

LEI 10.035/00 - O DESAFIO DE INTERPRETÁ-LA.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

Há, verdadeiramente, muitas questões complexas no direito, mas as que decorrem da interpretação da Lei n. 10.035/00 são quase insuperáveis.

Depois de muito refletir sobre o assunto, concluí que as aparentes dificuldades jurídicas que tal tema sugere, ainda mais diante do advento da Lei n. 10.035/00, não são, propriamente, dificuldades, mas verdadeiros dilemas.

Neste tema, qualquer ponto de vista não é mais que um ponto de vista, já que de um jeito ou de outro a lógica jurídica tradicional acaba sendo quebrada. No fundo, o único argumento que mantém a lógica do sistema é o da consideração da inconstitucionalidade da EC n. 20, que atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para tal execução. Entretanto, essa não me parece uma boa saída, pois impõe ao direito uma imutabilidade que não lhe é própria. Os avanços do direito, que são essenciais para que se preserve a sua legitimidade para regular a vida em sociedade, requer, muitas vezes, que os institutos do direito sejam, constantemente, reavaliados. Além disso, o argumento da inconstitucionalidade apresenta-se muito mais como uma fórmula para fugir do dilema, pois os fundamentos que lhe sustentam não são tão decisivos assim, visto apoiarem-se em um dogma, o dogma da separação de poderes. Muitos autores já identificaram a separação de poderes como um pressuposto indemonstrável da ordem jurídica, primeiro porque o poder do Estado é um só, apenas se subdividindo por questões de organização e segundo porque em várias passagens o ordenamento permite ao Legislativo, julgar (CPIs), ao Executivo, legislar (medidas provisórias, decretos-leis) e ao Judiciário, administrar e legislar (Regimento interno dos Tribunais). Além disso, a constitucionalidade de uma lei deve ser presumida, somente se podendo chegar à sua inconstitucionalidade, por exceção, com argumentos jurídicos bastante contundentes. Não me parece haver, portanto, inconstitucionalidade na EC n. 20, embora, como dito, a tese seja relevante e mantivesse em ordem nossos padrões jurídicos.

Mas, dizer que não há inconstitucionalidade na EC n. 20 não resolve o problema, pelo contrário, chegando-se a esta conclusão é que o problema aparece,

^(*) Juiz do Trabalho. Livre-docente em Direito do Trabalho. Professor Universitário.

porque interpretar a Lei n. 10.035/00, que regulamentou a questão, trata-se de tarefa indigesta.

Inicialmente, cabe lembrar as lições de Márcio Túlio Viana, no sentido de que, "Quem se propõe a interpretar a norma não sai à procura dos métodos *científicos* que lhe ensinaram na escola, na esperança de que estes lhe dêem um resultado ainda desconhecido. Seu movimento, quase sempre, é inverso. Intui (e quer) primeiro o resultado, e depois o justifica. Mesmo que tente *primeiro* seguir aqueles métodos, muitas vezes os verá em choque, e acabará privilegiando aquele que melhor corresponder ao seu modo de ver o mundo, à sua maneira de sentir a vida"¹.

Partindo, então, da noção de que o intérprete parte do resultado pretendido para depois buscar no ordenamento os argumentos que fundamentam o seu querer e não o contrário, o problema inicial, que deve ser fixado, como pressuposto do exame da lei, é: o que se pretende da nova lei.

Duas visões aqui podem ser destacadas:

a) a do legislador, que, nitidamente, se pode verificar da mera leitura do texto legal, que consiste em buscar, a qualquer custo, conferir a maior eficácia possível à lei, no propósito de aumentar a arrecadação previdenciária;

b) a do aplicador da lei, ou intérprete autêntico, como diria Kelsen, que é um juiz do trabalho, que possui formação jurídica social e que, sem negar a importância de atender às necessidades de arrecadação da previdência, por se tratar de um benefício social, não pode negar que a prioridade de sua atuação é satisfazer os créditos trabalhistas, o que mal tem dado conta de fazer com relativa eficiência.

Diante desta dupla visão, confesso, abertamente, adotei como pressuposto da interpretação da Lei n. 10.035/00, a idéia de que a execução dos créditos previdenciários na Justiça do Trabalho deve ser feita sem causar prejuízos à principal atividade da Justiça do Trabalho que é satisfazer direitos trabalhistas inadimplidos nas relações de emprego. Em suma, esta nova atividade jurisdicional atribuída aos juízes do trabalho deve ser feita com o menor custo possível para a efetividade da execução do crédito trabalhista.

Passemos, então, à análise da lei.

¹. O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98, em coautoria com Luiz Otávio Linhares Renault e Fernanda Melazo Dias. São Paulo, LTr, 1998, p. 32.

