório, salvo quando possuírem alguma cláusula de exceção. Em caso de colisão entre regras, uma delas deve ser excluída do sistema.

Já os princípios, ao revés, não contêm decisão, apenas fundamentos, de tal modo que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Sendo assim, levam o julgador a direções e possibilidades de decisão de acordo com uma dimensão de peso, caso em que o princípio com densidade maior sobrepõe-se ao outro, sem que se tenha que declarar sua invalidade ou que o princípio não aplicado a perca em decorrência dessa ponderação.

Desse modo, os princípios podem entrar em conflito e dar uma orientação ponderada, conforme a interpretação judicial. Esse problema é uma questão de habilidade do magistrado, pois a ele incumbe avaliar sua importância relativa e tentar descobrir a qual princípio deve conferir maior peso, importância ou valor no caso em questão (*dimension of weight or importance*), de sorte que, quando colidentes, não seja, nenhum deles, anulado. Se não utilizados em determinado momento como razão de decidir, posteriormente, em outras circunstâncias, podem ser empregados de modo crucial.

Robert Alexy, por sua vez, originário da doutrina alemã, onde a definição dos princípios – e sua distinção das regras – resultou de uma concepção jurisdicional de aplicabilidade dos diferentes tipos normativos pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, tem recebido em nosso meio considerável acolhimento doutrinário com sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Alexy¹⁸, partindo da distinção entre regras e princípios formulada por Ronald Dworkin, também compreende que os princípios são espécies do gênero normas. Assim conclui que “*toda norma es o bien una regla o um principio*”¹⁹. Na sua teoria, a questão central para a distinção entre estes dois tipos de normativos é que os princípios são mandados de otimização, enquanto as regras são mandados de definição. E como mandados de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 86.

¹⁹ *Ibid.*, p. 87.

Com efeito, os princípios podem ser aplicados (ou satisfeitos) em graus diferentes e a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas: “*El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos*”²⁰

De outro lado, Alexy aponta que diferente é o tratamento das regras. Estas são normas que só podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e nem menos. As regras contêm determinações dentro do âmbito do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandados definitivos²¹.

De acordo com Alexy, nas regras - por consistirem em mandados definitivos dentro do quadro do fática e juridicamente possível - uma determinada conduta é prescrita como obrigatória, proibida ou permitida, daí a aplicação por subsunção na base do tudo ou nada. Os princípios, por outro lado, pelo fato de consistirem em mandados de otimização, aplicam-se não com base na subsunção, dado o caráter aberto e flexível que lhes é imanente, mas por meio da ponderação. Portanto, os princípios, uma vez aplicados diretamente, exigem uma atividade valorativa, isto é, um juízo no sentido de que é preciso escolher um entre vários caminhos que se revelem igualmente possíveis em conformidade com a respectiva norma.

Sendo assim, no caso de conflito entre regras, por se tratar de uma contradição ou antinomia jurídica, o problema pode ser solucionado mediante critérios fornecidos pelo próprio sistema, como *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância das regras conflitantes. Com efeito, a questão pertinente à solução do conflito entre regras demanda uma decisão acerca da validade da norma.

De outro modo, no caso de conflitos entre princípios a solução é diferente. Alexy²², neste contexto, expõe que, no caso de um princípio que determina que algo está proibido e outro que, por sua vez, determina que algo está permitido, um dos princípios tem que ceder em face do outro. Isto, contudo, não significa declarar inválido o princípio desprezado e nem que a tal princípio seja introduzida uma cláusula de exceção; significa que, diante de certas circunstâncias, um dos princípios prevalece em relação ao outro. Mas isto não afasta a possibilidade de o mesmo problema ser solucionado de modo diferente, dadas outras circunstâncias.

²⁰ ALEXY, 2002, p. 87.

²¹ Id., 2007.

²² ALEXY, 2002, p. 89.

Nesse sentido, a solução para o caso de conflitos entre princípios parte da compatibilização dos valores em conflito, pois mesmo que se venha a conferir no caso concreto maior grau de intensidade a um, ambos mantêm-se igualmente válidos no sistema jurídico. Alexy²³, ainda sobre o assunto, expõe que os princípios são normas qualitativamente distintas das regras, uma vez que entre tais normas haveria apenas diferenciação de grau de generalidade, daí concluir que a diferença entre regras e princípios é qualitativa.

Tal distinção, bem assim sua aplicação prática, resta melhor compreendida quando analisamos os exemplos de colisão apresentados pelo autor.

Alexy²⁴, ao falar sobre o conflito de regras, traz o seguinte exemplo da prática constitucional alemã: o Tribunal Constitucional Federal, ao tratar da antinomia entre regras, de um lado, uma norma federal dos anos de 1934 e 1938, que permitia que as casas de comércio permanecessem abertas durante os dias da semana, das 7 às 19 horas e, de outro, uma lei de 1951 do Estado Federado de Baden, que proibia a abertura de locais de venda nas quartas-feiras depois das 13 horas, decidiu que o direito federal possuía primazia sobre o direito estadual, conforme o art. 31 da Lei Federal Alemã, que prevê: *“El derecho federal tiene prioridad sobre el derecho de los Estados federados”*

Consoante o exemplo, uma regra permitia uma determinada conduta e outra a proibia. Logo, no plano de validade, tais normas não poderiam coexistir, pois, se ambas fossem válidas, a abertura dos negócios de venda na quarta-feira à tarde estaria permitida e proibida ao mesmo tempo. Portanto, a antinomia foi resolvida mediante critério de hierarquia, declarando inválida a lei do Estado federado, porquanto *“El derecho federal tiene prioridad sobre el derecho de los Estados federados”*²⁵

Como já tivemos a oportunidade de verificar, as colisões entre os princípios são solucionadas a partir da determinação de uma relação de precedência referente às circunstâncias fáticas do caso e entre as normas que entram em contradição, de tal maneira

²³ ALEXY, 2002, p. 86.

²⁴ Ibid., p. 88-89.

²⁵ “En el fallo sobre la incapacidad procesal, se trata de la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental’. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad sin más’. Más bien, el ‘conflicto’ debería ser solucionado, ‘atrás de una ponderación de los intereses opuestos’. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso em el caso concreto. ‘Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tiene en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF”. (ALEXY, 2002, p. 89)

que o princípio de maior peso – em virtude do perigo ao valor fundamental a ser protegido – restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio minimizado. Contudo, ambos continuam válidos no sistema jurídico²⁶:

Com efeito, nas colisões entre princípios, ao contrário do que ocorre com o conflito de regras, não se discutem planos de validade, mas a dimensão de peso ou ponderação. Para demonstrar a lei de colisão entre dois princípios, Alexy²⁷ se vale do seguinte exemplo: a admissibilidade da realização de uma audiência oral contra um acusado que - devido à tensão de tal ato - corre o perigo de sofrer um infarto. O Tribunal constata que existe uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado de salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, a cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental.

O Tribunal, nesse exemplo, verifica uma relação de tensão entre garantias constitucionais que vinculam o próprio poder público.

Em tal circunstância, a colisão não poderia ser solucionada pela regra da validade. Tendo em vista a equivalência dos direitos – o direito penal e o direito à vida – não se poderia resolver o problema mediante a hierarquização, razão pela qual a colisão foi solucionada pela proporcionalidade, por meio de uma ponderação racional dos interesses opostos. O Tribunal aceitou a primazia do direito à vida do acusado e de sua integridade física, pois reconheceu que se tratava de uma ameaça real de que, no caso da realização da audiência oral, pudesse ele vir a falecer ou sofrer danos irreparáveis a sua saúde.

Alexy, após expor a distinção qualitativa entre regras e princípios, chega à conclusão de que a teoria dos princípios coincide com a teoria dos valores, pois ambos possuem cargas estruturalmente semelhantes no que diz respeito ao comportamento da colisão²⁸.

²⁶ “(...) Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decidir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso (...)”. (ALEXY, 2002, p. 89)

²⁷ ALEXY, op. cit., p. 90.

²⁸ Ibid., p. 138.

Assim, o confronto de princípios pode ser apresentado como uma colisão de valores e toda contraposição de valores como uma colisão de princípios e, por via de consequência, o implemento gradativo dos princípios conecta-se à concretização gradual dos valores: uma vez garantido o direito à vida, protege-se, igualmente, o próprio valor da vida²⁹.

2.3 A colisão de direitos fundamentais e a teoria dos princípios

Uma questão relevante sobre o pensamento de Alexy diz respeito à colisão de direitos fundamentais. O autor aponta que todas as colisões somente podem ser solucionadas se - ou de um lado ou de ambos -, de alguma maneira, limitações ou sacrifícios forem feitos, mas a questão é como isso deve ocorrer. Para a resposta Alexy aponta que 2 (duas) decisões fundamentais devem ser tomadas: a primeira diz respeito à força vinculativa dos direitos fundamentais; a segunda é a própria distinção entre regras e princípios.

A primeira decisão repousa no reconhecimento da vinculatividade dos direitos fundamentais, isto é, se os direitos fundamentais são ou não justicáveis, pois para Alexy o problema da colisão de direitos fundamentais não existiria se tomadas tais normas como não-vinculativas, eis que, neste caso, seriam apenas problemas políticos ou morais. Após citar que na Alemanha esta solução é excluída pelo artigo 1º, alínea 3, da lei fundamental, que vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais como direito imediatamente vigente, Alexy³⁰ expõe que também no Brasil o caminho de uma declaração de não-vinculatividade de todos os direitos fundamentais não deveria ser transitável, porque o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, declara, pelo menos, as prescrições de direitos fundamentais desse artigo como imediatamente aplicáveis³¹.

Se a primeira decisão fundamental trata da natureza dos direitos fundamentais, isto é, se eles são ou não direitos, a segunda é o que eles são como direitos. Assim, segundo o autor, não só o problema da colisão, mas também as respostas a quase todas as questões da dogmática dos direitos fundamentais dependem desta decisão fundamental. Para a resposta, Alexy aponta a teoria dos princípios, segundo a qual - como vimos - princípios são normas

²⁹ “Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores”. Cf. BONAVIDES, 2000, p. 251. Guerra (2003, p. 87), acerca desta relação entre os princípios e os valores, averba o seguinte: “Dessa forma, se pode afirmar que um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor. Nessa perspectiva, é fundamental que se perceba que tal valor, o qual representa o fim comandado pelo princípio, é de ser buscado ou realizado, obviamente, através de condutas, isto é, através de ações e omissões”.

³⁰ ALEXY, 2007, p. 62-63.

³¹ A questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é, para nós, algo que se depreende do citado dispositivo constitucional e já encontra ampla doutrina nacional nesse sentido. Assim, por todos, Cf. BONAVIDES, 2000.

que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível, sem descurar das condições fáticas e jurídicas, pois são mandados de otimização que podem ser preenchidos em diferentes graus.

Deste modo, as colisões de direitos fundamentais devem - segundo a teoria dos princípios - ser designadas como colisões de princípios. Por outro lado, o procedimento para solução de colisões de princípios é a ponderação, de tal modo que princípio e ponderação são dois lados do mesmo objeto, pois quem efetua ponderação no direito pressupõe que as normas têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípio deve chegar à ponderação, que, segundo Alexy, corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade³².

Alexy, contudo, faz um alerta sobre a teoria dos princípios quando diz que esta não afirma que o catálogo de direitos fundamentais, no fundo, não contém regras, pois ela acentua não só que o catálogo de direitos fundamentais, à medida que efetuam fixações definitivas, tem a estrutura de regras, mas realça também que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios, uma vez que o contrário de uma teoria dos princípios é, por conseguinte, não uma teoria que aceita que catálogos de direitos fundamentais também contêm regras, mas uma teoria que afirma que catálogos de direitos fundamentais compõem-se somente de regras³³.

A partir disto, Alexy indica que a teoria dos princípios, além de contribuir na solução dos casos de colisões de direitos fundamentais, ajuda na própria questão da vinculação destes direitos:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre a vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação.

³² ALEXY, 2007, p. 67.

³³ *Ibid.*, p. 65.

A teoria dos princípios tem enriquecido estas espécies normativas de cargas materiais, colocando-as no plano da normatividade, sendo hoje, no dizer de Bonavides, o “coração das Constituições”³⁴. De fato, no caso da nossa Constituição, que apresenta um vasto rol de direitos fundamentais, mormente no que diz respeito aos direitos econômicos e sociais, a teoria dos princípios tem a vantagem de assegurar a máxima efetividade das normas constitucionais, isto é, maior otimização dos direitos e, diante disto, tendo em conta a possibilidade de colisão, haverá sempre a “*necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um princípio de proporcionalidade*”³⁵.

Assim sendo, ao pensarmos sobre a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo nas situações de conflitos de direitos que possuem igual patamar de importância, não nos parece possível olvidar ou negligenciar a idéia de que tanto as regras como os princípios são espécies do gênero normas e que tal concepção é fundamental para a solução dos problemas enfrentados pelo intérprete e aplicador do direito³⁶.

2.4 O princípio da proporcionalidade

2.4.1 A origem do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem raízes no período histórico que marca a fase de transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito. Sua origem repousa na idéia de conferir garantia à liberdade individual em face dos interesses da Administração. Assim, este princípio surgiu da concepção filosófica da Antigüidade de justa medida, mas se desenvolveu na modernidade como forma de proteção dos direitos individuais, num estado de confronto direto com outra idéia de regime, na época então vigente, que conferia poderes ilimitados ao soberano, inclusive uma total irresponsabilidade pelos atos cometidos por danos a terceiros, segundo a máxima *The king can do no wrong*.

Nesse sentido, a doutrina³⁷ registra que na França, sob os auspícios das idéias dos iluministas do Século XVIII, ocorreu a primeira revolução que destituiu do poder a monarquia

³⁴ BONAVIDES, 2000, p. 253.

³⁵ A frase é de Guerra Filho (2001, p. 46).

³⁶ Tanto assim que Bonavides (2000, p. 255-256) assevera que: “A ‘*jurisprudência dos valores*’, que é a mesma ‘*jurisprudência dos princípios*’, se interpenetra com a ‘*jurisprudência dos problemas*’ (Viehweg-Zippelius-Enterría) e domina o constitucionalismo contemporâneo.” E arremata dizendo³⁶: “*Forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da teoria material da Constituição. Fornece, por isso mesmo, os critérios e meios interpretativos de que se necessita para um mais amplo acesso à tríade normativa – regra, princípio e valor – que tanta importância possui para penetrar e sondar o sentido e a direção que o Direito Constitucional toma tocante à aplicabilidade imediata de seus preceitos*”.

³⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 39.

absolutista, substituindo a concepção de vontade do rei como fonte de todo o direito pela concepção da lei como resultante da vontade geral, adotando também o princípio da separação dos poderes.

Com a derrocada do absolutismo, que se caracterizou pela centralização do poder nas mãos do monarca e nos privilégios usufruídos pela nobreza e pelo clero, era preciso estabelecer a proteção do indivíduo contra o poder do Estado, assegurando-lhe uma esfera de liberdade. Autores como Locke, Kant, Rousseau e Montesquieu³⁸ contribuiriam para formar as bases dos direitos do homem, segundo a premissa de que tais direitos existem pela própria condição humana e que por isso deveriam ser observados e respeitados pelo Estado. Assim concebidos, representavam uma conseqüente abstenção do próprio Estado, que não poderia invadir a esfera privada do indivíduo, mas observá-los como limites à sua atuação.

Desse modo, o dogma da superioridade da lei, que contribuiu para formar uma convicção geral de superioridade do Parlamento sobre os atos dos demais poderes, abriu a possibilidade de controle do arbítrio do poder público, sobretudo por meio das decisões do *Conséil D'État*, que não pertencia ao Judiciário, mas ao próprio Executivo, o que pode ser explicado pela desconfiança que se conferia aos juízes diante de certa proximidade destes com o antigo regime.

Com efeito, por meio das decisões do Conselho de Estado, que exercia um juízo de adequação e proporcionalidade dos atos do poder público, sobretudo das medidas restritivas de direitos, o princípio da proporcionalidade iniciou o longo caminho de consolidação, com respaldo na idéia do controle dos atos de polícia em estado de antagonismo à concepção de discricionariedade, que, se não limitada, poderia resultar em arbitrariedade.

Na França, portanto, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ocorreu no âmbito do direito administrativo e além desta seara pouco se desenvolveu, porquanto ausente, nesse país, um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, o que dificultou sua aplicação fora da esfera administrativa³⁹.

De qualquer modo, o controle dos atos do poder público, consolidado pela doutrina francesa, recebeu acolhimento em outros países na Europa. Na Alemanha, por exemplo, ganhou contornos constitucionais por obra do *Bundesverfassungsgericht*. Nesse país, sobretudo após os atos de barbárie cometidos contra os direitos humanos na Segunda Guerra Mundial e, por conseguinte, diante da necessidade de um maior controle dos atos legislativos

³⁸ LOCKE; KANT; ROUSSEAU; MONTESQUIEU apud SARMENTO, 2006, p. 6-9.

³⁹ Barros (2000, p. 43) lembra que já há quem sustente seu grau de cânone constitucional, a despeito da ausência de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis francesas.

como forma de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade ganhou *status* constitucional, com especial importância no reconhecimento da necessidade de controlar as restrições legais a esses direitos⁴⁰. O direito alemão influenciou outros países da Europa, que acolheram o princípio da proporcionalidade em sede constitucional, tais como a Itália, Portugal, Espanha, entre outros. Portanto, países com tradição *romano-germânica*.

Nos países com tradições jurídicas estruturadas na *common law*, aponta a doutrina que o princípio da proporcionalidade teve origem remota na cláusula *law of the land*, inscrita no art. 39 da Magna Carta de 1215, a despeito de o direito inglês não se ter firmado como referência no controle de constitucionalidade das leis, o que de certo modo explica a ausência de desenvolvimento do princípio da proporcionalidade⁴¹.

O direito inglês, contudo, influenciou o sistema dos Estados Unidos. Nesse país, o princípio da proporcionalidade foi acolhido pelo epíteto de princípio da razoabilidade, sobretudo a partir da interpretação evolutiva da cláusula do *due process of law* (devido processo legal), albergada na 5ª e 14ª emendas à Constituição norte-americana⁴².

Nos Estados Unidos, o devido processo legal contribuiu para formar as bases do controle de constitucionalidade das leis, mas sua evolução interpretativa registra uma variedade de sentido e aplicação ao longo tempo. Tanto assim que a doutrina aponta três fases na sua trajetória⁴³.

Na primeira, que se estende até o século XIX, o devido processo legal recebeu guarida sob o aspecto procedimental (*procedural due process of law*), que dizia respeito, assim, à regularidade dos processos, ao direito ao contraditório, à ampla defesa, à produção de provas, à assistência por advogado, enfim, destacava-se por se constituir num momento em que a cláusula *due process of law* representava uma garantia de ordem processual. Neste período os juízes americanos não faziam qualquer julgamento sobre a justiça das leis.

Na segunda fase, a idéia de não-interferência do Judiciário foi modificada no final do século XIX, quando a Suprema Corte norte-americana, a partir de uma visão bastante

⁴⁰ Nesse sentido, averbando com especial precisão, Barros (2000 p. 47-48): “O princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado pela Corte Constitucional alemã no controle das leis restritivas de direitos, firmando-se a teoria de que a sua violação acarreta mesmo a inconstitucionalidade da providência legislativa. A fórmula adotada, bem de ver, contém o substrato teórico necessário para fundamentar a decisão político-jurídica dos juízes e tribunais, quando o arbítrio legislativo é evidente, mas nem sempre comprovado com facilidade pelo confronto da lei à Constituição.”

⁴¹ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 82-83.

⁴² BARROSO, 2004, p. 218.

⁴³ Há quem defenda a existência de apenas duas fases no desenvolvimento do devido processo legal nos Estados Unidos. Essa é a posição de Luís Roberto Barroso. Cf. em BARROSO, op. cit., p. 219. Em sentido contrário, compreendendo a existência de três fases, Cf. Sarmento, 2002, p.83.

exacerbada do liberalismo econômico, deu início a um período marcado por um juízo de razoabilidade das leis que, de certo modo, aproximava-se do subjetivismo. Esta fase é conhecida como a era *Lochner* em razão do *case Lochner vs. New York* julgado em 1905, no qual se discutiu sobre a violação do devido processo legal substantivo por uma lei do Estado de Nova Iorque que havia fixado a jornada de trabalho para os padeiros. A Suprema Corte declarou que a lei violava o princípio do devido processo legal substantivo por interferir na liberdade de contratação.

Na década de 30, após a crise da bolsa de Nova Iorque em 1929, o declínio do liberalismo econômico teve seu ponto culminante e disso resultou uma modificação no papel do Estado, que passou a protagonizar uma fase intervencionista, sob as bases das concepções keynesianas, dando ensejo a uma nova fase da Suprema Corte Americana, que, revendo sua posição anterior, após tensões entre o Executivo e o Judiciário, transferiu os direitos fundamentais para o centro das questões jurídicas.

Hoje, como registra Barros⁴⁴, a Suprema Corte norte-americana tem sido cautelosa na avaliação da justiça das leis, mas isto não quer dizer que tenha abdicado do papel de aferir a legitimidade das medidas legislativas que importem restrição à esfera de liberdade do cidadão. De toda forma, vale o registro de que a intervenção judicial nas escolhas legislativas vive um momento de refluxo no direito norte-americano, sobretudo nas últimas décadas diante de governos republicanos que têm direcionado as nomeações para juízes que rejeitam o ativismo judicial declarado⁴⁵.

Nesse sentido, a origem do princípio da proporcionalidade nos Estados Unidos está ligada ao desenvolvimento interpretativo que tem sido conferido pela Suprema Corte americana sobre o devido processo, onde o juízo de razoabilidade leva em conta uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir na avaliação da proporcionalidade das medidas restritivas de direitos, de sorte a ser ponderada uma relação de custo/benefício social.⁴⁶

⁴⁴ BARROS, 2000, p. 65.

⁴⁵ BARROSO, 2004. p. 220-223.

⁴⁶ BARROS, loc. cit. Góes (2004, p. 58), por sua vez, averba o seguinte: “No direito americano, constata-se, portanto, que os excessos cometidos pelo Poder Público são verificados e repelidos por meio da interpretação e aplicação do princípio da razoabilidade. Se o enunciado jurídico decorrente do Poder Legislativo não estiver balizado pela racionalidade e igualdade, como instrumento de defesa dos direitos individuais, o Poder Judiciário desconsidera a norma posta pelo Poder Legislativo e não a aplica, embasando-se no princípio da razoabilidade, como parâmetro para a aceitação da decisão pela sociedade.”

2.4.2 Compreensões terminológicas

São comuns algumas associações feitas ao princípio da proporcionalidade com certas categorias jurídicas muito próximas de sua raiz. Aqui já tivemos a oportunidade de citar o princípio da razoabilidade que, na sua essência, consoante lição de Barroso⁴⁷, constitui conceito com o qual o princípio da proporcionalidade mantém uma relação de fungibilidade. No mesmo sentido é o pensamento de Sarmiento⁴⁸ quando diz que não obstante tais categorias pertencerem a matrizes históricas diferentes isso não afasta o fato de que são, na prática, fungíveis.

A noção de proporcionalidade (ou razoabilidade) denota uma idéia de adequação, idoneidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, equidade, proibição de excesso. Trata-se de conceito amplo, mas que remete o intérprete a uma assertiva inarredável: equilíbrio entre meios e fins. No dizer de Guerra Filho⁴⁹, o princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito. Já, para Bonavides⁵⁰, é hoje o axioma da Constituição, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito.

Para nós, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como uma norma jurídica (princípio constitucional implícito) que fundamenta a coibição dos atos do Poder Público quer seja na invalidação (entenda-se inconstitucionalidade) das leis, quer seja na anulação dos atos administrativos, bem como dos atos travados nas relações entre particulares⁵¹, que violem uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo, isto é, quando os meios destinados a realizar um fim não se mostrarem adequados e exigíveis ou quando houver uma manifesta desproporção entre meios e fins.

2.4.3 Fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade

A preocupação que se tem hoje com o fundamento do princípio da proporcionalidade reside na necessidade de conferir a este postulado maior respaldo para sua aplicação e, por via

⁴⁷ BARROSO, 2004., p.224.

⁴⁸ SARMENTO, 2002, p. 87.

⁴⁹ GUERRA FILHO, 2001, p. 64.

⁵⁰ BONAVIDES, 2000, p. 397.

⁵¹ Tomemos, por exemplo, o ato do empregador que dispensa seu empregado por justa causa, quando, a despeito da pena aplicada, o ato praticado pelo obreiro não se configura como falta a recomendar a mais severa punição. Nesse sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade como requisito na aplicação das penas previstas no art. 482 da CLT. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2006. p. 1187-1191.

de conseqüência, maior possibilidade de exigência, especialmente como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Mas não há consenso na doutrina sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade. Há quem defenda que tal fundamento dimana do § 2º, do art. 5º, da CF/88, mas outros o localizam no devido processo legal, especificamente no art. 5º, inciso LIV, da Constituição ou, de modo amplo, em vários dispositivos constitucionais ou, ainda, como encartado no próprio Estado de Direito.

Bonavides⁵² pode ser apontado como expoente do primeiro grupo, porquanto sustenta que o fundamento do princípio da proporcionalidade decorre do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88. Essa posição de Bonavides, contudo, não nos parece adequada ao que o próprio autor defende em outra passagem de sua obra, pois ao tratar do princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional e fundamento de um novo Estado de Direito, diz o seguinte: “*Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939 – 1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado (...)*”⁵³. Assim, Bonavides parece trilhar tanto o caminho dos que defendem que o princípio da proporcionalidade deriva do Estado de Direito (ou, melhor dizendo, de um novo Estado de Direito, conforme ele próprio deixa consignado), como também o caminho daqueles que o localizam encartado no § 2º, do art. 5º, da CF/88.

Para os que compreendem que o princípio da proporcionalidade dimana do devido processo legal - neste rol, vale citarmos, entre muitos, Luís Roberto Barroso -, ressalta a doutrina que tal compreensão decorre da raiz histórica do princípio da razoabilidade que, como vimos, tem sua origem e desenvolvimentos vinculados à garantia do *due process of law*, acolhido positivamente nas 5º e 14º emendas da Constituição Americana⁵⁴.

⁵² Para Bonavides (2000, p. 396): “*O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.*”

⁵³ Ibid., p. 362.

⁵⁴ BARROSO, 2004, p. 218.

Em outro sentido está situada a corrente que concebe o princípio da proporcionalidade compreendido em vários dispositivos da nossa Constituição Federal. Nessa corrente podemos verificar a presença de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵, que aponta como respaldo a este princípio o art. 37, conjuntamente com os arts. 5º, II e 84, IV, todos da Constituição Federal de 1988.

Por fim, a corrente que localiza o princípio da proporcionalidade no Estado de Direito. Neste grupo, como lembra Gisele Góes⁵⁶, situa-se Konrad Hesse, para quem, como derivação desse princípio que busca a decisão fundamental, dada sua condição de princípio dirigente, encontram-se fundados a proporcionalidade, o mandamento da proteção da confiança e o direito a um procedimento honesto⁵⁷.

Gisele Góes⁵⁸, por sua vez, trilha o caminho de Konrad Hesse, acrescentando, contudo, que esse Estado é o democrático, como premissa-chave de onde decorre toda a principiologia do sistema jurídico, especificamente o princípio dos princípios da proporcionalidade, que conclama o Poder Judiciário, Legislativo e Executivo à sua execução fiel, sob pena de violação da estrutura político-social e jurídica adotada pelo país.

Em posição de convergência entre o Estado de Direito e a idéia mesma de direitos fundamentais, especialmente no contexto normativo onde estes e os mecanismos de sua proteção estão inseridos na Constituição Federal, podemos citar a presença de Barros⁵⁹, que entende não ser correto assinalar uma dualidade de posição entre a fundamentação do princípio da proporcionalidade a partir da essência dos direitos fundamentais e aquela outra, a

⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101-102.

⁵⁶ GOÉS, 2004, p. 75.

⁵⁷ Hesse (1998, p. 158-159) coloca a questão nos seguintes termos: *“Na prática judicial do Tribunal Constitucional Federal, essa orientação nem sempre ficou clara, assim, quando o tribunal partiu de uma “imagem global pré-constitucional” do estado de direito ou aceitou expressamente a “tradição do estado de direito liberal burguês. Com razão, entretanto, o tribunal renunciou a uma definição global, já que uma tal, de outra forma como no conceito de democracia, até agora não foi pedida. Ele entende o princípio do estado de direito como “decisão fundamental” ou como “princípio dirigente” que, mais além dos mandamentos da previsibilidade, da certeza jurídica e da exatidão material ou justiça não contém, em todos os pormenores, mandamentos ou proibições de hierarquia constitucional univocamente determinados e carece “da concretização conforme as realidades materiais”.* A questão sobre o seu conteúdo específico, ele responde, em avanço cuidadoso contínuo, cada vez, só tanto quanto é necessário para a decisão do caso dado. Ele, deste modo, continuou a desenvolver e, em numerosas direções, desdobrou concretamente o princípio do estado de direito. De significado essencial são nessa conexão, nomeadamente o mandamento da proteção da confiança, o princípio da proporcionalidade e o direito a um procedimento honesto, que são derivados do princípio do estado de direito e, com isso, obtêm hierarquia constitucional.”

⁵⁸ GOÉS, op. cit., p. 77.

⁵⁹ BARROS, 2000, p. 95.

partir da concepção de Estado de Direito, uma vez que ambas constituem idéias indissociáveis⁶⁰.

Bonavides⁶¹ parece fornecer os elementos necessários à conclusão do pensamento de Barros acerca da idéia de que este princípio está indissociavelmente interligado tanto aos direitos fundamentais quanto ao Estado de Direito. Nesse sentido, averba:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto a outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Com efeito, se considerarmos que após o final da Segunda Guerra mundial surge o que Bonavides⁶² chama de um segundo estágio do Estado de Direito - considerando que o primeiro teve declínio juntamente com a máxima da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição Weimar; e o outro, em ascensão, atado ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica -, não nos parece coerente entender que o princípio da proporcionalidade possa ser entendido fora do contexto normativo dos direitos fundamentais, bem como da natural vinculação desses com o Estado Democrático de Direito.

Diante disto, acolhemos como fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade os direitos fundamentais e, por conseguinte, a própria concepção de Estado Democrático de Direito que, de modo indelével, encontra-se atada à realização de seus fundamentos, destacando-se dentre eles a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), compreendendo a base de todo o sistema jurídico e premissa maior de orientação dos atos do poder público nas três esferas de poder (art. 2º, caput, CF/88).

2.4.4 Subprincípios ou elementos da proporcionalidade

Cumpre-nos assinalar, preliminarmente, que o estudo do princípio da proporcionalidade não pode fugir do exame dos elementos parciais ou subprincípios que compõem sua estrutura. Assim, como reconhecido amplamente pela doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) é formado pela adequação

⁶⁰ Nesse sentido, Barros (2000, p. 97) arremata: “Direitos fundamentais são, por conseguinte, dimensões indispensáveis do Estado Brasileiro. Mas um tal Estado, que tenha como função e fim a proteção de direitos dos seus cidadãos, só pode ser implementado sob as bases dos direitos. Da mesma forma, dialeticamente, este Estado de Direito só pode ser democrático (...)”

⁶¹ BONAVIDES, 2000, p. 359.

⁶² *Ibid.*, p. 362.

(*Geeignetheit*), necessidade (*Enforderlichkeit*) e pela proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)⁶³.

No que diz respeito à adequação, a pergunta que deve ser respondida para que se infira sobre sua presença é a seguinte: o meio escolhido é adequado (ou suscetível) de atingir o fim (ou o resultado) pretendido? A adequação, portanto, está ligada à idéia de conformidade ou suscetibilidade de que o meio escolhido é apto a alcançar o fim desejado. Examina-se, assim, a conformidade ou uma relação de congruência entre o meio e o fim perseguido⁶⁴. Nesse sentido é a posição de Guerra⁶⁵, para quem, de acordo com a regra de adequação, o intérprete deve buscar uma exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos a proporcionar o atingimento desses fins.

No campo das declarações de inconstitucionalidade de leis, a aplicação do subprincípio em tela encontra acolhida na lição de Barros⁶⁶, de acordo com a qual, entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a respaldar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois se não for apta para tanto há de ser considerada inconstitucional.

