

**DISCRIMINAÇÃO PROPORCIONAL DE PARCELAS
NOS ACORDOS TRABALHISTAS**

RADSON RANGEL FERREIRA DUARTE¹

1) Introdução. 2) Colocação do problema. 3) Refutação oferecida pelo direito processual; 3.1) Natureza do direito de ação; 3.2) Riscos da dilação probatória; 3.3) Possibilidade de desistência da ação ou renúncia a direito; 3.4) Possibilidade de transação sobre parcelas não postuladas. 4) Refutação oferecida pelo direito civil; 4.1) Existência de parcelas autônomas; 4.2) Possibilidade de transação; 4.3) Imputação em pagamento. 5) Refuta-

6. "... o estudo comparativo do direito não pode ser uma questão de transformar diferenças concretas em semelhanças abstratas. Outra é que também não pode ser uma questão de localizar fenômenos idênticos disfarçados sob nomes diferentes. E uma terceira é que sejam quais forem as conclusões a que cheguem esses estudos, estas devem ter como referência o gerenciamento da diferença e não sua eliminação. Aconteça o que acontecer no futuro distante - o domínio universal da justiça galgou a vitória final da mentalidade de mercado - o futuro próximo não apresentará uma curva ascendente de uma uniformidade jurídica que se sobreponha às tradições ... ou que as torne internamente iguais, e sim verá uma maior particularização dessas tradições. O universo jurídico não está sendo comprimido em uma bola, e sim, expandindo-se e multiplicando-se..." (GEERTZ , Clifford. "O Saber Local", Editora Vozes, Petrópolis, 1998, pp. 324/5).

7. "Apesar disso, em formas menos exageradas, o ecletismo jurídico - algo estrangeiro, algo nacional; algo secular, algo religioso, algo estatal, algo tradicional - é comum em todos os países em desenvolvimento."(idem, p.334).

1. Juiz do Trabalho Substituto e Diretor pedagógico da EMATRA XVIII.

ção oferecida pelo direito tributário; 5.1) Ocorrência do fato gerador; 5.2) Inexistência de fraude - permissão da elisão fiscal. 6) Conclusão.

1) Introdução.

Atribui-se a Mussolini a frase de que de que uma mentira, contada por várias vezes, transforma-se em verdade. E, é isto que pretendemos estudar, uma vez que há um fenômeno visto com olhos míopes, mas que grandes estragos tem provocado no âmbito processual trabalhista.

Após a Emenda Constitucional 19, de 98, acentuando-se com o advento da Lei 10.035/00, os que atuam no foro trabalhista deparamo-nos com um problema que a muitos tem atormentado, tendo em vista o elastecimento da competência da Justiça do Trabalho para a cobrança da contribuição previdenciária. Visa, o presente estudo, a oferecer alguma luz em um dos multifacetados dilemas que tal situação proporcionou - a discriminação de parcelas nos acordos judiciais, em especial aquelas de natureza indenizatória.

Não se nega que o acordo judicial possa discriminar a natureza das parcelas que estão sendo pagas. Neste sentido, o parágrafo único do artigo 43 da Lei 8.212/91 afirma que se não houver discriminação de parcelas indenizatórias, a incidência da contribuição ocorrerá sobre todo o valor do acordo. Pode-se concluir, portanto, que é permitida a discriminação, cujos parâmetros abaixo pretendemos nos ocupar.

2) Colocação do problema.

A partir do momento em que foi atribuída à Justiça do Trabalho competência para executar as contribuições previdenciárias que decorrem das decisões tomadas, o INSS passou a acompanhar os processos, inclusive tendo a possibilidade de intervir ativamente, podendo recorrer das sentenças homologatórias de acordos que ostentem discriminação de parcelas indenizatórias (previsão que reputamos inconstitucional).² E, isto tem se dado com uma voracidade incrível, tanto que basta uma perfunctória análise dos órgãos de publicação das decisões dos Tribunais Regionais para se constatar que aquela autarquia passou a ser um dos maiores consumidores da Justiça. Tal conduta, a par de aumentar as estatísticas processuais da Justiça do Trabalho e a arrecadação tributária do INSS, é resultado, pensamos, de uma interpretação divergente daquilo que estabelece o ordenamento jurídico, não obstante respeitáveis e em relação às quais e seus doutos corifeus denotamos as máximas vênias existentes. Tal interpretação tem feito com que os julgadores que não o seguem sejam reputa-