Importante destacar, primeiramente, que há quem entenda existir inconstitucionalidade na Lei n. 10.035/00, no que tange à expressão execução “ex officio”, pois seria este um ato administrativo e ao juiz não compete propor execuções e sim julgar conflitos. Este argumento, no entanto, prova demais, pois como se sabe integra a tradição histórica do processo trabalho a possibilidade de execução “ex officio”, conforme previsão do art. 876, da CLT. Além do mais, vários são os casos no próprio processo civil nos quais o juiz “executa” suas próprias decisões, como, por exemplo, nas ações executivas e mandamentais.

Diz-se, ainda, que o procedimento estabelecido na Lei n. 10.035/00 não pode ser seguido por ser incompatível com a regra básica constitucional da igualdade, conferindo privilégios injustificáveis a quem sequer é parte no processo (o INSS), pois este com relação a outros contribuintes em atraso antes de iniciar uma execução teria que constituir a dívida mediante a formação de um processo administrativo para formação do título executivo, qual seja, a inscrição da dívida pública. Por isso, considera-se que o procedimento a ser adotado é o da Lei n. 6.830/80, requerendo a prévia inscrição na dívida pública.

Tal argumento, igualmente, não se justifica, “data venia”. Primeiro, porque o princípio da igualdade não foi quebrado já que a origem da dívida foi declarada, ainda que incidentalmente, em um processo judicial, que se pressupõe tenha respeitado o contraditório. E, segundo, porque tendo o legislador regulado de forma específica a matéria não se pode fazer letra morta da lei para aplicar outra que seria, no caso, mais genérica.

Assim, não há mesmo jeito. Por mais que eu pessoalmente quisesse, pois, evidentemente, o querer encontra limites jurídicos, não há no ordenamento fundamento sólido para se negar a aplicabilidade da Lei n. 10.035/00, para a execução dos créditos previdenciários constituídos nas decisões trabalhistas.

Parece-me, no entanto, que nesta última frase se encontra o modo de se afastar do dilema. Reparem: “execução dos créditos previdenciários constituídos nas decisões trabalhistas”.

Ora, a competência da Justiça do Trabalho, para tal execução, só se justifica em virtude do preceito constitucional, fixado pela assembléia constituinte, de que o juiz do trabalho executa suas próprias decisões. Assim, a execução estará restrita ao que for declarado nas decisões.

Disto resulta que os créditos previdenciários em atraso, decorrentes de parcelas não discutidas na esfera da competência da Justiça do Trabalho, não poderão

ser executados por meio de execução trabalhista. Disto resulta, também, que a intervenção do INSS nos autos do processo trabalhista será feita mesmo como terceiro interessado, e não como parte – segundo se poderia supor – com o único propósito de esclarecer ao juiz, quais os critérios legais de aplicação das alíquotas devidas e a base de incidência das contribuições.

Vale reparar, por oportuno, que a Lei n. 10.035/00 não conferiu ao INSS o direito de recorrer das sentenças do juiz, nas quais ele fixa as parcelas trabalhistas devidas.

No que se refere às homologações de acordos, o INSS só poderá recorrer, como terceiro interessado, com relação às parcelas indenizatórias discriminadas no acordo, como integrantes do montante pago, demonstrando que há nos autos prova de que tais parcelas já estariam quitadas, ou que não seriam devidas, por algum fundamento de direito, incontroverso nos autos, e que, portanto, não poderiam compor o valor do acordo. Em hipótese alguma poderá o INSS se opor à discriminação com base em argumentos evasivos, tais como o do atendimento à proporcionalidade estabelecida na petição inicial, isto porque o que se pede não é, necessariamente, aquilo que se tem direito e que, portanto, integra o objeto transacionado. O recurso deve ser específico e fundamentado.

Sob este aspecto, aliás, cabe dizer, a discriminação das parcelas, embora seja atribuição das partes, pode não passar pelo crivo do juiz, o qual poderá recusá-la se contiver parcela indenizatória manifestamente indevida, ou com valor superior ao que seria, razoavelmente, devido.

Poderá o INSS, ainda, questionar a natureza indenizatória, atribuída a uma determinada parcela, que, ao seu ver, teria natureza de salário-de-contribuição.

O interesse do INSS, para o eventual recurso, se justifica porque o patrimônio público pode ser lesado se as partes atribuírem natureza indenizatória a parcela que seria salário-de-contribuição ou que seja manifestamente indevida.

Vale verificar, a propósito, que a própria literalidade do § 4º, do art. 831, instituído pela lei em exame, corrobora esse entendimento: “O INSS será intimado, por via postal, das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, sendo-lhe facultado interpor recurso relativo às contribuições que lhe forem devidas”.