Em lição sobre o passo-a-passo no exame deste subprincípio na verificação das leis, Sarmiento⁶⁷ expõe o seguinte:

Nessa linha, quando o juiz vai verificar a observância, por determinada norma, do subprincípio da adequação, ele deve, em primeiro lugar, perquirir quais os fins almejados pelo legislador ao editar tal norma. Em seguida, ele tem que analisar se a norma presta-se, ao menos em tese, para a consecução dos resultados colimados pelo legislador. Caso isto não ocorra, a norma será inconstitucional e deverá ser invalidada.

⁶³ Nesse sentido é o pensamento de Alexy (2007, p. 110), que além de apontá-los como componentes do princípio da proporcionalidade, afirma que todos os três expressam a idéia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Assim, como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.

⁶⁴ A propósito, remetemos o leitor ao que diz Sarmiento (2002, p.87): “O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada”.

⁶⁵ O autor observa, ainda, que a proporcionalidade consiste numa simples correspondência fática entre meios e fins. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

⁶⁶ BARROS, 2000, p. 76.

⁶⁷ SARMENTO, 2002, p. 87-88.

Portanto, o elemento da adequação tem por escopo possibilitar maior ingerência no exame da conformidade entre meios e fins. E, na aferição da constitucionalidade das leis, caberá ao juiz atuar com cautela, tendo em vista os fins almejados pelo legislador.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade (ou exigibilidade), de acordo com o qual a medida não poderá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, isto é, uma medida, para ser admissível, deve ser necessária⁶⁸. O princípio da necessidade está especialmente vinculado à idéia da escolha do meio mais suave ou menos oneroso do ponto de vista da restrição a direitos. Assim, segundo o jargão popular, dos males deve-se escolher o menor.

Para Sarmiento⁶⁹, o elemento da necessidade impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral.

Avaliam-se, portanto, os meios segundo a perspectiva das restrições (ou prejuízos) que deles podem decorrer. Assim, o meio a ser escolhido deve ser o estritamente necessário para a consecução do fim e, ao mesmo tempo, deve ser também o que imponha menos prejuízos, isto é, menos restrição a direitos fundamentais^{70 e 71}.

Por sua vez, é por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que o intérprete sopesará os valores em conflito no caso concreto e fará a opção pelo caminho que melhor atenda aos direitos colidentes, evitando a limitação total de um deles ou, melhor dizendo, sufragando uma solução que não importe em desrespeito ao núcleo essencial do direito (entenda-se, igualmente, princípio) preterido, o que resultaria em ofensa à dignidade do seu titular.

Para Barros⁷², vale ressaltar, a idéia de equilíbrio entre valores e bens contida no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quer dizer que o juiz, quando

⁶⁸ BONAVIDES, 2000, p. 360-361.

⁶⁹ SARMENTO, 2002, p. 88.

⁷⁰ Acerca deste elemento ou subprincípio da proporcionalidade, Barros (2000, p. 81) adverte que o juízo sobre a exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário em função do meio eleito.

⁷¹ Por sua vez, entendo haver uma relação entre adequação e necessidade, Mendes (1999, p. 192): “O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

⁷² BARROS, 2000, p. 83

considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido.

Bonavides⁷³ diz que no subprincípio da proporcionalidade estrita a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Sarmiento⁷⁴ entende que este subprincípio convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Assim, de um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida e, no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.

Para Alexy⁷⁵, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendido como mandado de ponderação. Assim, diz que esse subprincípio significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas⁷⁶, bem como que ele é idêntico como uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”, compreendida esta no seguinte sentido: *“Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”*.

Portanto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito alberga um raciocínio ponderado. É por meio dele que o intérprete sopesará os valores em conflito no caso concreto, avaliando qual dos interesses em jogo deverá receber maior densidade, sem que, e não obstante isso, seja totalmente invalidado o interesse sacrificado.

A ponderação, contudo, envolve uma técnica que precisa de uma abordagem mais detalhada.

2.4.5 A ponderação de interesses

A ponderação de interesses é hoje um dos temas mais recorrentes nas reflexões que tanto a doutrina jurídica constitucional quanto de outros ramos do direito vêm acolhendo. Por

⁷³ BONAVIDES, 2000, p. 361.

⁷⁴ O autor, contudo, faz uma advertência sobre a possibilidade de certa dose de subjetivismo no uso da ponderação, razão pela qual recomenda ao juiz uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade fundado neste subprincípio, a fim de elidir uma substituição da ponderação feita pelo legislador pela ponderação feita pelo juiz. Cf. SARMENTO, 2000, p. 89.

⁷⁵ ALEXY, 2002, p. 111.

⁷⁶ Para o autor, os princípios da idoneidade e necessidade tratam da otimização relativamente às possibilidades fáticas.

meio dessa técnica de julgamento o juiz pode resolver os conflitos que envolvem os direitos fundamentais. Tal constatação, porém, não elimina uma preocupação crescente da doutrina com o uso desmedido desta solução, mormente em situações em que não subsistem, de fato, colisões de direitos, quando, em tal hipótese, estaria o juiz substituindo a vontade do legislador eleito pelo povo pela sua própria, ou seja, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e do próprio regime democrático⁷⁷. Outra crítica dirigida à ponderação diz respeito ao elevado grau de subjetivismo e, por conseguinte, decisionismo judicial em que preferências por vezes não justificadas ditam o resultado de um conflito.

Sem embargo das críticas que atingem esse meio de solução de antinomias em casos concretos, entendemos que hoje é necessário analisarmos alguns dogmas com certa parcimônia e compreendê-los a partir não só de novos paradigmas como também da necessidade de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Assim, não podemos deixar de observar que a exigência de um julgador apartado da realidade social e de suas convicções políticas, sociais e culturais remonta à idéia (ou mito) de uma ciência ou, melhor, de um pesquisador que não interage com o objeto de estudo^{78e79}, mais ainda, às idéias liberais de liberdade que repercutiram decisivamente na

⁷⁷ No sentido de que as decisões devem espelhar bases majoritárias e democráticas, afirma Barcellos (2005, p. 43): “De forma esquemática, em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua vinculação a decisões majoritárias”.

⁷⁸ Vivemos o tempo de mudanças de paradigmas em vários campos do conhecimento. Da filosofia ao direito algo vem mudando no mundo científico. Vislumbra-se, pois, o fim de um ciclo de hegemonia de certa ordem científica, que seguiu um modelo de racionalidade construído a partir da revolução científica do Século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes. Com características totalitárias, o modelo hegemônico tem raízes na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na síntese da ordem cósmica de Newton e na consciência filosófica de Bacon e Descartes. De acordo com este modelo o que não é quantificável é cientificamente irrelevante, daí ser necessário reduzir a complexidade, de modo que o importante é dividir e classificar para depois determinar relações sistemáticas entre o que se separou. A melhor resolução deve partir em primeiro lugar da divisão em tantas parcelas quanto for possível. A mudança do paradigma dominante para o emergente decorreu da revolução científica que se iniciou com Einstein e a mecânica quântica. E o primeiro corte veio com um de seus pensamentos mais conhecidos que é o da relatividade. Contudo, por ser ainda dominante o método chamado de cartesiano, o emergente repercute de modo desigual e é por isso que os seus efeitos não são facilmente percebidos, de tal forma que as mudanças são muitas vezes graduais e mesmo nas ocasiões em que ocorrem algumas rupturas subsistem intactos certos aspectos do conhecimento acumulados no passado, sob a égide de outros paradigmas. De qualquer modo, o paradigma dominante deixou suas marcas em dois aspectos tidos como verdadeiros mitos da pureza científica: a neutralidade e a objetividade. O primeiro compreendendo o distanciamento do cientista ao objeto a ser estudado; o segundo, por sua vez, consubstanciado a partir de princípios, regras e conceitos de validade geral, independente do ponto de observação e da vontade do observador. É certo dizer, pois, que o paradigma dominante fincou raízes não apenas nas ciências naturais, mas também no direito, sobretudo pelo apego a certos dogmas, tais como a exigência de um juiz distante das partes e dos fatos da causa ou a própria concepção que nega o papel criativo do magistrado. Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Portugal: Edições Afrontamento, 2002.

formação e manutenção de certos dogmas, dentre eles a premissa de que o juiz deve ser *la bouche de la loi* (a boca da lei), isto é, “não mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”⁸⁰.

Logo, por imposição da separação dos poderes, segundo o prisma liberal, não caberia ao juiz qualquer papel criativo⁸¹ sob o argumento de que a lei é a verdadeira e única fonte do direito, elaborada pelo legislador e à disposição do Estado-juiz exclusivamente para aplicá-la mediante silogismo em que a lei é a premissa maior, os fatos a premissa menor e a sentença a conclusão ou síntese. Daí por que - de acordo com o paradigma do Estado Liberal - o juiz deve aplicar a norma preexistente e não criar o direito, pois isto significaria o reconhecimento de um “governo dos juízes”.

As mudanças ocorridas ao longo da história e do pensamento científico e jurídico abriram as portas aos questionamentos de muitos dogmas, possibilitando, com isso, uma compreensão diferente do papel que deve desempenhar o Judiciário na entrega da tutela jurisdicional. Os limites do presente trabalho, contudo, não autorizam um aprofundamento de todos os aspectos a que nos reportamos, mas ainda assim nos levam a concluir que em termos de direito e processo o juiz deve alinhar-se com a perspectiva de realização da tutela jurisdicional de modo rápido, útil e eficaz⁸².

Por outro lado, as críticas desferidas contra o uso da ponderação de interesses tendem a contribuir no processo de fixação de parâmetros mais objetivos, sobretudo na construção de uma metodologia racional e controlável que lhe informe o conteúdo⁸³.

Nesse sentido, devemos considerar que o direito sempre envolve uma ponderação, pois o legislador, no processo de criação da norma, também avalia as vantagens e desvantagens envolvidas em determinada questão e decide por um caminho. Ao Juiz, ao revés, são apresentadas razões contrastantes, ambas postulando prevalência, cabendo a ele decidir por uma delas ou por uma outra opção⁸⁴. Mas a ponderação de interesses, contudo,

⁷⁹ Sobre a perspectiva de que o juiz é um ser humano e que não está dissociado de suas convicções e vontades, Franco Filho (2004, p. 22) lembra muito bem o seguinte: “Assim têm sido os magistrados em todo o mundo. Ajudam e desaparecem, e ninguém mais fala deles. No entanto, por trás da toga, da imagem quase santa, às vezes carrancuda, encontra-se um ser humano, com sentimentos, com problemas, com questionamentos, com dúvidas, com incertezas, com vontades, que sorri, que chora, que canta, que ama. Acima de tudo, ama, e tem no amor o vínculo da perfeição de que falou São Paulo”.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

⁸¹ BARROSO, 2004, p. 313.

⁸² Para uma leitura sobre a influência do direito material sobre o processo, bem assim do compromisso de prestar da tutela jurisdicional de modo útil e eficaz, Cf. a obra de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸³ SARMENTO, 2002, p.99.

⁸⁴ BARCELLOS, 2005, p. 37.

como ensina Barcellos⁸⁵, é uma técnica ou meio de solução de conflitos normativos que envolvem valores em tensão, insuperáveis pelas formas da hermenêutica tradicional.

De acordo com Alexy⁸⁶, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação deve realizar-se em três graus: no primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção; no segundo grau trata-se da importância dos fundamentos que justificam a intervenção; somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação.

Sarmiento⁸⁷ afirma que a ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelos menos 2 (dois) princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Essa, então, a primeira tarefa do intérprete, isto é, proceder à interpretação dos cânones envolvidos com o fito de verificar se eles efetivamente confrontam-se na resolução do caso, ou se, ao revés, é possível harmonizá-los. Assim, ao proceder deste modo estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição⁸⁸.

A segunda tarefa, segundo Sarmiento⁸⁹, envolve a ponderação propriamente dita. Neste caso, o intérprete deve, à luz do caso concreto, impor “compreensões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro.

Assim, no processo de decisão deve o julgador pautar-se de modo racional e controlável. Em primeiro lugar, deve comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para tanto deve adotar como norte os valores encartados na Constituição. Em segundo, deve analisar, em face do problema, o peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. O nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. O grau de compreensão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto⁹⁰. As restrições, contudo, devem ser compatibilizadas pelo princípio da proporcionalidade. Assim, o julgador, no caso, deve buscar um ponto de equilíbrio que atenda aos seguintes imperativos: a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do

⁸⁵ Ibid., p. 38.

⁸⁶ ALEXY, 2007, p.68.

⁸⁷ SARMENTO, 2002., p. 99-100.

⁸⁸ No campo dos direitos fundamentais o procedimento de verificação do campo normativo de cada princípio envolvido corresponde à identificação dos “limites imanentes” de cada direito. Cf. SARMENTO, op. cit., p.100.

⁸⁹ Ibid., p. 102-106.

⁹⁰ Ibid., p. 104.

interesse contraposto; c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico⁹¹.

Sarmiento⁹² arremata dizendo o seguinte:

Além disso, a ponderação deve sempre se orientar ao sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente.

Ainda sobre a técnica da ponderação, Barcellos⁹³ apresenta uma proposta composta de três etapas. Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente encontram-se em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento da decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?

Após apresentar alguns aspectos que precisam ser levados em consideração pelo julgador tanto na primeira etapa quanto na segunda, Barcellos⁹⁴ indica que na terceira etapa, que é o momento de decidir, deve o intérprete observar o seguinte: a) compromisso com a capacidade de universalização dos argumentos empregados no processo, que devem ser aceitáveis para a comunidade em geral; b) a solução escolhida deve ser a que impõe menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos em discussão (concordância prática); c) quando a disputa envolver direitos fundamentais, a decisão lograda com o processo de ponderação não pode ultrapassar o núcleo de nenhum deles que, em sua opinião, não pode ser entendido como um núcleo rígido e absoluto, mas como um conjunto de parâmetros materiais preferencialmente construídos pela doutrina e jurisprudência acerca do conteúdo essencial dos direitos em questão.

Para nós, algumas questões devem ser avaliadas durante o processo de ponderação. Em primeiro lugar que o processo de ponderação pode ser realizado em três etapas: na primeira caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos a fim de que possa aferir se, de fato, existe o conflito; na segunda deverá apurar os aspectos envolvidos e a repercussão sobre as diferentes soluções indicadas, considerando o peso específico que cada

⁹¹ SARMENTO, loc. cit.

⁹² SARMENTO, 2002, p.105.

⁹³ BARCELLOS, 2005, p. 91-146.

⁹⁴ Ibid., p. 123.

princípio vai assumir na solução; na terceira, por fim, caberá ao intérprete decidir qual solução deverá receber maior peso.

Na técnica da ponderação, contudo, deve ser preservado um núcleo essencial dos direitos fundamentais, como conteúdo mínimo destes direitos, protegido de qualquer restrição⁹⁵. Neste particular, há dois grupos de concepções doutrinárias sobre o assunto: as teorias absolutas (núcleo duro) e as teorias relativas (núcleo flexível)⁹⁶.

Para as teorias absolutas, o núcleo essencial deve ser delimitado abstratamente para cada direito fundamental, não podendo sofrer qualquer tipo de restrição ou ser relativizado em nenhuma circunstância. Assim, para esta concepção, o intérprete já saberá, previamente, que há um limite objetivo para sua atuação.

Para as teorias relativas, o conteúdo essencial de um direito só pode ser verificado diante do caso concreto e, por conseguinte, só localizado após a ponderação⁹⁷. Assim, o núcleo essencial será identificado caso a caso, em função das circunstâncias da hipótese examinada.

Os críticos da primeira corrente apontam que esse núcleo abstrato não existe pronto em lugar algum, de modo que é uma ficção imaginar que o intérprete tem como conhecê-lo antecipadamente⁹⁸.

De outro giro, a crítica que se desfere contra as teorias relativas é a de que elas acabam por destruir a proteção dos direitos que a idéia de núcleo deveria assegurar, uma vez que se confunde e se dissolve na idéia de ponderação. Afinal, se o núcleo essencial deveria ser um limite à ponderação, como ele pode ser um resultado dela?⁹⁹

Barcellos¹⁰⁰, então, ainda sobre o tema, indaga o seguinte: qual diretriz deve ser seguida pelo intérprete na fase decisória da ponderação? Para esta autora, as teorias absolutas e relativas reduzem a pouco mais que nada o conceito de núcleo essencial ou conteúdo essencial, uma vez que ele não servirá de qualquer tipo de balizamento. Assim, responde apresentando como proposta o estudo ou a reflexão dos precedentes judiciais, com o fim de serem construídos os sentidos próprios de cada direito, na busca de parâmetros ou *standards* específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial.

⁹⁵ É o que ressalta Barcellos (2005, p. 123), quando diz que: “(...) a decisão que vier a ser apurada no processo de ponderação não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais”.

⁹⁶ Ibid., p. 142-144.

⁹⁷ Nesse sentido, Cf. ALEXY, 2002, p. 286-291.

⁹⁸ BARCELLOS, 2005, p. 143.

⁹⁹ Ibid., p. 144.

¹⁰⁰ Ibid., p. 144-145.

Para nós, a fixação de *standards* ou parâmetros específicos prévios sempre incorrerá no problema de se compatibilizar o núcleo essencial previamente fixado com a realidade do caso concreto, pois caberá ao Juiz avaliá-lo e tentar descobrir a qual princípio deve conferir maior peso, importância ou valor no caso em questão. Assim, acolhemos a teoria relativa, uma vez que o conteúdo essencial de um direito só pode ser verificado diante do caso concreto e, por conseguinte, só localizado após a ponderação¹⁰¹.

Outra questão também merece a atenção do julgador, de modo especial, no que diz com a legitimidade de sua decisão. É preciso ter em conta que a decisão judicial encontra-se vinculada ao sistema jurídico, de tal modo que a legitimidade de sua atuação decorre do respeito ao ordenamento. Assim, diante desta vinculação inarredável de respeito e observância ao sistema jurídico, deve o juiz motivar sua decisão.

A exigência de motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988). Tal exigência tem suma importância tanto no âmbito do processo (endoprocessual) quanto para fora do processo (extraprocessual), uma vez que, sob o prisma interno, poderão as partes tomar conhecimento das razões do julgador e decidir por aceitar ou não o caminho por este tomado e, no âmbito externo, a motivação se configura como uma forma de controle da sociedade, isto é, uma forma de legitimação do exercício do poder, daí se dizer que a motivação é uma exigência do Estado Democrático de Direito¹⁰².

Ora, se a decisão que implica na solução do caso mediante o uso da subsunção do fato à norma depende, para sua validade, de motivação, o que dizer então da decisão em que o julgador opera uma ponderação de interesses. Neste campo a motivação assume importância especial por envolver o processo de ponderação uma operação mais complexa.

De qualquer modo, a técnica da ponderação é uma necessidade diante da natureza aberta das normas constitucionais, que não possuem campos previamente delimitados de incidência, o que propicia o surgimento dos conflitos entre os direitos fundamentais. Daí por que – como imperativo de manutenção da unidade constitucional – exsurge a ponderação como forma de harmonizar os diversos direitos que coexistem em patamar de igualdade e importância.

¹⁰¹ No mesmo sentido é a posição de Sarmiento (2002, p. 113), quando afirma o seguinte: “Portanto, parece-nos que a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é a mais correta, por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complicadas”.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1, p. 372.

Por fim, entendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana deve orientar o intérprete no uso da ponderação, eis que concordamos com Sarmiento¹⁰³ quando afirma que tal princípio é o vetor material desta técnica, reduzindo substancialmente o risco de que sua realização comprometa a tutela dos direitos fundamentais. Ademais, deve o intérprete valer-se dos subprincípios da proporcionalidade a fim de que possa lograr a concordância prática entre os interesses constitucionalmente em jogo, com o fim de mitigar qualquer espaço de subjetivismo e conferir à técnica da ponderação maior racionalidade e justificação.

¹⁰³ SARMENTO, 2002, p. 145.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Direitos humanos e fundamentais

É freqüente o uso de algumas expressões para designar os direitos que são inerentes à pessoa humana¹⁰⁴. Nesse sentido, Sarlet¹⁰⁵ aponta o uso de certas denominações encontradas tanto na doutrina como no direito positivo (constitucional ou internacional), tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. Esta última, diz o citado autor, tem o mérito de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais¹⁰⁶.

Alguns autores utilizam os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos¹⁰⁷, outros, porém, os distinguem¹⁰⁸. A convergência se explica pelo fato de os direitos fundamentais serem, de certo modo, direitos humanos¹⁰⁹ ou, para alguns, deles decorrerem¹¹⁰.

De qualquer forma, a distinção não nos parece destituída de um significado e importância no estudo dos direitos fundamentais.

¹⁰⁴ Acolhemos a expressão “inerentes à pessoa” não como categoria própria do direito natural, mas pelo fato de ser a condição humana o pressuposto dos direitos humanos.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 33.

¹⁰⁶ Silva (1995, p.176-177), contudo, entende o seguinte: “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. No mesmo sentido, Moraes (2006, p.21), para quem “O conjunto institucionalizado dos direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais”.

¹⁰⁷ Cf. MORAES, 2006.

¹⁰⁸ De acordo com Sarlet (2007, p. 39) reconhecer a diferença não implica desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam. Assim, no que diz respeito aos documentos internacionais e internos de cada país, ocorre, hoje, um processo de aproximação e harmonização rumo ao que está sendo chamado de um direito constitucional internacional.

¹⁰⁹ SARLET, 2007. p. 35.

¹¹⁰ FRANCO FILHO, Geogenor de Souza. **Ética, direito e justiça**. São Paulo: LTr, 2004. p. 139.

É que nem sempre haverá coincidência entre os Direitos Humanos e os Direitos fundamentais como alerta Brito Filho¹¹¹, que adota posição no sentido de distinguir tais categorias:

Adotamos essa distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, com a seguinte observação: direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana. Não obstante, para nós, Direitos Humanos e Direitos fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, eles diferem no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre ambos, pois, além de ser comum que, no plano interno dos Estados, nem todos os Direitos humanos consagrados no plano internacional sejam reconhecidos, é comum também que alguns direitos só sejam reconhecidos como fundamentais em algum ou alguns Estados. Tome-se o exemplo o acréscimo de 1/3 na remuneração de férias, consagrado como direito fundamental dos trabalhadores pela Constituição Brasileira (artigo 7º, XVII) que, somente na situação particular de nosso país pode ser considerada como desdobramento do direito a justas condições de trabalho. *Idem* para o 13º salário (ainda do artigo 7º, agora no inciso VIII).

O autor coloca uma questão que merece realce: como “direitos fundamentais” devem ser entendidos os direitos do ser humano reconhecidos no plano jurídico-normativo interno de determinado Estado, ao passo que os “direitos humanos” devem ser entendidos como os direitos positivados no plano jurídico-normativo internacional, razão pela qual nem sempre haverá uma coincidência entre ambos, conquanto se destinem a garantir a dignidade da pessoa humana, são distintos por serem relacionados, cada qual na sua respectiva esfera, a ordens normativas nacionais ou internacionais, razão pela qual é possível encontrar determinadas garantias previstas no âmbito interno que inexistem no plano internacional¹¹².

Outro aspecto que reforça a importância de se estabelecer uma distinção terminológica entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” é o fato de que a eficácia dos direitos humanos, que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado, depende, regra geral, da sua recepção na ordem jurídica interna de cada país, bem assim da qualificação jurídica de que se revestem e que, por via de consequência, se lhes atribui. A questão, assim, diz respeito à força normativa dos documentos internacionais sobre direitos humanos no âmbito do direito pátrio¹¹³.

¹¹¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: Ltr, 2004. p. 35.

¹¹² No mesmo sentido é a posição de Sarlet (2007, p. 40), que afirma: “No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária - no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos - nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar - ressalvadas algumas exceções - bem além, como é o caso da nossa atual Constituição (...)”.

¹¹³ Tema dos mais debatidos é o que diz respeito aos efeitos jurídicos do ato de ratificação dos tratados internacionais no plano do ordenamento jurídico interno. A celeuma gira basicamente em função de duas concepções sobre a matéria: monista e dualista. A doutrina monista defende que a norma ratificada incorporaria

Assim sendo, acolhemos a lição sintética de Brito Filho sobre os direitos humanos¹¹⁴, que os compreende como o “conjunto de direitos necessários à preservação da dignidade da pessoa humana”.

A partir desta definição, podemos dizer que os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos que, no plano jurídico-normativo interno de determinado Estado, preservam a dignidade da pessoa humana¹¹⁵.

3.2 Breves apontamentos sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais

A doutrina¹¹⁶ registra que não foi na antigüidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, mas que neste período da história surgiu o legado da filosofia e da religião,

automaticamente à legislação interna do país, independentemente da prática de atos internos. A doutrina dualista, por sua vez, sustenta que a ratificação de um tratado internacional consistiria apenas na responsabilidade perante o plano internacional, exigindo-se a edição de leis próprias no direito interno. No Brasil a questão tem suscitado debates na jurisprudência e doutrina, inclusive entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Há posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia constitucional, mas supralegal com base no art. 5º, § 2º, CF/88, uma vez que o Ministro Carlos Velloso adotou posição em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos no julgamento do HC 82.424/RS, já o Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ, adotou posição pela hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Para Flávia Piovesan, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos possuem hierarquia constitucional. Assim, à luz do art. 5º § 2º da CF/88, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, de tal sorte que atribuiu a tais direitos a hierarquia especial de norma constitucional. É bom lembrar que os tratados de direitos humanos estabelecem parâmetros mínimos de proteção e, por conseguinte, buscam assegurar um padrão ético mínimo de salvaguarda da dignidade humana. Sendo assim, é com base no art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88 que a doutrina tem defendido que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza e hierarquia de norma constitucional, com aplicabilidade imediata. No que concerne ao disposto no § 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela conhecida reforma do Poder Judiciário, Flávia Piovesan defende que o advento de tal dispositivo fez surgir duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; b) os materialmente e formalmente constitucionais. Seriam, portanto, materialmente constitucionais os tratados de proteção de direitos humanos que ainda não passaram pelo crivo formal do *quorum* qualificado igual ao das emendas constitucionais, consoante estabelece o § 3º do art. 5º. Para estes tratados restaria inalterável a possibilidade de denúncia. E para os tratados materialmente e formalmente constitucionais, após a aprovação, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, não haveria mais a possibilidade de denúncia, eis que incorporados formalmente no texto. Nesse passo, defende Flávia Piovesan, a denúncia para os tratados materialmente constitucionais deve ser precedida também de autorização prévia do Legislativo como forma de democratização do processo de denúncia. Cf. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lobato. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005. p. 69. Para uma leitura sobre o assunto, recomendamos, ainda, FRANCO FILHO, Georgeton. Os tratados internacionais e a constituição de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia**, Belém: UNAMA, v. 1, n. 1, 2005.

¹¹⁴ BRITO FILHO, 2004, p. 37.

¹¹⁵ No mesmo sentido, entendendo que o valor dignidade compõe a base de fundamentalidade dos direitos fundamentais, ainda que, no caso de determinados direitos fundamentais, não haja uma direta e imediata relação com o princípio da dignidade. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 236-237.

¹¹⁶ SARLET, 2007, p. 45.

sobretudo de algumas idéias fundamentais que foram retomadas pelo jusnaturalismo, tendo este sido especialmente influenciado por elas, sobretudo no que diz com a concepção do ser humano e sua condição de ser titular de direitos naturais e inalienáveis e, especificamente, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, que encontram raízes na filosofia greco-romana e no pensamento cristão¹¹⁷.

Na Idade Média, contudo, surge o principal documento no que se refere à evolução dos direitos fundamentais, que foi a *Magna Carta Libertatum*, assinada em 21 de junho de 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e nobres ingleses. Este documento é citado como referência inicial para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal¹¹⁸ e a garantia da propriedade. Não obstante sua importância histórica, a Magna Carta de 1215 garantiu aos nobres direitos estamentais ou corporativos, próprios dos senhores feudais, colocando no limbo a maioria da população¹¹⁹.

Importante na evolução dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, pela qual se buscou a liberdade de opção religiosa e de cultos nos diversos países da Europa. Neste contexto são apontados como documentos de destaque o *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França em 1598, depois revogado por Luís XIV, os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, bem assim o *Toleration Act* da colônia americana de Maryland, em 1649, e o similar da colônia de *Rhode Island*, em 1663¹²⁰.

Destacam-se, ainda, alguns documentos firmados na Inglaterra, no século XVII, como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento inglês, o *Act of Settlement*, de 1701, bem como o *Establishment Act* também de 1701, que estabeleceu as leis da Inglaterra como naturais de seu povo.

Mas vale dizer que essas declarações não chegaram a constituir verdadeiros direitos fundamentais conforme a noção que hoje se atribui ao termo. A importância que se aponta

¹¹⁷ De acordo com Ana Paula de Barcelos (2008, p. 122): “A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. Mais que isso, a mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro (...)”.

¹¹⁸ Conforme o art. 39 da *Magna Carta Libertatum* – “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

¹¹⁹ É preciso descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desse e de outros documentos instituídos na época medieval, uma vez que estabelecidos num contexto social e econômico que se traduzia pela concessão de privilégios estamentais aos nobres.

¹²⁰ SARLET, 2007, p. 50.

diz respeito ao fato de terem significado uma evolução das liberdades medievais estamentais para as liberdades mais amplas de domínio público. Representaram, portanto, avanço ao contemplarem liberdades mais genéricas à população e apenas nisso reside o aspecto de relevância ao estudo da evolução dos direitos fundamentais.

Em 1776, inspirada pelos princípios iluministas e liberais, surge a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, sendo esta a primeira a registrar os direitos individuais do homem. Outras declarações americanas foram somando-se a essa na consagração dos direitos fundamentais em textos normativos. Já em 1789, na França, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que resultou do rompimento revolucionário com o antigo regime. A importância histórica deste documento pode ser inferida pelo que diz Guilherme Braga Peña de Moraes¹²¹:

Enquanto o *Bill of Rights* (1688) foi o documento fundante da monarquia constitucional britânica e a *Virgínia Bill of Rights* (1776) foi a primeira Declaração de Direitos propriamente dita, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão deve ser entendida como instrumento positivador do Estado Democrático de Direito, dotado de três características primordiais: universalismo, intelectualismo e individualismo.

Inspiradas pelo pensamento jusnaturalista, tanto as declarações americanas como a francesa tinham em comum a consagração dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” de acordo com os postulados do pensamento liberal-burguês¹²².

Importante notar que a passagem do Estado Monárquico para o Nacional Liberal não veio acompanhada de melhorias nas condições de vida da população. Não houve, de fato, uma preocupação com as mazelas sociais, pois para boa parte dos trabalhadores os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade só existiram de modo formal, sem qualquer repercussão efetiva na vida econômico-social que pudesse realizar a igualdade entre os indivíduos, no sentido que hoje se atribui como substancial ou material.

Com a expansão do Estado Liberal e a solidificação do modelo capitalista de produção, sobretudo no período marcado pela chamada Revolução Industrial, inicia-se um período de colapso social na Europa identificado por uma acentuada exploração do homem

¹²¹ PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997. p. 50.

¹²² As idéias de igualdade, liberdade e fraternidade se constituíram na base filosófica das revoluções liberais. Assim, tanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) estavam impregnadas de idéias jusnaturalistas de autores como Hobbes, Locke e Rousseau. A doutrina destaca, ainda, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, bem como o modelo econômico do *laissez faire* segundo o qual se depositava todo crédito no mercado para equilibrar as relações dos indivíduos e destes com o próprio Estado. Cf. BARROSO, 2004, p. 320.

pelo homem. A brutal exploração da mão-de-obra no setor fabril, sobretudo das mulheres e crianças, fomentou o processo de lutas sociais por melhores condições de vida.

A exploração oriunda das fábricas deu azo ao desenvolvimento de idéias que combatiam o liberalismo. O manifesto comunista de Marx e Engels (1848) apresentava a proposta de união dos trabalhadores contra a dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. O socialismo utópico também questionava o liberalismo, mas sem defender a tomada do poder pela revolução. Propunha, ao revés, medidas de conteúdo social. A doutrina social da Igreja, por sua vez, sustentava a necessidade de reconhecimento de direitos existenciais mínimos para os obreiros. Assim foi a proposta da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891, na qual se criticava o individualismo e apregoava uma participação mais ativa do Estado em defesa dos mais pobres.

Após algumas décadas eclode a Revolução Russa em 1917 e no mesmo ano surge a Constituição Mexicana, que lançou as propostas sociais nos países periféricos. Em 1919, também como marco desse período, a Constituição de Weimar¹²³.

