

MARIANA GONÇALVES GOMES

**A JUSTIÇA DO TRABALHO COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE
DO DIREITO SOCIAL À APOSENTADORIA**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

2013

MARIANA GONÇALVES GOMES

**A JUSTIÇA DO TRABALHO COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE
DO DIREITO SOCIAL À APOSENTADORIA**

Monografia apresentada como exigência para obtenção do título de Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Célia Mara Peres.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autor: GOMES, Mariana Gonçalves

Título: A Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade do direitos social
à aposentadoria

Monografia

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientadora Prof. Dra Célia Mara Peres

1º Examinador _____

2º Examinador _____

Campinas, 30 de setembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a todos os professores do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial à minha orientadora Professora Doutora Célia Mara Peres pelo exemplo e entusiasmo.

Aos meus pais por terem me proporcionado esse incrível aprendizado.

Ao meu irmão e à minha cunhada pelo incentivo.

Aos amigos que ganhei nestes mais de dois anos de estudos, e àqueles que já trago pela minha vida.

Ao meu namorado pela paciência e companheirismo.

À Ivanise por tudo que me ensina diariamente.

E, por fim, meu agradecimento a Deus por ter me concedido a oportunidade de nessa vida poder não só sonhar, mas também concretizar meus sonhos.

“Felizes os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados.”

(Matheus,5,6)

RESUMO

GOMES, Mariana Gonçalves. A Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade do direito social à aposentadoria. 2013. 70 f. Trabalho de Conclusão do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho – Pontifícia Universidade Católica São Paulo, COGEAE, Campinas, 2013.

O presente trabalho foi elaborado a partir da proposta de visualizar a Justiça do Trabalho como um mecanismo de efetividade do direito social à aposentadoria, através, do reconhecimento do vínculo de emprego e da execução das contribuições previdenciárias. O assunto será abordado sob diferentes aspectos, em especial, a análise da natureza jurídica da sentença trabalhista no âmbito previdenciário, considerações sobre a competência da Justiça do Trabalho e a exigência de apresentação de um início de prova material exigido pela esfera previdenciária para comprovação do efetivo tempo de contribuição do trabalhador. Este exercício monográfico busca uma visão ímpar sobre a problemática da ausência de contribuições geradas pelo trabalho informal, ou pela falta de comprometimento do empregador em repassar as contribuições previdenciárias ao erário público, e que causam imensos prejuízos ao trabalhador no momento em que pleiteia a sua aposentadoria.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho; Efetividade; Direito social; Aposentadoria.

ABSTRACT

GOMES, Mariana Gonçalves. The Labour Court as a mechanism of effectiveness of the social right to retirement. In 2013. 70 F. Work Completion of Graduate Course in Labour Law and Litigation Labor - Pontifícia Universidade Católica São Paulo, COGEAE, Campinas, 2013.

The present study was elaborated with the proposal to visualize the Labour Court as a mechanism of social effectiveness retirement through recognition of the employment and the implementation of social security contributions. The subject will be approached from different aspects, in particular the analysis of the legal nature of the sentence under labor welfare considerations on the jurisdiction of the Labour Court and the requirement to provide an early material evidence required by the social security sphere to prove the effective time contribution of the worker. This exercise monograph want to produce a unique view for the problem of the absence of contributions generated by the informal work, or lack of commitment by the employer to pass on social security contributions to the treasury, and cause immense damage to the worker at the time who pleads his retirement .

Keywords: Labor Court; Effectiveness; Social Rights; Retirement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	13
1.1 A influência do Direito do Trabalho e a criação do Direito a Seguridade Social no Brasil.....	14
1.2 O problema da ausência de contribuição previdenciária do trabalhador	18
1.2.1 A reclamação trabalhista com a finalidade de reconhecimento do vínculo empregatício.....	20
1.2.2 A problemática do empregador que deixa de repassar os descontos de contribuição previdenciária dos empregados ao INSS.....	23
2 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA.....	24
2.1 A competência material da Justiça do Trabalho após a Emenda 45/04	26
2.1.1 Competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho.....	28
2.1.2 Competência para processar e julgar as controvérsias decorrentes da relação de trabalho	30
2.1.3 Competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir.....	31
3 O PAPEL DA SENTENÇA TRABALHISTA NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO ...	35
3.1 A classificação das sentenças.....	38
3.2 A discussão sobre a classificação da sentença trabalhista no âmbito previdenciário .	39
4 O RECONHECIMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHADOR A PARTIR DA SENTENÇA TRABALHISTA	43
4.1 A problemática do início de prova material	45
4.2 Os aspectos jurisprudenciais da sentença trabalhista como início de prova material.....	49

5 O DIREITO AO TRABALHO E A PREVIDÊNCIA SOCIAL SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
5.1 A evolução do pensamento jurídico através da Teoria da Jurisprudência ...	55
5.2 A Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade do direito social à aposentadoria	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

Introdução

Com o objetivo central de ver garantidos os direitos sociais fundamentais do trabalho e da previdência social por meio de uma efetiva prestação jurisdicional, o presente trabalho de forma objetiva pretende demonstrar como a Justiça do Trabalho pode exercer essencial importância na esfera previdenciária.