2. Sobre esse tema, veja o que dissemos no livro Execução Trabalhista Célere e Efetiva - Um Sonho Possível. 2.002. Pág. 160. Na mesma esteira, enxergando uma aberração jurídica, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Pág. 39.

dos como fraudadores³, autorizando pedidos de providências por parte da autarquia ou recomendações de corregedoria, três situações que se configuram verdadeiro atentado à regra inserida na constituição material em razão da qual o Juiz só guarda obediência à Constituição Federal, às leis e à sua consciência jurídica.

Em razão do mencionado entendimento, afirma-se que a discriminação de parcelas deve observar a proporcionalidade das parcelas postuladas. Assim, se do total do pedido, 70% correspondem a parcelas salariais, e 30% são relativos a parcelas que não ensejam recolhimento da contribuição previdenciária, somente 30% do valor do acordo poderia ostentar natureza indenizatória, a não-ensejar o pagamento do tributo. Discriminação de percentual superior configuraria fraude contra terceiros.

Deste posicionamento, aceito por parte da doutrina e da jurisprudência, ousamos discordar, em razão dos argumentos abaixo apresentados.

3) Refutação oferecida pelo direito processual.

Uma breve análise, ainda que perfunctória, do direito processual oferece elementos que refutam o posicionamento antes referido.

3.1) Natureza do direito de ação.

Desde que iniciamos no estudo do direito processual, ainda no campo da teoria geral, aprendemos que a ação possui natureza abstrata.⁴ Significa que o direito de ação desvincula-se do direito subjetivo material subjacente à lide. A idéia central dessa corrente funda-se na desnecessidade de que o autor possua o direito material pleiteado pelo exercício da ação; esta é mero mecanismo de provocação da função jurisdicional, que entrega a tutela (decisão) através do processo (instrumento).⁵

No entanto, ao estabelecer que eventual discriminação de parcelas deve obedecer a proporcionalidade (quanto à natureza delas, se indenizatória ou se salarial) existente na inicial, há uma contrariedade frontal a todo o sistema processual aí existente, uma vez que consiste em afirmar que o autor seria detentor do direito material.

3. Uma vez que, em nossa Região, é comum nas petições de recursos ordinários, a imputação de fraude acobertada pelos Juizes e, o que é pior, decisões afirmando haver fraude.

4. Essa foi a corrente doutrinária seguida pela ciência processual brasileira, sob a batuta de Buzaid, orientado pelo seu mestre romano Liebman, conforme se pode observar nos artigos 2º, 3º, 269, I e II, e 460, entre outros, do código de processo civil.

5. Bem explica a doutrina: "Já se chegou, no entanto, à percepção, de que a ação é um *direito* que inicialmente não tem por objeto a própria sentença de mérito, senão ao processo em si mesmo. Ela é um *direito ao processo*, com a peculiaridade de que passa por uma gradual intensificação à medida que este vai caminhando regularmente. Antes de proposta a demanda inicial, a ampla garantia constitucional de exame judiciário das pretensões (art. 5º, XXXV) não assegura mais que o direito à instauração daquele; e esse direito poderá não passar de mero *direito de demanda*" (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 2ª ed., pág. 324 - destaques originais).

Significa dizer que todo o direito material postulado é devido, e que, ao abrir mão da pretensão de determinadas parcelas, o reclamante estaria renunciando a parcelas efetivamente devidas, ou, outra conclusão ainda mais teratológica, pois se o reclamado propor acordo, ainda que em um valor módico, estaria reconhecendo a existência de direito do reclamante, de forma que numa eventual sentença o juiz jamais poderia julgar improcedentes todos os pedidos!