Desse modo, em fins do Século XIX e início do Século XX surgiram as bases para um Estado de Bem-estar Social, baseado na premissa de que o Estado deveria constituir-se no agente interventor das relações privadas para regular a relação entre o capital e o trabalho. A consagração desse Estado Social veio acompanhada da constitucionalização de direitos destinados a assegurar condições mínimas de vida à pessoa humana. Assim, teve início o constitucionalismo social, que surgiu no primeiro pós-guerra, do qual saiu triunfante a social-democracia, dando início a um novo Estado que, ao contrário do liberal burguês, propugnava-se ao projeto social contemplado no plano normativo nas constituições sociais.

Mas a Constituição de Weimar não impediu a ascensão legal e eleitoral do Partido Nacional-Socialista ao poder. De fato, a legalidade do governo do Terceiro Reich decorria do sistema institucional da República de Weimar. Afinal, Hitler foi eleito *Reichskanzler* (chanceler do Reich) em 1933, de acordo com a Constituição de Weimar¹²⁴. Com o nazismo segue-se um dos capítulos mais negros da história da humanidade. A igualdade foi considerada como heresia por ser uma concepção liberal e a democracia liberal de Weimar foi posta em cheque pelos filósofos do direito e juspublicistas da época, pois era necessário

¹²³ De acordo com Peña de Moraes (1997, p. 58): “Afirmar-se, por oportuno, que a Constituição do Reich Alemão apresenta uma dupla importância. Em primeiro lugar, corresponde ao texto constitucional padrão do primeiro pós-guerra. Em segundo lugar, delimita a transição do constitucionalismo liberal, próprio do século XVIII e XIX para o constitucionalismo social, típico do século XX”.

¹²⁴ MORRISON, 2006, p. 363.

construir as bases do Estado total, sem separação de poderes. O comandante supremo deveria deter não só o poder governativo, mas também o de produzir as leis e o de julgador¹²⁵.

Com o final da Segunda Guerra Mundial o mundo assistiu aos acusados do Tribunal de Nuremberg alegar o cumprimento da lei e a obediência das ordens emanadas da autoridade competente¹²⁶. Para Flávia Piovesan¹²⁷, o julgamento pelas atrocidades cometidas na Era Hitler significou poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, pois não apenas consolidou a idéia da necessária limitação da soberania nacional como se reconheceu que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional, na condição de sujeitos de direito.

Assim, entre tantos documentos internacionais, surgidos no período do pós-guerra, que podem ser destacados como importantes na evolução dos direitos humanos e, por assim dizer, dos direitos fundamentais, válido destacar a Carta das Nações Unidas de 1945, que consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, mas que deixou em aberto a definição do conteúdo das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que veio definir “direitos humanos e liberdades fundamentais” ao estabelecer duas categorias de direitos, quais sejam os civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Outros documentos internacionais serviram para consolidar os direitos humanos no plano internacional, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais formaram a Carta Internacional dos Direitos Humanos ou a *International Bill of Rights*¹²⁸.

Por fim, asseveramos que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 afirmou a universalidade desses direitos¹²⁹, ou seja, de que todos os indivíduos, em qualquer parte do

¹²⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de: Marco Kell; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 124.

¹²⁶ Esse capítulo da história é especialmente importante na compreensão de que o direito não se restringe apenas à lei, além de constituir ponto de referência na evolução dos direitos fundamentais, sobretudo no que diz com sua internacionalização, pois o processo de afirmação destes direitos nas constituições atuais decorre dos documentos internacionais produzidos após a Segunda Guerra Mundial.

¹²⁷ Piovesan (2006, p. 332-335) assevera que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não apenas incorporaram os direitos originariamente previstos na Declaração Universal de 1948, mas os estenderam na medida em que o primeiro consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos civis e políticos e, o segundo, consagrou a aplicação progressiva à completa realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

¹²⁸ Esses documentos foram aprovados em 1966, mas só entraram em vigor em 1977, por falta de ratificações suficientes.

¹²⁹ De acordo com Piovesan (2006, p. 334), a concepção universal dos direitos humanos sofreu e sofre fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural. Assim, por este prisma cada cultura possui seu próprio discurso sobre os direitos fundamentais, relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. A corrente universalista, contudo, com a qual compartilha a autora, consagra que todos os

Mundo ou país, são portadores da dignidade inerente à condição de pessoa. E essa concepção universal também trouxe para o centro do sistema jurídico doméstico dos Estados uma relação quase umbilical entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, na medida em que estes surgiram – regra geral - como uma exigência do valor dignidade, ao passo que é mediante a “otimização” de tais direitos que o valor dignidade é realizado.

A partir desse momento histórico de universalização da premissa de preservação da dignidade humana, e notadamente na atualidade, os direitos fundamentais foram colocados no ponto mais elevado da escala hierárquica do sistema jurídico, consubstanciando correto entendimento de que são diretrizes a serem utilizadas na criação, interpretação e aplicação das demais normas jurídicas, bem assim na solução dos casos concretos levados a juízo.

3.3 As dimensões dos direitos fundamentais

Vimos que os direitos fundamentais passaram por diversas transformações ao longo da história. Importa agora abordar como tais direitos vêm sendo classificados pela doutrina diante dos fatos históricos.

Há quem defenda a divisão dos direitos fundamentais em três gerações, mas também é possível encontrar autores que postulam uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações. Em primeiro plano, a classificação dos direitos fundamentais em “gerações” já se depara com abalizada doutrina em sentido contrário, na medida em que a expressão “geração” apresenta uma imprecisão terminológica de conduzir ao entendimento de que entre tais direitos emerge uma relação estanque, compartimentalizada, não-cumulativa, isto é, que haveria superação de uma geração por outra.

A divisão dos direitos fundamentais em “gerações” é incompatível com a formação e afirmação histórica destes direitos¹³⁰, pois ainda que sejam apontados - para uma melhor compreensão - em gerações, são sempre cumulativos e complementares uns em relação aos

direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, mas enfatiza Flávia Piovesan um “universalismo de confluência”, ou seja, um universalismo de ponto de chegada e não de ponto de partida. Acredita, assim, na abertura de um diálogo entre as culturas, com respeito à dignidade e inspirada pela observância de um “mínimo ético irredutível”, alcançado pelo universalismo de confluência. Ainda sobre este assunto, Brito Filho (2004, p. 41) afirma: “O caminho, entretanto, não é o relativismo, assim como não é o universalismo em sua forma mais ortodoxa, rígida. Há uma ordem internacional para os direitos humanos, isso é um fato e uma necessidade. Ela, entretanto, deve ser estabelecida em cima de uma pauta mínima, que possa ser tida efetivamente como universal, e necessária à preservação da dignidade da pessoa humana, que é a base, entendemos, da construção de qualquer pensamento a respeito de Direitos Humanos. Essa ordem, todavia, deve ser, em certos aspectos, dotada de flexibilidade suficiente para respeitar a adoção, em culturas distintas, de modos distintos de viabilizar direitos”.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

outros. Assim, evoluem sem eliminarem-se mutuamente e encontram a força motriz capaz de realizar a dignidade da pessoa humana em constantes relações interativas, daí dizer Sarlet¹³¹, com acerto, que os direitos fundamentais se encontram em constante processo de expansão, acumulação e fortalecimento.

Assim, defendendo uma classificação dimensional, Guerra Filho¹³² afirma:

Que ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘dimensões’ de direitos fundamentais, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de uma geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para atendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los.

No mesmo sentido se posiciona Brito Filho¹³³:

Preferimos essa última denominação, dimensões dos Direitos Humanos, então, em vez de gerações. É que, não obstante se possa falar em gerações, dando sentido cronológico aos Direitos Humanos, ou seja, classificando-os a partir de seu reconhecimento, tal classificação, além de tornar possível a idéia incorreta de superação de uma geração por outra, o que não é o caso, ainda possibilita a ampliação das gerações, com o reconhecimento de uma quarta, e até de uma quinta geração.

Com efeito, tendo em vista que os direitos fundamentais são cumulativos e complementares, acolhemos como sentido adequado à classificação dos direitos fundamentais a terminologia dimensional, que os concebe em dimensões ao invés de gerações.

Outra questão importante diz respeito ao fato de que é freqüente o uso da classificação dimensional muito mais no que concerne aos direitos humanos. Entretanto, na lição de Sarlet, o uso se aplica igualmente aos direitos fundamentais de cunho constitucional¹³⁴.

Superadas essas questões preliminares, passemos ao estudo das dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem nas primeiras constituições escritas marcadas pelo pensamento liberal do século XVIII¹³⁵. Eles albergam as liberdades públicas ou direitos de liberdade, os direitos civis e políticos. Afirmam-se como direitos de

¹³¹ SARLET, 2007, p. 54.

¹³² GUERRA FILHO, 2001, p. 39.

¹³³ BRITO FILHO, 2004, p. 36-37.

¹³⁴ SARLET, 2007, p. 55.

¹³⁵ O paradigma do Estado liberal foi marcado pelas intenções antagônicas ao despotismo característico do antigo regime, bem assim aos privilégios oriundos do nascimento. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant construíram as bases dos direitos do homem, segundo a premissa de que tais direitos existiriam pela própria condição humana e que por isso deveriam ser observados e respeitados pelo Estado. Assim concebidos, representavam uma conseqüente abstenção do próprio Estado, que não poderia invadir a esfera privada dos indivíduos, mas observá-los como limites à sua atuação. Com a derrocada do absolutismo, que se caracterizou pela centralização do poder nas mãos do monarca e nos privilégios usufruídos pela nobreza e pelo clero, surgiu a necessidade de se estabelecer a proteção do indivíduo contra o poder do Estado, assegurando-lhe uma esfera de liberdade. É o que marca o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições.

defesa da esfera individual, demarcando um âmbito de proteção do indivíduo em face do Estado ou, dito de outro modo, uma não-intervenção deste. Nesse sentido é a lição de Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Como vimos ao tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais, com o passar do tempo o ideário jusnaturalista conseguiu se impor nos ordenamentos jurídicos, nos textos constitucionais escritos que limitavam o poder do Estado, bem assim nas codificações privadas que, de modo geral, disciplinavam as relações dos indivíduos. O acolhimento normativo do pensamento liberal, entretanto, levou-o à superação, pois já não representava mais mudanças, e sim conservação¹³⁶. Assim, a igualdade formal contribuiu para que se acentuasse gradualmente a exploração do homem pelo homem e a brutal exploração empresarial da mão-de-obra no setor fabril, sobretudo das mulheres e crianças, dando ensejo às lutas sociais que logravam o reconhecimento de leis mais humanitárias.

Desse modo, em fins do Século XIX e início do Século XX surgiram as bases para um Estado de Bem-estar Social, baseado na premissa de que o Estado deveria constituir-se no agente interventor das relações privadas para regulamentar a relação entre o capital e o trabalho. Mas foi com a crise da bolsa de Nova Iorque, em 1929, que o declínio do liberalismo teve seu ponto culminante, de modo a exigir uma atuação participativa do Estado na economia. A consagração desse Estado Social veio acompanhada da constitucionalização de direitos destinados a assegurar condições mínimas de vida à pessoa humana. Neste contexto ocorreu a positivação dos direitos sociais e econômicos e com ela a exigência de um novo perfil do Estado na promoção de políticas públicas, o que acabou por fortalecer o poder Executivo que passou a ter um importante papel na execução do programa social. No Século XX, portanto, teve início o constitucionalismo social, que surgiu no primeiro pós-guerra em contexto histórico e político bastante tumultuado, do qual saiu triunfante a social-democracia, dando início a um novo Estado que, ao contrário do absentéismo característico do Liberal burguês, propugnava-se ao projeto social contemplado no plano normativo nas Constituições impregnadas de normas de conteúdo programático¹³⁷.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 14.

¹³⁷ Bonavides (2000, p. 207) alerta para o seguinte: “As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima de programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a

Com efeito, o traço marcante destes direitos é a sua dimensão positiva, isto é, não se exige mais que o Estado se abstenha de interferir na esfera jurídica dos cidadãos (negativa), mas, ao revés, nela interfira de modo a equilibrar as diversas relações econômicas e sociais, com o fim de propiciar aos cidadãos efetiva justiça social. Com este rol, vale dizer, o Estado deixa de possuir um papel meramente mantenedor das liberdades públicas e passa, concomitantemente, e não exclusivamente, a atuar de modo a prover o bem-estar social. Tais direitos, segundo Sarlet¹³⁸, caracterizam-se, ainda hoje, por abrigarem prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Importa ressaltar, ainda, que os direitos de segunda dimensão foram particularmente recepcionados na Constituição do México de 1917 e na de Constituição de Weimar de 1919, dominando as constituições do segundo pós-guerra¹³⁹. Num primeiro momento, como lembra Bonavides¹⁴⁰, tais direitos passaram por um período de baixa normatividade, mormente em função de se constituírem em prestações que exigem um papel positivo do Estado, que se efetiva mediante recursos materiais para sua consecução, daí se dizer que os direitos fundamentais de segunda dimensão estariam consagrados em normas programáticas, destituídas de vinculatidade jurídica ou, de outro modo, não justiciáveis¹⁴¹.

Ainda, no que diz respeito aos direitos fundamentais de segunda dimensão, é preciso ter em conta que tais direitos não consubstanciam apenas prestações positivas, mas também as denominadas “liberdades sociais”, tais como a liberdade de sindicalização e o direito de greve¹⁴², bem assim os direitos sociais dos trabalhadores, como o direito ao trabalho, a garantia do salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, a proteção da mulher e do menor, a aposentadoria, entre outros. Nesse sentido, alerta Sarlet¹⁴³ que os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem muito mais que os direitos de cunho prestacional, não obstante seja possível considerar o perfil positivo do Estado como uma característica destes direitos.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são conhecidos como os direitos de fraternidade e solidariedade. Afirmam-se como direitos que se destinam ao gênero humano,

segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja “jurídica”, e não “programática”, isto é, sem positividade”.

¹³⁸ SARLET, 2007, p. 57.

¹³⁹ BONAVIDES, 2000, p. 518.

¹⁴⁰ BONAVIDES, loc cit.

¹⁴¹ Bonavides (2000, p. 518) não compartilha deste entendimento na medida em que ressalta que as recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

¹⁴² SARLET, 2007, p. 57.

¹⁴³ SARLET, loc. cit.

mas sob o enfoque de uma titularidade coletiva e difusa e não individual como a que ocorre nos direitos de segunda dimensão. São direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade¹⁴⁴ e têm como característica marcante a titularidade coletiva, transindividual e indefinida como ocorre com o direito ao meio ambiente e qualidade de vida¹⁴⁵. Neste rol se encontram os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.

Lembramos que Bonavides¹⁴⁶ admite a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, que se constituiria dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, oriundos da globalização dos direitos fundamentais ou sua universalização institucional. Contudo, alerta Sarlet¹⁴⁷ para o fato de que a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulado pelo Prof. Bonavides, longe está de um devido reconhecimento no direito positivo interno, a despeito de algumas iniciativas isoladas de participação popular direta no processo decisório, como a que ocorre com os Conselhos Tutelares no âmbito da proteção da infância e da juventude. Em todo caso, diz este autor¹⁴⁸ que a proposta de Bonavides apresenta uma vantagem em relação aos que apregoam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, bem assim o direito de morrer com dignidade, como integrantes dos direitos fundamentais de quarta dimensão, pois sustenta que tais direitos são apenas facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, intimamente ligados à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra a ingerência do Estado e dos particulares¹⁴⁹.

¹⁴⁴ BONAVIDES, op. cit, p. 523.

¹⁴⁵ SARLET, op. cit., p. 60-61.

¹⁴⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 524-526.

¹⁴⁷ SARLET, 2007, p. 61.

¹⁴⁸ Ibid., p. 58-61.

¹⁴⁹ Não vamos aprofundar o debate sobre esses direitos que hoje vem recebendo da doutrina o enquadramento numa quarta dimensão dos direitos fundamentais, mas deixamos aqui nossa posição no sentido de que são desdobramentos ou, de outro modo, uma nova forma de concretizar os direitos fundamentais de cunho individual, com respaldo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, fixamos nossa opinião acolhendo os ensinamentos de Brito Filho¹⁵⁰ que, após fazer a opção por trabalhar com o termo dimensão ao invés de gerações, trata a classificação dos direitos humanos em razão da relação jurídica posta e do interesse a ser protegido:

Não acreditamos que, hoje, seja a melhor classificação. Preferimos vincular a classificação dos Direitos Humanos ao interesse protegido, dispondo que: a primeira dimensão relaciona-se aos direitos individuais; a segunda dimensão relaciona-se aos interesses das coletividades e dos grupos, aos direitos coletivos em sentido estrito, portanto, usando a divisão dos interesses coletivos proposta pelo artigo 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do consumidor; e a terceira geração refere-se aos interesses difusos (ex: meio ambiente como patrimônio comum da humanidade) e, às vezes, aos interesses públicos primários (ex: direito ao desenvolvimento ou à autodeterminação dos povos).

Para nós, enfim, na primeira dimensão dos direitos fundamentais apontamos os direitos individuais, em especial os civis e políticos; na segunda dimensão os direitos de cunho prestacional, bem como os interesses das coletividades e dos grupos, tais como a liberdade de sindicalização e o direito de greve; e na terceira dimensão os interesses difusos, comumente apontados como os direitos de fraternidade e solidariedade.

3.4 A dignidade da pessoa humana

É possível dizer que existe uma íntima relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem assim que tal ligação se mostra como um verdadeiro piso sobre o qual se assentam o direito constitucional contemporâneo e os demais ramos do direito. Na esteira desta afirmação, vamos trabalhar agora com a noção da dignidade e com seu conteúdo jurídico-constitucional. Não pretendemos esgotar um tema que tem conteúdo suficiente para fomentar inúmeros trabalhos acadêmicos, tal sua profundidade, alcance e importância, mas seria impossível apresentar a penhora de rendimentos do trabalho como uma proposta para efetivar o direito fundamental ao crédito trabalhista sem abordar a norma jurídica de maior relevo no sistema jurídico pátrio.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, a noção de dignidade tem raízes no pensamento filosófico clássico e no cristianismo, mas não podemos olvidar que a dignidade encontra sua base filosófica atual, assim como sua concepção humanista e universalista, no pensamento de Immanuel Kant¹⁵¹.

A dignidade, no período clássico, já mostrava sua face, mas se vinculava muito mais à posição social do indivíduo, a ponto de se poder falar sobre uma espécie de modulação da

¹⁵⁰ BRITO FILHO, 2004, p. 37.

¹⁵¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 210.

dignidade, na medida em que alguns eram mais dignos que outros. Com os estóicos, contudo, a dignidade passa a ser vista como a qualidade inerente do ser humano, de modo especial, no sentido de que todos são titulares da mesma dignidade, pois o homem, considerado filho de Zeus, será possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as várias diferenças individuais e grupais¹⁵².

No cristianismo reside a idéia de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem uma igualdade essencial. Como ressalta Barcellos¹⁵³, pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão e, mais que isso, a mensagem de Cristo não enfatizava só o indivíduo em si, mas também o valor do outro¹⁵⁴. Nesse sentido, ressalta a autora¹⁵⁵, ao despertar os sentimentos de solidariedade e piedade para com o próximo, o cristianismo forneceu a base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência (mínimo existencial).

No contexto histórico das idéias iluministas (séculos XVII e XVIII), a noção de dignidade passa por um processo de racionalização e laicização, desalojando a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem¹⁵⁶. É neste período que surge a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático de poder¹⁵⁷.

Immanuel Kant apresenta a formulação mais consistente da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e da natureza. Para Kant, o homem é um fim em si mesmo e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação. Assim, ao contrário, o Direito e o Estado é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos¹⁵⁸.

Lembra Sarlet¹⁵⁹ que é no pensamento de Kant que a doutrina - doméstica e estrangeira – identifica as bases de uma fundamentação e, igualmente, de uma conceituação

¹⁵² COMPARATO, 2001, p. 15.

¹⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

¹⁵⁴ Ao ser questionado pelos fariseus sobre o mais importante de todos os mandamentos, Jesus respondeu: “Ame o Senhor, seu Deus, com todo o coração, com toda a alma e com toda a mente. Este é o maior mandamento e o mais importante. E o segundo mais importante é parecido com o primeiro. Ame os outros como você ama a você mesmo. Toda a Lei de Moisés e os ensinamentos dos Profetas se baseiam nesses dois mandamentos”. Cf. Evangelho segundo Mateus, capítulo 22, versos 34 a 40.

¹⁵⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 123.

¹⁵⁶ BARCELLOS, 2008, p. 124.

¹⁵⁷ BARCELLOS, loc. cit.

¹⁵⁸ BARCELLOS, loc. cit.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 34

da dignidade da pessoa humana, em que pesem as críticas dirigidas à sua obra por apoiar-se num excessivo antropocentrismo.

Para nós, considerar o fato de que o ser humano é um fim e não um meio e que por isso deve ser afastado todo e qualquer tipo de ato que resulte numa coisificação do homem, consoante a formulação kantiana¹⁶⁰, constitui, atualmente, premissa de difícil refutação porque muitas das questões que dizem respeito a uma verdadeira mudança na forma como se identificam as responsabilidades do Estado e dos assim chamados poderes sociais (neste último caso, como exemplo, o poder do empregador em face do trabalhador) têm como fundamentação a valorização da pessoa humana. A relevância desta formulação é de tal monta que a própria noção de Estado Democrático de Direito só pode encontrar verdadeira legitimidade na exata medida da consagração da dignidade, no sentido de que o homem, só por essa condição, é detentor de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado e pelos particulares.

Importante notar que a premissa de que a dignidade é algo inerente a todo e qualquer ser humano consta na Declaração Universal da ONU de 1948¹⁶¹:

Art. 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A partir desta orientação universal, Sarlet¹⁶² assevera que a dignidade não poder ser criada, concedida ou retirada, porque, antes, é qualidade integrante e irrenunciável da condição humana. Pode, contudo, ser reconhecida, protegida, respeitada e promovida.

O sentido de proteção e promoção abarca uma questão relevante quanto ao alcance da noção de dignidade. É que não basta apenas assegurar a faculdade do homem de fazer suas próprias escolhas, pois é necessário - além de uma função negativa no sentido de respeito universal - que a dignidade venha acompanhada também de uma dimensão prestacional, que obrigue - igualmente e guardadas as proporções e peculiaridades devidas - o poder público e a comunidade em geral.

Assim, na definição de Sarlet¹⁶³, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que resguardem a pessoa tanto de todo e qualquer ato de

¹⁶⁰ Kant coloca o problema da moral subjetiva. A autonomia moral é elevada a princípio. A pessoa moral é fim em si mesma, não meio para fins alheios. Cf. KAUFMANN, HASSEMER, 2002, p. 100.

¹⁶¹ Declaração Universal da ONU, 1948.

¹⁶² SARLET, 2001, p. 40-41.

¹⁶³ *Ibid*, p. 60.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Portanto, o princípio da dignidade traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade, razão pela qual dele é possível extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional¹⁶⁴.

Sob o aspecto jurídico-normativo constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, rechaçamos qualquer tipo de entendimento reducionista que implique em atribuir a este princípio apenas conteúdo ético e moral. O princípio da dignidade da pessoa humana consta como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88), mas também foi expressamente previsto em outros dispositivos constitucionais (por exemplo, art. 170, caput, art. 226, §6º, art. 227, caput). Ao fazer tal escolha o constituinte tomou uma decisão fundamental: atribuiu ao princípio da dignidade da pessoa humana a função de conferir unidade, sentido, finalidade e justificação da própria atuação dos poderes institucionais, pois, como ensina Jorge Miranda¹⁶⁵, a Constituição confere uma unidade de sentido, valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Acerca disto, Ana Paula de Barcellos¹⁶⁶ afirma:

De toda sorte, é interessante observar que todas as disposições constitucionais referidas guardam uma louvável unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica e valorativa, condicionando e inspirando a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público e privado.

Com relação aos direitos fundamentais, entendemos que em cada direito fundamental existe uma irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto, na qualidade

¹⁶⁴ SARMENTO, 2006, p.89.

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 180. T. 4.

¹⁶⁶ BARCELLOS, 2008, p. 195.

de princípio fundamental, a dignidade acaba por atrair os direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que tais direitos sejam reconhecidos, garantidos e protegidos, não podemos falar em uma vida com dignidade¹⁶⁷. Nesse sentido é a posição de Sarmento¹⁶⁸:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

Franco Filho¹⁶⁹ também compartilha desse entendimento:

Preservar, garantir, fortalecer, proteger, efetivar a dignidade do homem é o ponto inicial de qualquer pretensão para reconhecer outros direitos. Sem dignidade, que significa, *ultima ratio*, respeito, não há falar em qualquer direito humano de qualquer geração ou de qualquer natureza. Conseqüência da privação desse direito primeiro e antecedente de todos é a ruptura do Estado Democrático de Direito, o que não se deve sequer pensar...

Não é por outra razão que Sarlet afirma que o dispositivo constitucional no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) contém não apenas mais de uma norma, mas que esta, para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma definidora de direitos e garantias, bem assim de deveres fundamentais¹⁷⁰.

Eis o caráter dúplice da dignidade da pessoa humana, que não diz respeito somente ao papel negativo (não violação), mas, igualmente, ao positivo, que impõe condutas no sentido de sua proteção e promoção. Esta é, para nós, a relação interativa que deflui entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais¹⁷¹, uma vez que estes – regra geral – surgiram como uma exigência do valor dignidade e é mediante a otimização de tais direitos que o valor dignidade é otimizado.

Desta forma, se colocada numa espécie de graduação hierárquica dos valores, a dignidade se encontra no ponto mais elevado, razão por que entendemos que a previsão no art.

¹⁶⁷ A compreensão dessa relação entre a dignidade e os direitos fundamentais nos remete a um ponto importante do presente estudo: constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana o tratamento isonômico de todos os indivíduos, quer seja formal, quer seja material. Esta questão será retomada quando falarmos sobre a colisão entre o direito fundamental ao crédito salarial trabalhista e o direito do devedor aos seus salários.

¹⁶⁸ SARMENTO, 2006, p. 89.

¹⁶⁹ FRANCO FILHO, 2004, p. 145.

¹⁷⁰ SARLET, 2001, p. 70.

¹⁷¹ No mesmo sentido é a posição do constitucionalista português Miranda (2000, p. 181), quando afirma: “Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial”. Cf. MIRANDA, 2000, T. 4.

1º, inciso III, CF/88, confere a esse princípio valor tipicamente jurídico, revestido de conteúdo normativo, com eficácia e densidade jurídica capazes de reger situações concretas.

Por fim, cumpre-nos abordar uma questão de fundamental importância para o que ainda está por vir sobre a penhora dos rendimentos do trabalho. Se todos são iguais em dignidade e existindo, a partir disto, um dever geral de respeito, então, aparentemente, deparamo-nos com uma armadilha, que pode ser inferida pela seguinte pergunta: a dignidade da pessoa humana admite graus de concretização ou tem caráter absoluto?

Se o intérprete admite, por hipótese, que a dignidade da pessoa humana constitui princípio absoluto, defeso a qualquer possibilidade de modulação ou restrição, ainda que protegido um núcleo essencial, então dificilmente conseguirá resolver situações de colisão entre princípios informados pela necessidade de proteção da dignidade de pessoas diversas.

É nesse sentido a posição de Sarlet¹⁷²:

Parece-nos irrefutável que, na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupos de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao mesmo tempo naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade.

Arremata o autor¹⁷³:

Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que, à evidência jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especificamente neste sentido – imponderável.

A questão posta em tais termos indica que Sarlet concorda com Robert Alexy quando este diz que o princípio da dignidade pode ser realizado em diferentes graus¹⁷⁴.

Por força de sua própria condição principiológica, entendemos que a dignidade admite certa modulação ou graduação, quando em conflito, no caso concreto, dignidades entre pessoas diversas. Assim, diante da necessidade de conformar os direitos, em situações de colisões, deve o intérprete utilizar a ponderação de interesses como meio para lograr uma concordância prática, desde que – e isto é fundamental – não resulte em sacrifício de um núcleo essencial, na medida em que somente este deva ser considerado intangível.

¹⁷² SARLET, op. cit., p. 122-123.

¹⁷³ SARLET, 2001, p. 129.

¹⁷⁴ ALEXY, 2002, p. 108.

Desse modo, apesar do seu caráter de norma de maior hierarquia axiológica e valorativa, condicionando e inspirando a exegese e aplicação de todo o direito, público e privado, a dignidade, como norma jurídica fundamental, não só admite certa graduação, como também possui um núcleo essencial, que deve ser considerado intangível, defeso a qualquer restrição.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA

Consoante o capítulo anterior, a dignidade da pessoa humana, para além de sua condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88), é fundamento de posições jurídico-subjetivas, pois constitui norma definidora de direitos e garantias, bem assim de deveres fundamentais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana alberga não somente o papel negativo (não violação), mas também o positivo, que impõe condutas voltadas a sua proteção e promoção.

Também verificamos que os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata e que a norma constitucional que a estabelece consagra uma decisão fundamental à dogmática dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito a tais direitos serem justiciáveis. Além disto, verificamos que os direitos fundamentais mantêm uma relação interativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual pode ser inferida pela compreensão de que estes surgiram como uma exigência do valor dignidade e é mediante a otimização de tais direitos que o valor dignidade é otimizado.

Posta a questão nestes termos, como devemos compreender o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva?

O art. 5º, XXXV, da CF, dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, a partir desta norma se compreende que a Constituição garante a todos o direito fundamental a uma prestação jurisdicional. Contudo, como alerta Bedaque¹⁷⁵, muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente.

Nesse sentido, não basta apenas assegurar o direito de provocar a prestação jurisdicional. É preciso ir mais além: assegurar que o direito previsto na norma substancial efetivamente se realize no mundo dos fatos.

Marinoni¹⁷⁶ afirma que a concepção de direito de ação como direito à sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância se o direito material envolvido no litígio for realizado. Assim, o direito à sentença

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 61.

¹⁷⁶ MARINONI, 2004, p. 179-180.

deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Nessa perspectiva da efetividade em sentido estrito, a doutrina identifica que a norma fundamental que consagra o direito ao *devido processo legal* abrange em seu conteúdo semântico, de maneira ampla, todas as exigências constitucionalmente asseguradas ao processo, em particular o direito fundamental à tutela executiva. Nesse sentido é a posição de Jose Henrique Mouta Araújo¹⁷⁷, que reconhece uma proximidade do princípio do devido processo legal com os da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional:

Resta demonstrado, portanto, que o devido processo legal é de importância fundamental para o atendimento aos demais princípios processuais, dentre os quais os: da celeridade, do contraditório e da efetividade, sob pena de se comprometer a integridade e mesmo a justiça da decisão.

Marcelo Lima Guerra¹⁷⁸ compartilha deste entendimento e lembra que dentre os valores que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao processo devido está aquele que costuma ser enunciado pela famosa fórmula cunhada por Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo”. Assim, ressalta Lima Guerra¹⁷⁹, deve haver uma relação de coincidência concreta entre a tutela jurisdicional prestada em determinado processo e o direito material, isto é, o processo deve proporcionar ao titular do direito subjetivo tutelado a maior proteção possível ou um resultado concreto o mais coincidente possível com aquele resultante do cumprimento espontâneo das normas de direito material.

Para Marcelo Lima Guerra¹⁸⁰, então, o que se denomina de direito fundamental à tutela executiva corresponde à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva, que se traduz na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva. De modo concreto significa o seguinte: a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios

¹⁷⁷ ARAUJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79.

¹⁷⁸ GUERRA, 2003, p. 101.

¹⁷⁹ GUERRA, loc. cit.

¹⁸⁰ Ibid, p. 102-104.

executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

O reconhecimento de um direito fundamental à tutela executiva indica que a inexistência de meios aptos a sua consecução integral implica em verdadeira violação de um direito fundamental. E tal direito, uma vez analisado sob a perspectiva da pessoa humana, quando violado ou denegado, conduz inexoravelmente à violação do princípio da dignidade da pessoa humana que, como vimos, condiciona e inspira a exegese e aplicação de todo o direito vigente, seja público, seja privado.

Portanto, há violação da dignidade da pessoa humana em situações de insuficiência ou inexistência de meios executivos previstos em lei aptos a assegurar efetiva satisfação do direito reconhecido no título judicial. Isto nos remete ao seguinte questionamento: o juiz pode atuar de modo a realizar o direito fundamental à tutela executiva mesmo quando inexistentes os meios aptos para tanto?