Não são poucas as demandas que versam sobre o reconhecimento do vínculo de empregatício e a satisfação de todos os direitos e encargos que dela advém. Entre eles, e especialmente tratado pelo presente, está a contribuição previdenciária que deveria ter sido recolhida durante período de vigência do pacto laboral.

Infelizmente, muitos trabalhadores ainda sofrem com a informalidade laborativa, e esta realidade causa inúmeros prejuízos não só ao próprio trabalhador, que precisa ingressar com uma ação judicial para ver reconhecido os seus direitos trabalhista, como para sociedade que arca com um número cada vez maior de processos o que reflete em uma inevitável morosidade.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa demonstrar como a Justiça do Trabalho pode ajudar o trabalhador segurado a ver reconhecido o seu efetivo tempo de contribuição na esfera previdenciária.

Isso porque cabe à Justiça do Trabalho a competência em executar essas contribuições previdenciárias na medida da sua condenação, bem como a sentença proferida nesta esfera pode ser usada com o intuito de servir como início de prova material no âmbito previdenciário.

Ambas as possibilidades abordadas ainda causam um certo conflito doutrinários e jurisprudencial, isso porque com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45 de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para que possa dirimir não somente os conflitos relativos a relação de emprego, mas também todos aqueles oriundo da relação de trabalho.

Dessa forma, para parte dos doutrinadores é plenamente possível e aceitável que o Juiz do Trabalho tenha competência para julgar ações que versem sobre as contribuições previdenciárias, mesmo que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, não seja parte do litígio.

Para outros, não é possível que isso seja aceito tendo em vista que as ações que versam sobre esse tipo de matéria, isto é, que envolvam autarquia federal, devem ser propostas na Justiça Federal, conforme disposição constitucional.

Diante dessa divergência, o presente trabalho pretende elucidar a importância de garantir e proteger o direito do trabalhador segurado que busca um amparo judicial para o seu o problema, e que não pode ser posto a margem de prestação jurisdicional já que a efetividade de seus direitos fundamentais sociais não pode ser violada.

Para que a problemática central seja bem desenvolvida, primeiramente abordaremos a influencia do Direito do Trabalho na criação do Direito a Seguridade social, dando um breve e objetivo panorama histórico da formação desses dois direitos.

Analisaremos também a reclamação trabalhista que tem por finalidade o reconhecimento do vínculo de emprego, bem como todos os problemas e consequências que advêm do fato do empregador deixar de repassar os descontos de contribuições previdenciárias dos seus empregados ao INSS.

Num segundo momento analisaremos a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda nº 45 de 2004, bem como os diferentes pareceres sobre a interpretação legislativa acerca das expressões: ações oriundas da relação de trabalho e controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Neste momento também será levantada a questão sobre a competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir.

Em seguida discutiremos a questão que versa sobre a natureza e a classificação das sentenças trabalhista no âmbito previdenciário, ou seja, como a sentença trabalhista pode ser recebida em outra esfera.

Ao adentrar no quarto capítulo do presente trabalho a problemática proposta pelo mesmo ganha os contornos necessários para o desenvolvimento do tema, sendo assim abordado o reconhecimento do tempo de contribuição através da sentença trabalhista, todas as dificuldades enfrentadas pelo trabalhador segurado para fazer com esta seja tida como início de prova material e também as aspectos jurisprudenciais mais importantes sobre essa temática.

O último ponto abordado pelo presente é uma visão dos direitos sociais do trabalho e da previdência social sob a ótica dos direitos fundamentais, isto é, uma

análise diferenciada sobre o tema, recorrendo a evolução do pensamento jurídico através da Teoria da Jurisprudência, que culminará para a conclusão do trabalho sobre a importância da Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade desses direitos fundamentais.

Assim, com a intenção de engrandecer a condição humana do trabalhador, especialmente, no que se refere a sua busca por uma efetiva e eficaz prestação jurisdicional, o presente trabalho foi desenvolvido a fim de deslindar a temática proposta sempre amparado na garantia e proteção dos direitos sociais do trabalho e da aposentadoria, principalmente sob o aspecto dos direitos fundamentais.

1 Os direitos sociais do trabalho e da previdência social.

A palavra direito tem sua origem no latim *directus*, que significa, conforme acepção verbal literal da palavra, o que é reto, alinhado. Ainda na busca de uma definição conceitual, direito pode ser uma faculdade de praticar um ato, de possuir, de usar, de exigir ou dispor de alguma coisa.