Sob o ponto de vista procedimental, para melhor organizar os trabalhos em audiência, pode ser concedido às partes – no caso de não haver tempo hábil de

se realizar por completo o ato no momento da audiência, o que me parece ser o ideal – prazo para apresentar os valores correspondentes à discriminação das parcelas, com valores respectivos, que compõem o acordo, ficando definido na audiência o quanto se discriminará a título de verbas indenizatórias.

Homologado o acordo e apresentada a discriminação das parcelas, deve ser dada vista ao INSS, para que, no prazo de lei, qual seja, 16 (dezesesseis) dias, conforme previsto no inciso III, do art. 1º., do Decreto-lei n. 779/69, ofereça, caso queira, o recurso (ordinário), conforme sustentado acima, no que se refere às parcelas indenizatórias discriminadas.

Na fase de liquidação de sentença, da mesma forma, poderá o INSS, intervir no processo, como terceiro interessado, para esclarecer ao juiz e às partes quais as alíquotas devidas e quais as bases de incidência das contribuições, nos termos da lei previdenciária, restando claro que cabe ao juiz do trabalho, e não ao procurador do INSS, a palavra final a respeito da eventual controvérsia surgida, podendo o INSS, se for o caso, valer-se do recurso de agravo de petição.

Nesta fase, não cabe ao INSS, na esfera trabalhista, discutir a sentença em si, no que se refere às parcelas que compõem o crédito, por já terem sofrido os efeitos da coisa julgada formal, embora sob o ponto de vista da coisa julgada material se possa discutir se o INSS é atingido pela sentença trabalhista. No máximo, poderá o INSS, nesta fase, na lide trabalhista, questionar os critérios de cálculo, no que tange às alíquotas, os juros e a correção monetária utilizados, além de discutir, eventualmente, que uma parcela considerada indenizatória teria natureza de salário-de-contribuição, pleiteando que incida sobre ela a contribuição previdenciária.

Nunca é demais lembrar que na lide trabalhista não se podem executar todos os créditos previdenciários que o INSS considere lhe serem devidos em razão da relação jurídico-trabalhista posta em discussão no processo, mas tão somente os créditos que forem decorrentes das parcelas trabalhistas declaradas judicialmente, ou, em outras palavras, o objeto da condenação. Cabe ao INSS intervir no processo, para defender o interesse público de que as contribuições sociais geradas de tais parcelas sejam integralmente recolhidas, e não para pleitear outros direitos que não decorram da condenação de natureza trabalhista, tais como, por exemplo, as contribuições dos salários já pagos, que não foram objeto do pedido na reclamação, cujas contribuições não tenham sido recolhidas na época oportuna.

Quanto ao procedimento, na fase de liquidação, há de se ressaltar que se mal aplicada a lei esta pode gerar um suplício ainda maior para o exequente, na “luta” pela satisfação de seu crédito. É evidente que sob a perspectiva do INSS, o que importa é receber a contribuição previdenciária o mais rápido possível, mas sob o prisma da Justiça do Trabalho o que interessa, preferencialmente, é satisfazer o crédito declarado ao trabalhador. A Lei n. 10.035/00 foi elaborada sob a perspectiva do INSS, tanto que permite ao devedor pagar a dívida com o INSS, sem mesmo ter quitado, antes, a dívida principal, da qual o crédito previdenciário é acessório, qual seja, a dívida trabalhista.

Ora, isto, sob a perspectiva da Justiça do Trabalho, é inconcebível, ainda mais quando se sabe que, do ponto de vista estritamente jurídico, o acessório segue o principal e, desse modo, não há como se possa conferir ao devedor a possibilidade de quitar o acessório, ainda que para credor diverso, antes de adimplir o principal. É bom lembrar que pode ser conveniente para o devedor quitar a dívida previdenciária, para obter o CND – Certificado de Negativa de Débito, deixando o exequente percorrendo a longa via da execução por quantia certa. Sob a perspectiva da Justiça do Trabalho, no entanto, deve-se procurar impedir que esta imoralidade – ainda que permitida na lei em estudo – se concretize, impondo ao devedor, caso pratique tal ato, a pena de litigância de má-fé, nos termos do art. 17, incisos IV e V, do CPC, ou mesmo considerar que sua atitude caracteriza-se como ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do inciso II, do art. 600, também do CPC.

No mais há de se seguir o rito fixado na Lei n. 10.035/00, que alterou os arts. 879, 880 e 884, da CLT, qual seja:

"Art. 879."

"§ 1º"

"§ 1º-A. A liquidação abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas." (AC)

"§ 1º-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente." (AC)

"§ 2º"

"§ 3º Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação por via postal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio do órgão competente, para manifestação, no prazo de dez dias, sob pena de preclusão." (AC)

"Art. 880. O juiz ou presidente do tribunal, requerida a execução, mandará expedir mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas, ou, em se tratando de pagamento em dinheiro, incluídas as contribuições sociais devidas ao INSS, para que pague em quarenta e oito horas, ou garanta a execução, sob pena de penhora." (NR)

"....."