Para Marcelo Lima Guerra¹⁸¹, o direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela executiva, mesmo quando não previstas em lei. Além disto, deve o juiz interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que melhor assegure a eficácia dos meios executivos.

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da CF/88, “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Considerando o que já foi exposto sobre os direitos fundamentais, somos compelidos a compreender, da mesma forma como Sarlet¹⁸², que referida norma possui cunho principiológico, que estabelece aos órgãos do poder público a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (mandados de otimização). Assim, se todos os direitos fundamentais são dotados de um mínimo de eficácia, pode-se afirmar que aos poderes públicos competem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível.

Portanto, independentemente de qualquer medida concretizadora, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade e eficácia imediata. Este comando trazido para o âmbito processual indica que o juiz está autorizado a interpretar e a aplicar as normas legais que contemplam os meios executivos em consonância com os direitos fundamentais, tendo em

¹⁸¹ GUERRA, 2003, p. 103-104.

¹⁸² SARLET, 2007, p. 284.

vista a maior eficácia do direito fundamental à tutela executiva e, por via de consequência, do ponto de vista da pessoa humana, a dignidade. Para tanto, entendemos que o juiz deve deixar de aplicar as normas que imponham uma restrição a um meio executivo, mormente quando uma restrição a um meio executivo se mostrar ofensiva a outro direito fundamental. Bem assim, deve o juiz adotar os meios executivos necessários à prestação integral da tutela executiva, não apenas quando previstos em lei, mas ainda que vedados em lei, desde que observados os limites impostos pelo núcleo essencial de outros direitos fundamentais colidentes, porquanto, nessa ordem de procedimentos, agirá de acordo com a Constituição.

Não podemos esquecer, ainda, que todo processo de interpretação e aplicação do direito exige, hoje, uma “filtragem constitucional” e por esta razão deve o intérprete se valer - acima de tudo - das normas constitucionais. Logo, sendo o processo instrumento de realização dos direitos materiais, sua vocação é a entrega da tutela jurisdicional, na medida em que esta, enquanto direito fundamental, possui como assentamento principiológico a dignidade da pessoa humana.

Colocada a questão da tutela executiva nesse sentido, sob o prisma da dignidade, não podemos olvidar que a necessidade de satisfação do direito, de modo célere, não está dissociada dos fatos sociais ou da condição econômica de quem figura como exequente ou mesmo como executado. No âmbito do processo do trabalho, vale afirmar, a necessidade de efetivação do crédito constituído no título judicial ou extrajudicial decorre da própria condição de hipossuficiência econômica do exequente¹⁸³, pois, quanto menos resistente economicamente ele for, maior será a necessidade de que esta tutela se realize de modo efetivo e rápido, ou seja, que contenha tudo aquilo e exatamente aquilo a que faz jus e dentro de uma duração razoável do processo¹⁸⁴, pois, como ensina Marinoni¹⁸⁵, o sistema processual

¹⁸³ São raros os casos em que o trabalhador, na vigência do contrato, ajuíza uma reclamação trabalhista contra seu empregador. Isto pode ser explicado pela ausência, em nosso sistema jurídico, da Lei Complementar a que alude o art. 7º, I, da CF/88, o que tem levado a jurisprudência a reconhecer – no nosso sentir de modo equivocado, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do princípio de que a propriedade deve cumprir sua função social - o poder potestativo do empregador em relação ao ato de dispensa. Assim, a regra é que o exequente, na maioria das vezes, figura no processo como ex-empregado, quando muito obteve um novo emprego, mas, ainda assim, necessita da satisfação do seu crédito para sobrevivência própria e da família.

¹⁸⁴ A norma de direito fundamental constante no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, determina o seguinte: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2008.

deve se adequar não apenas às características dos direitos materiais, mas também às diferentes posições sociais dos litigantes.¹⁸⁶

Nesse sentido, devemos lembrar que em matéria de cumprimento da obrigação trabalhista, o credor está num plano de superioridade em relação ao devedor (dado o princípio segundo o qual a execução se faz no interesse e benefício do credor, conforme o art. 612, do CPC), pois, enquanto no processo civil o executado encontra-se em posição desconfortável, no processo do trabalho a situação é diversa: é o trabalhador – regra geral - quem está em situação de necessidade.

Aliás, como afirma Mouta Araújo, não há como falar de efetividade sem que se assegure o direito fundamental à duração razoável do processo¹⁸⁷, que pode ser interpretado como o direito a uma litispendência sem atropelos, sem dilações indevidas, considerando que o tempo é fator de máxima importância para o estudo do processo¹⁸⁸.

Acerca desta relação tempo e efetividade, Mouta Araújo¹⁸⁹ ainda diz o seguinte: “... pensar em alcançar a real tutela do direito reflete a necessidade de alcançar um andamento processual célere, razoável e sem dilações indevidas, sob pena de se transformar em verdadeira letra morta os preceitos constitucionais ligados ao tempo no processo”.

Com efeito, o fator “tempo” deve ser levado em conta no que diz com a efetividade, razão pela qual, sob o prisma da satisfação, concluímos que o direito fundamental à tutela executiva deve abranger de modo incondicional tanto a máxima coincidência possível quanto à celeridade na sua concretização.

¹⁸⁶ Logo, podemos dizer que no âmbito do processo do trabalho a condição peculiar das partes deve ser considerada pelo julgador. Nesse sentido é a posição de Almeida (2007, p. 20): “Também as condições das partes em conflito não podem ser desconsideradas no processo. Basta lembrar da autorização para a imediata satisfação do credor em estado de necessidade, quando se trate de crédito de natureza alimentar, na execução provisória (art.475-O, §2º, I, do CPC). O que da aludida autorização se infere é que a sobrevivência do credor se sobrepõe à segurança jurídica do devedor, ou, dito de outra forma, que entre uma situação jurídica existencial e uma situação jurídica patrimonial, aquela deve prevalecer. Sendo assim no processo civil, o mesmo deve ocorrer no processo do trabalho, que tem por objeto predominante direitos que estão relacionados com a sobrevivência do trabalhador e sua família”.

¹⁸⁷ Nesse sentido, Cf. ARAUJO, 2008, p. 81.

¹⁸⁸ Ibid., p. 85.

¹⁸⁹ Ibid, p. 86.

5 A EXECUÇÃO TRABALHISTA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS DO PROCESSO CIVIL

Antes de analisarmos o instituto da penhora no processo do trabalho, e tendo em conta o contexto atual em que a celeridade e a efetividade vêm sendo considerados os vetores principais do processo, são relevantes alguns comentários a respeito de como vêm sendo observadas as transformações ocorridas no campo do processo civil em relação ao processo do trabalho, principalmente no que diz respeito à aplicação subsidiária das regras processuais civilistas no âmbito trabalhista.

Muitos já disseram – não sem razão - que o momento de satisfazer o direito é o grande entrave à efetividade da tutela jurisdicional trabalhista. Linhas e linhas já foram escritas sobre este assunto e não vamos aqui procurar demonstrar todas as razões apresentadas para justificar tal afirmação. É certo dizer, contudo, que a penhora se constitui como um dos momentos dessa fase do processo do trabalho¹⁹⁰, o qual vem enfrentando grandes dificuldades para atender à sua principal função: a satisfação do crédito do exequente¹⁹¹. E de fato, como lembra Giglio¹⁹², a execução trabalhista tem sido alcunhada como o “calcanhar de Aquiles” da Justiça do Trabalho.

O que se verifica atualmente é que a execução trabalhista está disciplinada em apenas 20 (vinte) artigos. Essa evidente simplicidade de normas impôs ao legislador a responsabilidade de munir o aplicador do direito de sistemas paralelos de normas voltadas à concretização do que fora reconhecido na fase de conhecimento.

Assim, pois, é que tratou, no art. 889, da CLT, da aplicação subsidiária das normas concernentes ao processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da

¹⁹⁰ Filiamo-nos a corrente que entende que a execução figura como uma fase do processo trabalhista. Após as últimas reformas do processo civil, em particular a que cuida do processo sincrético, com a transformação do processo de execução em fase do processo, parece-nos inconciliável ainda sustentar que a execução trabalhista constitui um processo autônomo. Afinal, mesmo antes de tão profundas mudanças, que acabam por repercutir na base dos institutos, a doutrina especializada já defendia a inexistência da autonomia do processo de execução. Nesse sentido podemos destacar a presença de SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 694.

¹⁹¹ A propósito do assunto, Schiavi (2008, p. 691) afirma o seguinte: “Mesmo a CLT prevendo um procedimento simplificado para a execução, a cada dia o procedimento da Consolidação vem perdendo terreno para a inadimplência, contribuindo para falta de credibilidade da jurisdição trabalhista”. E segue dizendo: “Ainda que tenha um título executivo judicial nas mãos, o credor trabalhista tem enfrentado um verdadeiro calvário para satisfazer seu crédito e muitas vezes o executado tendo numerário para satisfazer o crédito do autor, prefere apostar na burocracia processual e deixar para adimplir o crédito somente quando se esgotar a última forma de impugnação”.

¹⁹² GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 466.

Fazenda Pública Federal, salvo naquilo em que esse diploma contrariar as normas do processo do trabalho. Portanto, a Lei nº 6.830/80, que rege o processo dos executivos fiscais, foi inserida no contexto da execução trabalhista como o primeiro diploma legal disponível para utilização em caso de lacunosidade da CLT. Desse modo, somente em segundo plano de subsidiariedade é que o Código de Processo Civil assumiu papel de sistema de integração de normas nessa fase.

De qualquer modo, a CLT, no seu art. 769, estabeleceu a necessidade de que a aplicação subsidiária de normas de outros sistemas atenda a dois requisitos: omissão e compatibilidade.

Vale dizer, a propósito, que o distanciamento imposto pela CLT à utilização de normas outras fora de seu sistema, ainda que diminuto, principalmente do processo civil, derivou, como bem indicado por Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁹³, do fato de, na época em que editada a Consolidação das Leis do Trabalho, os princípios que o regiam e que eram aplicados em tal seara diferenciavam-se e muito do direito processual civil.

Isto porque, à época, o sistema processual civil, inspirado que era nos ideais clássicos do Estado Liberal, de proteção da esfera jurídica de liberdade dos indivíduos, voltava-se mais à proteção do devedor que do próprio interesse do credor, o que impunha a que, como dito por Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁹⁴, fosse criado um filtro no sistema processual do trabalho, como foi o art. 769, tido como cláusula de contenção de influências de outros sistemas.

Logo, a utilização de qualquer norma de outro sistema processual era evitada ao máximo exatamente para não macular a celeridade e a simplicidade que até então caracterizavam o sistema da execução trabalhista.

Atualmente, contudo, o princípio da subsidiariedade vem recebendo uma nova leitura da doutrina¹⁹⁵, pois se afirma que a CLT sofre de uma lacuna ontológica, o que significa dizer que, diante das recentes alterações do CPC¹⁹⁶ - por se constituírem estas em instrumentos capazes de realizar, no mais alto grau, a efetividade da tutela jurisdicional -, a legislação especializada padece de um “anciloso normativo”, devendo ser acolmatada mediante a aplicação do CPC, ainda que no âmbito do processo do trabalho se constate a presença de

¹⁹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 868.

¹⁹⁴ Ibid., p. 868

¹⁹⁵ Nesse sentido, entre muitos, Cf. CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 28-29. E, ainda, LEITE, 2007, p. 867-868.

¹⁹⁶ Em especial com as Leis 11.232/05 e 11.382/06.

regramento específico¹⁹⁷. Há, contudo, posicionamentos doutrinários¹⁹⁸ e também jurisprudenciais¹⁹⁹ em sentido oposto, isto é, compreendendo que as normas do processo civil

¹⁹⁷ Chaves (2006, p. 28-29) afirma que é preciso avançar na teoria das lacunas do Direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando – ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto – este não mais apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes. Assim, afirma o seguinte: “Perceba o leitor que não estou tratando de forma simplista a questão da compatibilidade de institutos processuais integrantes de outros microsistemas com o Processo do Trabalho, como alude a parte final do art. 769 da CLT. Noutras palavras, não estou limitando a abordagem da heterointegração apenas quando existente a lacuna em seu sentido normativo, mas também nas freqüentes hipóteses em que a norma processual trabalhista sofre de manifesto e indiscutível ancilose em face de institutos processuais semelhantes adotados em outras esferas da ciência processual, inequivocamente mais modernos e eficazes”. Compartilhando deste entendimento, Schiavi (2008, p. 275) afirma: “(...) o art. 475-J, do CPC, se encaixa perfeitamente ao Processo do Trabalho, pois compatível com os princípios que regem a execução trabalhista, quais sejam: a) ausência de autonomia da execução em face do processo de conhecimento; b) lacuna de efetividade da legislação trabalhista; c) celeridade, efetividade acesso real do trabalhador à Justiça do Trabalho; d) Interpretação sistemática dos arts. 841 e 880, da CLT”.

¹⁹⁸ Em sentido contrário ao que expõe Chaves (2006), podemos citar a posição de Teixeira Filho (2006, p. 275), para quem: “Devemos advertir que a recuperação da efetividade da liquidação e da execução trabalhistas, que tanto se almeja, deverá ser conseguida de *lege ferenda*, vale dizer, mediante alteração da respectiva legislação, e não por meio de arbitrária substituição, por obra doutrinária ou jurisprudencial, das normas da CLT pelas da Lei n. 11.232/2005 –que, por óbvio, não foram elaboradas com vistas ao processo do trabalho, no qual, aliás, não raro, funcionam como uma espécie de “rolhas redondas em orifícios quadrados”. E procura concluir o autor com o seguinte: “Ainda que se venha a entender que as normas da sobredita Lei são compatíveis (teleológica e ideologicamente) com o processo do trabalho – possibilidade que se admite, apenas, por apego à argumentação -, isto não será bastante para proceder-se à pretendida transubstanciação deste processo, sob pena de grave violação do pressuposto fundamental da omissão, constante do art. 769, da CLT. Não é inútil observar, a propósito, que sob o aspecto axiológico o requisito da omissão tem preeminência sobre o da compatibilidade, não sendo produto do acaso, por isso, a particularidade de aquele anteceder a este, no mencionado texto legal”. Da mesma forma, Mallet (2006, p. 670) diz o seguinte: “(...) O art. 880, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se refere, porém, a nenhum acréscimo para a hipótese de não satisfação voluntária do crédito exequendo, o que leva a afastar-se a aplicação subsidiária, *in malan partem*, da regra do art. 475-J, do Código de Processo Civil. *Solução diversa, ainda que desejável, do ponto de vista teórico, depende de reforma legislativa*”.

¹⁹⁹ A celeuma incide, basicamente, no que diz com a aplicação do art. 475-J do CPC, que determina que o devedor não seja citado para oferecer bens à penhora, mas intimado para pagar a dívida no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação. Acerca disto, a 7ª turma do TST já se posicionou, por unanimidade, de modo contrário à aplicação do novel art. 475-J do CPC ao processo do trabalho, com fundamento na inexistência de omissão na norma celetista. É o que podemos inferir da seguinte ementa: “INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO EXISTÊNCIA DE REGRA PRÓPRIA NO PROCESSO TRABALHISTA. 1. O art. 475-J do CPC dispõe que o não pagamento pelo devedor em 15 dias de quantia certa ou já fixada em liquidação a que tenha sido condenado gera a aplicação de multa de 10% sobre o valor da condenação e, a pedido do credor, posterior execução forçada com penhora. 2. A referida inovação do Processo Civil, introduzida pela Lei 11.232/05, não se aplica ao Processo do Trabalho, já que tem regramento próprio (arts. 880 e seguintes da CLT) e a nova sistemática do Processo Comum não é compatível com aquela existente no Processo do Trabalho, onde o prazo de pagamento ou penhora é apenas 48 horas. Assim, inexistente omissão justificadora da aplicação subsidiária do Processo Civil, nos termos do art. 769 da CLT, não havendo como pinçar do dispositivo apenas a multa, aplicando, no mais, a sistemática processual trabalhista. (Processo: RR-2/2007-038-03-00, relator: Min. Ives Granda Martins Filho; data da publicação: DJ 23/05/2008)”. No mesmo sentido, a 6ª turma, também do TST: “RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO TRABALHO DIFERENCIADA DO PROCESSO CIVIL O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A decisão que determina a incidência de multa do art. 475-J do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão da CLT, seguindo, primeiramente, a linha traçada pela Lei de Execução Fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível a regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de quinze dias, quando

somente podem ser aplicadas ao processo trabalhista quando houver omissão do tipo normativa, e, ainda, compatibilidade.

Com efeito, sobre a aplicação das normas do processo civil ao processo do trabalho, sobretudo após as recentes alterações legislativas, a doutrina encontra-se dividida, mas entre a grande maioria dos juízes e procuradores do trabalho parece prevalecer o entendimento de que as normas do processo civil podem ser aplicadas ao processo do trabalho quando este se mostrar omissivo de maneira ontológica e axiológica. É o que podemos concluir do Enunciado de nº 66, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida na cidade de Brasília, no dia 23.07.2007, o qual prevê orientação no sentido da aplicação das normas do CPC como forma de garantir a duração razoável do processo²⁰⁰:

66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

Os limites deste trabalho não nos permitem adentrar em demasia no mérito desse debate, tampouco esmiuçar todas as normas do CPC que podem ser aplicadas ao processo do trabalho, mas ressaltamos que o direito processual vem sofrendo reformas pontuais desde 1994, que visam a adequá-lo às novas realidades da sociedade contemporânea. Portanto, as alterações legislativas têm procurado dar ao processo civil uma nova feição, mais voltada ao compromisso de realização dos direitos. E o traço marcante dessas mudanças não é o rompimento com a segurança jurídica, mas uma nova leitura deste e de outros tantos princípios a partir do escopo de realização do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, além disto, do objetivo de abreviar o tempo na entrega da prestação jurisdicional²⁰¹.

Assim sendo, não há como o processo do trabalho ficar indiferente a tais mudanças, pois como alerta Souto Maior²⁰², das condições fixadas no art. 769 da CLT devemos extrair um princípio, que deve servir de base para o intérprete: a importação das normas do processo

o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a multa do art. 475-J do CPC. (Processo: RR - 668/2006-005-13-40.6, Data de Julgamento: 20/02/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/03/2008)''.

²⁰⁰ Ementas aprovadas na 1ª Jornada de Direito Processual na Justiça do Trabalho, 2007.

²⁰¹ ARAUJO, José Henrique Mouta. **Reflexões sobre as reformas do CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 11.

²⁰² Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do código de processo civil no processo do trabalho. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006.p. 920.

civil só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

De fato, não podemos olvidar que a CLT serviu de base para muitas das alterações atualmente incorporadas no processo civil, mas tendo em conta o caráter instrumental do processo, mormente quando voltado para o fim de realizar um direito fundamental, isto é, o crédito trabalhista, cuja ineficácia pode gerar graves danos ao titular do direito, a noção de efetividade deve ser *levada mais a sério*²⁰³. Acerca do assunto, Souto Maior²⁰⁴ afirma:

Ainda nesta linha, de fixar pressupostos teóricos necessários para a análise da questão da subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, partindo do princípio de que se deve priorizar a melhoria da prestação jurisdicional, é importante, por fim, deixar claro que sendo a inovação do processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho com o argumento de que a CLT é omissa.

E arremata dizendo²⁰⁵:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.

No mesmo sentido, Carlos Arouca²⁰⁶ diz o seguinte: “Por isto não basta que a CLT contenha normas próprias para impulsionar o processo, preciso que estas normas tenham maior alcance e mais eficácia do que as adotadas pelo processo civil, para se manterem”.

Por sua vez, Bezerra Leite²⁰⁷ afirma:

Para colmatar as lacunas ontológicas e axiológicas do art. 769 da CLT, torna-se necessária uma nova hermenêutica que propicie um novo sentido ao seu conteúdo devido ao peso dos princípios constitucionais do acesso efetivo à justiça que determina a utilização dos meios necessários para abreviar a duração do processo.

Para nós, da maneira como já expusemos no presente trabalho, a dignidade da pessoa humana, para além de sua condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, é fundamento de posições jurídico-subjetivas, de maneira a compreender não somente

²⁰³ A expressão, como é de amplo conhecimento, não é nossa, mas colocada neste contexto em razão da necessidade de se adotar maior preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional. Assim, sobre levar os direitos a sério, Cf. DWORKIN, 2002.

²⁰⁴ SOUTO MAIOR, 2006, p. 920.

²⁰⁵ SOUTO MAIOR, loc. cit.

²⁰⁶ AROUCA, José Carlos. O novo processo civil e o velho processo trabalhista. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 5, maio 2007.p. 548.

²⁰⁷ LEITE, 2007, p. 868.

o papel negativo, mas também o positivo, que impõe condutas voltadas a sua proteção e promoção, seja no Legislativo, seja no Executivo, seja no Judiciário. Além disto, os direitos fundamentais mantêm uma relação muito próxima com o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual pode ser inferida do entendimento de que – regra geral - aqueles surgiram como uma exigência do valor dignidade e é mediante a realização de tais direitos que o princípio da dignidade é otimizado.

Destarte, diante do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e à duração razoável do processo, a ordem jurídica infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com a Constituição. Logo, tendo em vista que o comando constitucional determina uma prestação jurisdicional efetiva, se há normas no processo civil que possibilitam maior efetividade em relação às que atualmente constam na CLT, então tais normas devem ser aplicadas ao processo do trabalho. Isto significa interpretar e aplicar o direito infraconstitucional de acordo com a Constituição.

Nesse sentido, no que diz respeito à celeuma referente à aplicação do CPC ao processo do trabalho, que incide, basicamente, sobre o disposto no *caput* do art. 475-J do CPC, o qual determina que não paga, de modo voluntário e no prazo de quinze dias, a quantia constante da sentença condenatória ou fixada em liquidação, o montante será acrescido de multa no percentual de dez por cento, posicionamo-nos no sentido de sua compatibilidade com o processo do trabalho.

Justificamos nossa posição averbando que a execução trabalhista - não obstante o disposto no art. 880 da CLT, que determina que o devedor seja *citado* sobre a execução para pagar em 48 horas ou nomear bens à penhora – é uma fase e não processo autônomo em relação ao processo de conhecimento²⁰⁸. Neste particular, o termo citação deve ser considerado como notificação e, além do mais, nem mesmo na fase de conhecimento a CLT denomina citação a notificação do reclamado para se defender^{209 e 210}.

²⁰⁸ Nesse sentido, Cf. SCHIAVI, 2008.

²⁰⁹ Cf. Id. Novas reflexões sobre a aplicação do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho à luz da recente jurisprudência do TST. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 3, mar.2008. p. 271

²¹⁰ Vale lembrar, ainda, que o processo do trabalho sempre adotou um processo sincrético. Nesse sentido, Cf. LEITE, 2007, p. 882.

Aliás, é bom lembrarmos da lição de Luciano Athayde Chaves²¹¹ sobre o assunto:

O art. 880 da CLT ainda conserva a superada idéia de autonomia do processo de execução, na medida em que alude à necessidade da expedição de “mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo”. Cuida-se de comando normativo atingido em cheio pelo fenômeno do anciloseamento normativo, diante do que preconiza a atual dinâmica do processo comum, abrindo caminho para o reconhecimento do que a Ciência Jurídica denomina de “lacuna ontológica”.

Ora, não faz sentido algum se manter o intérprete fiel ao disposto no art. 880 da CLT enquanto o processo comum dispõe, agora, de uma estrutura que superou a exigência de nova citação para que se faça cumprir as decisões judiciais, expressando, assim, maior sintonia com as idéias de celeridade, economia e efetividade processuais. É a hipótese mais do que evidente de lacuna ontológica do microsistema processual trabalhista.

De outro giro, também não vemos problema na aplicação da multa no percentual de 10% por cento. Neste caso, não há previsão na CLT e sua aplicação é plenamente compatível com os princípios do processo do trabalho²¹².

As recentes decisões do TST sobre o tema, que têm albergado entendimento contrário à aplicação da multa de 10% ao processo do trabalho, revelam uma preocupação em relação ao prazo para pagamento voluntário da quantia fixada na decisão ou na fase de liquidação, que no art. 475-J do CPC é de 15 dias, enquanto no processo do trabalho o prazo para tal providência é de 48 horas, sob pena de penhora.

Acerca do assunto, Bezerra Leite²¹³, ao comentar sobre o disposto nos artigos 832, § 1º e 835, ambos da CLT, afirma que essas normas processuais trabalhistas prescrevem que o juiz, na sentença de procedência do pedido ou homologatória do acordo entabulado pelas partes, deve determinar o prazo e as condições para o seu cumprimento.

Portanto, a própria CLT determina que o Juiz do Trabalho estabeleça o prazo e as condições para o cumprimento da decisão. Neste particular, aliás, deve o Juiz legitimar sua escolha com respaldo no princípio da razoabilidade.

Assim, no âmbito da doutrina trabalhista há quem defenda a aplicação do art. 475-J do CPC com a incidência do prazo de 48 horas previsto no art. 880 da CLT²¹⁴. Outros, porém, sustentam que o prazo de 8 (oito) dias, que é - regra geral - o prazo dos recursos na Justiça

²¹¹ CHAVES, 2006, p. 55.

²¹² Essa posição é defendida por Chaves (2006, p. 56), que ressalta que o processo do trabalho há muito vem adotando o manejo de sanções previstas no processo civil, a saber: a multa por litigância de má-fé (art.18); a multa por oposição de embargos declaratórios meramente procrastinatórios (art. 538, parágrafo único); e a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601).

²¹³ LEITE, op. cit., p. 882.

²¹⁴ REIS, Sérgio Cabral dos. Breves Comentários à nova execução civil e a sua repercussão no processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007. p. 222.

Especializada, é o recomendado, por simetria ao de 15 dias previsto no CPC, considerando ser este o prazo para apelação²¹⁵.

Entendemos, contudo, que o prazo de 15 dias se mostra razoável e sua escolha não altera o lapso temporal previsto pelo legislador²¹⁶. Aliás, como lembra Luciano Athayde Chaves²¹⁷, o prazo estampado no dispositivo decorreu do exercício do poder político próprio do processo legislativo e guarda proporcionalidade com o objetivo perseguido, notadamente com a previsão de tempo adequado ao cumprimento voluntário da obrigação.

Assim sendo, compreendemos que o art. 475-J do CPC pode ser aplicado ao processo do trabalho^{218e219}. Acolhemos a tese de que o texto consolidado sofre de uma lacuna ontológica e axiológica e que, diante disso, alberga a incidência do novel dispositivo²²⁰.

Para tanto, deve o Juiz consignar na parte dispositiva da sentença que o devedor fica notificado para efetuar o pagamento voluntário da condenação em 15 dias, tanto em relação às sentenças líquidas como em relação às decisões prolatadas na fase de liquidação, neste último caso considerando como *dies a quo* a data de intimação^{221e222}. Ato contínuo, caso o

²¹⁵ Cf. LEITE, 2007, p. 882. E, ainda, BEBBER, Júlio César. Reforma do CPC – processo sincrético e repercussões no processo do trabalho. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 2, fev. 2006, p. 143.

²¹⁶ Compartilham do mesmo entendimento: SCHIAVI, 2008, p. 276; CHAVES, 2006, p. 56-57.

²¹⁷ CHAVES, 200, p. 57.

²¹⁸ Concordamos com Maranhão (2007, p. 1188) quando afirma que: “Logo e na esteira de todo o exposto, conferindo interpretação teleológica aos artigos em destaque, bem como partindo de uma ótica baseada no princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LXXXVIII), e convencido, ainda, da força normativa que subjaz na Constituição Federal, penso que se afigura plenamente aplicável, no âmbito do processo laboral, o disposto no art. 475-J, do CPC (Lei n. 11.232/2005)”.

²¹⁹ No mesmo sentido, apontamos a seguinte decisão: “Multa do art. 475-J, do CPC. Aplicabilidade ao processo do trabalho. Aplica-se ao processo do trabalho a disposição contida no art. 475-J, do Código de Processo Civil porque contribui para uma solução mais rápida das lides trabalhistas e, pois, encontra-se em consonância com o princípio da celeridade processual, que norteia tal ramo de direito processual. (TRT 15ª Região - 5ª Câmara - 3ª TURMA - Proc. Nº 00932-2006-085-15-00-4, Rel. Edna Pedrosa Romanini)

²²⁰ No mesmo sentido, Cf. LEITE, op. cit., p. 866-869.

²²¹ CHAVES, op. cit., p. 57.

²²² Nesse sentido, a seguinte decisão: “EXECUÇÃO TRABALHISTA. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.232/05. COMPATIBILIDADE COM A EXECUÇÃO TRABALHISTA. FLUÊNCIA DO PRAZO DE 15 DIAS. 1. As alterações inseridas pela Lei nº 11.232/05, que objetivam a celeridade na fase de execução, à luz inclusive do princípio constitucional do tempo razoável do processo, são, em princípio, perfeitamente aplicáveis às execuções trabalhistas, que também se orientam, há muitas décadas, pelos mesmos postulados. 2. Considerando que a aplicação subsidiária do processo civil depende da omissão da legislação trabalhista, a aplicação do disposto na Lei nº 11.232/05 será feita mediante a comparação paralela de cada um dos procedimentos da execução cível e trabalhista. Existindo norma expressa trabalhista para determinado procedimento, não será aplicada a respectiva alteração da execução civil. Em contrapartida, havendo omissão na legislação obreira, as alterações impostas pela Lei nº 11.232/05, se compatíveis, devem ser aplicadas à execução trabalhista. Em decorrência da manifesta omissão na CLT, a multa prevista no art. 475-J do CPC é perfeitamente cabível na execução trabalhista. Tratando-se de sentença ilíquida, a multa será devida caso o executado não efetue, nos 15 dias subsequentes, o pagamento espontâneo do “quantum” fixado na decisão homologatória. Caso a sentença seja líquida, e, considerando que o recurso ordinário tem efeito meramente devolutivo (art. 899, “caput”, CLT), é possível, com base no art. 475-O do CPC, o imediato levantamento do valor depositado coercitivamente. Assim, se o reclamado interpuser recurso ordinário, a multa do art. 475-J será devida, independentemente do trânsito em julgado, a menos que ocorra a hipótese prevista no inciso II do art. 475-O”.

executado não cumpra a obrigação, o Juiz pode iniciá-la de ofício, nos termos do art. 878, *caput*, da CLT²²³ e, conseqüentemente, expedir mandado de penhora de bens. Logo, com base no valor resultante da aplicação do art. 475-J do CPC incidirá a penhora.

Para nós, portanto, não obstante decisões recentes do TST em sentido contrário²²⁴, a aplicação da multa prevista no art. 475-J, do CPC, pode resultar em célere conclusão das execuções trabalhistas, em harmonia, portanto, com o direito fundamental à razoável duração do processo²²⁵.

Portanto, é nesse contexto - de aplicação das normas do processo civil ao processo do trabalho, em consonância com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional - que entendemos deva ser compreendida a execução trabalhista.

Para corroborar com tal entendimento, basta lembrarmos as lições de Robert Alexy no sentido de que os princípios são mandados de otimização que devem ser realizados no mais alto grau. Logo, o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, no contexto da execução trabalhista, deve merecer a interpretação que lhe confira máxima realização.

Com efeito, tendo em vista a efetividade e com respaldo na teoria que consagra a normatividade dos princípios é que deve ser vista a penhora no processo do trabalho, notadamente a que se volta à constrição dos salários e de ganhos decorrentes do trabalho.

Antes, porém, de apontarmos como entendemos deva ser efetivado o ato de penhora dos salários, segundo uma interpretação pautada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, cabem algumas lições propedêuticas a respeito do instituto da penhora e até do meio, que, atualmente, vem sendo utilizado para sua efetivação mais célere e consentânea com a tendência processual de realização do direito fundamental à tutela executiva, que é a chamada penhora *on line*.

(TRT 15ª Região - 6ª Câmara - 3ª Turma - Proc. Nº 01201-2006-076-15-00-5, Rel. Samuel Hugo Lima, publicado em 21/09/2007)".

²²³ "Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior".

²²⁴ Ver decisões já citadas neste capítulo.

²²⁵ Maranhão (2007, p. 1189) aponta o ocorrido nos autos do Processo 738-2007-005-08-00-0, que logrou uma das tramitações mais céleres do TRT 8ª região. Nestes autos, entre a data da autuação, instrução, prolação da sentença - proferida em audiência e com planilha de cálculo anexa - e cumprimento efetivo do comando sentencial, decorreram somente 19(dezenove) dias.

