

**A EXIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA EM ACORDOS JUDICIAIS E O
CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE**

EUGÊNIO JOSÉ CESÁRIO ROSA¹

Pescando lambari com massa. É assim, sem tempo para a atitude necessária a uma “pesca” mais elaborada, como requer as mais frutíferas, que me pego em poucas horas escrevendo esta reflexão acerca da exigibilidade da contribuição previdenciária em acordos, obedecendo-se razoável critério da proporcionalidade. Atendendo ao reiterado convite que me fizeram o colega Radson - autor do estudo que antecede este - e a Dra. Ivonilde, responsável pelo Serviço de Legislação e Jurisprudência do Tribunal, faço-o dentro dos limites do possível, atento para a fígada rápida que, como na pesca de lambari com isca frouxa, a circunstância exige. Direto ao assunto: Afinal, o critério da proporcionalidade entre o que estabelecem acordos judiciais trabalhistas e o que pede a exordial - posição consensual em nosso TRT - é juridicamente válido para se estabelecer o débito previdenciário? Este o ponto, ao qual estaremos atentos, na medida exata da pressa atenciosa que impõe o momento.

Talvez tenha sido “convidado” a essa reflexão pela circunstância de que, ao que me lembro, tenha sido um dos pioneiros no entendimento que adotou, como regra, o Tribunal. Por isso também não pude recusar o convite. E a questão, a meu ver, em que pesem as elaboradas teses contrárias, merece ser analisada pelo ângulo de vista que efetivamente requer e não pelos recursos comezinhos de dogmática jurídica. Afinal, se o peixe é pequeno, o cardume é imenso. Vale dizer, se considerarmos, como faz o Tribunal e requer o órgão executivo previdenciário, que qualquer valor acima de R\$100,00 de contribuição previdenciária é executável, buscando assegurar efetividade à execução, de resultado tem-se que a Justiça do Trabalho, no exercício findo, foi, literalmente, a maior novidade na arrecadação previdenciária, tendo contribuído com mais de R\$1 bilhão para os cofres do Fundo.

Carnellutti, uma boa alma italiana, certamente haveria de tremer em seu descanso sepulcral, se lhe fosse possível ler a invocação ao seu conterrâneo Ducci, feito pelo meu amigo Radson Rangel, na abertura, páginas atrás, do seu judicioso estudo acerca do mesmo tema de que também aqui se trata. Afinal, as conclusões do juiz Radson legitimam que, pela mesma lei, paguem os justos, os que se submetem de modo são à ordem jurídica. E premia, a olhos vistos, o não-contribuinte, aquele que pratica a evasão previdenciária, exatamente seguindo a lógica esboçada, nela encontrando aberta a senda para descumprir a lei específica, solapando, também, por principal, a lei trabalhista, cujo zelo é compromisso institucional da Justiça que lhe toma o nome.

1. Juiz do Trabalho do TRT 18ª Região.

Afinal para que pagar a contribuição previdenciária; ou até mesmo entregar ao Fundo a parte deduzida do empregado? Caixa 2 é melhor. Informalidade contratual oferece maior perspectiva de realização de lucros, de quebra elastecendo a margem de manobra de preços para o empresário “experto” derrubar sua concorrência “burra”, aquela que honra o Direito do Trabalho e a Previdência Social. Como a lógica permeia a organicidade também nesse caso, se o empregado for à Justiça tanto melhor, porque, novidade das novidades, na Justiça do Trabalho podem(riam) os pagamentos ser enquadrados integralmente como parcelas indenizatórias e, assim nenhum centavo ser devido à Previdência.

Diferentemente do que ocorreria se o empregador experto seguisse a Lei, pagando salários e recolhendo a contribuição correspondente e, encerrado o vínculo, realizasse o acerto resilitório perante o Sindicato, a DRT ou MP, especificando os créditos pagos e recolhendo, proporcionalmente, as contribuições sociais devidas. Na senda formalizada pela racionalidade jurídica primária, nada de acerto perante Sindicatos. Deixe o parceiro empregado acionar a Justiça do Trabalho, se tiver coragem. Sendo o caso, até o estimule a tal conduta e, uma vez instaurada a instância, faça acordo e declare, no pagamento, que a íntegra do valor pago refere-se, p. ex., ao FGTS, que o experto invariavelmente também solapa e à indenização por dispensa imotivada, que lhe complementa. De lambuja, certamente pedirá ele a isenção das custas judiciais, “em benefício do acordo” - ainda que não se possa compreender o que venha a ser isto. Mas, se o juiz concordar, nem a despesa com papel e tinta pagará. De resultado, ter-se-ia a Justiça a estimular o uso do processo como meio a serviço de sonegadores, em detrimento dos seus iguais que preferiram cumprir a lei.

Portanto, em nome da lógica primária oferecida pela dogmática jurídica, o processo do trabalho tornar-se-ia meio de subversão do ordenamento jurídico trabalhista-previdenciário, cujo objetivo é o de assegurar o pagamento de todo trabalho remunerado como fato gerador da contribuição previdenciária. Em matéria de direito, não conheço nada mais írrito, antijurídico e inescusável do que aceitar exceções franqueadas a expertos, em nome de legalidades obtusas. A exceção aberta na ordem jurídica, aparentemente jurígena também, culmina por fragilizar quaisquer garantias de igualdade de todos perante a lei. Fragiliza sobretudo a crença na capacidade do Direito ser instrumento de Justiça.

