

5. Artigos

5.1. Contribuições Previdenciárias Sonegadas pelo Empregador e Possibilidade de o Empregado Acioná-lo, em face dessa Sonegação, na Justiça do Trabalho

Fernando Formolo

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é avaliar a possibilidade de os empregados urbanos, rurais e domésticos buscarem, na Justiça do Trabalho, a condenação do empregador ao cumprimento de sua obrigação atinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes da existência e execução do contrato de trabalho.

A resposta exige o enfrentamento de questões ligadas à competência material da Justiça do Trabalho, legitimidade ativa e interesse processual, analisadas em confronto com dispositivos das leis de custeio e de benefícios da Previdência Social.

Um capítulo é dedicado à apreensão e delimitação da problemática, chegando-se à conclusão de que a existência de efetivo interesse processual é o critério hábil para solucionar a controvérsia.

Outro capítulo, subdividido em cinco subcapítulos, aborda os critérios propostos pela doutrina para a caracterização do interesse processual e os confronta com os critérios previstos na lei para o pagamento das prestações previdenciárias aos empregados urbanos, rurais e domésticos; e depois de concluir pela ausência de interesse processual em relação aos trabalhadores urbanos e rurais, mas pela existência de tal interesse, conforme as circunstâncias, no caso dos empregados domésticos, enfrenta possíveis objeções a essa última conclusão; por fim, analisa o procedimento a ser seguido uma vez reconhecida a viabilidade de os empregados domésticos demandarem em face dos seus empregadores, perante a Justiça do Trabalho, buscando compeli-los a proceder ao recolhimento das contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social¹ por força do contrato de trabalho.

Ressaltamos que diante dos limites deste estudo não será analisada a situação das demais categorias de trabalhadores cujas ações oriundas das relações de trabalho também são de competência da Justiça do Trabalho, como os avulsos e os autônomos.

A importância da matéria é evidente, inclusive por estar imbuída de forte conteúdo social.

Esperamos, pois, que este trabalho sirva de pequena contribuição para estimular o debate das questões nele tratadas, visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista, especialmente nas oportunidades em que a Justiça do Trabalho é chamada a processar e julgar causas que requerem o exame de matéria previdenciária.

1. APREENSÃO E DELIMITAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Com certa frequência, nas ações submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho, é formulado, pelo trabalhador, pedido de condenação do réu ao pagamento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho.

Geralmente não se trata de o empregado pretender receber, ele próprio, o valor das contribuições (caso em que a ilegitimidade de parte é manifesta, porquanto o credor das contribuições previdenciárias não é o empregado, mas o INSS), mas de simplesmente pretender que o juiz condene o empregador a proceder ao recolhimento das contribuições em favor do INSS.

Nessas situações vêm à tona, além do problema da competência material da Justiça do Trabalho para a cobrança das contribuições previdenciárias, os da legitimidade ativa e interesse processual. Embora a questão pareça simples, na realidade ela apresenta desdobramentos complexos e deve ser analisada com cuidado.

¹ Doravante denominado abreviadamente INSS.

É de destacar, inicialmente, que a Emenda Constitucional nº 20/98 acrescentou o § 3º ao artigo 114 da Constituição Federal, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir.² As contribuições em questão são as previstas no artigo 195, I, "a", e II, da Constituição.³

A matéria foi regulamentada pela Lei 10.035/2000, que alterou diversos dispositivos da CLT em face dessa nova competência. Dentre as alterações, cabe citar o acréscimo do parágrafo único ao artigo 876, dispondo: "Serão executados *ex officio* os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo."