Na busca por uma concepção jurídica podemos nos recorrer do simples conceito de Direito como sendo um complexo de leis ou normas que regem as relações entre os homens.

O Direito corresponde a uma ideia composta, cujo conteúdo, de caráter iminentemente complexo, muitas vezes só pode ser compreendido se desdobrado em seus diversos aspectos. Esse é um dos focos do presente trabalho, trabalhar o Direito numa visão ampla, complexa, como um fenômeno histórico-cultural que pode ser estudado por unidades estruturais, porém, sem que ele deixe de ser compreendido em sua totalidade.

Doutrinariamente, o Direito fora dividido em ramos da ciência jurídica, e para ilustrar essa divisão tomaremos como ponto de partida uma visão metafórica, do Direito como se fosse o troco de uma árvore, cujos ramos são o direito público, o direito social e o direito privado, e cada um desses ramos comportasse diversas ramificações.

Dentre essas ramificações nos irá interessar o direito previdenciário e o direito do trabalho, que fazem parte do que comumente denominamos de direitos sociais fundamentais dos homens.

Os direitos sociais estão dispostos e garantidos pela nossa Constituição Federal, promulgada em 1988, e ocupam um papel estratégico, já que eles foram destacados para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a utilização destes direitos como fundamentais viabiliza a maior efetividade de sua tutela (inclusive no âmbito da tutela coletiva).

Tratados como pertencentes ao grupo de direitos fundamentais dispostos do artigo 6º ao artigo 11 da Constituição Federal, os direitos sociais também não podem ser suprimidos por meio de Emenda Constitucional, já que a própria Constituição garante a inviabilidade de se modificarem os direitos fundamentais incorporados.

O artigo 6^o¹ da Constituição Federal prevê entre outros direitos sociais o trabalho e a previdência social. Logo em seguida o artigo 7^o, em seu inciso XXIV² dispõe que é um direito do trabalhador a aposentadoria. É possível constatar, ainda que superficialmente que o direito do trabalho e o direito previdenciário possuem uma íntima ligação.

1.1 A influência do Direito do Trabalho e a criação do Direito a Seguridade Social no Brasil

Com o objetivo contextualizar historicamente a ligação entre os direitos sociais do trabalho e da previdência social, e a influência que um exerce sobre o outro, discorreremos sobre alguns importantes aspectos evolutivos da construção e efetividade desses referidos direitos.

Para delinear essa evolução histórica percorrida por ambos direitos sociais, iremos de maneira breve expor como ocorreu no Brasil a consolidação dos direitos trabalhistas, e assim, também abordaremos o panorama histórico da busca pela efetivação dos direitos previdenciários até chegarmos as legislações atualmente vigentes.

Esse caminho será percorrido de acordo com a realidade histórico-cultural do Direito e assim, para que possamos estudar seus ramos, precisamos antes ter uma noção do seu desenvolvimento no passar do tempo.

O Direito do Trabalho no Brasil, como bem nos ensina Amauri Mascaro Nascimento³, foi influenciado tanto por fatores externos como por fatores internos.

As principais influências externas, sem dúvida, foram as transformações vividas na Europa, já que alguns países começaram a elaboração de leis que visassem a proteção dos trabalhadores.

Isso porque, os países europeus sofriam as consequências da liberdade econômica, do liberalismo político, da industrialização desenfreada. Tudo isso

¹Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIV - aposentadoria;

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.50.

contribuiu diretamente para que os trabalhadores se concentrassem na luta de melhores condições de trabalho, o que desencadeou uma série de Revoluções, com a Inglesa, a Francesa e Alemã.

Quanto às influências internas devemos lembrar que os movimentos operários eram fortemente influenciados pelos imigrantes que inspiravam-se nos ideais anarquistas no final do século XIX.

Além disso, com o advento da Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), o Brasil era palco de um grande surto industrial que levou ao crescimento acentuado de fábricas que se instalavam no país, bem como a elevação na quantidade de operários.

Todo esse cenário econômico industrial deu ensejo a um grande movimento popular, que em 1923 impulsionou a criação da Lei Eloy Chaves, que favoreceu a garantia dos direitos dos trabalhadores da malha ferroviária paulista, e serviu como uma espécie de base para a criação do Sistema Previdenciário brasileiro.

Posteriormente, em 1930, Getúlio Vargas, então presidente do Brasil, adotou uma nova postura política, através do seu governo de ideais populistas, foi criado o Ministério do Trabalho que, para Alice Monteiro de Barros⁴, e boa parte dos grades expoentes doutrinários do país, é considerado o marco do aparecimento do Direito do Trabalho no Brasil, embora anteriormente já existisse um ambiente propício ao seu surgimento em face da legislação que o antecedeu.