"Art. 884.

"....."

"§ 4º Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário." (NR)

Em suma, na fase de liquidação de sentença, as partes deverão formular os seus cálculos, já discriminando o valor da contribuição previdenciária. O INSS será chamado a se manifestar a respeito, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão, após o que o juiz proferirá a sentença de liquidação, definindo os valores devidos ao reclamante e ao INSS, dando-se início, em seguida, à execução. Isto significa que da sentença de liquidação não cabe qualquer recurso, mesmo por parte do INSS.

Nos embargos à execução que venham a ser propostos pelo executado, poderão o exequente e o INSS rediscutir o crédito, quanto ao critério de cálculo adotado na sentença de liquidação – sendo este contrário aos seus interesses e desde que tenham impugnado os cálculos, nos moldes do procedimento fixado no art. 879, da CLT. Da propositura dos embargos, portanto, deverão ser intimados o exequente e o INSS, para

que, caso queiram, ofereçam suas impugnações, no prazo de 05 (cinco) dias, conforme previsto na CLT. Não há, neste caso, privilégio para o INSS, para prazo em dobro. Do julgamento dos embargos, cabe, aí sim, agravo de petição, para que aquele que se sentir prejudicado pela decisão proferida nos embargos, exerça o duplo grau de jurisdição, sendo certo que quanto ao INSS, o prazo para oferecimento do agravo de petição será de 16 (dezesesseis) dias.

Convém recordar que a interposição de embargos, no processo do trabalho, pressupõe a garantia do juízo, no que se refere ao valor da execução, no qual se insere tanto o crédito trabalhista quanto o crédito previdenciário. Havendo constrição de bens com valores inferiores ao total da soma dos dois créditos e não havendo mais bens passíveis de constrição, dar-se-á preferência ao crédito trabalhista, prosseguindo-se a execução para satisfação do crédito trabalhista.

Definido o crédito trabalhista e permanecendo controvérsia a respeito da questão previdenciária, deve-se destacar a parte incontroversa do crédito do trabalhador e dar continuidade à execução trabalhista até o final.

Sendo interposto agravo de petição, para discutir apenas a questão previdenciária, o agravo deve ser processado em instrumento apartado, prosseguindo-se, como dito, a execução trabalhista.

Definidas no mesmo instante as questões trabalhista e previdenciária, isto é, não sendo interposto recurso tanto pelas partes quanto pelo INSS, prossegue-se na execução conjunta dos dois créditos.

Por fim, a observação que resta ser feita, diz respeito aos critérios de apreciação da incidência da contribuição previdenciária sobre os créditos trabalhistas reconhecidos em decisão judicial. Os valores devidos devem ser calculados, reconstituindo-se os créditos devidos ao exequente, mês a mês, respeitando-se o limite do salário-de-contribuição e as alíquotas previstas para a época própria.

Quanto aos juros, multas e correção monetária, aplicam-se os critérios legais previdenciários, mas o trabalhador não pode, por óbvio, arcar com os valores que decorram da aplicação destes institutos, com relação à sua parte da contribuição, uma vez que o responsável pelo recolhimento era o empregador, o qual ficará, portanto, responsável pelo pagamento ao INSS dos valores que decorram destes institutos.

Estes últimos entendimentos se justificam do ponto de vista da justiça e do ponto de vista, restritamente, jurídico, afinal, o processo deve ser entendido

como instrumento de correção da ordem jurídica, buscando a reconstituição do “status quo”. Para evitar os efeitos perversos do tempo, a decisão judicial condenatória alcança o momento em que a ordem jurídica foi quebrada, conferindo àquele que teve o seu direito desrespeitado, a mesma situação jurídica que haveria se o direito fosse satisfeito, naturalmente. Em outras palavras, a decisão não cria o direito, apenas declara se o direito, em um dado momento, foi, ou não, desrespeitado e define as repercussões jurídicas de tal circunstância, em atendimento ao pedido formulado. Não há, portanto, fato gerador que decorra da decisão judicial. Assim, como a condenação ao pagamento de um salário mínimo que não tenha sido pago a um empregado, em um dado mês, deve corresponder ao valor do salário da época em questão, incidindo-lhe juros e correção monetária, ainda que na data da sentença o valor do salário mínimo seja outro, também os critérios jurídicos da contribuição previdenciária devem ser os da época própria.

Não se pode olvidar que os juros, a multa e a correção monetária do crédito previdenciário são mais elevados que os aplicados para o crédito trabalhista e, por conseguinte, se não se age desta forma o trabalhador acaba tendo o seu direito trabalhista ainda mais corroído.

Esta é a impressão que tenho do presente tema, salvo melhor juízo, mesmo!

São Paulo, 06 de março de 2.001.