No tocante aos créditos executáveis, no Tribunal Superior do Trabalho⁴ prevaleceu, de início, a seguinte posição, expressa no item I da Súmula 368, com a redação determinada pela Resolução 129/2005, publicada no Diário da Justiça de 20.04.2005 e republicada com correção no Diário da Justiça do dia 05.05.2005:

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

Posteriormente essa posição foi revista. Com a alteração determinada pela Resolução 138/2005, publicada no Diário da Justiça de 23/11/2005, o item I da Súmula 368 passou a ter a seguinte redação:

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

Conforme a jurisprudência sumulada do TST, portanto, estaria excluída da competência da Justiça do Trabalho, por exemplo, a execução das contribuições previdenciárias referentes a relação de emprego declarada judicialmente, incidentes sobre a remuneração já paga ao empregado no curso do contrato. Também ficaria excluída a execução das contribuições previdenciárias correspondentes a parcela salarial "extrafolha" reconhecida em juízo. A competência para a execução abrangeria apenas as contribuições incidentes sobre as parcelas a cujo pagamento o réu é condenado nos próprios autos da ação trabalhista, ou sobre aquelas que se obriga a pagar por força de acordo também formalizado nos próprios autos.⁵

² Eis o teor do aludido § 3º do artigo 114: Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Atualmente dita norma de competência está mantida no inciso VIII do mesmo artigo 114, modificado pela Emenda Constitucional 45/2004.

³ Artigo 195: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; [...]

⁴ Doravante denominado abreviadamente TST.

⁵ Aqui poderia ser citada, como exceção, a execução de termo de conciliação lavrado perante as comissões de conciliação prévia de que tratam os artigos 625-A e seguintes da CLT, que conforme a jurisprudência até aqui dominante também abrange as contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas remuneratórias integrantes do valor do acordo.

Entretanto, a jurisprudência majoritária já não aplica tal entendimento, uma vez que o parágrafo único do artigo 876 da CLT, com a redação determinada pela Lei 11.457/07 (que é posterior à Resolução 138/2005 do TST), passou a prever expressamente:

Parágrafo único. Serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

De todo modo, no que interessa ao presente estudo, em princípio é razoável que o empregado, embora não seja o credor das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho, detenha o interesse de que os valores a elas alusivos sejam recolhidos, pelo empregador, aos cofres da Previdência, até mesmo para evitar a possibilidade de que o INSS, ao ser requerido algum dos benefícios previstos em favor do segurado, o recuse sob alegação de que as contribuições não foram recolhidas.

Esse interesse do empregado, todavia, mesmo que esteja presente, nem sempre se identifica com o interesse processual, que é arrolado, pelo artigo 267 do Código de Processo Civil⁶, ao lado da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação.

A análise sistemática da legislação, como veremos adiante, leva-nos a rejeitar, quanto aos trabalhadores urbanos e rurais, a possibilidade de que detenham autêntico interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, ao mesmo tempo em que nos convence de que em relação aos empregados domésticos, em determinadas circunstâncias, essa possibilidade é admitida.

O que importa por ora ressaltar é que, estando o interesse processual devidamente demonstrado, por decorrência o empregado é também parte legítima para pleitear o cumprimento da obrigação de fazer pelo empregador, ainda que ele, empregado, não seja o credor dos valores relativos às contribuições.

Pelo mesmo raciocínio, a presença do interesse processual dirime também eventual dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação, visto que se trata de litígio entre empregado e empregador, oriundo da relação de trabalho (nesse caso especificamente da relação de emprego), a enquadrar a demanda no rol do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional 45/2004. Por óbvio, não seria o caso, aqui, de execução de ofício, pelo que as limitações ventiladas na Súmula 368 do TST em princípio não teriam incidência.

Dessa forma, entendemos que a existência de interesse processual é o elemento de maior importância para pautar a conduta do Juiz do Trabalho diante de tais pedidos, mormente tendo em vista a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional 45/2004.

Exposta a problemática, as possíveis respostas às questões propostas serão examinadas no capítulo que segue.