Ora, flagrante é tal equívoco. Admitir tal pensamento, com a devida licença aos que dele comungam, é contrariar noções básicas de teoria geral do processo. A vinculação da discriminação a algum parâmetro deve ocorrer unicamente quando este parâmetro se configurar imutável, uma vez que antes da decisão judicial inalterável, tudo está em discussão, sujeitando-se o autor ao sucesso ou insucesso de sua pretensão trazida a Juízo. Deste modo, apenas se houver trânsito em julgado - único parâmetro inalterável⁶ - de decisão reconhecendo a existência de parcela salarial é que deverá ser observado aquilo que tiver sido reconhecido judicialmente.

3.2) Riscos da dilação probatória.

Todo o arcabouço processual brasileiro funda-se na natureza abstrata do direito de ação, verdade que mesmo a minoria discordante não oferece argumentos capazes de destruir. Decorrente disto, não se deve negar que os riscos da dilação probatória influenciam o espírito dos litigantes, podendo levá-los a ceder espaços em prol de garantias que os satisfaçam, ao menos parcialmente - e, ainda que as partes possuíssem elementos probatórios "suficientes", não se deve esquecer que o ônus da prova caracteriza-se por ser imperfeito,⁷ de forma que a omissão em satisfazê-lo não decorre necessariamente um resultado prejudicial, situação perfeitamente possível em razão do princípio da aquisição, que informa todo o direito probatório. Dentre dessa esteira de pensamento, é importante salientar que, decorrente do direito do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, o direito à prova passou a ser visto como um instrumento da colaboração do papel das partes e juiz no âmbito do processo, enquanto mecanismo de intervenção estatal na esfera jurídica de outrem. Justamente porque há essa co-participação das partes no resultado final do processo, elas podem se antecipar em atenção ao encargo probatório que cada uma possui, ou possa vir a possuir.⁸

6. A princípio, pois existe a possibilidade, ainda que remota, de alteração pelo exercício da ação rescisória.

7. Sobre tal caracterização, assim se expressou EDUARDO CAMBI: quem não produz a prova assume o risco pela falta da prova, mas isso não implica, necessariamente, o sacrifício do interesse perseguido, pois o juiz, mesmo tendo a parte se desincumbido do ônus da prova, pode dar-lhe ganho de causa (*in* Direito Constitucional à prova no processo civil, Editora RT. Pág. 35. 1ª ed. 2001).

8. Por exemplo, em razão de condutas, como a alegação de fatos excludentes (impeditivos, extintivos ou modificativos), inversão em razão da hipossuficiência técnica do autor e a verossimilhança de sua alegação etc.

Imaginemos a seguinte situação, bastante corriqueira: empregado que fora dispensado sob a acusação de justa causa ajuíza ação postulando as verbas rescisórias (aviso prévio indenizado, férias com 1/3, 13º salário e FGTS de todo o período e multa respectiva) e horas extras; os fatos que amparam o pedido de horas extras foram negados pela empregadora, que sustenta ainda a prática de uma das hipóteses mencionadas no artigo 482 da CLT. Face a tal situação, o juiz formula uma sugestão, prontamente acatada pelas partes: em razão do encargo probatório que cada um possui, faz-se um acordo pelas verbas rescisórias.

Qual a fraude disto? Nenhuma. Apenas as partes, refletindo sobre os elementos probatórios que possuem (para não mencionar outros argumentos de persuasão - tempo, espírito litigioso etc), com a possibilidade de "ganhar" ou "perder" determinadas pretensões, cedem algumas de suas posições objetivando o alcance de uma "tranquilidade" processual, sem que dessa conduta possa inferir qualquer crime ou fraude. Pelo contrário, é apenas um negócio processual, como vários outros que existem no ordenamento brasileiro.

3.3) Possibilidade de desistência da ação ou renúncia a direito.

O processo do trabalho possui algo bem típico, posto que não seja exclusivo: é informado, quase sempre, por uma cumulação objetiva do pedido, de forma que o autor normalmente postula vários bens da vida. Tal situação, bastante comum, faz com que o ordenamento processual autorize a desistência da ação em relação a um, a alguns ou a todos os objetos, o que é possível também em relação à renúncia - distinguindo-se, um e outro fenômenos, unicamente quanto à coisa julgada material: inexistente na desistência, e verificável na renúncia.