6 A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIOS E DE GANHOS DECORRENTES DO TRABALHO

6.1 A penhora no processo do trabalho

Após a compreensão do contexto atual da execução trabalhista e da aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, passemos ao estudo da penhora no processo do trabalho.

De acordo com Mauro Schiavi²²⁶, a penhora é um ato de império do Estado, praticado na execução com a finalidade de vincular determinados bens do devedor ao processo a fim de satisfazer o crédito do exequente. Trata-se, portanto, de um ato de afetação de determinados bens do devedor.

Sérgio Pinto Martins²²⁷ entende que a penhora consiste na apreensão dos bens do executado, tantos quantos bastem ao pagamento da condenação atualizada, acrescida de juros e demais despesas processuais.

Francisco Antônio de Oliveira²²⁸, por sua vez, ensina que “A penhora se traduz em meio coercitivo do qual se vale o exequente para vencer a resistência do devedor inadimplente e renitente à implementação do comando judicial”.

A penhora, para nós, consiste em meio para o atingimento de um fim. É instrumento previsto na norma positiva que tem por escopo o apresamento dos bens do devedor. O fim a que se destina a penhora é a satisfação do direito ou crédito do exequente, o que implica dizer que se trata de uma ferramenta indispensável ao escopo de concretizar o direito fundamental à tutela executiva²²⁹.

No processo civil, a expedição de mandado de penhora e avaliação de bens depende de requerimento do credor, conforme os termos do art. 475-J do CPC, na forma da Lei nº 11.232/2005. No processo do trabalho, contudo, a execução poderá ser promovida por qualquer interessado ou, de ofício, pelo juiz, conforme previsto no art. 878, da CLT.

²²⁶ SCHIAVI, 2008, p. 760.

²²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 587

²²⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A execução na justiça do trabalho**: doutrina, jurisprudência, enunciados e súmulas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 87.

²²⁹ Devemos ressaltar, ainda, que a penhora cumpre as seguintes funções: a) individualização dos bens do devedor; b) manutenção e conservação, uma vez efetivada a apreensão dos bens individuados; c) constituição da ordem de preferência ou ordem cronológica dos atos de constrição judicial, aplicável, sobretudo, quando o devedor possui muitos credores, sendo proprietário de poucos ou de apenas um único bem.

Assim sendo, constatado o não cumprimento do título no prazo de 15(quinze) dias, o Juiz deve iniciar, de ofício, a fase de cumprimento, determinando a penhora de bens do devedor. Neste particular, aliás, o credor poderá indicar desde logo bens passíveis de constrição, consoante os termos do novel art. 475-J, § 3º, do CPC, que entendemos aplicável ao processo do trabalho²³⁰. Em todo caso, vale ressaltar, não pode haver prejuízo na gradação legal da penhorabilidade, consoante os termos dos artigos 882, da CLT, e 655, do CPC, em tudo observada a efetividade da jurisdição e a duração razoável do processo, conforme o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Por tais fundamentos constitucionais devemos recordar que a tutela deve ser tão mais rápida quanto maior a necessidade de quem dela necessita e que, diante disso, deve o julgador cuidar para que seja observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655, do CPC, afastando penhoras sobre bens de pouca liquidez ou de difícil possibilidade de venda em hasta pública.

Considerando a ordem estabelecida no citado dispositivo legal, ressalta Schiavi²³¹ que a jurisprudência trabalhista vem convergindo no sentido de consagrar o uso da penhora de dinheiro, ainda que o executado tenha declinado outros bens a esse ato de constrição. Diz este autor:

Considerando-se o caráter alimentar do crédito trabalhista, a celeridade que deve ser imprimida ao procedimento de execução e a efetividade do processo, deve o Juiz do Trabalho, de ofício (art. 878, da CLT) ou a requerimento do exequente, determinar providências para viabilizar a penhora de dinheiro do executado.

Assim, por força da sua condição de direito fundamental, o crédito trabalhista deve ser satisfeito de modo célere, de tal modo que o Juiz do Trabalho, como responsável pela condução do processo, deve zelar para que a ordem preferencial estabelecida no art. 655, do CPC, seja observada. Logo, por figurar o dinheiro no primeiro lugar dessa ordem (art. 655, I,

²³⁰ O § 3º do art.475-J, do CPC, dispõe que o exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens penhorados. Além disto, a Lei nº 11.382/2006, com relação ao art. 655 do CPC, excluiu a expressão “nomeação” de bens à penhora pelo executado, deixando consignado, tão-somente, que a penhora deverá ser realizada “preferencialmente” com respeito à ordem estabelecida. Atualmente, portanto, a indicação de bens é direito do exequente. Isto não afasta, contudo, a possibilidade de o executado nomear bens à penhora, quer seja por determinação judicial, quer seja por vontade própria, porem, em todo caso, deverá sempre observar a ordem preferencial prevista no art. 655 do CPC. Para nós, entendemos aplicáveis ao processo do trabalho o § 3º do art. 475-J do CPC. Nesse sentido, Schiavi (2008, p. 761) afirma: “No nosso sentir, diante do caráter publicista da execução trabalhista, da efetividade da execução e da utilidade dos atos executórios, pensamos ser possível ao exequente declinar bens a serem penhorados, mesmo antes de o executado fazê-lo. Não obstante, o executado poderá impugnar a indicação e indicar outros bens, mas para tanto deverá obedecer à ordem legal de indicação prevista no art. 655 do CPC”. Em sentido contrário, Mallet (2007, p. 525) diz que esse artigo não se aplica ao processo do trabalho, mas não deixa de expressar que este permanece desatualizado. Cf. MALLETT, Estêvão. Novas modificações no código de processo civil e o processo do trabalho: lei n. 11.382/2006. LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 5, maio 2007.

²³¹ SCHIAVI, 2008. p. 766.

do CPC), o esforço judicial deve voltar-se à penhora de numerário da parte, por força de sua maior liquidez.

Importante notar que o desenvolvimento do sistema bancário, notadamente com a utilização dos meios eletrônicos de comunicação, possibilitou uma forma diferenciada de realização da penhora de dinheiro da parte. Neste particular, a Justiça do Trabalho incorporou uma prática que tem dado bons resultados: a penhora *on-line*. É o assunto de que passaremos a tratar adiante.

6.1.1 A penhora eletrônica (*on-line*)

A penhora *on-line* nasceu da celebração de um convênio denominado BACEN JUD firmado entre o TST e o Banco Central do Brasil. Aliás, sobre este instrumento, Bezerra Leite²³² ressalta que mediante os seus termos os convenientes firmaram uma cooperação técnico-institucional que prevê a possibilidade de o TST, o STJ e os demais Tribunais signatários, dentro de suas respectivas áreas de competência, encaminharem às instituições financeiras ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueios e desbloqueios de contas.

Sobre esta forma de realizar a penhora, lembra Schiavi²³³ que “*Não há ilegalidade ou arbitrariedade no bloqueio de contas, pois o Juiz do Trabalho está cumprindo sua função institucional de dar efetividade ao crédito trabalhista*”²³⁴.

A penhora *on-line* não constitui instituto jurídico específico²³⁵. Trata-se, na verdade, de penhora, igual a qualquer outra, mas viabilizada por meios eletrônicos. Por intermédio dela o juiz do trabalho, mediante senha pessoal, obtém o seguinte: a) dados das contas bancárias do executado, abertas em qualquer instituição financeira nacional; b) bloqueio de numerário; c) penhora do respectivo valor²³⁶.

²³² LEITE, 2007.

²³³ SCHIAVI, 2008, p. 767.

²³⁴ De fato, não há que se falar em ilegalidade na penhora eletrônica de numerário, pois o direito deve incorporar as soluções tecnológicas que possibilitam mitigar os efeitos do tempo no processo e, notadamente, na solução da lide cuja apreciação foi posta em juízo. No caso de bem (dinheiro) que pode ser rapidamente transferido de uma conta para outra, no Brasil ou para o exterior, não podemos admitir que a penhora ainda permaneça limitada a técnicas sem a mesma mobilidade e eficácia.

²³⁵ GRASSELLI, Odete. **Penhora trabalhista on-line**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 57.

²³⁶ De acordo com Teixeira Filho (2005, p. 514-515), efetivado o bloqueio, o passo seguinte é a penhora.

Acerca desses atos, Marques de Lima²³⁷ averba o seguinte:

A solicitação de informação ao sistema do Banco Central e respectiva ordem de bloqueio é feita pelo juiz da execução, através da rede mundial de computadores, mediante o uso de senha privativa do juiz, limitando-se ao valor da quantia sob execução. Feito o bloqueio, efetua-se a penhora sobre o correspondente valor, liberando-se as contas do executado para todos os fins.

Atualmente, no âmbito da Justiça do Trabalho, a operacionalização do sistema BACEN JUD encontra-se regulada nos artigos 53 a 64 da consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. Assim, de acordo com o art. 53: *“Tratando-se de execução definitiva, se o executado não proceder ao pagamento da quantia devida nem garantir a execução, conforme dispõe o artigo 880 da CLT, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, emitir ordem judicial de bloqueio via Sistema Bacen Jud, com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial”*²³⁸.

A experiência do sistema BACEN JUD, mediante o convênio firmado com o Banco Central, por ter logrado bons resultados, conduziu a mudanças legislativas. O CPC, em seu novel art. 655-A²³⁹, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, albergou a penhora *on-line* em sua seara.

Contudo, há uma diferença entre o processo civil e o processo do trabalho, uma vez que no direito processual comum, segundo a letra da lei, o exequente deve solicitar ao juiz que requisite à autoridade supervisora do sistema financeiro, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado. No processo do

²³⁷ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 391.

²³⁸ Cunha Neto (2007, p. 712) lembra muito bem que o dispositivo transcrito é oriundo do Provimento n. 6/2005, publicado no dia 3 de novembro de 2005, cujo artigo primeiro possuía idêntica redação. A antiga versão era disciplinada pelo Provimento n. 1/2003, publicado em primeiro de julho de 2003. Cf. CUNHA NETO, Adhemar Prisco da. Em defesa da “penhora on line” na execução provisória. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 6, junho 2007.

²³⁹ “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o caput deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

trabalho, ao revés, por força do que dispõe o art. 878 da CLT²⁴⁰, as informações, o bloqueio e a penhora podem ser manejados de ofício pelo juiz do trabalho²⁴¹.

De toda forma, mesmo diante dessa diferença a doutrina²⁴² entende que a nova previsão legal é salutar, por afastar os resquícios de questionamentos que ainda pairavam sobre a legalidade da penhora *on-line*.

Há, porém, uma questão que merece alguns comentários no presente trabalho. Em relação ao disposto no § 2º art. 655-A, do CPC, é necessário fazermos um pequeno reparo de cunho interpretativo, no que diz respeito à sua aplicação ao processo do trabalho. De acordo com essa norma incumbirá ao exequente comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV, do art. 649, do CPC, ou que estão revestidas de outras formas de impenhorabilidade.

Tal dispositivo - caso interpretado literalmente – pode conduzir o intérprete a entender que basta o devedor alegar e provar que se trata de numerário decorrente de uma das hipóteses previstas no inciso IV, do art. 649, do CPC, para que a penhora, viabilizada eletronicamente, seja desconstituída.

Induvidoso que o § 2º do art. 655-A, do CPC - visto pela perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana – tem por escopo proteger o meio de subsistência do devedor e de sua família. Entretanto, cabe ao juiz analisar o caso concreto, de modo a não permitir que, a despeito de proteger a sobrevivência do devedor, o desfazimento (desbloqueio do numerário) venha a comprometer a própria sobrevivência da outra parte: o credor²⁴³.

Entendemos, pois, que o Juiz do Trabalho não pode admitir o pedido de desbloqueio da conta ou desfazimento da penhora mediante mera alegação e indicação de que o numerário apreendido decorre de uma das hipóteses previstas no inciso IV, do art. 649, do CPC. Antes, porém, deve avaliar a situação, ponderando não apenas sobre a natureza ou a origem do crédito que existe na conta do devedor, mas também sobre a natureza do crédito do próprio credor.

²⁴⁰ “Art. 878-A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

²⁴¹ Nesse sentido, SCHIAVI, p. 768.

²⁴² MALLETT, 2007, p. 529-530.

²⁴³ No mesmo sentido, Cf. CUNHA NETO, 2007, p. 713.

Por todo o exposto, consideramos que a penhora *on-line* é absolutamente convergente com a necessidade de se assegurar o direito fundamental à tutela executiva, não apenas pelo fato de viabilizar, com celeridade, o bloqueio e posterior constrição patrimonial, mas pela possibilidade de concretização do direito fundamental ao crédito trabalhista, tendo em vista a maior liquidez do bem²⁴⁴. Entretanto, o magistrado trabalhista deve atentar para o seguinte: na hipótese de penhora de dinheiro, alegando, a parte, que o crédito depositado em conta-corrente decorre de salários ou de ganhos decorrentes do trabalho, a despeito da legítima proteção à sobrevivência do trabalhador (devedor), o desfazimento (desbloqueio do numerário) do gravame somente pode ser autorizado após uma ponderação dos valores em conflito²⁴⁵.

Diante da importância do assunto, passaremos ao estudo da proteção dos salários, bem como sobre o conflito que acabamos de mencionar, que, segundo pensamos, merece uma ponderação judicial.

6.2 A proteção dos salários

O art. 457 da CLT prevê o seguinte: “compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”. Portanto, a CLT faz uma distinção entre os significados dos vocábulos salário e remuneração, daí concluir Barros²⁴⁶ que salário é a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição do empregador, por força do contrato de trabalho, enquanto remuneração é a retribuição devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho.

²⁴⁴ Além disso, com a utilização desse instrumento, a satisfação do crédito é atingida ainda nas hipóteses de o devedor (pessoa física ou jurídica) não possuir outros bens móveis ou imóveis passíveis de penhora.

²⁴⁵ No mesmo sentido, Cf. CUNHA NETO, 2007, p. 713.

²⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 712-713.

No mesmo sentido, registrando uma distinção entre salário e remuneração, bem como sua importância, Sussekind²⁴⁷ afirma:

Como se infere, salário é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que deles se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa; remuneração é a resultante da soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos de terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato.

E arremata dizendo:

Essa distinção, oriunda dos conceitos legais de remuneração e de salário, é de inquestionável importância para a aplicação das diversas normas jurídicas atinentes às relações de trabalho, inclusive as que tangem à Previdência Social.

Amauri Mascaro Nascimento²⁴⁸ também compartilha do mesmo entendimento:

Por esse dispositivo, salário é a importância fixa estipulada, como também outras parcelas complementares emanadas diretamente do empregador; ao passo que remuneração, todavia, é a totalidade do ganho do empregado, quer procedente do empregador, quer resultante de oportunidade (*occasione di guadagno*), por ele ensejada ao empregado, para auferir proventos de terceiros.

Concordamos com Alice Monteiro de Barros, Arnaldo Sussekind e Amauri Mascaro Nascimento, mas vale a lembrança de que, na prática, é comum o uso dos vocábulos como sinônimos²⁴⁹. Em vista disso, tão-somente para efeito do presente trabalho, não obstante a distinção prevista no art. 457, da CLT, os vocábulos “salário” e “remuneração” serão tratados neste estudo como sinônimos, por constituírem valores percebidos pelo trabalhador por força de uma prestação de serviços²⁵⁰.

²⁴⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 339.

²⁴⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1996. p. 27.

²⁴⁹ A lembrança é feita por Amauri Mascaro. Cf. NASCIMENTO, 1996, p. 27.

²⁵⁰ Catharino (1994, p. 712), ao fazer a leitura do antigo art. 942, do CPC, cujo conteúdo se encontra atualmente inserido no atual art. 649, IV, do mesmo diploma, afirma que a expressão utilizada pela lei é sinônima de remuneração e de retribuição. Cf. CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Ltr, 1994. Além dos mais, vale ressaltar, ainda, o disposto no Art. 1 da Convenção n. 95, da OIT, aprovada em Genebra em 1949, mas promulgada no Brasil pelo Decreto n. 41.721 somente em 1957. Diz o citado artigo: “Para os fins da presente Convenção, o termo ‘salário’ significa, qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados or acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devem ser prestados”. Cf. SÚSSEKIND et. al., 2007, p. 107.

Adentrando no aspecto da proteção dos salários, afirmamos que este possui natureza alimentar, a despeito da possibilidade de ser utilizado não só para prover a sobrevivência do trabalhador, como também de sua família. Nesse sentido, Gomes e Gottschalk²⁵¹ ressaltam o seguinte:

O caráter alimentar do salário é, talvez, o seu mais incisivo traço em face das demais retribuições próprias dos denominados contratos de atividade. O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família. Com as energias despendidas no trabalho obtém os meios de vida e de subsistência, única fonte de renda e de manutenção a que pode aspirar.

Aliás, por força do que dispõe o art. 100, § 1º-A, da CF/88²⁵², não pode restar dúvida sobre a natureza alimentar dos salários, consoante a redação dada pela EC nº 30/00. É por esta razão que o sistema jurídico brasileiro prevê um rol de medidas protetivas do salário, que podem ser classificadas em três grupos: contra os abusos do empregador, contra os credores do empregador²⁵³ e contra os credores do próprio trabalhador.

Assim, especificamente no que se refere à proteção dos salários contra os credores do trabalhador, a doutrina²⁵⁴ aponta a impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do CPC²⁵⁵, que estabelece o seguinte:

²⁵¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 200.

²⁵² O art. 100, § 1º-A, da CF/88, dispõe: “*Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado*”.

²⁵³ Não nos move aqui o objeto de debater sobre o privilégio do crédito trabalhista, mas sim sobre o valor que lhe informa: a dignidade do credor. Em todo caso, firmamos nossa posição no sentido de que ele é privilegiadíssimo, assim como aquele decorrente do acidente do trabalho. Afinal, o Código Tributário Nacional já dispunha, em seu antigo art. 186, acerca desse privilégio, inclusive ante o crédito tributário. Porém, a Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, que modificou o CTN a fim de validar diversas alterações decorrentes da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), imprimiu nova redação ao art. 186 para dispor que os créditos trabalhistas e o decorrente do acidente do trabalho são os únicos que preferem ao crédito tributário, mas isto em situação normal do devedor, pois, no caso de decretação da falência, a ordem do privilégio deve ser alterada, com a limitação do crédito trabalhista. Isto porque a nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), no inciso I, do art. 83, limitou o teto do privilégio, em caso de falência do empregador, a 150 salários mínimos por empregado e tudo o que extrapolar este limite deve ser considerado quirografário. Há que se ressaltar, contudo, que a nova Lei de Falências, como qualquer outra regra, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal. Assim, no que diz respeito a essa e outras limitações aos créditos dos empregados, podemos dizer que afrontam, gravemente, alguns postulados constitucionais, dentre eles os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função social. Nesse sentido é a posição de Delgado, que afirma o seguinte: “Neste contexto, a necessária interpretação da Lei n.11.101/2005, a ser feita em conformidade com a Constituição (como imperativo no sistema democrático constitucional do País), há de esterilizar ou adequar tais critérios anti-sociais da nova lei ao comando magno de prevalência do valor-trabalho e de respeito à dignidade da pessoa humana, além da permanente regência da propriedade privada por seus fins sociais”. Cf. DELGADO, 2006, p. 818-819.

²⁵⁴ Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 789-790. Cf. DELGADO, 2006, p.825. Cf. GOMES; GOTTSCHALK, 2000, p. 255.

²⁵⁵ Schiavi (2008, p. 763), ao comentar esse dispositivo da lei processual civil, diz que ele se aplica ao processo do trabalho, em razão da omissão da CLT e também da Lei nº 6.830/90, bem como diante de sua compatibilidade com os princípios do processo do trabalho, de modo especial o da proteção da dignidade da pessoa humana do executado e da humanização da execução. No mesmo sentido, em relação à omissão e compatibilidade, Cf. LEITE, 2007, p. 916.

Art.649 São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

A impenhorabilidade do salário é, pois, uma modalidade de proteção diante da natureza alimentar que dele dimana. Por fundar-se na proteção da vida do devedor, a impenhorabilidade busca concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante notar que a mesma razão que justifica a impenhorabilidade do salário informa também a abrangência do dispositivo legal que a estabelece, albergando também os vencimentos, subsídios, soldos, remunerações, proventos de aposentadoria, bem como os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, haja vista que têm por escopo igual objetivo: a subsistência do devedor e de sua família.

Aspecto importante sobre o art. 649, do CPC, diz respeito à exceção contida no seu § 2º, no qual estabeleceu o legislador que a proteção instituída no inciso IV não se aplica para pagamento de pensão alimentícia.

Acerca dessa disposição, Neves²⁵⁶ afirma o seguinte:

Não se desconhece que os motivos que levaram o legislador a prever tal exceção derivam da própria natureza da dívida alimentar. Tratando-se de meio de sobrevivência do alimentado, seria absurdo vê-lo minguar até a morte ou passar por sérias privações para preservar a sobrevivência do alimentante. Colocando-se de lado tal peculiar característica da dívida alimentar, tal situação demonstra de forma evidente que a penhora de parte dos salários e vencimentos não impossibilita ao devedor que se mantenha vivo, com uma maior carga de esforço e limitações, é verdade, mas vivo e com o mínimo de dignidade. Ou seja, apesar de naturais privações, o devedor mantém o mínimo para sobrevivência com dignidade.

Para o citado autor, a exceção à regra é a prova maior de ser absolutamente possível que ocorra a penhora de parte dos salários, o que apesar de gerar algum esforço maior ao

²⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim. **Execução no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 63.

devedor e, conseqüentemente, algumas privações, não necessariamente o impossibilita de viver com dignidade.

De fato, a exceção atesta que é possível proteger a dignidade do devedor mesmo que este venha a suportar o comprometimento de parte do seu salário por dívidas de natureza alimentar²⁵⁷.

Aliás, neste particular, compreendendo que a penhora dos salários é possível, mesmo diante da necessidade de se proteger a subsistência do trabalhador e de sua família, a doutrina aponta como exemplo o direito estrangeiro, o que, aliás, se coaduna com disposição da própria Organização Internacional do Trabalho.

6.3 A proteção dos salários na convenção n. 95 da OIT e a possibilidade de penhora prevista no direito comparado.

A Convenção n. 95, da OIT²⁵⁸, que cuida da proteção dos salários, conquanto disponha que o salário não possa ser objeto de penhora, não afasta que ela ocorra segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação dos países. Logo, tal normativo abre ensejo a que o direito interno admita a penhora na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família. É o que consta no art. 10:

Art. 10 – O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.
2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão, na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família.

Em vista disso, não são recentes as disposições legais que estabelecem a penhora dos salários de maneira relativa ou, em alguns casos, proporcional. Tanto assim que José Martins Catharino²⁵⁹ aponta que muitos países procuraram regular essa matéria, mas alguns se restringiram a declarar a impenhorabilidade até certo limite fixo do salário (Bélgica,

²⁵⁷ No tocante ao disposto no § 2º do art. 649, do CPC, vale lembrarmos que parte da doutrina sustenta que a penhora dos salários pode ser manejada pelo Juiz do Trabalho diante da natureza também alimentar dos créditos trabalhistas. Nesse sentido, afirma: “Ressalte-se que a lei expressamente excepcionou da impenhorabilidade absoluta as prestações alimentícias, assim apontando que o crédito do trabalhador, que ostenta essa natureza, detém condição preferencial em relação aos demais, de modo a corroborar como correto o procedimento referido, adotado para garantir o recebimento do crédito trabalhista do ex-empregador”. Cf. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Penhora sobre salários, proventos da aposentadoria e poupança – o princípio da legalidade e a utilidade da jurisdição. *LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 8, agosto 2007.p. 961. Da mesma forma, Schiavi (2008, p.763) afirma: “Não obstante, pensamos que o Juiz do trabalho deve interpretar a cláusula de impenhorabilidade dos incisos do art. 649 do CPC com reservas, utilizando-se do bom senso e razoabilidade, considerando-se o caráter alimentar do crédito trabalhista, bem como as vicissitudes que enfrenta o exequente na execução trabalhista”. Neste momento, não queremos antecipar nossa posição sobre a aplicação do citado dispositivo legal, pois dela trataremos mais adiante quando estudarmos sobre como a jurisprudência brasileira vem acolhendo a penhora sobre os salários. Assim, retomaremos o assunto no próximo capítulo.

²⁵⁸ Cf. SÜSSEKIND, 2007, p. 109.

²⁵⁹ CATHARINO, 1994, p. 710

Alemanha, Áustria, Hungria, Russa, Suíça e quase todos os Estados norte-americanos). Outros, contudo, adotaram critério mais progressivo para efeito da penhorabilidade (francês e certas leis espanholas) e, alguns, por outro lado, combinaram a progressão com a impenhorabilidade parcial e fixa, isto é, a declararam até certo “*quantum*” do salário e, a partir de então, estabeleceram escala progressiva.

Mallet²⁶⁰, por sua vez, ressalta que em Portugal, França, Bélgica, Holanda, Espanha, Argentina e Chile, a impenhorabilidade dos rendimentos decorrentes do trabalho é limitada a certo valor. No mesmo sentido, registrando sobre as disposições do direito alemão, polonês, português, espanhol e argentino, bem como dos Estados Unidos, Daniel Amorim Assumpção das Neves, após expor sobre o regime adotado em cada um desses países, defende, como mais adequada, a legislação da Espanha²⁶¹.

²⁶⁰ O autor ressalta que o Código de Processo Civil de Portugal, em seu art. 824º, dispõe: “1 – São impenhoráveis: a) Dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado; b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indenização por acidente ou renda, vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante. 2 – A impenhorabilidade prescrita no número anterior tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional”. Em relação à França, Mallet ressalta disposição do *Code du Travail*, que no art. R-145-2 estabelece gradação para a impenhorabilidade, admitindo penhora proporcionalmente maior para os ganhos mais elevados, em providência de perfeita justiça distributiva. No mesmo sentido, o autor lembra que tanto na Bélgica quanto na Holanda existem regras semelhantes, prevendo a penhora de salários de acordo com o valor recebido. Na Espanha, o art. 607, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, admite a penhora de salários e demais rendimentos do trabalho. E, na Argentina, é o art.147 da *Ley de Contrato de Trabajo* a dispor: “*Las remuneraciones debidas a los trabajadores serán inembargables en la proporción resultante de la aplicación del artículo 120, salvo por deudas alimentarias. En lo que exceda de este monto, quedarán afectadas a embargo en la proporción que fije la rereglamentación que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, com la salvedad de las cuotas por alimentos o litis expensas, las que deberán ser fijados dentro de los límites que permita la subsistencia del alimentante*”. Por fim, no Chile, Mallet ressalta o Código del Trabajo establece, no art. 57: “*Las remuneraciones de los trabajadores y las cotizaciones de seguridad social serán inembargables. No obstante, podrán ser embargadas la remuneraciones en la parte que excedan de cincuenta y seis unidades de fomento*”. MALLET, 2007,p. 527.

²⁶¹ Neves (2005, p. 58-60) ressalta que: “No direito alemão há previsão expressa na ZPO sobre a possibilidade de penhora parcial dos salários, já que no art. 811, n. 8, considera-se impenhorável apenas o mínimo para preservar as necessidades básicas e imediatas do executado, sendo impenhoráveis somente os valores necessários para suprir o lapso temporal entre a penhora e o próximo pagamento. Parece-nos que os valores são arbitrados pelo próprio magistrado no caso concreto, levando-se em consideração o valor do salário ganho pelo executado e suas necessidades. No direito polonês há previsão no art. 833, § 1.º, preservando-se dois salários mínimos (impenhorabilidade absoluta) e a partir daí permitindo-se a penhora de até um quinto dos vencimentos”. Já, no direito português, averba que “existe previsão no Código de Processo Civil, art. 823, n. 1, letra e, de que somente 2/3 do salário são impenhoráveis, admitindo-se que a penhora incida sobre o 1/3 restante”. Na Espanha, ressalta o autor o seguinte que “existe interessante disposição na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que determina uma progressão de percentagens dos vencimentos, determinando-se a penhora dependendo do valor do salário do executado. O art. 607 cria um valor mínimo, absolutamente impenhorável, e a partir desse valor estabelece a possibilidade de penhora de 30% a 90%, dependendo da faixa em que se verifica o valor total dos vencimentos. Assim, tomando-se, por exemplo, um executado que ganhe um salário mínimo, tem a garantia de impenhorabilidade absoluta, porém aquele que ganha até dois salários mínimos poderá ter penhorado 30% do valor que supere um salário mínimo, e outro devedor, que receba três salários mínimos, terá com relação ao valor do “segundo” salário mínimo a penhora de 30% e com relação ao “terceiro” salário mínimo, a penhora de 50%”. Quanto ao direito argentino, lembra que “existe previsão expressa de possibilidade de penhora em até 20% do valor do salário que exceder o valor estritamente necessário para a subsistência do executado. A porcentagem no caso concreto en-

Amauri Mascaro Nascimento²⁶² lembra que essas disposições legais podem ser agrupadas de três formas: impenhorabilidade absoluta, relativa e proporcional. A primeira consiste na proteção total dos salários, isto é, não admite qualquer restrição, salvo nos casos expressamente previstos em lei²⁶³. A segunda, no entanto, consiste numa proteção deferida até certa parte dos salários, acima da qual se admite a penhora²⁶⁴. A terceira, por sua vez, é proporcional, de modo que tanto maior será o alcance da penhora quanto maior o salário²⁶⁵.

De modo geral, assim, as legislações de outros países não impedem a penhora dos salários. Ao contrário, admitem-na com a condição de que sejam respeitados certos limites, notadamente com o fim de proteger um núcleo essencial necessário à preservação da dignidade do devedor. É por esta razão que a doutrina especializada²⁶⁶ afirma que o art. 649, IV, do CPC, não está em harmonia com essa tendência, acabando por proteger o devedor de maneira um tanto generalizada e sem limites.

Nesse sentido, Martins Catharino²⁶⁷, não obstante reportar-se ao antigo art. 942, do CPC, já afirmava, no seu *Tratado Jurídico do Salário*, que o princípio da impenhorabilidade previsto na legislação brasileira é passível de crítica, por não ser justo que a lei não distinga o pequeno salário do polpudo, ao defender sua integridade das investidas dos credores do assalariado. Daí concluir não ser jurídica a ausência dessa distinção, pois recebe igual

contra um teto máximo na legislação, devendo o juiz levar em consideração as circunstâncias do caso *sub judice* para fundamentar sua decisão”. Por sua vez, nos países da família da *commom law*, afirma o autor que “é possível a penhora de parte do salário do executado. Nos Estados Unidos existe verdadeira discricionariedade judicial no arbitramento da porcentagem do salário que pode ser objeto de penhora, levando o juiz em consideração as necessidades mínimas do executado e de sua família no caso concreto. Apesar dessa margem de atuação do juiz, que aparentemente não teria limitações na fixação da porcentagem a ser penhorada e por consequência a ser preservada, existe lei federal que limita tal desconto, exigindo que na fixação da penhora o devedor mantenha no mínimo 75% ou 30 vezes o valor do salário mínimo vigente, o que for maior”. Por derradeiro, o autor sustenta que “Dentre todos os ordenamentos estrangeiros estudados parece que a previsão mais adequada é aquela contida na Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha. Leva em consideração a garantia mínima já que torna absolutamente impenhorável um valor teto (claro que no Brasil seria irrisório fixar tal teto tão-somente um salário mínimo) e considera também o valor do salário e dos vencimentos, aumentando a porcentagem de penhorabilidade conforme o aumento do valor dos ganhos do executado²⁶¹. Preserva-se, dessa forma, um mínimo para a sobrevivência do executado, mas ao mesmo tempo entrega-se a prestação jurisdicional pleiteada pelo exequente. Todos os interesses são preservados, é claro que com certo sacrifício do executado, que como já se teve oportunidade de asseverar é consequência natural do processo executivo”.

²⁶² NASCIMENTO, 1996, p. 150. No mesmo sentido, Cf. CATHARINO, 1994, p. 709.

²⁶³ Consoante capítulo anterior, a legislação brasileira dispõe que os salários e similares são absolutamente impenhoráveis, salvo o caso de prestação alimentícia.

²⁶⁴ Neste rol, o autor cita como exemplo o art. 545 do Código de Processo Civil italiano, onde somente a parte que ultrapassar de um quinto do salário é penhorável. Neste caso, a cobrança recairia validamente sobre a porção disponível, assegurando, assim, os valores considerados necessários para os encargos do devedor ou familiares. Cf. NASCIMENTO, 1996, p. 150

²⁶⁵ De outro lado, no terceiro grupo, Nascimento (1996, p. 150) menciona a legislação da Argentina, que estabelece a impenhorabilidade conforme o valor do salário, de modo diretamente proporcional, isto é, quanto maior for o salário maior será o percentual correspondente de penhora.