Pois é para evitar este resultado não pretendido que existe o juiz, o agente integrador do sistema, com a difícil missão, também, de corrigir suas entropias. O desafio para os juizes, portanto, é complexo e delicado. A constatação deste resultado nefasto é o que me move a construir modelo diverso de raciocinar. Tateando nesse sentido, observo que nada há de novo, nem oferece solução, em constatar que é o pagamento do crédito tipicamente salarial que gera a obrigação de recolher o tributo previdenciário. Como de resto, nos muitos argumentos

em igual rumo. Lógica jurídica pura. Mas, se o resultado pretendido não é alcançado, outro enquadramento, outro silogismo e outro resultado devem ser perscrutados.

É das amarras do positivismo histórico - que se estabeleceu no Direito como remédio de preservação da ordem legalizada, sendo nítida, portanto, sua tendência conservadora - que pelo menos o aplicador do Direito, contemporâneo e sintonizado com as tendências progressistas, deve se livrar. Enquanto não reinventada, a ordem jurídica pode ser conservadora, mas basta ela. O operador do direito tem o dever de integrá-la com alternativas contemporâneas e legitimadas ao menos pelo que a ética ou moral social fixa como válidas. Justamente por nem sempre oferecer alternativas com esse espeque, o positivismo dá lugar, hodiernamente, ao pós-positivismo, fruto maior do exercício da crítica ao Direito, quando este se mostra incapaz de se manter vivo ou atualizado. Em suma: Não deve existir dogmática jurídica impermeável aos reclamos da sociologia jurídica e da teleologia do Direito.

Por sua autoridade e para melhor introduzir o leitor, sobre pós-positivismo e integração jurígena de normas e princípios, entre as muitas e abalizadas lições, valho-me da lapidada pelo prof. José Carlos Barroso, da qual transcrevo fragmentos, exatamente no ponto que interessa aos limites e fins do presente estudo. Com a palavra o Professor, ressaltados os grifos que fiz: "... A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento - revelação do sentido de uma norma pré-existente -, mas também um ato de vontade - escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresenta. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição instituiu um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

Discorrendo sobre a dogmática jurídica tradicional, observa o professor: "... A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz - *la bouche qui prononce les paroles de la loi* - é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter cientí-

fico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.

... O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em *juízos de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em *juízo de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. ... Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. (Olha aí, colega Radson!)

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais.

III - Pós-positivismo e a normatividade dos princípios - O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa de humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Neste contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofre-

ram releituras e revelaram-nos novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça. ...

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* da norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. ...

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (*v. infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atendo o ideário constitucional na situação apreciada.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva, a idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidade apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas naturalmen-

te, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios de despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. O primeiro percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão - notadamente nos Estados Unidos - e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade.

... A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível - ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas. " (in Revista de Direito Administrativo 225:5-37, Rio de Janeiro, jul/set. 2001)

Ora, se o processo é instrumento ou meio substitutivo de resgatar o direito não observado normalmente, não é de ordinário, nem desejável, que nele se altere ou inove em direitos e obrigações que, exatamente por que descumpridas, ensejaram sua formalização. Fere o princípio da razoabilidade a possibilidade da hipótese legal de incidência tributária, o pagamento do trabalho, importe em responsabilidade no âmbito administrativo e, revestido pelas formalidades do processo judicial, seja comutada em hipótese de não incidência.

Se há lógica nisto, a lógica está em bases erradas, *data venia*, porque, efetivamente, não é razoável que o contribuinte que honra suas obrigações trabalhistas principais, quer originárias de trabalho subordinado ou autônomo, dentro da desejável legalidade, pagando a folha de contribuições sociais delas advindas, constate que aquele que assim não procedeu, tendo que ser levado à barra dos Tribunais para tanto, é, de quebra, premiado com a isenção das obrigações tributárias que o oneraria, se tivesse acatado a lei.

A leitura casuística da lei para tanto, em que pese possa apresentar-se, a primeira vista, possível, não é razoável e deve ser repelida pelo Judiciário, que tem o dever de velar pelo tratamento igual, que vem a ser também princípio integrador e corregedor da norma jurídica. Demais disso, o apego parcial à letra de lei, em desfavor de uma visão sistemática da ordem jurídica, *data venia*, trai a função do juiz, porque é para aparar disparates legais, fosse o caso, em favor de princípios que buscam preservar o conjunto da obra jurídico-positiva é que se justifica o juiz. Tanto é que, no caso específico, para o descumprimento da função e responsabilidade do juiz há sanção expressa. Com efeito, não é no vazio que dispõe o art. 43, parágrafo único da Lei nº 8.212/91:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribui-

ção previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor total do acordo homologado.

Exercitando sua função aplicadora e integrativa do direito, o juiz, verificando que o ato praticado pelas partes derroga interesse de ordem pública, pode e deve influenciar para que o resultado alcançado não se constitua em cerebrino achaque à regra maior de que o processo não deve ser instrumento de desvirtuação do Direito e sim, mero instrumento de sua garantia.

Ao final, para os que se mantêm céticos ou que não se satisfizeram com essa pesca rápida, preferindo apegar-se à lógica dos inúmeros argumentos de meio, quase que exauridos pelo colega Radson, observo que o que interessa é o produto final. Neste caso, muito haverá que se discutir e pode ser que o critério acolhido pelo Tribunal não venha a se sedimentar, adotando-se outro, ou pela via jurisprudencial ou por lei nova. Mas, seja qual for o critério e qual for sua lógica, terão que ensejar um resultado consentâneo com as finalidades do processo e com o princípio de isonomia, fundamental à legitimidade da função tributária. Simplesmente, porque não é razoável admitir-se em Direito que assim não seja. Enquanto não surgem, perfilho com muito orgulho o critério adotado pelo Tribunal. É o mais justo em seu resultado. E em matéria de Direito dito por Tribunais, o resultado justo é o que conta.