Ao exigir que o acordo observe a proporcionalidade da petição inicial, restam contrariadas essas possibilidades, uma vez que de nada adiantaria a desistência ou a renúncia, pois prevaleceria o contido na petição inicial. Tal posicionamento, *permissa maxima venia*, contraria a garantia constitucional do direito de ação, em seu prisma diverso: aquela que assegura o direito de inação. Com efeito, contraria o direito positivo (CF, art. 5º, XXXV), contraria o regime democrático o qual assegura a liberdade de decisão, e contraria o bom senso, exigir que alguém seja autor em determinada relação processual.⁹ Ora, ninguém é obrigado a ser autor em processo judicial contra a sua própria vontade¹⁰.

9. A não ser em hipóteses extremamente raras, uma vez que a "facultatividade do litisconsórcio constitui a regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II; *supra*, n. 89), e porque a necessidade importa restrição do *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado" (Cândido Rangel Dinamarco, ob. Cit., pág. 353).

10. A obrigatoriedade de que haja concordância do réu com o pedido de desistência da ação, ou do embargante em relação à execu-

3.4) Possibilidade de transação sobre parcelas não postuladas.

Como se sabe, existe discussão sobre os efeitos da transação quanto aos efeitos da coisa julgada material. Alguns entendem que os efeitos da coisa julgada só incidem sobre as parcelas postuladas, em razão do que dispõem os artigos 128 e 460 do código de processo civil; outros, porém, afirmam que a transação, porque visa a prevenir litígios, ensejaria quitação de todos os direitos trabalhistas eventualmente existentes no curso do contrato de emprego. Sobre essa questão já nos posicionamos mais de uma vez, e entendemos que deve ser observado aquilo que dispõe o termo de acordo: se por ele a quitação incide apenas sobre as parcelas postuladas, restará permitido novo ajuizamento postulando parcelas não incluídas no primeiro processo; se no acordo consta cláusula de quitação total, aí um novo ajuizamento configurará coisa julgada material.

Um dado novo, porém, deve ser acrescentado. Com efeito, a Lei 10.358/01, deu nova redação ao artigo 584 do CPC, alterando o inciso III. Em razão dessa nova situação jurídica, é permitido ao autor incluir no acordo parcelas não postuladas até aquele momento, o que traduz uma salutar prevenção de litígios. Não obstante, a obrigatoriedade de observância da inicial faz com que se torne letra morta este dispositivo legal, uma vez que, segundo tal orientação, houve um engessamento dos limites objetivos da lide, já que deve ser guardada restrita observância aos termos da inicial.

4) Refutação oferecida pelo direito civil.

Também o ordenamento civil fornece vários elementos que podem ser utilizados para contrariar o posicionamento que estamos a refutar.

4.1) Existência de parcelas autônomas.

Como mencionamos acima, de ocorrência comum nos processos trabalhistas é a cumulação de pedidos, os quais ostentam parcelas não necessariamente dependentes ou vinculadas entre si. Tal situação está perfeitamente prevista no artigo 58 do atual código civil, em razão do qual "principal é a coisa que existe em si, abstrata ou concretamente", norma repetida no artigo 92 da Lei 10.406.

Mas, ao condicionar a observância de proporcionalidade na discriminação de parcelas a tais situações nega-se a letra do texto do código civil; é afirmar que todas as parcelas dependem uma da outra, sendo impossível destacar qualquer delas. Com efeito, imagine uma petição inicial que inclua R\$1.200,00 a título de horas extras, R\$100,00 de 13º salário, R\$133,00 a título de férias R\$134,40, bem como R\$400,00 a título de aviso prévio, R\$400,00 a título de multa do art. 477 da CLT e

ção, ao contrário do que inicialmente parece, apenas confirma tal assertiva, uma vez que autoriza os negócios processuais, a critério das próprias partes litigantes, estabelecendo uma norma ética.

R\$400,00 a título de indenização adicional (Enunciado 306, TST). Salta aos olhos que estas três últimas parcelas independem da primeira. No entanto, ainda que o autor reconheça a inexistência de horas extras, e o réu confesse ter havido dispensa imediata sem o pagamento de aviso prévio no trintídio que antecede a data base, o posicionamento jurisprudencial ora refutado obriga a observância de proporcionalidade, o que é flagrante incoerência.