2. O INTERESSE PROCESSUAL E A SUA CARACTERIZAÇÃO, OU NÃO, NO CASO CONCRETO, COM BASE NAS PARTICULARIDADES DAS LEIS DE CUSTEIO E BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO ENTRE TRABALHADORES URBANOS E RURAIS E DOMÉSTICOS. PROCEDIMENTO

2.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL

Humberto Theodoro Júnior, tratando do interesse processual, também denominado interesse de agir, lembra inicialmente que ele “não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação”. O interesse de agir, instrumental e secundário, “surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial”. Reside “na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto [...]”.

⁶ Doravante denominado abreviadamente CPC.

Para existir o interesse processual, o provimento judicial pretendido deve ser não apenas necessário, mas também adequado diante do conflito material trazido a juízo.⁷

Na mesma linha a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

No que diz respeito ao interesse de agir, este repousa sobre o binômio necessidade+adequação. A parte tem 'necessidade' quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da 'necessidade', exige-se a 'adequação'. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir. O exemplo costumeiramente apontado é o do cidadão que requer sentença mandamental, em mandado de segurança, mas narra que tem direito a receber determinado valor em dinheiro.⁸

Como se infere dos precisos parâmetros apontados pela doutrina, para haver interesse de agir não basta que exista um interesse substancial que a parte pretenda proteger. É preciso que a ação judicial seja *necessária* para a defesa desse interesse substancial, bem como que o caminho processual escolhido, ou a providência jurisdicional pretendida, sejam adequados para remediar a situação de conflito.

Bem apreendidos esses requisitos, passamos a investigar a possível caracterização de interesse processual dos empregados urbanos, rurais e domésticos na condenação do empregador, perante a Justiça do Trabalho, ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho, tendo em vista o disposto nas leis de custeio e de benefícios da Previdência Social (Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91, respectivamente).

2.2 OS CRITÉRIOS DA LEI PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AOS TRABALHADORES URBANOS E RURAIS

Conforme Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, "O salário de benefício é o valor básico usado para o cálculo da renda mensal inicial dos principais benefícios previdenciários de pagamento continuado (art. 28 da Lei n. 8.213/91)."⁹

O valor do salário-de-benefício é apurado tomando-se por base os valores do salário-de-contribuição.¹⁰ Já o salário-de-contribuição é definido no artigo 28 da Lei 8.212/91:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁹ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. *Manual de direito previdenciário*. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2006, p. 469.

¹⁰ Lei 8.213/91, artigo 29: O valor do benefício de prestação continuada, inclusive o regido por norma especial e o decorrente de acidente do trabalho, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculado com base no salário-de-benefício.

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

§ 1º Quando a admissão, a dispensa, o afastamento ou a falta do empregado ocorrer no curso do mês, o salário-de-contribuição será proporcional ao número de dias de trabalho efetivo, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.

§ 3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde ao piso salarial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.

§ 4º O limite mínimo do salário-de-contribuição do menor aprendiz corresponde à sua remuneração mínima definida em lei.

§ 5º O limite máximo do salário-de-contribuição é de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), reajustado a partir da data da entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

§ 6º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta Lei, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei estabelecendo a previdência complementar, pública e privada, em especial para os que possam contribuir acima do limite máximo estipulado no parágrafo anterior deste artigo.

§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento.

§ 8º Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total: [...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: [...]

§ 10. Considera-se salário-de-contribuição, para o segurado empregado e trabalhador avulso, na condição prevista no § 5º do art. 12, a remuneração efetivamente auferida na entidade sindical ou empresa de origem.

Como se infere do inciso I, para os empregados urbanos e rurais (e ainda para os trabalhadores avulsos, não-abrangidos neste estudo) o salário-de-contribuição corresponde à totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho. Do que se deduz, ainda, do inciso I do artigo 34 da mesma Lei 8.213/91, no cálculo do valor da renda mensal do benefício dos empregados urbanos e rurais são considerados "os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições devidas, ainda que não recolhidas pela empresa, sem prejuízo da respectiva cobrança e da aplicação das penalidades cabíveis".