²⁶⁶ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário – Algumas outras considerações. *LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 2, fev. 2007. p. 159.

²⁶⁷ CATHARINO, Ltr, 1994, p. 711.

tratamento tanto o salário do alto empregado como o do simples servente, de nada valendo a circunstância de o último ter nítido caráter alimentar, em flagrante contraste com o primeiro, que não o tem, ou o possui atenuado.

Portanto, a tendência que se aponta das legislações dos diversos países é no sentido de se admitir a penhora dos salários, uma vez respeitados certos limites. É o que também podemos inferir da proteção dada aos salários pela Convenção n. 95, da OIT, que não proíbe a penhora, mas, ao revés, condiciona a realização de tal espécie de constrição na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família.

6.4 A proposta de reforma do CPC e o veto presidencial

Importante frisar que a penhora parcial dos salários havia sido aprovada no Poder Legislativo. O Projeto de Lei n. 51, de 2006 (nº 4.497/04 na Câmara dos Deputados), previa a penhora parcial, que ficaria expressamente prevista no § 3º, do art. 649, do CPC, com a seguinte redação²⁶⁸:

Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40%(quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20(vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Contudo, a redação aprovada no Poder Legislativo não passou pelo crivo da Presidência da República, que vetou a proposta de penhora parcial dos rendimentos do trabalho. É o que podemos inferir da Mensagem n. 1.047, de 6 dezembro de 2006, publicada no D.O.U em 7.12.2006²⁶⁹:

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 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 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.

²⁶⁸ Mensagem nº 1.047, de 6 de dezembro de 2006.

²⁶⁹ Op. cit.

As justificativas dadas não passaram despercebidas pela doutrina. Tanto assim que Mallet²⁷⁰, ao comentar o veto presidencial, expôs o seguinte:

Dizer, como se lê nas razões apresentadas para o veto, que “a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração”, causa grande espécie. Apego à tradição? Para manter a tradição e deixar tudo como estava, não seria necessário aprovar a Lei n. 11.382 e tampouco fazer as sucessivas reformas do Código de Processo Civil. Não seria exatamente o momento de abandonar tradição que não mais se justifica, tradição em desarmonia com os mais variados sistemas jurídicos e em desacordo até com a tutela preconizada para o salário pela própria Organização Internacional do Trabalho?

Em igual sentido, Wambier²⁷¹:

Vê-se que, por excessivo injustificável apego à “tradição”, foi vetada uma das alterações mais importantes do Projeto que veio a ser convertido na Lei n. 11.382/2006, tida, nas próprias razões do veto, como jurídica e economicamente razoável.

Para nós, o citado § 3º, na forma então redigida e aprovada pelo Congresso Nacional, garantiria uma boa oportunidade para o avanço no sentido de busca da efetividade da tutela jurisdicional.

É fácil percebermos que a nossa tradição jurídica demonstra o quão distante estamos de um efetivo acesso democrático à justiça. Tanto assim que as últimas reformas voltaram-se exatamente ao desiderato de eliminar os pontos de estrangulamento do sistema processual comum²⁷². Logo, tradição por tradição, teria sido melhor ficarmos com a dos diversos países que consagram a penhora parcial dos salários, e que a estabelecem, inclusive, como instrumento utilizável nas relações jurídicas de natureza civil.

Por esta razão, afirmamos que a nossa tradição jurídica não justifica eliminarmos um instrumento voltado à concretização do direito fundamental à tutela executiva.

A própria Mensagem n. 1.047 deixou evidente que a proposta de reforma possuía razoabilidade porque, além de não serem alcançadas as pessoas que tivessem renda inferior a vinte salários mínimos, somente 40%, do que extrapolasse este percentual, seria

²⁷⁰ MALLET, 2007, p. 527.

²⁷¹ Wambier ainda afirma que é duvidosa a constitucionalidade do veto presidencial à disposição ora analisada. Assim, em conformidade com o § 2º do art. 66, da CF/88, que determina que o “*o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea*”, sustenta que, em princípio, ao ser vetado o § 3º, houve, reflexamente, veto parcial do inciso IV do art. 649, do CPC, o que contraria, segundo o autor, a *mens legis* do § 2º do art. 66 da Constituição. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

²⁷² ARAUJO, 2007, p.11.

penhorável²⁷³. Assim, concordamos com Estêvão Mallet quando diz que o veto presidencial dificilmente se harmoniza com a ordem de valores posta pela Constituição Federal²⁷⁴.

Manteve-se, portanto, um dogma: a impenhorabilidade absoluta dos salários. É certo dizer que nosso direito consagra essa impenhorabilidade na medida em que reconhece a relevância do salário, do meio de sustento do trabalhador e de sua família. Ocorre, porém, que a impenhorabilidade absoluta dá azo - por vezes - a uma excessiva proteção do patrimônio do devedor relativamente ao cumprimento de determinada obrigação já constituída em um título judicial, notadamente em desfavor daquele que aguarda a satisfação do seu direito: o credor.

A situação é ainda mais grave para o credor de uma obrigação que ostenta a natureza de crédito alimentar, como é o caso do crédito trabalhista.

De todo modo, por mais que a questão não tenha sido resolvida pela proposta de reforma do Código de Processo Civil em razão do veto presidencial, devemos ressaltar que, com base no que já abordamos neste trabalho sobre a normatividade dos princípios e a importância dessa concepção para os direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito à necessidade de máxima efetividade das normas constitucionais que os consagram, é possível o manejo da penhora dos salários, bem como dos demais rendimentos derivados do trabalho.

Para tanto, é importante concebermos a existência de um conflito entre princípios ocorrente em dada situação concreta, quando, de um lado, figurar o devedor trabalhista (atual trabalhador) e, de outro, o credor (regra geral, ex-trabalhador). É o que veremos adiante.

6.5 A colisão de princípios: dignidade do credor vs dignidade do devedor trabalhista

No âmbito do processo do trabalho é comum que o Juiz do Trabalho se depare com a situação de insuficiência de bens do devedor ou de total inexistência de bens passíveis de penhora e alienação para regular satisfação do crédito trabalhista, com exceção, é claro, da sua renda decorrente do trabalho.

Em um mundo globalizado, com freqüentes momentos de instabilidade econômica das principais economias mundiais, que tanto podem advir de fatores internos quanto externos, não é difícil de ocorrer a ruína de grandes empresas como também de empreendimentos de médio e pequeno porte diante das dificuldades econômicas²⁷⁵. Tais acontecimentos acabam por conduzir ao inadimplemento das obrigações trabalhistas.

²⁷³ WAMBIER, L.; WAMBIER, T; MEDINA, 2007, p. 93.

²⁷⁴ MALLET, 2007, p. 528.

²⁷⁵ Sobre globalização e seus efeitos nas relações de trabalho, recomendamos a obra de Franco Filho, que afirma: "A globalização tem promovido uma série de profundas e sensíveis mudanças na sociedade contemporânea. Nesse ponto, a ordem mundial registra algumas rupturas relevantes, a saber: primeira, a capacidade estatal de

Em tais circunstâncias, após a quebra, o ex-sócio pode muito bem passar a ser contratado por outras empresas para prestar serviços de consultoria ou, ainda, empregar-se para prestação de serviços nos termos da legislação trabalhista ou mesmo perceber vencimentos ou subsídios decorrentes de relações de trabalho segundo o vínculo jurídico de natureza pública.

De outro lado, o inadimplemento de obrigações trabalhistas capaz de colocar à prova o intérprete, notadamente o Juiz do Trabalho, especialmente no que se refere à impenhorabilidade dos salários e estímulos decorrentes do trabalho, também pode ocorrer quando a relação de trabalho é oriunda de um contrato firmado entre o trabalhador e o empregador (ou tomador de serviços) pessoa física.

Não podemos esquecer, ainda, da decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica do empregador pessoa jurídica e atinge os bens dos sócios²⁷⁶. Tal hipótese, no âmbito do processo do trabalho, já era aplicada muito antes do art. 50, do CC²⁷⁷, com fundamento, por analogia, no art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078/1990^{278e279}.

São, enfim, inúmeros os casos que podem ser apontados como ocorrentes para que o intérprete se depare com o pedido do devedor trabalhista no sentido de desbloqueio e levantamento da penhora de sua conta-corrente, segundo o argumento de que os valores nela depositados são oriundos de salários ou de ganhos decorrentes do trabalho.

garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial; segunda, a mundialização da economia; e, terceira, a internacionalização do Estado”. Cf. FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. **Globalização do trabalho: rua sem saída**. São Paulo: LTr, 2001. p. 13.

²⁷⁶ Acerca do assunto, Saraiva diz: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica do executado permite que os atos executórios alcancem os bens particulares dos sócios, quando se verifica a insuficiência do patrimônio societário e, concomitantemente, restar comprovada a violação à lei, fraude, falência, estado de insolvência ou mesmo encerramento ou inatividade da empresa, provocados por má administração”. Cf. SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Método, 2006. p. 547.

²⁷⁷ O art. 50, do CC, dispõe que: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

²⁷⁸ O art. 28, da Lei nº 8.078/90, dispõe que: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

²⁷⁹ Nesse sentido, entendendo que o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor se aplica ao processo do trabalho, Renato Saraiva afirma: “Entendemos que a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na parte processual, é aplicável ao processo do trabalho, principalmente pelo fato de o art. 21 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) determinar a aplicação às ações coletivas e individuais da parte processual do Código de Defesa do Consumidor, naquilo que for compatível”. Cf. SARAIVA, 2006, p. 548.

Em todos esses casos podemos dizer que figura, de um lado, a presença do devedor trabalhista, antes tomador dos serviços (pessoa física, ex-empregador, ex-sócio, ex-tomador etc.)²⁸⁰, e, de outro, como credor, o trabalhador que aguarda a efetividade da tutela executiva.

Nessas circunstâncias e, no caso concreto, a impenhorabilidade dos salários coloca em rota de colisão o mesmo princípio: a dignidade. Ou seja, uma vez considerados, no caso concreto, impenhoráveis os salários, haverá uma evidente colisão entre princípios, mais precisamente entre o princípio da dignidade da pessoa humana do devedor e o princípio da dignidade do credor trabalhista. Afinal, o suporte da proteção dirigida a ambos decorre do fato de que é necessário proteger o meio de subsistência do trabalhador.

Se o devedor trabalha e percebe como contraprestação dos seus serviços salários ou ganhos decorrentes de sua atividade e, por tal motivo, recebe proteção do sistema jurídico diante da necessidade de manutenção de sua dignidade, o credor, por outro lado, aguarda seu crédito decorrente do trabalho que possuía (ou possui) destinado à sua sobrevivência.

Em sendo assim, a impenhorabilidade absoluta dos salários, caso interpretada e aplicada literalmente no âmbito do processo do trabalho, implica tratamento desproporcional, isto é, protege de forma absoluta os salários do tomador ou ex-tomador dos serviços e, por outro viés, desprotege integralmente os créditos do trabalhador.

É nesse sentido que Lima Guerra²⁸¹, não obstante referir-se ao modelo de direitos fundamentais, sustenta que a impenhorabilidade de bens imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos. Vejamos:

O modelo dos direitos fundamentais oferece também a base ideal para o encaminhamento de questões relativas à flexibilidade da impenhorabilidade dos bens do devedor. O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos. Realmente, excluindo determinados bens do devedor do universo dos bens expropriáveis (em princípio, todo o patrimônio presente e futuro do devedor, nos termos do art. 51 do CPC), a lei está impondo uma limitação às possibilidades práticas de realização da tutela executiva.

Da mesma forma, mas adicionando contundente argumento para refutar as razões bradadas como justificativa à impenhorabilidade de bens, Assumpção Neves²⁸² nos ensina o seguinte:

Atualmente, diante do manifesto fracasso do processo de execução por quantia certa, perguntamos se não estaria o legislador pátrio exagerando na proteção do devedor, em evidente e injusto detrimento do credor. Obviamente que não se pretende com tal afirmação glorificar ou ainda justificar métodos ultrapassados na busca da satisfação do direito, como a responsabilidade pessoal da Lei das XII Tábuas ou os métodos de

²⁸⁰ Não é demais lembrarmos que tal conflito também pode ocorrer quando vigente o contrato de trabalho, a despeito de não ser esta uma regra.

²⁸¹ GUERRA, 2003, p. 165.

²⁸² NEVES, 2005, p. 52.

infâmia conhecidos na Idade Média. O que nos preocupa é se não estaríamos exagerando na tal “humanização” da execução, esquecendo-se por muitas vezes que o credor também é humano, e sofre ao não receber seu crédito diante da ineficácia do processo executivo.

A consequência de se aplicar com rigor absoluto a regra da impenhorabilidade de salários seria a de que, na prática, o reclamante, já desrespeitado em seu direito fundamental à tutela executiva e também à sua própria dignidade pelo fato de que foi lesado em seus direitos trabalhistas, mesmo munido de um título judicial que lhe reconheceu tais direitos, estaria impedido de buscar a efetivação de seu crédito quando seu antigo empregador, pelo infortúnio de seu negócio, possui agora somente rendimentos de trabalho como empregado, servindo, assim, a regra em comento, à proteção da dignidade do devedor em detrimento do trabalhador. Assim, a necessidade da manutenção de uma vida compatível com a dignidade humana também se aplica ao credor trabalhista, pois sua condição processual não ocorreu por acaso, mas por força do inadimplemento por parte do devedor²⁸³. Assim, se de um lado há justificativa para a proteção da dignidade do devedor, então de outro não se justifica qualquer preterição da dignidade do credor, pois onde houver o mesmo fundamento deve prevalecer o mesmo direito²⁸⁴.

É certo dizer, contudo, que não se pode atingir o patrimônio do devedor sem que lhe reste assegurado um mínimo existencial. Porém, de outro lado, no âmbito do processo do trabalho, quem figura como credor é o trabalhador que, proprietário apenas de sua força de trabalho para subsistir dignamente, já foi atingido nesse aspecto a partir do momento em que precisou recorrer ao Judiciário para obter o reconhecimento de seus direitos.

Isto posto, afirmamos que ao credor trabalhista também deve ser garantido o direito de salvaguarda da sua dignidade. Por isso entendemos que a solução do problema em estudo perpassa por uma nova leitura do direito, com o fim de assegurar o direito fundamental à tutela executiva do credor trabalhista, tendo em vista a proteção de sua dignidade. É por esse motivo que a impenhorabilidade dos salários merece uma interpretação de acordo com a Constituição Federal.

²⁸³ Nesse sentido são as indagações feitas pela doutrina: acaso o sistema respalda uma solução que confere garantias apenas ao salário do devedor (ex-empregador trabalhista), e a nega ao salário do credor (ex-empregado)? Como sustentar que o salário do ex-empregador é intocável, se ele próprio não reconheceu este direito aos salários que deve ao ex-empregado? Cf. GEMIGNANI, 2007, p. 959.

²⁸⁴ Segundo o brocardo latino, *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito)

6.5.1 A interpretação da impenhorabilidade dos salários de acordo com a Constituição Federal.

Antes de expormos nossa posição sobre como entendemos deva ser interpretada a impenhorabilidade dos salários, cabe lembrarmos uma lição de Luiz Guilherme Marinoni sobre a diferença existente entre a interpretação conforme a Constituição e a interpretação de acordo com a Constituição. Neste particular, o autor ressalta, preliminarmente, que o juiz, para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional²⁸⁵.

Segundo Marinoni²⁸⁶, se o Juiz chegar à conclusão de que a omissão ou a regra processual, diante das exigências do direito material e da realidade social, impedem a prestação jurisdicional na forma efetiva, não pode fugir do dever de aplicar a técnica processual adequada ao caso concreto. Para tanto, porém, é necessário compreender que o sistema processual deve ser interpretado de acordo com a Constituição, notadamente com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Marinoni²⁸⁷ explica que a interpretação de acordo com a Constituição não se constitui em instrumento de controle de constitucionalidade, mas em método de interpretação²⁸⁸. Assim, para este autor, o juiz é obrigado a interpretar as normas de acordo com a Constituição ou, como ressalta, de acordo com os direitos fundamentais.

Se tomarmos as lições de Marinoni e a aplicarmos ao problema da impenhorabilidade dos salários, devemos concluir que a regra processual que prevê essa impenhorabilidade não é omissa, mas, sim, inidônea para regular a necessidade de prestação da tutela jurisdicional executiva e, portanto, incompatível com os direitos fundamentais.

Nesses termos, colocando a questão com muita precisão, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani²⁸⁹ afirma:

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 quando disposto no art. 649, IV, do CPC, a não ser assim, de acrescentar, a própria Constituição Federal será atropelada.

²⁸⁵ MARINONI, 2004, p. 229.

²⁸⁶ MARINONI, loc. cit.

²⁸⁷ MARINONI, 2004, p. 232-233.

²⁸⁸ Assim como Marinoni (2004), Coelho situa a interpretação conforme a constituição no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas como uma simples regra de interpretação. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 137.

²⁸⁹ GIORDANI, 2006, p. 571.

Por esse motivo defendemos que a impenhorabilidade dos salários deva ser interpretada de acordo com a Constituição, isto é, com a necessidade de proteção e promoção do direito fundamental à tutela executiva trabalhista e, por via de consequência, em prol da dignidade do credor trabalhista.

Em sendo assim, devemos lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira.

Como já dissemos em momento oportuno, referido princípio se constitui no epicentro axiológico do nosso ordenamento jurídico, que serve como referencial inarredável no âmbito da hierarquização valorativa, servindo como parâmetro para aplicação, interpretação e integração do ordenamento jurídico como um todo.

Além disso, não há como dissociar a relação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa humana, ou seja, em cada direito fundamental – regra geral - existe uma irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹⁰. Logo, imperioso que se reconheça ao credor o direito fundamental à tutela executiva trabalhista como meio de assegurar-lhe uma vida compatível com a dignidade humana.

No mesmo sentido, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, que defende a penhora dos salários, diz²⁹¹:

É indiscutível a necessidade de se respeitar à dignidade da pessoa humana do executado, mas do outro, 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 (...).

Aliás, no que diz respeito à vinculação do Estado-juiz no sentido de observância desse princípio fundamental, sob pena de ofensa ao Estado democrático de direito, Romita²⁹² afirma:

Um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro é, portanto, o do Estado democrático de direito. Por princípio estruturante entende-se uma idéia constitutiva e indicativa de diretrizes básicas de todo o ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário. Nenhum ato normativo,

²⁹⁰ Neste trabalho, em momento oportuno, deixamos evidente nossa posição no sentido de acolher como referência o pensamento de Sarlet acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. Cf. SARLET, 2001. No mesmo sentido é a posição de Franco Filho (2004, p. 140), quando diz: “Direitos humanos e direitos fundamentais, portanto, caminham em um único sentido: o de preservar, garantir e conservar a dignidade da pessoa humana (...)”.

²⁹¹ GIORDANI, 2006, p. 572.

²⁹² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 267.

nenhuma decisão judicial pode menoscabar a dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa ao princípio estruturante do Estado democrático de direito (...).

Além disso, a interpretação não absoluta da impenhorabilidade dos salários compreende, preserva e promove o princípio fundamental do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF), na medida em que protege a efetividade do crédito trabalhista²⁹³. Nesse passo, oportunas são as palavras de José Afonso da Silva²⁹⁴, quando lembra que o trabalho constitui fundamento da ordem econômica (art. 170), a base da ordem social (art. 193) e que merece a proteção constitucional como matéria-prima dos direitos sociais (art. 6º e 7º). Diz, ainda, o seguinte:

Os valores do trabalho, portanto, só se materializam com o direito à livre escolha do trabalho pelo trabalhador, direito a condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações do trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana do trabalhador e seus familiares²⁹⁵.

Da mesma forma, a proteção do crédito trabalhista do exequente também é informada por um dos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja a Justiça Social (consoante estabelecem os artigos 3º, I e III, art. 170 e art. 193, todos da Constituição Federal), que, no dizer de Maurício Godinho Delgado²⁹⁶, deve ser compreendida do seguinte modo: “(...) *independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade*”.

Nesse sentido, é importante percebermos o seguinte:

Se é certo que a impenhorabilidade do salário percebido pelo executado é decorrência da aplicação prática dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, não menos certo é que a incidência desses princípios são também assentados em relação às verbas reconhecidas judicialmente ao credor trabalhista²⁹⁷.

Portanto, a efetividade do direito fundamental ao crédito trabalhista é medida que se impõe em conformidade aos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do direito constitucional à ordem jurídica justa. Para tanto, repassamos - mais uma vez - as lições de Marcelo Lima Guerra²⁹⁸, quando diz que:

a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal

²⁹³ Sobre a valorização do trabalho, ressalta Delgado (2006, p. 658): “A valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social”.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39

²⁹⁵ SILVA, loc. cit.

²⁹⁶ DELGADO, 2006, p. 660.

²⁹⁷ OLIVEIRA; FILETI, 2007, p. 959.

²⁹⁸ GUERRA, 2003, p. 103-104.

restrição não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

Com efeito, o intérprete judicial - no exame de casos concretos e diante da evidente colisão entre princípios (na verdade, entre o mesmo princípio: dignidade do credor e dignidade do devedor) – deve adotar a penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho como meio executivo necessário à prestação integral da tutela executiva trabalhista²⁹⁹.

No mesmo passo, acolhendo a penhora de salários em razão do conflito entre dois princípios, Daniel Natividade R. de Oliveira e Narbal Antônio Mendonça³⁰⁰ afirmam: “Trata-se de indiscutível colisão entre princípios, sendo prevalente a possibilidade da penhora se de fato tiver por objetivo a satisfação de parcelas decorrentes de contrato de emprego e, assim sendo, com natureza alimentícia”.

Para nós, a proteção dos salários deve comportar uma “via de mão dupla”, abrangendo não apenas o salário de quem sofre com os meios de efetivação da tutela jurisdicional, mas também quem deles depende para ver seu direito realizado no mundo dos fatos.

Em todo caso, mesmo na hipótese aqui defendida, no sentido de ser determinada a penhora dos salários *de lege lata*, deve o juiz observar os limites impostos pelo núcleo essencial de outro direito fundamental colidente, no caso, a dignidade do devedor trabalhista. Para tanto, é importante perceber que a colisão entre os princípios em jogo (a dignidade do devedor e a do credor trabalhista) deve ser resolvida pela ponderação de interesses.

6.5.2 A penhorabilidade dos salários fundada na ponderação de interesses.

No Capítulo 2 verificamos que os princípios, diferentemente das regras, pelo fato de consistirem em mandados de otimização, aplicam-se não com base na subsunção, mas por meio da ponderação. Portanto, os princípios, uma vez aplicados diretamente, exigem uma atividade valorativa, isto é, um juízo no sentido de que é preciso escolher um entre vários caminhos que se revelem igualmente possíveis em conformidade com a respectiva norma,

²⁹⁹ É bom lembrarmos que hoje é comum que os estímulos decorrentes do trabalho sejam depositados em contas correntes, hipótese em que caberá ao juiz do trabalho determinar a penhora *on line* dos valores, dada à celeridade do bloqueio e a possibilidade de concretização do direito fundamental ao crédito trabalhista em razão da maior liquidez do bem penhorado.

³⁰⁰ OLIVEIRA; FILETI, op. cit., p. 184.

uma vez que são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível, sem descuidar das condições fáticas e jurídicas.

Assim sendo, diferentemente da solução exigida para o caso de conflito entre regras, que demanda uma decisão acerca da validade da norma, no caso de colisão entre princípios a solução é diferente, pois um dos princípios deve ceder em face do outro. Logo, a solução para o caso de conflitos entre princípios parte da compatibilização dos valores em conflito, notadamente pela ponderação, que, segundo Alexy, corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade³⁰¹.

Assim, uma vez caracterizada a situação que ventilamos no presente estudo (a hipótese de, no caso concreto, colidir o mesmo princípio: a dignidade), em que se faça necessário 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, a tarefa do intérprete deverá ser a seguinte: em primeiro lugar, identificar se, de fato, existe o conflito; em segundo, deverá apurar os aspectos envolvidos e a repercussão sobre as diferentes soluções possíveis, considerando o peso específico que cada princípio vai assumir na solução; e, em terceiro, caberá ao intérprete decidir qual princípio receberá maior peso.

Portanto, a colisão dos valores em rota de colisão (a dignidade do devedor e a do credor trabalhista), deverá ser solucionada mediante a ponderação de interesses, com a conseqüente penhora de parte dos salários do devedor³⁰².

³⁰¹ ALEXY, 2007, p. 67.

³⁰² Defendendo o uso da ponderação dos valores para o caso de penhora dos salários, Gemignani (2007, p. 961) afirma: “É preciso ressaltar que a necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da CF/88, já que a garantia do *iter* processual não teria sentido se não se pudesse garantir, também, a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, a “meia-garantia”, apenas dos meios e não dos fins, o que seria um contra-senso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (ex-empregador) e não o outro (ex-empregado), detentor de um título judicial em seu favor. Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da penhora de um percentual dos salários, ou proventos da aposentadoria do ex-empregador, é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal (art. 5º - inciso LIV)”. A posição também é defendida por Giordani (2008, p. 172-179). E, da mesma forma, por Nogueira, que afirma: “Na hipótese do devedor auferir altos salários e o valor da execução ser de pequena monta, não nos parece sensato vetar, com rigor absoluto, a possibilidade de penhora de parte do salário, pois esse ato executivo poderia não provocar maiores transtornos e dificuldades ao devedor, além de ser necessário para satisfazer maiores transtornos e dificuldades ao credor, além de ser necessário para satisfazer o direito do credor. Não nos move aqui – desejamos esclarecer – o escopo de fazer tabula rasa da norma processual, que diz da impenhorabilidade dos salários, vencimentos, soldos etc., e sim o de estabelecer uma regra de ponderação, segundo a qual, em situações especiais, será possível o apresamento de salários (para cogitar-mos apenas deste), sem que isso implique afronta ao princípio inscrito no art. 649 do CPC. Desde que o devedor possa suportar, sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, a penhora de parte do seu salário, e sendo esta suficiente para solver a dívida oriunda do título executivo, até mesmo razões éticas sugerem a prática desse ato de constrição”. NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha. *Impenhorabilidade absoluta e relativa*. In: SANTOS, José Aparecido (Coord.). **Execução Trabalhista: homenagem aos 30 anos amatra IX**. São Paulo: LTr, 2008. p. 190.

Nesse sentido, defendendo o uso de uma regra de ponderação e, com isso, a penhora dos salários, Manoel Antônio Teixeira Filho diz que:

Na hipótese de o devedor auferir altos salários e o valor da execução ser de pequena monta, não nos parece sensato vetar, com rigor absoluto, a possibilidade de penhora de parte do salário, pois esse ato executivo poderia não provocar maiores transtornos e dificuldades ao devedor, além de ser necessário para satisfazer o direito do credor. Não nos move aqui "desejamos esclarecer" o escopo de fazer tabula rasa da norma processual, que diz da impenhorabilidade dos salários, vencimentos, soldos etc., e sim o de estabelecer uma regra de ponderação, segundo a qual, em situações especiais, será possível o apesamento de salários (para cogitarmos apenas deste), sem que isso implique afronta ao princípio inscrito no art. 649 do CPC. Desde que o devedor possa suportar, sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, a penhora de parte do seu salário, e sendo esta suficiente para solver a dívida oriunda do título executivo, até mesmo razões éticas sugerem a prática desse ato de constrição.^{303e304}

Para tanto, o caso concreto orientará o intérprete sobre como proceder e atuar com o fim de proteger a dignidade do credor trabalhista, sem descuidar, por certo, da dignidade do próprio devedor. Diante disso, a determinação da penhora sobre os salários configurar-se-á, na prática, em ato processual decorrente da ponderação de interesses feita pelo Juiz no exame do caso concreto, por ter, em primeiro lugar, reconhecido o conflito entre dois valores e, em segundo, por ter conferido maior peso à efetividade do direito fundamental ao crédito trabalhista.

³⁰³ TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 453.

³⁰⁴ Também defendendo o uso da ponderação dos valores para o caso de penhora dos salários, Gemignani (2007, P. 961) afirma: "É preciso ressaltar que a necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da CF/88, já que a garantia do *iter* processual não teria sentido se não se pudesse garantir, também, a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, a "meia-garantia", apenas dos meios e não dos fins, o que seria um contra-senso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (ex-empregador) e não o outro (ex-empregado), detentor de um título judicial em seu favor. Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da penhora de um percentual dos salários, ou proventos da aposentadoria do ex-empregador, é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal (art. 5º - inciso LIV)". Da mesma forma, Nogueira (2008, P. 190): "Na hipótese do devedor auferir altos salários e o valor da execução ser de pequena monta, não nos parece sensato vetar, com rigor absoluto, a possibilidade de penhora de parte do salário, pois esse ato executivo poderia não provocar maiores transtornos e dificuldades ao devedor, além de ser necessário para satisfazer maiores transtornos e dificuldades ao devedor, além de ser necessário para satisfazer o direito do credor. Não nos move aqui – desejamos esclarecer – o escopo de fazer tabula rasa da norma processual, que diz da impenhorabilidade dos salários, vencimentos, soldos etc., e sim o de estabelecer uma regra de ponderação, segundo a qual, em situações especiais, será possível o apesamento de salários (para cogitar-mos apenas deste), sem que isso implique afronta ao princípio inscrito no art. 649 do CPC. Desde que o devedor possa suportar, sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, a penhora de parte do seu salário, e sendo esta suficiente para solver a dívida oriunda do título executivo, até mesmo razões éticas sugerem a prática desse ato de constrição".

No entanto, o intérprete não poderá olvidar a necessidade de ser preservado um núcleo essencial do outro direito fundamental em jogo, pertencente ao devedor, como conteúdo mínimo protegido de qualquer restrição³⁰⁵. Assim, deverá impor “compreensões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro. Logo, deverá valer-se dos subprincípios da proporcionalidade, a fim de que possa alcançar a concordância prática entre os interesses colidentes³⁰⁶.

A compatibilização realizada nesses termos atende ao escopo de proteção tanto da dignidade do devedor quanto da dignidade do credor trabalhista e, além disso, compatibiliza-se também com o que já dissemos em momento oportuno sobre a possibilidade de modulação do princípio da dignidade (que, neste caso, ocorrerá com a incidência da penhora sobre os salários do devedor), uma vez que tal princípio admite realizações em diferentes graus, desde que seja assegurado um núcleo essencial³⁰⁷.

Mas a fixação desse núcleo essencial, defeso a qualquer restrição, não é tarefa simples. Esse problema nos remete ao que estudamos no Capítulo 2 sobre as teorias que cuidam do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na oportunidade, de modo coerente com o que defendemos sobre a solução a ser dada no caso de colisão entre princípios, manifestamos nossa posição adotando a teoria relativa, por acreditarmos que o conteúdo essencial de um direito só pode ser verificado diante do caso concreto e, por conseguinte, só localizado após a ponderação³⁰⁸.

³⁰⁵ Não é objeto deste trabalho a definição de mínimo existencial. Como indica a doutrina voltada ao estudo desse tema, muitas vezes o termo necessidades humanas tem uma conotação tão ampla, relativa e genérica, que fica difícil identificar os conteúdos, contornos e particularidades desse conceito. Cf. PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000. p. 38.

³⁰⁶ Sarmiento (2002, p. 104) afirma: “(...) as restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

³⁰⁷ Em momento oportuno, quando tratamos do princípio da dignidade da pessoa humana, firmamos nosso posicionamento no sentido de que, apesar do seu caráter de norma de maior hierarquia axiológica e valorativa, condicionando e inspirando a exegese e aplicação de todo o direito, público e privado, a dignidade como norma jurídica fundamental, não só admite certa graduação, como também possui um núcleo essencial, que deve ser considerado intangível, defeso a qualquer restrição.

³⁰⁸ No mesmo sentido é a posição de Sarmiento (2002, p. 113).

A doutrina, contudo, tem defendido a fixação de um percentual previamente conhecido como limite à incidência da penhora sobre os salários. Nesse sentido, Tereza Aparecida Asta Gemignani³⁰⁹ aponta como ideal 30 % dos salários do devedor:

A solução passa pela utilização do princípio da proporcionalidade, a fim de preservar as garantias constitucionais e gerar importantes reflexos no balizamento das condutas sociais. Com efeito, ao proceder a penhora de um percentual-geralmente 30% - dos salários do ex-empregador, para garantir o pagamento dos salários que deve ao ex-empregado, o Estado está conferindo utilidade e eficiência ao exercício da jurisdição, assim garantindo a credibilidade das instituições, ao mesmo tempo em que sinaliza ao devedor que deve honrar seus compromissos, nem que para isso tenha que se privar de algo, pois é preciso reconhecer que as necessidades do outro, pelo recebimento de um crédito de natureza alimentar, são tão importantes quanto as suas, assim resgatando o sentido da alteridade, base de edificação do ordenamento jurídico.