4.2) Possibilidade de transação.

Alguns fundam-se nos artigos 1031 ou 1035 do código civil, em razão do qual a transação não aproveita nem prejudica aqueles que dela não participaram, de forma que a arrecadação fiscal do INSS não poderia ser prejudicada com a discriminação nas transações. Equivocam-se, porém, *data venia*, uma vez que a partir da Emenda Constitucional a discriminação vincula, sim, a atividade arrecadadora da autarquia, mormente em face do que dispõe o artigo 43, parágrafo único, da Lei 8.212/91. Outro equívoco decorre da inobservância de que o direito arrecadatário é acessório ao direito de expressão econômica do empregado, de forma que se este concede aquilo que seria salário contribuição, fez desaparecer o principal e, em consequência, o acessório, a expectativa de arrecadação,¹¹ o que refuta o argumento de que a transação só é possível sobre direitos disponíveis.¹²

Se não bastasse, conforme regra por demais conhecida, a transação tem por objeto coisas duvidosas (*res dubia*), aquelas em relação às quais inexistente certeza sobre suas existências e seus limites. Clássica, neste sentido, é a lição de DORVAL LACERDA: "A transação, inversamente, diz respeito, sempre, a duas prestações opostas (uma do empregado, outra do empregador) que se reduzem, por mútuo acordo, a uma só, por cessão mútua; donde se deduz a existência, quanto a tais prestações respectivas, de direitos incertos, ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio";¹³ ou ainda, da doutrina civilista de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que inclui, dentre os requisitos da transação, a "incerteza, que encontra caracterização na existência das pretensões das partes, qualquer que seja o conhecimento da situação real pelos interessados - *res dubia* ... Para justificar a transação, deve-se considerar, sem embargo da concepção francesa, que é suficiente a incerteza subjetiva, isto é, a dúvida imperante no espírito dos interessados"¹⁴. Assim, ao ser exigida a proporcionalidade, o elemento básico da transação, consistente na dúvida sobre a existência do bem da vida, resta contrariado, já

11. Neste sentido, a lição de Guilherme Guimarães Feliciano, in Execução de Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho. LTr. 2000. Pág. 132.

12. Sob rigor técnico, direitos patrimoniais, ainda que pertencentes a entes públicos, não integram a categoria de direitos irrenunciáveis.

13. *Apud* ARNALDO SUSSEKIND in Instituições de Direito do Trabalho, I, 17ª ed., Pág. 224.

14. In Instituições de Direito Civil, II, 15ª ed. Pág. 180.

que, pela concepção ora refutada, esse bem existiria, ao menos de forma fantasmagórica.

4.3) Imputação em pagamento.

A tese que ora estamos a refutar também contraria outras regras de direito civil, como aquelas que admitem a imputação em pagamento. Se se reconhecesse validade às premissas adotadas por aquela corrente - o que se admite apenas pelo amor à argumentação -, ter-se-ia a existência de várias dívidas (débito de horas extras, débito de aviso prévio, débito de adicional de insalubridade), todos de mesma natureza jurídica (dívidas trabalhistas), vencidas e líquidas, com um único credor. Deste modo, presentes os requisitos para a imputação em pagamento (artigos 991/994, do código civil; arts. 352/355 da Lei 10.406), que pode ser conceituada como *"a faculdade de escolher, dentre várias prestações de coisa fungível, devidas ao mesmo credor, pelo mesmo devedor, quão dos débitos satisfazer"*.¹⁵ Assim, pode se visualizar uma imputação em pagamento, em relação à qual o INSS não pode objetar. Com o acordo, restam presentes os três elementos desta forma de extinção das obrigações (artigo 991, CC): a) existência de duas ou mais dívidas a um só credor; b) identidade de natureza das dívidas; c) positividade e certeza da dívida. Pelo artigo 994 do código civil, percebe-se que o devedor pode declarar qual das dívidas está sendo paga e, apenas em omissão dele, observar-se-á a ordem de pagamento ali inserida. Ora, ao declarar a natureza das parcelas pagas, possui o devedor o direito à observância dessa manifestação volitiva, não havendo que se increpá-la, uma vez que autorizada legalmente.