Daí é possível inferir, desde logo, que essa categoria de trabalhadores não detém interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento de contribuições previdenciárias, pois lhes basta, para fazer jus às prestações da Previdência Social, a prova dos salários-de-contribuição, independentemente de ter havido, ou não, o efetivo recolhimento das contribuições por parte do empregador, porquanto não só as importâncias pagas pelo empregador, mas também as devidas ou creditadas a qualquer título compõem o salário-de-contribuição.

A ausência de interesse processual decorre de evidentemente inexistir necessidade de provimento jurisdicional condenando o empregador a recolher os valores das contribuições para que o empregado tenha direito às prestações devidas pela Previdência.

Caso o INSS, inadvertidamente, negue determinado benefício alegando ausência de recolhimento das contribuições, encargo que a lei atribui ao empregador, o empregado tem direito de ação em face da própria autarquia, a ser exercido perante a Justiça Federal, salvo na hipótese do

§ 3º do artigo 109 da Constituição Federal, em que a competência é delegada à Justiça Estadual.¹¹ Se nessa hipótese o empregado buscasse resolver a situação acionando o empregador na Justiça do Trabalho, caracterizar-se-ia a ausência de interesse processual não só pela desnecessidade da medida, mas também pela sua inadequação.

2.3 OS CRITÉRIOS DA LEI PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

A lei impõe tratamento diferenciado e injustificável aos empregados domésticos, em comparação com os empregados urbanos e rurais.

Para os domésticos, de acordo com o inciso II do artigo 28 da Lei 8.212/91, o salário-de-contribuição corresponde à remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Mas por aplicação do inciso III do artigo 34 da Lei 8.213/91, são computados no cálculo do valor da renda mensal do benefício "os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições efetivamente recolhidas".

Ou seja, em relação aos domésticos a lei não se contenta com a prova dos salários-de-contribuição, com o que o simples débito das contribuições seria suficiente, mas exige também que as contribuições sejam efetivamente recolhidas.

A mesma Lei 8.213/91 assegura o benefício de valor mínimo ao "segurado empregado" (expressão que abrange, na sistemática da referida lei, o empregado urbano ou rural) "que tenha cumprido todas as condições para a concessão do benefício pleiteado, mas não possa comprovar o valor dos seus salários-de-contribuição no período básico de cálculo", com a oportunidade de recálculo "quando da apresentação de prova dos salários-de-contribuição".

Mas seguindo no tratamento desigual, em relação ao empregado doméstico prevê, no artigo 36:

Para o segurado empregado doméstico que, tendo satisfeito as condições exigidas para a concessão do benefício requerido, não comprovar o efetivo recolhimento das contribuições devidas, será concedido o benefício de valor mínimo, devendo sua renda ser recalculada quando da apresentação da prova do recolhimento das contribuições.

Dita lei de benefícios incorre em evidente contradição com ela própria e com a lei de custeio, pois, tal como é determinado em relação aos empregados urbanos e rurais, também no caso de relação de emprego doméstica é imposta ao empregador, e não ao empregado, a obrigação de recolher o valor da contribuição previdenciária aos cofres da Previdência, tanto da cota patronal como da cota do empregado, sendo demasiado, assim, que se venha a exigir do próprio empregado doméstico que comprove o recolhimento das contribuições, porquanto não é dele a obrigação de efetuar o recolhimento.

Talvez tenha o legislador imaginado que a possibilidade de conluio entre empregado e empregador, com intuito de lesar a Previdência, seja maior e de mais difícil fiscalização em se tratando de contratos de trabalho domésticos, pelo que o estabelecimento de maiores exigências seria uma forma de evitar a perpetração de fraudes.¹² Não é razoável, contudo, que a lei, tendo em vista o possível procedimento de uma minoria mal-intencionada, imponha excessivo ônus à generalidade dos segurados, cuja grande maioria, presume-se, age de boa-fé.