Na mesma direção parece convergir a opinião de Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani³¹⁰, quando afirma o seguinte:

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.

Pará nós, no caso da penhora dos salários, aqui defendida para ser utilizada *de lege lata*, isto é, antes e independentemente de alteração da lei, eis que calcada nos postulados constitucionais, notadamente com o manejo do princípio da proporcionalidade³¹¹, entendemos que o exame do caso concreto orientará mais adequadamente o Juiz na decisão de determinar o percentual de incidência da penhora, considerando que qualquer montante previamente fixado nem sempre logrará proteger a dignidade do devedor³¹². Tal conclusão, aliás, resultou

³⁰⁹ Cf. GEMIGNANI, 2007, p. 959. No mesmo sentido, mas optando por trabalhar com a alteração do art. 649, IV, do CPC, Teixeira afirma: “(...) Apenas a título de encaminhamento da discussão, sugere-se a alteração do art. 649, IV, do CPC brasileiro, permitindo-se a penhora do valor correspondente a até 30% (trinta por cento) dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, proventos de aposentadoria e honorários de profissionais liberais, sendo a parcela penhorável fixada pelo juiz em função da natureza da dívida executada e das condições econômicas do devedor. Mantém-se absolutamente impenhorável a parcela, ou seja, 70% (setenta por cento)”. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A penhora de salários e a efetividade do processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim (Coord.) **Execução no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 133.

³¹⁰ GIORDANI, Francisco. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 72, nº 1, jan/abr 2006. p. 34. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_72/Rev72_1/tst_72-1_dout1.pdf> . Acesso em: 09.09.2008.

³¹¹ Vale lembrarmos que o princípio da proporcionalidade tem como fundamento constitucional os direitos fundamentais e, por conseguinte, a própria concepção de Estado Democrático de Direito que, de modo indelével, encontra-se atada à realização de seus fundamentos, destacando-se, dentre eles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), que compreende a base de todo o sistema jurídico e premissa maior de orientação dos atos do poder público nas três esferas de poder (art. 2º, caput, CF/88).

³¹² Tomemos, por exemplo, a aplicação de um percentual fixo de 10% sobre os estímulos percebidos pelo devedor: se, por hipótese, este percebe 1 (um) salário mínimo, a repercussão desse percentual terá conseqüências óbvias para a manutenção de sua vida; de outro lado, percebendo o devedor 40 (quarenta) salários mínimos, a

dos debates da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida na cidade de Brasília, no dia 23.07.2007, que ao aprovar o Enunciado nº 70, deixou como contribuição o seguinte³¹³:

70. EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.

Assim, entre os Juízes e Procuradores do Trabalho, que participaram da mencionada jornada de estudos, prevaleceu o entendimento pela penhora, com base no princípio da proporcionalidade e em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, sem a fixação de um percentual prévio.

Desse modo, o intérprete somente terá condições de definir o núcleo essencial de proteção da dignidade do devedor após o exame do caso concreto³¹⁴, razão pela qual não compartilhamos do entendimento que sustenta o uso de um percentual fixo como limite aplicável a todos os casos, pois cada situação deve merecer a atenção do julgador de modo particularizado.

As posições defendidas neste capítulo demandam uma abordagem prática, a partir da análise de casos concretos. Por tal motivo, verificaremos, a seguir, como tem sido acolhida na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho a penhora dos salários, comparativamente ao modo como sugerimos seja aplicada pelo intérprete judicial, para ser utilizada como instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista.

incidência do percentual de 10% não o afetará de modo contundente, apenas lhe trará algum desconforto financeiro.

³¹³ Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Processual na Justiça do Trabalho, 2007.

³¹⁴ Sobre limites à impenhorabilidade de bens, embora se manifestando sobre o bem de família, Guerra (2003, p.167) afirma: “Sendo assim, impõe-se rejeitar, de antemão, qualquer fixação genérica de critério de solução. Os limites que separam a impenhorabilidade da penhorabilidade de bens que guarnecem um bem de família hão de ser encontrados, inexoravelmente, à luz de circunstâncias do caso concreto”.

7 DA (NÃO) APLICAÇÃO DA PENHORA DOS SALÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA BRASILEIRA

7.1 Esclarecimento inicial

No presente trabalho, asseveramos que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, notadamente com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), que compreende a base de todo o sistema jurídico e premissa maior de orientação dos atos do poder público nas três esferas de poder (art. 2º, caput, CF/88). A questão, assim, perpassa por uma nova leitura do direito, especialmente quanto ao disposto no IV, do art. 649, do CPC.

De modo geral, contudo, não tem sido nesse sentido a maioria das decisões dos nossos Tribunais, que ainda interpretam de forma literal o mencionado preceito. Há, porém, decisões no sentido de admitir a penhora dos salários, inclusive da forma como apresentamos neste trabalho, com menção à colisão de princípios ocorrente, no caso concreto, entre a dignidade do credor e a do devedor trabalhista.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, passemos ao estudo de alguns casos já apreciados pela jurisprudência brasileira, os quais, por questões didáticas, serão aqui segmentados por tópicos, conforme a relevância da fundamentação. Nossa intenção é demonstrar como tem sido acolhida na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho a penhora dos salários, apresentando alguns argumentos utilizados tanto para afastá-la como para confirmá-la, e, concomitantemente, apresentar nossas ponderações sobre cada um desses argumentos.

7.2 Da interpretação literal do art. 649, inciso IV, do CPC

A jurisprudência majoritária caminha no sentido de acolher de modo absoluto o disposto no art. 649, IV, do CPC, afastando, assim, qualquer possibilidade de penhora dos salários. Nesse rol incluem-se decisões de nossos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio TST, cada uma contendo certas particularidades em função das circunstâncias do caso.

Citamos como exemplos as seguintes:

PENHORA. BLOQUEIO EM CONTAS DE CRÉDITO DE SALÁRIO. Por dicção legal do art. 649, IV, do CPC, os ganhos auferidos com o trabalho são, via de regra, impenhoráveis, pois inerentes à subsistência do trabalhador e sua família. Logo, é insubsistente o bloqueio em conta destinada ao crédito de salário. (TRT 8ª região, Acórdão TRT 4ª T./AP 00207-2006-003-08-00-3, data do julgamento: 07.11.2006, Publicado em 10.11.2006, Diário da Justiça nº 459, Rel. Alda Maria de Pinho Couto)³¹⁵

Neste caso, a 4ª Turma, do TRT 8ª região, seguindo o voto relator, decidiu pela reforma da decisão agravada, desconstituindo a penhora que havia sido determinada na conta-salário da agravante, que era sócia da pessoa jurídica e por tal razão teve sua conta penhorada.

De acordo com o voto da relatora não seria um critério justo “*descobrir um santo para cobrir outro*”, ou seja, em prol da natureza alimentar do crédito trabalhista e com o propósito de atender a satisfação desse crédito, não se deveria lançar mão do bloqueio em conta onde são efetuados os créditos de salário, por causa da dicção legal do citado art. 649, IV, do CPC. Assim, a decisão adotou literalmente a impenhorabilidade dos salários.

Interessante notarmos que o voto da relatora menciona como critério de justiça que não é possível proteger de um lado e desproteger de outro, mas a decisão pela proteção absoluta do devedor redundou exatamente naquilo que buscou evitar, protegendo somente o salário do executado em detrimento dos créditos trabalhistas do exequente.

BLOQUEIO *ON LINE*. CONTA-SALÁRIO. À vista da garantia constitucional e infraconstitucional de proteção ao salário, concede-se, parcialmente, a segurança impetrada para sustar os efeitos do ato impetrado, com a conseqüente liberação das quantias bloqueadas nas contas-salário do impetrante no Banco do Estado do Pará e BANPARA e no Banco Itaú S/A, nos autos do Processo nº 00513-1998-006-08-00-8 (Art. 7º, X/CF, c/c art. 649, IV/CPC). (TRT 8ª Região, Seção Especializada I, Acórdão TRT/SE I/ MS 00083-2008-000-08-00-9, data do julgamento: 28.04.2008, Publicado em 30.04.2008, Rel. Vicente José Malheiros da Fonseca)³¹⁶

Neste caso, a Seção Especializada I, do TRT 8ª Região, à unanimidade, seguindo o voto do relator, admitiu a ação mandamental e, no mérito, sem divergência, concedeu a segurança impetrada para sustar os efeitos do bloqueio nas contas-salário do impetrante, com a conseqüente liberação das quantias bloqueadas.

A decisão, conforme Ementa, não destoou da anterior, calcada no art. 649, IV, do CPC. Expôs, porém, em acréscimo, o disposto no art. 7º, X, da CF/88³¹⁷, como fundamentação constitucional de proteção aos salários. Neste particular, a propósito, vale

³¹⁵ PARÁ. Tribunal Regional do Trabalho (8. Região). Acórdão TRT/ SEI/ MS (00083-2008-000-08-00-9). Relator: Vicente José Malheiros da Fonseca. 28 abr. 2008. **Acórdão**, Belém, 30 abr. 2008. Disponível em: http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm. Acesso em: 19.09.2008

³¹⁶ Loc. cit.

³¹⁷ O inciso X, do art. 7º, da CF/88, prevê o seguinte: “proteção dos salários na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”

indagarmos o seguinte: referido dispositivo não fundamenta, na mesma medida, o direito do exequente aos seus créditos trabalhistas?

Insistimos, mais uma vez, na lembrança do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), para dizer que a proteção dos salários deve comportar uma “via de mão dupla”, abrangendo, no caso, não apenas o salário de quem sofre com os meios de efetivação da tutela jurisdicional, mas também quem deles depende para ver seu direito realizado no mundo dos fatos.

EMENTA: IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA - SALÁRIOS. Dispõe o art. 649, IV, do CPC, que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia. Com nítida natureza alimentar, conta-salário, portanto, não pode ser objeto de apreensão judicial. (TRT 3ª região, Proc. 00863-2004-112-03-00-0-AP, 8ª Turma, data do julgamento: 26.04.2006, publicado em 06.05.2006, Rel. Heriberto de Castro, Rev. Denise Alves Horta)³¹⁸

No caso acima, o TRT 3ª região, pela sua 8ª Turma, negou provimento ao agravo de petição interposto pela exequente, no qual esta buscava a reforma da decisão de embargos, que havia determinado a suspensão do bloqueio de créditos depositados na conta-salário de um dos executados.

De acordo com o voto, a agravante argüiu que o segundo executado possuía pelo menos mais quatro outras fontes de renda, razão pela qual, por caráter alimentar, deveria ser preservado o seu crédito, já que há mais de dois anos lutava para receber as verbas rescisórias, restando ao segundo executado outros 70% dos seus salários.

No voto, o relator, mesmo consignando serem relevantes os argumentos, não anuiu ao pedido por existir norma imperiosa determinando como absolutamente impenhoráveis "os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia". Disse, ainda, que não se tratava de preterir a prestação também alimentícia da reclamante, mas de não autorizar a mesma constrição injusta.

Como é possível verificarmos, apesar da importância dos argumentos, reconhecidos pelo próprio relator, inclusive com a indicação de que o executado possuía outras fontes de rendas e que restaria resguardado o equivalente a 70% dos salários do executado, a decisão adotou o caminho da letra da lei. Portanto, incompatível com uma análise segundo os postulados constitucionais e, por conseguinte, com os direitos fundamentais, que têm como suporte o princípio da dignidade da pessoa humana.

³¹⁸ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Turma, 8. Proc. (00863-2004-112-03-00-0-AP). Relator: Heriberto de Castro; Denise Alves Horta. 26 abr. 2006. **Proc.**, Belo Horizonte, 6 maio de 2006. Disponível: <http://www.mg.trt.gov.br/> Acesso em: 19 set. 2008.

Nesse caso, o princípio da proporcionalidade, se tivesse sido aplicado, asseguraria o recebimento dos créditos trabalhistas da exequente mediante a penhora de parte dos salários, atenderia à necessidade de proteção do direito fundamental à tutela executiva e, por outro lado, não colocaria em risco a sobrevivência do executado ou de sua família.

7.3 Da penhorabilidade de vencimentos, remuneração, subsídios, soldos e proventos de aposentadoria.

De acordo com a Ementa abaixo, o TST adotou como fundamento da impenhorabilidade dos salários, além do disposto no art. 649, IV, do CPC, o art. 48 da Lei 8.112/90, que dispõe que os vencimentos, as remunerações e os proventos não podem ser objetos de arresto, seqüestro ou penhora. Vejamos:

AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE VENCIMENTOS. ILEGALIDADE. Não infirmados os fundamentos da decisão agravada, que deu provimento ao recurso ordinário da impetrante diante da flagrante ilegalidade do ato impugnado no cotejo com os arts. 649, IV, do CPC e 48 da Lei nº 8.112/90, impõe-se negar provimento ao agravo. (TST - Acórdão SBDI-2, Proc. Nº TST-A-ROMS-518/2006-000-10-00.2, Data de Julgamento: 30/10/2007, Rel. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 09/11/2007).³¹⁹

No caso em tela, os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, decidiram negar provimento ao Agravo interposto contra a decisão que cassou a determinação de penhora sobre os vencimentos do executado.

Assim, conforme voto relator, entendeu-se pela expressa disposição legal sobre a ilegalidade da determinação de penhora a incidir sobre 15% dos vencimentos da impetrante.

Neste particular, afirmamos que inexistente qualquer distinção entre a situação do agente público federal, estadual ou municipal, que percebe vencimentos, remuneração, soldos ou subsídios, em relação àquele que percebe salários decorrentes de uma relação empregatícia, pois tanto um como outro podem figurar no pólo passivo de uma reclamação trabalhista, com possibilidade de, em dada circunstância, possuírem apenas os rendimentos do trabalho para fazer face ao crédito trabalhista. Essa, aliás, é, em regra, sua única fonte de renda, uma vez que a não ser como cotista, é impedido de ser empresário.

Devemos lembrar que o fundamento da proteção instituída aos salários do trabalhador - qualquer trabalhador, independentemente da feição que assuma a relação jurídica de trabalho - é o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, a necessidade da manutenção de uma

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (Subseção Especializada em Dissídios Individuais, 2.). TST-A-ROMS-518/2006-000-10-00-2. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 30 out. 2007. **Acórdão**, 9 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 19 set. 2008.

vida digna. Não obstante a condição do executado, o exequente também é detentor da mesma dignidade, uma vez que aguarda a satisfação dos seus créditos para viver dignamente.

Por tal motivo, entendemos que a situação não se modifica no caso de o executado ocupar, ao tempo do ato de constrição judicial, cargo, emprego ou função pública. Assim, para o manejo da penhora, mesmo que incida sobre vencimentos, remuneração, soldos e subsídios, basta que ocorra, no caso concreto, um conflito entre princípios, que deve ser resolvido pela ponderação de interesses.

Importante ressaltarmos que este trabalho, não obstante referir-se à penhora de salários, notadamente se dirige ao debate, sob enfoque constitucional, do previsto no inciso IV, do art. 649 do CPC, que dispõe, igualmente, sobre a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria. Assim, por constar no referido inciso a impenhorabilidade de tais proventos, bem assim, por se tratar de questão debatida na jurisprudência brasileira no que diz com a penhora, optaremos, neste momento, por inserir nossa opinião dizendo que o fundamento protetivo da dignidade da pessoa humana, que, como vimos inúmeras vezes, é a base de sustentação da impenhorabilidade dos salários, também rege o caso dos proventos de aposentadoria. Logo, também no caso dos proventos haverá, de um lado, uma dignidade a ser preservada, qual seja a do aposentado e, de outro, a dignidade do credor trabalhista. Portanto, dois princípios em conflito, que deve ser resolvido pela ponderação dos interesses, razão pela qual concluímos que também nesses casos deverá o juiz determinar a penhora³²⁰.

³²⁰ Nesse sentido, a seguinte decisão: “PENHORA DA CONTA-SALÁRIO (PROVENTOS). LIMITAÇÃO DE 30% DA REMUNERAÇÃO LÍQUIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 649, IV, do CPC. A impenhorabilidade do salário cede quando o bem em questão envolver prestação alimentícia àquele que teve seus direitos provenientes de reclamação trabalhista reconhecidos judicialmente. Os valores jurídicos, detentores de natureza alimentar, se equiparam, fazendo incidir o princípio da razoabilidade no sentido de penhorar um percentual mínimo sobre a conta-salário. (TRT 10ª Região, Proc. 00455-2007-000-10-00-5 MS, Ac. 2ª Seção Especializada, Rel. José Leone Cordeiro Leite, Julgado em 18.03.2008, publicado em 25.04.2008)”.

7.4 Da penhorabilidade de ganhos de trabalhador autônomo e de honorários profissionais.

De acordo com a Ementa abaixo, o TRT da 3ª região, pela sua Oitava Turma, entendeu pela manutenção da penhora sobre honorários de profissional médico. Vejamos:

EXECUÇÃO "HONORÁRIOS MÉDICOS" IMPENHORABILIDADE: É bem verdade que, a teor do disposto no inciso IV, do artigo 649, do CPC, vencimentos e salários possuem os privilégios outorgados por lei às verbas de caráter alimentar, absolutamente impenhoráveis. No entanto, o legislador, ao estabelecer a impenhorabilidade dos salários e demais proventos advindos do trabalho humano, visou à proteção do executado e de sua família de privações que pudessem afetar as condições mínimas de sobrevivência. Diante da condição do executado de prestador de serviços autônomo a diversas entidades, como profissional médico, sendo que, inclusive, já usufrui de vencimentos junto a Município, não se pode dar natureza alimentar total aos seus rendimentos obtidos junto a terceiros. (TRT 3ª – 8ª Turma, Proc. 00926-2002-059-03-00-2-AP, Oitava Turma, José Marlon de Freitas, data do julgamento: 31.08.2005, publicado em 10.09.2005)³²¹e³²²

Assim, a 8ª Turma, do TRT da 3ª região, decidiu, à unanimidade, conhecer do agravo, e, no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento, mantendo a penhora sobre os honorários médicos do agravante.

De acordo com o relator, não restou demonstrado pelo agravante, sócio da empresa executada, que a constrição do valor do débito em execução, no importe de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), teria recaído sobre a sua única e legítima renda, ou mesmo que a penhora pudesse comprometer o seu sustento ou o de sua família. Ao revés, restou evidenciado que o agravante era profissional médico, que prestava atendimento em diversos hospitais e convênios médicos, sendo, ainda, servidor municipal lotado no hospital municipal.

Assim, diante da condição do executado, de prestador de serviços autônomos a diversas entidades, não se poderia dar natureza alimentar total aos rendimentos obtidos junto a terceiros.

Para nós, da mesma forma como já nos posicionamos sobre a situação dos agentes públicos, afirmamos que inexistente qualquer distinção entre os que se vinculam contratualmente ou estatutariamente e aqueles que prestam labor autônomo ou que percebem honorários profissionais, pois ambos, sem distinção, podem figurar no pólo passivo de uma reclamação

³²¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região).

³²² Ainda sobre penhora de honorários profissionais, apontamos a seguinte decisão: MANDADO DE SEGURANÇA. A despeito do teor do inciso IV do art. 649 do CPC, a Constituição Federal, em seu art. 100, §1º-A, dispõe que "Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. Nos termos da jurisprudência predominante no âmbito deste Regional, entretanto, deve a constrição ser limitada a 30% do valor líquido dos subsídios respectivos. 2. Mandado de segurança admitido. Segurança concedida parcialmente. (TRT 10ª região – Proc. 00449-2007-000-10-00-8 MS, Ac. 2ª Seção Especializada, Rel. Bertholdo Satyro, data do julgamento: 18/03/2008, publicado em: 09/05/2008).

trabalhista, também com possibilidade de, em dada circunstância, possuírem apenas os rendimentos do trabalho para fazer face ao crédito trabalhista.

Assim, se o fundamento da proteção instituída aos salários do trabalhador é o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, a necessidade da manutenção de uma vida digna, de outro lado, o exequente também é detentor da mesma dignidade, uma vez que aguarda a satisfação dos seus créditos para viver dignamente.

7.5 Da (não) aplicação do § 2º do art. 649, do CPC c/c art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal.

Há decisões que admitem a penhora dos salários por entender que estes possuem natureza alimentar, com fundamento na exceção contida no § 2º, do art. 649, do CPC, e, ainda, no disposto no art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal:

PROCESSO DE EXECUÇÃO. CRÉDITO TRABALHISTA. RENDIMENTOS AUFERIDOS DO TRABALHO ASSALARIADO. PENHORA. POSSIBILIDADE. A teor do art. 649, IV, do CPC, os rendimentos decorrentes do trabalho assalariado são impenhoráveis, excepcionada as hipóteses em que envolvidas prestações de natureza alimentícia. Nesse cenário, inserindo-se o crédito trabalhista na categoria daqueles de caráter alimentar, de acordo com a própria definição constitucional (art. 100, § 1º-A), não há como elidir a possibilidade de penhora dos rendimentos auferidos pelo devedor, decorrentes do trabalho assalariado, devendo-se, porém, nessa hipótese, à luz do art. 620 do CPC, buscar a adoção de parâmetros proporcionalmente adequados e razoáveis que possibilitem também o suprimento das necessidades vitais básicas do devedor. Agravo de petição conhecido e desprovido. (TRT 10ª Região, Proc. 00585-2004-008-10-00-6 AP, Ac. 3ª Turma, Data de julgamento: 23/01/2008, Publicado em 01/02/2008, Rel. Douglas Alencar Rodrigues)³²³

No caso em apreço, a 3ª Turma do TRT 10ª região, conheceu o agravo de petição interposto pelo executado, mas, no mérito, negou-lhe provimento. Entendeu o Órgão Colegiado que o crédito trabalhista - decorrente da contraprestação pelo trabalho pessoal do empregado - possui a mesma natureza alimentar atribuída à remuneração referida no § 2º, do art. 649, do CPC.

Nesse sentido, a despeito da impenhorabilidade dos rendimentos salariais, no voto do relator ficou consignado que a natureza alimentar do crédito trabalhista encerra exceção a essa regra, autorizando a apreensão de parte de seu valor (art. 620 c/c § 2º do art. 649 do CPC), como forma de assegurar a satisfação do título executivo judicial regularmente constituído. Neste particular, averbou-se que a fixação do percentual de 30% do vencimento do devedor atende a situação de ambas as partes: o executado, que não deve e não pode ser privado do dinheiro necessário à subsistência própria e de sua família; o exequente, que há anos luta para ver satisfeita a obrigação alimentar contida no título executivo.

³²³ TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região)

Compartilhamos do entendimento no sentido de não se conferir uma interpretação literal do preceito que prevê a impenhorabilidade dos salários. Contudo, entendemos que, para além do disposto no § 2º, do art. 649, do CPC, é importante percebermos que a situação fática aponta para um conflito entre princípios, que demanda uma ponderação dos valores com o fim de que não haja a prevalência de um em detrimento de outro, sob pena de violação frontal ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho.

Além disso, ainda que a natureza alimentar dos créditos trabalhistas encerre exceção à regra da impenhorabilidade, conforme defende parte da doutrina e da jurisprudência, a jurisprudência do TST vem se consolidando em sentido contrário, considerando que os créditos trabalhistas não se destinam, exclusivamente, à sobrevivência do trabalhador e de sua família, ou, ainda, que o art. 100, § 1º-A, da CF, não se aplica ao caso. Nesse sentido, apontamos a seguinte decisão do TST:

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. CABIMENTO. PENHORA SOBRE SALÁRIO. DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONSUMAÇÃO. MATÉRIA CONTROVERTIDA. 1. Reclamação correicional contra decisão liminar proferida em mandado de segurança, por meio da qual se determinou a penhora sobre 30% do salário líquido de sócia da empresa executada. 2. Evidente o dano de difícil reparação causado mediante determinação de penhora *on-line* de quase um terço do salário de empregada, por comprometer, de forma grave e iminente, o seu sustento e de sua família. 3. Possibilidade de consumação de dano irreparável decorrente da eficácia lesiva da decisão impugnada, que autoriza a sua suspensão, até julgamento final do processo principal, a teor do art. 13, § 1º, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. 4. Agravo regimental não provido. (TST - Processo: AG-RC - 185084/2007-000-00-00.9, Data de Julgamento: 04/10/2007, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09/11/2007).^{324e325}

No caso em tela, os Ministros do Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, decidiram negar provimento ao agravo regimental interposto pelo exequente, no qual, entre outros argumentos, sustentou violação ao art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, que estabelece os salários reconhecidos em sentenças transitadas em julgado como débitos de natureza alimentícia, o que afastaria a tese de impenhorabilidade absoluta prevista no art. 649, inciso IV, do CPC. Com isso, buscava o agravante a reconsideração da decisão agravada,

³²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho

³²⁵ No mesmo sentido, apontando que o art. 100, § 1º-A, da CF, não pode ser invocado, a seguinte decisão do TST: “AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE VENCIMENTOS. ILEGALIDADE. Não infirmados os fundamentos da decisão agravada, que deu provimento ao recurso ordinário da impetrante diante da flagrante ilegalidade do ato impugnado no cotejo com os arts. 649, IV, do CPC e 48 da Lei nº 8.112/90, impõe-se negar provimento ao agravo. (Processo: A-ROMS - 518/2006-000-10-00.2, Data de Julgamento: 30/10/2007, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 09/11/2007). Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 19 set. 2008”

com o retorno da eficácia da ordem de bloqueio *on-line* sobre o salário de sócia da empresa executada.

Na fundamentação, o relator afirmou que a concessão de liminar em reclamação correicional constituiu medida indispensável a impedir a consumação de dano irreparável à requerente, então agravada, decorrente da determinação de penhora *on-line* sobre seu salário. Assim, o bloqueio de R\$ 1.147,84, correspondente a 30% do salário da agravada, constituía circunstância que, por si só, já demonstra que a falta de tal montante podia vir a comprometer, de forma grave, o seu sustento e de sua família.

Afirmou-se, ainda, que não procedia a alegada ofensa ao art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, porquanto tal dispositivo diz respeito apenas à execução contra a Fazenda Pública por meio de precatório, o que não seria o caso dos autos.

Quanto ao disposto no art. 649, inciso IV, do CPC, tendo em vista a exceção prevista no § 2º desse dispositivo legal, que autoriza a penhora de salário para fins de pagamento de prestação alimentícia, o relator, em seu voto, afirmou que, conquanto se cuide de questão controvertida, a prestação alimentícia a que se refere à aludida exceção diz respeito tão-somente às obrigações de parentesco, nos termos da lei civil, tais como a pensão alimentícia e de alimentos provisionais. Afirmou, ainda, que o fato de a penhora em questão visar ao pagamento de crédito trabalhista não se mostra suficiente a afastar a tese de impenhorabilidade do salário, a pretexto de satisfazer prestação alimentícia, uma vez que o crédito trabalhista em questão pode envolver não apenas prestações de caráter salarial, mas também de natureza puramente indenizatória, tais como multa de 40% sobre o FGTS, diárias de viagem, aviso prévio, etc. Assim, o que substancialmente justificava a suspensão do ato impugnado é a circunstância de que, entre dois créditos de natureza igualmente alimentícia, não há por que, em princípio, um deles merecer preeminência, mormente para se assegurar penhora sobre percentual expressivo do salário de um dos empregados.

Da análise dessa fundamentação podemos inferir a presença de uma nítida contradição quando, em dado momento, o relator afasta a natureza alimentar dos salários e, em outro, refere-se a ela para dizer, em primeiro lugar, que não há por que elidir a tese de impenhorabilidade do salário, *a pretexto de satisfazer prestação alimentícia*, e, em segundo lugar, para dizer que não há porque conferir preeminência a qualquer dos *dois créditos de natureza alimentícia*.

Ora, ou os salários e os créditos trabalhistas têm natureza alimentícia ou não a têm. Em todo caso, ressaltamos, uma vez mais, que para além do disposto no § 2º, do art. 649, do

CPC, é importante percebermos que a situação fática aponta para um conflito entre princípios, que demanda uma ponderação dos valores.

Outro ponto importante da decisão diz respeito ao montante bloqueado. O total de R\$ 1.147,84, correspondente a 30% do salário da agravada, segundo o voto do relator, constituía circunstância que, por si só, já demonstrava que a falta de tal montante podia vir a comprometer, de forma grave, o seu sustento e de sua família.

Se fizermos o cálculo, o salário da agravada correspondia a R\$-3.826,13. Assim, apesar de nos parecer que tal montante se mostrava compatível com a necessidade de satisfação do direito fundamental ao crédito trabalhista, tendo em conta que a execução deve ser manejada no interesse do credor (art. 612, do CPC), sem, descuidar, por certo, da necessidade de se proteger a dignidade do devedor (art. 620, do CPC), caberia ao Juiz, de acordo com as circunstâncias fáticas, aferir sobre o montante adequado de incidência da penhora. Assim, seria perfeitamente possível uma compatibilização dos interesses em jogo, inclusive com a fixação de percentual menor.

Por tais motivos, para superar o entendimento, ainda arraigado, de se conferir uma interpretação literal, ou seja, não pautada nos postulados constitucionais, acolhemos o reconhecimento de que, em tais circunstâncias, há um conflito entre princípios que precisa ser resolvido pela ponderação dos interesses em jogo. É a leitura constitucional que defendemos para ser utilizada pelo intérprete judicial.

Para nós, então, a proteção dos salários, como forma de salvaguardar a dignidade do devedor, não pode implicar preterição total dos salários do próprio credor, que também merece ter sua dignidade protegida e assegurada com a satisfação do direito fundamental à tutela executiva.

7.6 Da fixação de percentual para incidência da penhora sobre os salários

A jurisprudência que adota a possibilidade de penhora de salários do devedor, como instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista, tem se inclinado – de modo geral – pela fixação de um patamar sobre o qual o ato de constrição deva incidir. Nesse sentido, a maioria das decisões tem adotado o percentual de 30% sobre os salários do devedor.

Vejamos:

EXECUÇÃO. PENHORA DE SALÁRIO. CRÉDITO TRABALHISTA. NATUREZA ALIMENTAR. Da leitura art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, depreende-se que os créditos trabalhistas têm caráter alimentar, ou seja, destinam-se a suprir as necessidades elementares de sustento do ser humano. Ilação lógica, portanto, é o seu enquadramento no conceito de prestação alimentícia e o seu albergue na ressalva contida no inciso IV do art. 649 do CPC, observando-se que a penhora mensal de até 30% da remuneração do executado está em conformidade com as normas legais que regem a espécie, haja vista que tal percentual de desconto não impossibilita a subsistência do devedor. Ordem denegada. (TRT 10ª região, Ac. 2ª Seção Especializada, Proc. 00269-2006-000-10-00-5 MS, Data do julgamento: 03.10.2006, Publicado em 13.10.2006, Rel. Mário Macedo Fernandes Caron)³²⁶

No caso acima, a Seção Especializada do TRT 10ª região, seguindo o voto do relator, por unanimidade, aprovou parcialmente a segurança pleiteada, fixando em 30% o bloqueio mensal da conta-salário da impetrante.

A decisão impugnada havia determinado a penhora de crédito, diretamente em folha de pagamento, no percentual mensal de 30% do salário do impetrante, até a efetiva satisfação do débito trabalhista. Desse total, 15% se referia à execução no importe de R\$5.985,99(cinco mil, novecentos e oitenta e cinco reais e noventa e nove centavos), nos autos do processo de Reclamação Trabalhista nº 1277-2002-801-10-00-2, e outros 15%, à execução no importe de R\$1.478,63 (hum mil, quatrocentos e setenta e oito centavos e sessenta e três centavos), nos autos do processo de Reclamação Trabalhista nº 1276-2002-801-10-00-2.

Na fundamentação, o relator registrou a natureza alimentar dos salários e, ainda, que o pequeno percentual incidente sobre o salário do devedor preservaria seu poder aquisitivo frente a suas necessidades básicas, bem como garantiria ao empregado credor a satisfação das mesmas necessidades vitais. Por tal motivo, reputou correta a penhora de crédito diretamente na folha de pagamento do impetrante, no percentual mensal de 30% de seu salário, até quitação integral das dívidas, considerando serem duas execuções em face do impetrante, as quais ficariam limitadas a 15% em cada uma delas.