Em um dos melhores textos escritos até o momento, o juiz paulista GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO é bem incisivo quando afirma que *"não há dolo ou fraude judicial quando a discriminação dos títulos constitutivos do acordo, consentânea com a exordial, elide, total ou parcialmente, a incidência fiscal-previdenciária. Ao contrário, o juiz do trabalho assegura, após a devida fiscalização, o exercício de lícito direito das partes credora e devedora, a saber, o direito de imputar pagamentos"*.¹⁶

5) Refutação oferecida pelo direito tributário.

5.1) Ocorrência do fato gerador.

Regra básica do direito tributário - categoria no qual se enquadram as normas sobre a contribuição previdenciária - é a de que o débito tributário surge com o advento do fato gerador (CTN, art. 114). Este é o que detona a cadeia ensejadora da obrigação fiscal; sem ele, inexistente o direito ao tributo. Distingue-se da hipótese de incidência, que é a simples previsão da situação que enseja o recolhimento, ao passo que o fato gerador é a ocorrência, no mundo existencial, daquilo que está previsto na lei - a hipótese é apenas a descrição, ao passo

que o fato é o acontecimento do que foi previsto. No caso da contribuição previdenciária, o fato gerador é o débito de parcelas com natureza salarial, o qual surge com o reconhecimento - pelo empregador, quando do pagamento no curso do contrato de emprego ou após este, ou pelo Juiz, quando da apresentação da tutela jurisdicional, conforme estabelece o inciso I do artigo 22 da Lei 8.212/91, em razão do qual o salário contribuição consiste na totalidade dos rendimentos *pagos, devidos ou creditados*. EDILTON MEIRELES ensina que *"antes, portanto, do pagamento e do recebimento do salário ou dos demais rendimentos do trabalho, a qualquer título, não há débito previdenciário, pois não ocorrido o fato gerador"*.¹⁷ Abstraindo-se o radicalismo do autor baiano, à medida em que autoriza o desconhecimento de decisões transitadas em julgado, percebe-se que o fato gerador da contribuição previdenciária está vinculado a uma situação fática, o reconhecimento imodificável do débito, circunstância material necessária para que os efeitos possam produzidos (CTN, art. 116, I).

5.2) Inexistência de fraude - permissão da elisão fiscal.

Um dos fundamentos pelos quais não seria admitida a livre discriminação consiste na suposta ocorrência de fraude. Nada mais incorreto, todavia, uma vez que se configura atecnia confundir fraude fiscal (por muitos chamada de evasão) com elisão fiscal. Esta consiste na conduta do devedor tributário em diminuir o alcance da obrigação; aquela é forma fraudulenta de se conseguir a elisão - a elisão é gênero, da qual é espécie a fraude. A fraude ocorre quando, presentes todos os elementos suficientes para a configuração da obrigação tributária, o devedor busca subterfúgios para não efetuar o pagamento, ao passo a elisão é a conduta da pessoa em evitar a hipótese contributiva, utilizando-se dos mecanismos autorizados legalmente, como, por exemplo, evitar a decisão judicial que eventualmente possa vir a reconhecer parcelas salariais.

6) CONCLUSÃO

Não obstante compreendermos que a situação financeira do sistema previdenciário não seja das melhores, tal se dá, principalmente, em razão de desmandos decorrentes de opções político-econômicas, não se pode admitir uma interpretação puramente econômica, ou divorciada das balizas legais, sendo mesmo irrazoável que uma norma interna da Autarquia (refiro-me à Ordem de Serviço 66) possa se sobrepor às normas legais e constitucionais, não se configurando, portanto, qualquer insurgência estéril, ou vetor de insegurança jurídica, decisões que contrariem o pensamento que determina a observância da proporcionalidade.

Deste modo, salvo quando houver trânsito em julgado da decisão que reconheça a natureza das parcelas, ou quando as parcelas indenizatórias decorrem de parcelas salariais, entendemos que é perfeitamente possível a ampla discriminação de parcelas nos acordos trabalhistas.

15. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. Cit., pág. 150.

16. In Execução das contribuições sociais na justiça do trabalho. 2000. Pág. 128.

17. In Temas da Execução Trabalhista. Pág. 85.