A doutrina não deixa de tecer fundadas críticas à distinção estabelecida pela lei. É oportuno, a propósito, o comentário de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior ao artigo 36 da

¹¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

¹² Poder-se-ia imaginar, por exemplo, o caso de determinado empregador doméstico insolvente que, em conluio com o empregado, viesse a registrar na carteira de trabalho remuneração maior do que aquela efetivamente praticada, deixando de fazer o respectivo recolhimento e propiciando que o empregado recebesse eventual benefício em valor maior do que o devido.

Lei 8.213/91, citando inclusive jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o excerto que segue:

[...] Não há motivo que justifique o tratamento desigual conferido ao empregado doméstico neste ponto. Principalmente, se verificarmos que a Lei de Custeio responsabiliza o empregador doméstico pela arrecadação e recolhimento destas contribuições (inciso V do art. 30 e § 5º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212/91), assim como ocorre com a empresa. Reconhecendo a iniquidade de tal dispositivo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: '*Previdenciário. Aposentadoria por idade. Empregada doméstica. Carência. Comprovação. Recurso especial. 1. O recolhimento da contribuição devida pelo empregado [sic] doméstica é responsabilidade do empregador, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação. 2. Preenchidos os seus demais requisitos, não se indefere pedido de aposentadoria por idade quando, exclusivamente, não comprovado o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas (Lei 8213/91, art. 36). 3. Recurso Especial conhecido mas não provido.*' (REsp 272.648/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5 T., DJU de 04/12/2000).¹³

No entanto, apesar da crítica da doutrina e da existência de decisões judiciais afastando a exigência do artigo 36 da Lei 8.213/91, entendemos que diante do exposto teor desse artigo de lei deva ser reconhecido ao empregado doméstico o efetivo interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, sob pena de possível prejuízo na percepção dos benefícios de prestação continuada.¹⁴

A exceção, por óbvio, diz respeito aos casos em que o empregado doméstico não recebe e não faz jus a salário superior ao mínimo, porque assim sendo não teria como receber benefício previdenciário superior ao de valor mínimo.

2.4 POSSÍVEIS OBJEÇÕES

Poder-se-ia argumentar, em objeção ao entendimento ora exposto, que o empregado doméstico, em vez de pleitear a condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, poderia simplesmente pedir, a título indenizatório, sua condenação ao pagamento das diferenças entre os valores recebidos da Previdência e os que efetivamente deveria auferir.

Em alguns casos tal solução, em tese, seria possível, visto que o empregador, por causa do inadimplemento de sua obrigação, poderia ser responsabilizado pelo prejuízo sofrido pelo empregado.¹⁵

Mas em muitos casos essa solução não será possível, visto que o prejuízo poderá consumir-se somente muitos anos após a omissão do empregador em recolher as contribuições previdenciárias, talvez no momento em que o empregado doméstico venha a implementar o tempo necessário à obtenção de aposentadoria ou quando necessite de auxílio-doença, por exemplo.

Condenar o empregador a indenizar desde logo possível prejuízo relacionado a benefício previdenciário futuro e incerto, cujas condições nem se sabe se o empregado vai oportunamente satisfazer, por óbvio é inviável. Mas da mesma forma não é razoável sujeitar o empregado ao risco evidente e concreto de vir a ser prejudicado, no futuro, por conta de infração à lei cometida pelo empregador.

¹³ ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 182.

¹⁴ Assim entendemos porque o fato de existir jurisprudência em determinado sentido não confere, ao cidadão, a certeza de que na sua causa será efetivamente adotada a mesma orientação.

¹⁵ Aqui é preciso ter o cuidado de não admitir postulações abusivas, visto que, podendo o empregador solucionar prontamente o problema do empregado, regularizando o recolhimento das contribuições previdenciárias, não seria razoável impor-lhe ônus desproporcional consistente no pagamento de diferença de benefícios de prestação continuada por período extenso e de duração freqüentemente indeterminada.