³²⁶ No mesmo sentido, o seguinte precedente: “EXECUÇÃO. PENHORA DE SALÁRIO. CRÉDITO TRABALHISTA. NATUREZA ALIMENTAR. Da leitura art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, depreende-se que os créditos trabalhistas têm caráter alimentar, ou seja, destinam-se a suprir as necessidades elementares de sustento do ser humano. Ilação lógica, portanto, é o seu enquadramento no conceito de prestação alimentícia e o seu albergue na ressalva contida no inciso IV do art. 649 do CPC, observando-se que a penhora mensal de até 30% da remuneração do executado está em conformidade com as normas legais que regem a espécie, haja vista que tal percentual de desconto não impossibilita a subsistência do devedor. Ordem denegada. (TRT 10ª região, Ac. 2ª Seção Especializada, Proc. 00269-2006-000-10-00-5 MS, Data do julgamento: 03 out. .2006, Publicado em 13 out. 2006, Rel. Mário Macedo Fernandes Caron)”

Admitiu-se, portanto, como pequeno percentual, o montante de 30% sobre os salários do executado, denegando-se a segurança pretendida.

Para nós, duas questões merecem destaque nessa decisão: em primeiro lugar que, para o relator, o percentual incidente sobre o salário do devedor preservaria seu poder aquisitivo frente as suas necessidades básicas, além de possibilitar a satisfação das mesmas necessidades vitais ao empregado credor; em segundo lugar, que a penhora incidiria sobre a folha de pagamento do devedor, no percentual de 30%, até a quitação integral da dívida.

Assim, o Juiz adotou uma ponderação dos interesses em jogo. Entendeu pela fixação do percentual de 30% sobre os salários, considerando que este não comprometeria a preservação das necessidades básicas do devedor e, por outro lado, considerou que tal percentual deveria incidir até a quitação integral da dívida.

Por outro lado, há decisões que limitam o patamar de penhora em 30%, baixando o montante determinado pelo Juiz que promoveu os atos processuais com vistas ao cumprimento da decisão. Nesse sentido, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO. PENHORABILIDADE. A impenhorabilidade dos salários tem como exceção o pagamento de prestação alimentícia. O art. 649, IV, do CPC merece interpretação em harmonia com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que permite ao magistrado aplicar a lei em atendimento aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum. O princípio da isonomia autoriza que se dê tratamento paritário a situações equivalentes, em que se deverá preservar a natureza alimentar do salário como também do crédito trabalhista (art. 100, § 1ª-A, da Constituição Federal). O bloqueio de 30% do valor dos salários mensais não configura violação do direito líquido e certo. Segurança parcialmente concedida, com a cassação da medida liminar. (TRT 10ª região, Ac. 2ª Seção Especializada, Proc. 0000414-2006-000-10-00-8 MS, Data do julgamento: 21.11.2006, Publicado em 09.02.2007, Rel. Oswaldo Florêncio Neme Junior)³²⁷

Nesse caso, a Segunda Seção Especializada do TRT 10ª Região, por unanimidade, concedeu parcialmente a segurança, cassando o provimento liminar a fim de limitar em 30% o bloqueio mensal da conta-salário da impetrante.

De acordo com o voto, a impetrante percebia como remuneração o valor de R\$ 2.308,91, conforme demonstrativo constante dos autos, enquanto a determinação judicial de bloqueio alcançou R\$ 4.814,10. Logo, o bloqueio de valores correspondeu a percentual superior a 100% sobre o salário efetivamente auferido, situação que se revelou comprometedoras do custeio das atividades mínimas de subsistência da impetrante.

Não obstante, o relator, considerando que a impenhorabilidade dos salários tem como exceção o pagamento de prestação alimentícia, bem como que o princípio da isonomia autoriza que se dê tratamento paritário a situações equivalentes, em que se deverá preservar a

³²⁷ TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região)

natureza alimentar do salário como também do crédito trabalhista (art. 100, § 1^a-A, da Constituição Federal), entendeu pelo bloqueio de 30% do valor do salário mensalmente percebido pela impetrante.

Em momento anterior, quando comentamos sobre decisão do TST, dissemos que as circunstâncias do caso autorizam a ponderação dos valores em rota de colisão. Para nós, assim, a limitação ao percentual de 30% sobre os salários mensalmente percebidos pela impetrante, diante das circunstâncias fáticas, corrobora o que defendemos neste trabalho: o manejo do princípio da proporcionalidade, notadamente a ponderação de interesses, com o fim de proteger a tutela executiva trabalhista, sem descuidar de um núcleo essencial à sobrevivência do devedor.

Nesse sentido, a ponderação de valores só pode ser adotada no exame do caso concreto, diante do qual o Juiz terá condições de estabelecer o percentual do ganho que poderá ser objeto do ato construtivo.

Isso porque, apenas diante do caso concreto e da certeza de disponibilidade de crédito salarial ou de ganhos decorrentes de trabalho, é que o Juiz poderá aferir qual o percentual que garantirá o pagamento do valor devido ao exequente, sem ferir, desse modo, a dignidade do devedor.

Nesse passo, dadas certas circunstâncias, comprovadas por documentos juntados aos autos, pode o magistrado entender que o percentual de 30% atende, de modo proporcional, à necessidade de solução do conflito, com a manutenção de um núcleo essencial³²⁸, porém, diante de outras, referido percentual pode comprometer, de maneira contundente, a sobrevivência do executado ou de seus familiares.

Portanto, nada obsta que o Juiz, com base no princípio da proporcionalidade, determine a penhora sobre percentual acima ou abaixo dos 30% que tem sido utilizado como

³²⁸ Citamos, por exemplo, a seguinte decisão do TRT 8^a região: “MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE CRÉDITO EM CONTA SALÁRIO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Ao teor do disposto no inciso IV, do art. 649, do CPC, os vencimentos dos servidores públicos não podem ser objeto de penhora, tendo a ordem jurídico positiva, dessa forma, privilegiado a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos. Contudo, na hipótese em discussão, o crédito exequendo também tem caráter alimentar, aplicando-se a regra insculpida no § 2^o, do art. 649, do CPC, que obtemperando o rigor da absoluta impenhorabilidade, admite, excepcionalmente, a penhora quando destinado ao pagamento de prestação alimentícia” (TRT 8^a Região, Seção Especializada II, ACÓRDÃO TRT/SE/AG/MS 00524-2006-000-08-00-0, Data do julgamento: 31 maio 2007, Publicado em 04 jun. 2007, Rel. Luis J.J. Ribeiro). Nesse caso, o relator, após analisar os documentos constantes dos autos (contracheque), constatou a presença de valores correspondentes aos vencimentos e descontos referentes à pensão alimentícia do filho e, por fim, concluiu não ter havido prejuízo à sobrevivência da agravante, nem mesmo do menor beneficiado pela pensão alimentícia. Portanto, caso típico em que os valores em conflito foram ponderados após o exame do caso concreto.

parâmetro nas decisões que acolhem a penhora de salários³²⁹. Além disso, poderá o magistrado, diante do montante do crédito, determinar que este percentual incida mensalmente até a satisfação integral da obrigação³³⁰.

7.7 A penhora dos salários com fundamento no reconhecimento da colisão entre princípios.

Por derradeiro, devemos comentar sobre algumas decisões que têm acolhido os fundos deste trabalho acerca da penhora dos salários. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE SALÁRIO DA IMPETRANTE. POSSIBILIDADE. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MESMA CATEGORIA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO. Conquanto a legislação pátria, mais especificamente o artigo 649, incisos IV e VII do CPC, estabeleça a impenhorabilidade dos salários e das pensões pagas por institutos de previdência, têm se inclinado a doutrina e a jurisprudência no sentido de que, em se tratando de execução de crédito trabalhista, o qual, como se sabe, em regra, também possui natureza alimentar, é perfeitamente possível, ante a ponderação de direitos de mesma categoria, estabelecer constrição sobre o salário do executado, de forma a garantir a eficácia da tutela jurisdicional que assegurou ao trabalhador o direito ao pagamento do seu crédito. (TRT 5ª – Proc. 000919-2005-000-05-00-9 MS, Ac. nº 006862/2006, Rel. Débora Machado, SUBSEÇÃO II DA SEDI, DJ 20/04/2006)³³¹

³²⁹ Adotando 15% como critério razoável para enunciar o valor de penhora, mais uma decisão do TRT 10ª região. Vejamos: “EXECUÇÃO: SALÁRIO: PENHORABILIDADE EM FAVOR DO CRÉDITO TRABALHISTA: NATUREZA ALIMENTAR: CPC, ART. 649, IV, PARTE FINAL. CONTA-SALÁRIO E SALDO: DISTINÇÃO: PENHORABILIDADE DAS SOBRES EXISTENTES: DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA ALIMENTAR DO VALOR EXCEDENTE AO USADO MENSALMENTE PARA SUSTENTO E SOBREVIVÊNCIA: EFEITOS. O art. 649, IV, do CPC revela serem absolutamente impenhoráveis "os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia". A índole do referido dispositivo legal foi garantir ao devedor seu sustento e o de sua família, ainda que constringido por execução que lhe fora dirigida, de modo a não ter perturbado os meios de sobrevivência. No entanto, a exceção contida na parte final do dispositivo enuncia que, em se tratando a dívida de prestação alimentícia, como o crédito trabalhista, a impenhorabilidade não se efetiva, já que também é necessário resguardar as condições de sustento e sobrevivência àquele declarado credor alimentício. Logicamente, não preferiu a lei o devedor sobre o credor, mas enunciou apenas que as verbas de sustento devem ser preservadas, para ambos. O critério razoável para enunciar o valor de penhora é aceito como de 15% do percebido mensalmente, que não se aplica às sobras não utilizadas. Matematicamente considerado, o que excede do valor nominal de 85% do percebido a título de subsídios, vencimentos, soldos ou salários, contido na conta-salário é penhorável; o que corresponde a 85% do valor do salário é que é impenhorável, porque o que excede corresponde aos 15% e o excedente além desse valor nominal é o excesso de conta, que já não pode ser considerado salário ou equivalente, a cada novo depósito, ainda que venha de depósitos anteriores a tal título. Com essas premissas, se a constrição ocorrer diretamente na folha salarial do devedor, os limites aceitos pelo precedente são de 15% como valor penhorável. Mas se a penhora ocorrer na conta-salário, a garantia de penhorabilidade de 15% do valor recebido a título de salário ou equivalente não se confunde com a penhorabilidade apenas de 15% do que estiver depositado, porque, ainda que apenas receba o devedor verbas oriundas do próprio salário, a cada novo recebimento (depósito) os valores mantidos em conta se desnaturam da condição impenhorável e passam a ser passíveis de constrição, pelo que possível a penhora do que exceder a 85% do valor do salário, em cada mês, existente na conta-corrente do devedor, enquanto ocorrer movimentação bancária pelo executado. Agravo de petição do executado conhecido e parcialmente provido” (TRT 10ª, 3ª Turma, Proc. 00329-1994-015-10-00-4 AP, Data do julgamento: 19 jan. 2005, Publicado em 28 jan. 2005, Rel. Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro).

³³⁰ No caso citado - referente ao Proc. 0000414-2006-000-10-00-8 MS - ficou limitado em 30% o bloqueio mensal da conta-salário da impetrante.

³³¹ No mesmo sentido: “MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE PENHORA NO SALÁRIO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CABIMENTO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Não existe, no sistema jurídico brasileiro, uma regra absoluta da impenhorabilidade do salário. A simples leitura do preceito contido no art. 649, IV, do CPC, revela a existência de exce-

No caso, a subseção II da SEDI, do TRT da 5ª região, à unanimidade, concedeu parcialmente a segurança para determinar que a constrição judicial sobre os valores existentes na conta da impetrante ficasse limitada ao valor correspondente a 15% (quinze por cento) do seu salário mensal, autorizando, por conseguinte, o desconto mensal no mesmo percentual, até a total satisfação do crédito.

Em seu voto, a relatora asseverou que, conquanto a legislação pátria, mais especificamente o artigo 649, incisos IV e VII do CPC, estabeleça a impenhorabilidade dos salários e das pensões pagas por institutos de previdência, têm se inclinado a doutrina e a jurisprudência no sentido de que, em se tratando de execução de crédito trabalhista, o qual, como se sabe, em regra, também possui natureza alimentar, é perfeitamente possível, ante a ponderação de direitos de mesma categoria, estabelecer constrição sobre o salário do executado, de forma a garantir a eficácia da tutela jurisdicional que assegurou ao trabalhador o direito ao pagamento do seu crédito. Nesse sentido, porque à míngua de outros bens e meios jurídicos hábeis a garantir ao exequente o pagamento do que lhe era devido, entendeu pela absoluta legitimidade da penhora, desde que respeitados limites impostos pela razoabilidade.

Assim, no caso dos autos, ressaltou a relatora que a impetrante percebia mensalmente a contraprestação salarial de R\$ 2.046,52 (dois mil e quarenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), enquanto o crédito do litisconsorte passivo, exequente no processo que desencadeou o ato judicial impugnado, era de R\$ 8.565,45. Logo, considerando o princípio da efetividade do processo, concluiu pelo bloqueio e consequente desconto mensal do correspondente a 15% do salário da impetrante, inclusive no 13º salário, até o total adimplemento da obrigação.

Nesse sentido, considerando a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, entendeu-se pelo manejo da ponderação de interesses diante da colisão de direitos fundamentais de

ções em relação ao crédito de natureza alimentar. É, pois, válida a penhora em parte dos salários do devedor para a garantia de crédito dessa espécie, aplicando-se, à hipótese, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da unidade da Constituição. (TRT 5ª - Processo 00259-2007-000-05-00-8 MS, Ac. nº 033335/2007, Rel. Cláudio Láudio Brandão, SUBSEÇÃO II DA SEDI, DJ 28/11/2007)”; “MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE PENHORA NO SALÁRIO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CABIMENTO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Não existe, no sistema jurídico brasileiro, uma regra absoluta da impenhorabilidade do salário. A simples leitura do preceito contido no art. 649, IV, do CPC, revela a existência de exceções em relação ao crédito de natureza alimentar. É, pois, válida a penhora em parte dos salários do devedor para a garantia de crédito dessa espécie, aplicando-se, à hipótese, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da unidade da Constituição. (Processo 01278-2007-000-05-00-1 MS, Ac. nº 014208/2008, Rel. Cláudio Láudio Brandão, SUBSEÇÃO II DA SEDI, DJ 17 jul. 2008)”; e, ainda, os seguintes precedentes: Processo 00940-2007-000-05-00-6 MS, Ac. nº 014206/2008, Relator Desembargador Cláudio Láudio Brandão Subseção II da SEDI, DJ 17 jul. 2008; Processo 00246-2007-000-05-00-9 MS, Ac. nº 014203/2008, Relator Desembargador Cláudio Láudio Brandão, Subseção II da SEDI, DJ 17 jul. 2008.

igual categoria, a fim de estabelecer a constrição judicial (penhora) sobre o salário do executado, de forma a garantir a eficácia da tutela jurisdicional que assegurou ao trabalhador o direito ao pagamento do seu crédito.

Para nós, a fundamentação está de acordo com o que defendemos no presente trabalho. Em primeiro lugar, porque não faz alusão exclusiva à exceção contida no § 2º, do art. 649, do CPC, mas, sim, ao fato de que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar tanto quanto os salários do devedor. E, em segundo lugar, porque reconhece, diante da situação fática, que existe o conflito ou a colisão de dois direitos fundamentais, daí a aplicação da ponderação de interesses e, por conseguinte, a penhora com o fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional³³².

A par disso, aplicou-se o princípio da proporcionalidade com vistas a proteger o núcleo essencial do direito atingido com a constrição judicial, isto é, a dignidade do devedor, na medida em que se fixou como percentual para penhora, diante do caso concreto, o montante correspondente a 15% sobre os salários, até o total adimplemento da obrigação.

³³² É oportuno dizer, uma vez mais, que nosso objeto de estudo não passou pela discussão sobre o privilégio do crédito trabalhista. Em todo caso, no capítulo anterior, quando do exame da proteção dos salários, firmamos posição sobre o privilégio do crédito trabalhista, no sentido de que este é privilegiadíssimo, com respaldo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e no princípio que submete a propriedade à sua função social.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A penhorabilidade dos salários e de ganhos decorrentes do trabalho pode ser utilizada pelos juizes trabalhistas. Trata-se de instrumento voltado à efetividade da tutela jurisdicional.

É certo que uma conclusão em tal sentido passa ao largo de um processo de mera subsunção dos fatos à lei, de uma interpretação literal e restrita sem respaldo na Constituição, em especial nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana.

A compreensão de que o intérprete judicial pode valer-se da penhora dos salários, mesmo quando impedido por lei, demandou o acolhimento da doutrina que vem se dedicando ao estudo dos princípios jurídicos enquanto pautas normativas, isto é, como normas jurídicas tanto quanto as regras e, por conseguinte, perfeitamente capazes de vincular, do ponto de vista jurídico, o comportamento humano, seja individual, seja coletivo.

Nesse sentido, aos princípios não cabe apenas a tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. Além de possuírem uma função relevante numa fase pré-jurídica, ligada à produção das leis, bem assim a conhecida função auxiliadora na interpretação e integração do sistema jurídico, os princípios contribuem, de modo especial e efetivo, na atividade judicial.

A teorização sobre os princípios percorreu ao longo da história e do desenvolvimento do pensamento jurídico uma longa jornada. Entre tantos autores que trataram do assunto, optamos por trabalhar com dois em especial, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Com base nesse referencial, concluímos que os princípios, diferentemente das regras, pelo fato de consistirem em mandados de otimização, aplicam-se não com base na subsunção, dado o caráter aberto e flexível que lhes é imanente, mas por meio da ponderação.

Os princípios exigem uma atividade valorativa, isto é, um juízo no sentido de que é preciso escolher um entre vários caminhos que se revelem igualmente possíveis em conformidade com a respectiva norma, uma vez que são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível, sem descurar das condições fáticas e jurídicas, uma vez que são mandados de otimização que podem ser satisfeitos em diferentes graus.

Destarte, diferentemente da solução exigida para o caso de conflito entre regras, que demanda uma decisão acerca da validade da norma, no caso de colisão entre princípios a solução é diferente, pois um dos princípios deve ceder em face do outro. Logo, a solução para o caso de conflitos entre princípios parte da compatibilização dos valores em colisão,

notadamente pela ponderação, que, segundo Alexy, corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é formado por três elementos parciais ou subprincípios que compõem sua estrutura: adequação, necessidade e pela proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro está ligado à idéia de conformidade ou suscetibilidade de que o meio escolhido é apto a alcançar o fim desejado; examina-se, assim, a conformidade ou uma relação de congruência entre o meio e o fim perseguido. Com o segundo, por sua vez, o meio a ser escolhido deve ser o estritamente necessário para a consecução do fim e, ao mesmo tempo, deve ser também o que imponha menos prejuízos ou restrição a direitos fundamentais.

De outro lado, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito o intérprete sopesará os valores em conflito no caso concreto e fará a opção pelo caminho que melhor atenda aos direitos colidentes, evitando a limitação total de um deles ou, melhor dizendo, sufragando uma solução que não importe em desrespeito ao núcleo essencial do direito (entenda-se, igualmente, princípio) preterido, o que resultaria em ofensa à dignidade do seu titular.

Também verificamos que os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata e que a norma constitucional que a estabelece consagra uma decisão fundamental à dogmática dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito a tais direitos serem justiciáveis. Além disto, verificamos que os direitos fundamentais mantêm uma relação interativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual pode ser inferida pela compreensão de que estes – regra geral - surgiram como uma exigência do valor dignidade e é mediante a otimização de tais direitos que o valor dignidade é otimizado.

Assim, a dignidade da pessoa humana, para além de sua condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/88), é fundamento de posições jurídico-subjetivas, pois constitui norma definidora de direitos e garantias, bem assim de deveres fundamentais, albergando não somente o papel negativo (não-violação), mas também o positivo, que impõe condutas voltadas a sua proteção e promoção.

As conclusões acima têm repercussão direta no que se compreende sobre o direito fundamental à tutela executiva. O comando constitucional de que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade e eficácia imediata, no âmbito processual, indica que o juiz está autorizado a interpretar e a aplicar as normas legais que contemplam os meios executivos em consonância com os direitos fundamentais, tendo em vista a maior eficácia do direito

fundamental à tutela executiva e, por via de consequência, do ponto de vista da pessoa humana, a dignidade.

Assim sendo, colocando o problema da impenhorabilidade dos salários na perspectiva acima exposta e diante de uma situação concreta, tal como o cenário apontado neste trabalho quando, de um lado, figurar a presença do devedor trabalhista, antes - ou ainda - tomador dos serviços (pessoa física, ex-empregador, ex-sócio, ex-tomador etc.) e, de outro, como credor, o trabalhador que aguarda a efetividade da tutela executiva, haverá evidente conflito entre princípios. Na verdade, entre o princípio da dignidade da pessoa humana do devedor e o princípio da dignidade do credor trabalhista.

O reconhecimento de que existe tal conflito impõe que seja repensado o disposto no art. 649, IV, do CPC. Para tanto, é preciso compreender que os créditos trabalhistas têm natureza alimentar tanto quanto os salários do devedor e que, diante da situação fática, existirá, de fato, o conflito ou a colisão de dois direitos fundamentais, daí a aplicação da ponderação de interesses.

Diante disso, a determinação da penhora sobre os salários configurar-se-á, na prática, em ato processual decorrente da ponderação de interesses feita pelo Juiz no exame do caso concreto, por ter, em primeiro lugar, reconhecido o conflito entre dois valores e, em segundo, por ter conferido maior peso à efetividade do direito fundamental ao crédito trabalhista.

O fato é que a impenhorabilidade absoluta dos salários acaba por conferir uma excessiva proteção do patrimônio do devedor relativamente ao cumprimento de determinada obrigação constituída em um título judicial. Ou seja, em desfavor daquele que aguarda a satisfação do seu direito: o credor.

Tal situação é ainda mais grave para o credor de uma obrigação que ostenta a natureza de crédito alimentar, como é o caso do crédito trabalhista. Nesta hipótese, o reclamante, já desrespeitado em seu direito fundamental à tutela executiva e também à sua própria dignidade, embora munido de um título judicial, estaria impedido de buscar a efetivação de seu crédito. Logo, a regra em comento, quando aplicada com rigor absoluto, protege a dignidade do devedor em detrimento da dignidade do trabalhador.

Mas a proteção da dignidade do devedor, mediante a proteção dos salários ou dos ganhos decorrentes do trabalho, não justifica qualquer preterição da dignidade do credor. Por tal motivo defendemos a penhora dos salários e de ganhos decorrentes do trabalho.

Contudo, o intérprete não poderá olvidar a necessidade de ser preservado um núcleo essencial do direito fundamental em jogo, pertencente ao devedor, como conteúdo mínimo protegido de qualquer restrição. Assim, deverá impor “compreensões” recíprocas sobre os

interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro. Logo, deverá valer-se dos subprincípios da proporcionalidade, a fim de que possa lograr a concordância prática entre os interesses colidentes.

Assim, o princípio da proporcionalidade, que sugerimos seja adotado pelos seus elementos ou subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), orientará o intérprete na decisão judicial no sentido de determinar a penhora dos salários, mormente com vistas à proteção desse núcleo essencial da dignidade do devedor que suportará o ato de constrição de seus salários.

Além disso, o caso concreto orientará o intérprete sobre como proceder e atuar com o fim de proteger a dignidade do credor trabalhista, sem descuidar, por certo, da dignidade do próprio devedor, notadamente no ato da fixação da parcela dos salários a ser penhorada.

O que justifica tal interpretação é o fato de que o direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela, mesmo quando não previstas em lei e ainda que vedadas por lei, pois o juiz deve interpretar as normas existentes de tal sorte a extrair delas o sentido que melhor atinja a eficácia dos meios executivos.

Trata-se, assim, de se conferir o mesmo direito quando houver o mesmo fundamento. Se os salários do devedor se destinam à sua sobrevivência, bem como de sua família, na mesma medida devem ser compreendidos os créditos trabalhistas daquele a quem foi negada a satisfação do direito material no momento adequado.

É bom lembrarmos que a questão da impenhorabilidade dos salários há muito se encontra superada no direito estrangeiro. Tanto assim que muitos países a recepcionam, desde que mantido um patamar de proteção à sobrevivência do devedor. Tal orientação, aliás, é o que também podemos inferir da proteção dada aos salários pela Convenção n. 95, da OIT, que não proíbe a penhora, mas condiciona a realização de tal espécie de constrição na medida julgada necessária para assegurar a manutenção da vida do trabalhador e da sua família.

Infelizmente, no Brasil, ainda se mantém o dogma da impenhorabilidade dos salários mesmo após as últimas reformas da legislação processual civil, o que foi oportunamente criticado neste trabalho. Tal fato tem contribuído para a manutenção de uma jurisprudência não condizente com a necessidade de se preservar a dignidade do credor trabalhista mediante a tutela do seu direito.

A propósito, no que se refere à jurisprudência trabalhista, o tema tem merecido a atenção dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho, mas de modo geral as decisões seguem uma interpretação literal do preceito. Entretanto, como pudemos verificar a partir do exame de algumas decisões, há quem admita a penhora dos salários, inclusive da forma como apresentamos neste trabalho, com menção à colisão de princípios ocorrente, no caso concreto, entre a dignidade do credor e a do devedor trabalhista.

Assim sendo, mesmo diante da regra processual que subsiste em nosso direito, ou mesmo diante das decisões jurisprudências que a interpretam de modo literal, isto é, sem atentar para o fato de que a dignidade do credor trabalhista está em rota de colisão com a dignidade do devedor, acolhemos a penhora parcial dos salários, bem assim dos demais ganhos decorrentes do trabalho, pois a regra que prevê a impenhorabilidade destes é inidônea para regular a necessidade de prestação da tutela jurisdicional executiva e, portanto, incompatível com os direitos fundamentais.

Nesse sentido, para além de uma subsunção pura e simples do fato à norma, devemos ter em conta que o direito existe em função e em razão da pessoa humana, pois a previsão do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, reveste-se de conteúdo normativo, com densidade jurídica que a torna apta a reger casos concretos, o que implica no mandamento de respeito ao valor dignidade, bem como a determinação dirigida aos poderes públicos de proteção e otimização do acesso aos bens e utilidades indispensáveis a uma vida compatível com tal condição.

Destarte, como base nesse princípio fundamental - que exige não apenas uma conduta negativa dos poderes públicos, mas, além disso, uma conduta positiva voltada à sua proteção - defendemos o manejo da penhora dos salários e dos ganhos decorrentes do trabalho no âmbito do processo laboral, uma vez que tal ato, entendido nessa perspectiva de valorização da dignidade da pessoa humana, constitui-se em meio capaz de realizar - no mais alto grau - o direito fundamental à tutela executiva trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Amador Paes. **CLT comentada**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Princípios de direito processual do trabalho e o exame dos reflexos das recentes alterações do código de processo civil no direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL DO TRABALHO, 1., 2007, Brasília. **Enunciados aprovados...** Brasília, 2007. Disponível em: <[w.w.w.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementa_aprovadas.pdf](http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementa_aprovadas.pdf)> Acesso em: 07 jul. 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Reflexões sobre as reformas do CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

_____. **Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2008.

AROUCA, José Carlos. O novo processo civil e o velho processo trabalhista. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 5, maio 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região).Subseção Especializada em Dissídios Individuais, 2., Proc. 00259-2007-000-05-00-8 MS, Ac n. 033335/2007, Relator: Cláudio Ládio Brandão. **Acórdãos eletrônicos...**, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em 12 abr. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direitos constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Mensagem nº 1.047, de 6 de dezembro de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/msg/vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em: 24 jul. 2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. (Subseção Especializada em Dissídios Individuais, 2.). TST-A-ROMS-518/2006-000-10-00.2. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 30 out. 2007. **Acórdãos eletrônicos...**, 9 nov. 2007. Disponível em: <http://www.tst.gov.br> Acesso em: 19 set. 2008.

_____. _____. Proc. AG-RC - 185084/2007-000-00-00.9. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 04 out. 2007. **Acórdãos eletrônicos...**, 09 nov. 2007. Disponível em: <http://www.tst.gov.br> Acesso em: 19.09.2008

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: Ltr, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 1.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Saber: ciências sociais aplicadas**, Belém, v. 6, n.1-2, p. 7-33, jan/ dez. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação históricas dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA NETO, Adhemar Prisco da. Em defesa da “penhora on line” na execução provisória. **LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 71, n. 6, junho 2007. p. 713.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA ONU. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documento_direitoshumanos.php> Acesso em: 23 jun. 2008.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-positivo**. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. O juiz do trabalho e as transformações do nosso tempo. **Revista do Tribunal do Trabalho da 8ª região**, Belém, v. 37, jul./dez.. 2004

_____. FRANCO FILHO, Georgenor. Os tratados internacionais e a constituição de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia**. Belém: UNAMA, v. 1, n. 1, 2005.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário – Algumas outras considerações. **LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 71, n. 2, fev. 2007.

_____. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 72, nº 1, jan/abr 2006. p. 34. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_72/Rev72_1/tst_72-1_dout1.pdf> . Acesso em: 09.09.2008.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 200

GRASSELLI, Odete. **Penhora trabalhista on-line**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian., 1996.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de: Marco Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J, Cretella Jr. Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo do trabalhista**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MALLET, Estêvão. Novas modificações no código de processo civil e o processo do trabalho: lei n. 11.382/2006. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 5, maio 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>.

Acesso em: 23 jun. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 587.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Turma, 8. Proc. (00863-2004-112-03-00-0-AP). Relator: Heriberto de Castro; Denise Alves Horta. 26 abr. 2006. **Acórdãos**, 6 maio de 2006. Disponível: <<http://www.mg.trt.gov.br/>> Acesso em: 19 set. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. 2..

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 7 ed. São Paulo. Atlas, 2006.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim. **Execução no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 63.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A execução na justiça do trabalho**: doutrina, jurisprudência, enunciados e súmulas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Daniel Natividade R. de; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. Penhora de salário, decorrentes de trabalho autônomo e valores depositados em cadernetas de poupança, frente a execução de credor trabalhista: análise sob prisma do princípio da proporcionalidade. **Ltr**: legislação do trabalho, São Paulo, v.1, n.2, fev. 2007.

PARÁ. Tribunal Regional do Trabalho (8. Região). Acórdão TRT/ SEI/ MS (00083-2008-000-08-00-9). Relator: Vicente José Malheiros da Fonseca. 28 abr. 2008. **Acórdãos eletrônicos...**, 30 abr. 2008. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm> Acesso em: 19 set. 2008.

_____. _____. Acórdão TRT/SE/AG/MS 00524-2006-000-08-00-0. Relator: Luis J.J. Ribeiro, 31 maio 2007. **Acórdãos eletrônicos...**, 04 jun. 2007. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm>. Acesso em: 19 set. 2008.

PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do código de processo civil no processo do trabalho. **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lobato. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A penhora de salários e a efetividade do processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim (coord). **Execução no processo civil**. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho, **LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 3, mar. 2006.

TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). Proc. 00445-2007-000-10-00-5 MS. Relator: José Leone Cordeiro Leite, 18 mar. 2008. **Acórdãos eletrônicos...**, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/>> Acesso em: 25 ago. 2008.

_____. _____. Proc. 00449-2007-000-10-00-8 MS. Relator: Bertholdo Satyro, 18 mar. 2008. **Acórdãos eletrônicos...**, 09 maio 2008. Disponível em:< <http://www.trt10.jus.br> >.Acesso em: 23 set. 2008.

_____. _____. Proc. 00585-2004-008-10-00-6 AP. Relator: Douglas Alencar Rodrigues, 23 jan. 2008, **Acórdãos eletrônicos...**, 01 fev. 2008. Disponível em:< <http://www.trt10.jus.br> >.Acesso em: 23 set. 2008

_____. _____. Proc. 0000414-2006-000-10-00-8 MS. Relator: Oswaldo Florêncio Neme Junior, 21 nov. 2006. **Acórdãos eletrônicos...**, 09 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2008.

_____. _____. Proc. 00269-2006-000-10-00-5 MS. Relator: Mário Macedo Fernandes Caron, 03 out. 2006. **Acórdãos eletrônicos...**, 13 out., 2006. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>>. Acesso em: 19 set. 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUPINAMPÁ, Hermes. Ética na justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia**. Belém: UNAMA, v. 1, n. 1, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, 3**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)