Por isso que o mais adequado, na maioria desses casos, será admitir a possibilidade de o empregado doméstico pleitear, na Justiça do Trabalho, a condenação do empregador ao cumprimento da obrigação de fazer atinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Esse tipo de ação ou de pedido a ela correspondente não extrapolaria a competência da Justiça do Trabalho, mormente em face do novo teor do artigo 114 da Constituição Federal, determinada pela Emenda Constitucional 45/2004.

Com efeito, seria o caso de ação oriunda da relação de trabalho (no caso específico, da relação de emprego), a que se refere o inciso I do artigo 114 da Constituição, tendo como partes o empregado e o empregador. O INSS, embora credor da contribuição previdenciária, não seria parte no processo, podendo, contudo, nele intervir como interessado.

2.5 PROCEDIMENTO

Admitida a possibilidade de o empregado doméstico pleitear a condenação do empregador ao cumprimento da obrigação de fazer pertinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias, e verificada a procedência da pretensão, propomos seja o empregador condenado nos termos do artigo 461 do CPC¹⁶, sendo de valiosa utilidade a fixação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação em relação ao prazo fixado na sentença.¹⁷

Se mesmo com a ordem de pagamento sob pena de multa diária a obrigação não vier a ser cumprida, caberá a tentativa de assegurar o resultado prático correspondente, a que se refere o § 1º do artigo 461 do CPC, que pode ser viabilizado mediante a ordem de cálculo do débito, incluídos os acessórios de lei, e oportuna execução, determinando-se, após eventual resultado positivo, o respectivo recolhimento em favor do INSS e o fornecimento de certidão ao empregado para o resguardo de seus direitos previdenciários.

Diante da natureza da lide, difícil será admitir a pura e simples conversão da obrigação em perdas e danos, permitida somente em último caso pelo § 1º do artigo 461 do CPC, visto que não resolveria o problema do exequente e, por certo, também viria a revelar-se como medida infrutífera. Se não há patrimônio do devedor capaz de solver a obrigação para com o INSS, tampouco haverá para pagar perdas e danos ao exequente.

Ademais, e de todo como, como já frisado em nota acima, as perdas e danos, no caso, não corresponderiam ao valor das contribuições previdenciárias, cuja titularidade é do INSS, mas ao possível, mas nem sempre certo ou inevitável, prejuízo do empregado na percepção de determinado benefício previdenciário.

Mas sem entrar no mérito a respeito da efetiva possibilidade de garantia da execução, em tese será admissível a conversão em perdas e danos se na época da demanda os demais requisitos à percepção do benefício previdenciário já estiverem atendidos, não remanescendo dúvida sobre a efetiva consumação de prejuízo ao beneficiário, provocada pelo inadimplemento patronal no tocante

¹⁶ Aplicável subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT, que dispõe: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹⁷ CPC, artigo 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

ao recolhimento das contribuições previdenciárias. Nesse caso, como dito, o valor das perdas e danos será equivalente ao prejuízo efetivamente suportado pelo exequente.¹⁸

CONCLUSÃO

A análise sistemática da legislação leva-nos a rejeitar, quanto aos trabalhadores urbanos e rurais, a possibilidade de que detenham autêntico interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho. Mas convence-nos de que em relação aos empregados domésticos, em determinadas circunstâncias, essa possibilidade é admitida, especialmente em face do teor do artigo 36 da Lei 8.213/91, que condiciona o pagamento de benefícios em valor superior ao mínimo à comprovação do efetivo recolhimento das contribuições, cujo encargo é do empregador.

Estando o interesse processual devidamente demonstrado, o empregado doméstico é parte legítima para pleitear o cumprimento da obrigação de fazer pelo empregador, ainda que ele, empregado, não seja o credor dos valores relativos às contribuições, ficando assegurado ao INSS o direito de intervir na lide. Da mesma forma, é a Justiça do Trabalho competente para apreciar e julgar o feito.

Reconhecidas a legitimidade do empregado doméstico, bem como seu interesse em tal provimento jurisdicional, e ainda a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação, se verificada a procedência da pretensão deve ser o empregador condenado nos termos do artigo 461 do CPC, sendo de valiosa utilidade a fixação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação.

Sucessivamente, se for o caso, caberá a tentativa de assegurar o resultado prático correspondente, a que se refere o § 1º do artigo 461 do CPC, mediante a ordem de cálculo do débito e oportuna execução, com posterior recolhimento dos valores ao INSS, fornecendo-se certidão ao empregado para o resguardo de seus direitos previdenciários vinculados às contribuições recolhidas.

Em princípio, a pura e simples conversão da obrigação em perdas e danos não é hábil a resolver o problema do exequente, e de acordo com o § 1º do artigo 461 do CPC deve ser admitida somente em último caso. Em tese será admissível se na época da demanda os demais requisitos à percepção do benefício previdenciário já estiverem atendidos, não remanescendo dúvida sobre a efetiva consumação de prejuízo ao beneficiário, provocada pelo inadimplemento patronal no tocante ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Esperamos ter atingido o objetivo a que nos propúnhamos, de fornecer subsídios para o incremento do debate a respeito da matéria, inclusive como meio de buscar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional trabalhista nas oportunidades em que a Justiça do Trabalho é chamada a processar e julgar causas que requerem o exame de matéria previdenciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24/07/1991**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24/07/1991**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

BRASIL. **Lei 10.035, de 25/10/2000**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁸ Aqui, o resultado final seria idêntico se o empregado pleiteasse diretamente a reparação dos prejuízos, em vez de buscar primeiramente o cumprimento da obrigação de fazer, possibilidade já comentada acima.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33. ed. atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F. **Código de processo civil e legislação processual civil em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

5.2. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva.

Valdete Souto Severo¹⁹

1. Introdução.

Em fevereiro de 2008, foi publicada notícia no site do TRT da Quarta Região, dando conta da Mensagem 59/2008, encaminhada pelo presidente Lula, ao Congresso Nacional, aconselhando a ratificação das convenções 151 e 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativas ao direito de livre organização sindical aos trabalhadores do setor público e à proteção dos trabalhadores contra despedidas sem justa causa.

Em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, em agosto deste ano, com o objetivo de discutir a necessidade de re-ratificação da convenção, foram opostos argumentos falaciosos, tais como o de que a convenção é obsoleta, está em dissonância com a Constituição Federal ou “atrapalharia” o mercado de trabalho²⁰. Alguns setores, especialmente representantes de grandes empresas, revelam o temor de que a incorporação dos termos da Convenção 158 ao ordenamento jurídico brasileiro possa representar um recrudescimento insustentável das relações de trabalho, outorgando estabilidade para todos os trabalhadores. A Convenção sequer trata de estabilidade. Seu principal mérito é garantir a aplicação do princípio – de resto já estabelecido no âmbito do direito civil – de motivação do ato de denúncia do contrato.

De qualquer modo, não se pode olvidar o fato de que a introdução formal dos termos da Convenção 158 da OIT em nosso ordenamento jurídico encontra forte resistência.

Para que o processo de re-ratificação se complete, ainda é necessária a ratificação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, bem como de uma posterior manifestação do presidente, por meio de decreto. Caminho árduo e difícil de ser percorrido, dada às conjunturas atuais.

O importante é que o tema da Convenção 158 da OIT volta ao cenário das discussões jurídicas e econômicas nas relações de trabalho brasileiras. E reacende-se a discussão acerca da necessidade de ratificação (ou re-ratificação) da norma internacional.

¹⁹ Juíza do Trabalho Substituta da Quarta Região. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS. Master em Processo do Trabalho, Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade Européia de Roma. Texto escrito em setembro de 2008.

²⁰ <http://www2.camara.gov.br/comissoes/ctasp/notastaq/nt22042008.pdf/view?searchterm=convenção%20158%20da%20OIT> (acesso em 12-9-2008)