Somente a título informativo, devemos lembrar a trajetória que culminou na criação do Ministério do Trabalho em 1930. Em 1903 foi publicada a Lei sobre sindicalização dos profissionais da agricultura; em 1907 a Lei sobre a sindicalização dos trabalhadores urbanos; em 1916 entrou em vigência do Código Civil que dispunha sobre a locação e prestação de serviços; em 1919 a Lei sobre acidente do trabalho e 1923 a Lei Eloy Chaves que disciplinava sobre a estabilidade de emprego aos trabalhadores ferroviários.

Todas as circunstâncias propícias para que, finalmente, em 1943 ocorresse a sistematização das leis esparsas existentes na época, acrescidas de novos institutos criados pelos juristas que a elaboraram, a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.56.

De forma a enumerar pontualmente a grande importância da Consolidação das Leis do Trabalho, podemos verificar que foi a primeira lei geral que se aplica a todos os empregados sem distinção entre trabalho técnico, manual, intelectual.

Depois desta breve evolução histórica trabalhista passaremos a discorrer sobre o direito previdenciário, sua gênese e o seu desenvolvimento no decorrer do tempo, para que assim reste mais clara a ligação entre estes dois direitos sociais, bem como a comum essência entre eles.

Somente a título informativo, cumpre ressaltar que o sistema da seguridade social no Brasil também sofreu grande influência de fatores externos, principalmente dos modelos que já tinham se implantado na Alemanha, com Otto Bismark e na Inglaterra com Lord Beveridge.

Entretanto, nossa maior atenção será dada aos acontecimentos ocorridos no país, ou seja, aos fatores internos que contribuíram para a criação do que hoje estruturamos como Seguridade Social, e com especial tento para a previdência social.

No Brasil muitos consideram como o marco histórico da criação do Direito à Seguridade Social a Lei Eloy Chaves, como já a mencionamos como sendo um dos grandes acontecimentos que contribuíram para a Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, vinte anos depois.

Entretanto, juristas como Sérgio Pinto Martins⁵ defendem como marco inicial o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral):

O Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral) apareceu em 22 de junho de 1835, sendo a primeira entidade privada a funcionar no país. Tal instrumento legal é anterior à lei austríaca, de 1835, e à lei alemã, de 1883. Previa um sistema típico do mutualismo (sistema por meio do qual várias pessoas se associam e vão se cotizando para a cobertura de certos riscos, mediante repartição dos encargos com todo o grupo). Contém a maior parte dos institutos jurídicos securitários existentes nas modernas legislações e foi concebido muito tempo antes da Lei Eloy Chaves”.

Mesmo levando em consideração a existência do Montepio, e apesar da Constituição de 1891 já contera expressão “aposentadoria”, é a Lei 4.682 de 1923, conhecida como Eloy Chaves, o grande símbolo das conquistas dos direitos sociais, já que foi a primeira norma a instituir a previdência social, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, as conhecidas CAP’s. Nessa época, a aposentadoria era entendida como sendo a Previdência Social.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social, 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.32.

A década de 30 foi marcada pelo movimento revolucionário que repercutiu diretamente nos direitos sociais, como já vimos no direito do trabalho e agora vemos no direito previdenciário, já que o sistema nessa época deixou de ser estruturado por empresas, e passou a abranger as categorias profissionais.

Assim, surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões, as IAP's que já contavam com a tríplice contribuição: empregado, empregador e Estado, e foi regulamentada na Constituição Federal de 1934.

Tanto as Caixas de Aposentadoria e Pensão, como os Institutos de Aposentadoria e Pensão abrangiam apenas a categoria profissional que o havia criado.

Então em 1945 surgiu o Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB) que previu um só tipo de instituição de previdência social, que cobria todos os empregados a partir dos 14 anos de idade, tendo um único plano de contribuições e benefícios. Na prática o ISSB, como bem lembra Sérgio Pinto Martins⁶ “não foi implementado, pois o governo Dutra não lhe cedeu os créditos necessários”.

Outra grande referência na construção de nosso atual sistema de seguridade social, mais especificamente, de previdência social, foi a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, a LOPS, Lei 3.807 de 1960 que instituiu a criação de diversos benefícios como o de auxílio reclusão, auxílio natalidade.

Dezesseis anos depois da criação da LOPS foi editado o Decreto nº 77.077/76, que foi chamado de Consolidação das Leis da Previdência Social, CLPS, que tinha força de Decreto, e não de lei.

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, o SINPAS, foi instituído apenas em 1977 com o objetivo de reorganizar a Previdência Social no país. Ele é o primeiro traço do caráter tripartite da Seguridade Social que temos hoje: previdência social, assistência social e saúde, como integrantes deste sistema.

Também foi com o SINPAS que deu-se a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA).

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social, 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.36.

Porém, foi apenas com a promulgação Constituição Federal Brasileira de 1988, que os direitos sociais do trabalho e da previdência social passaram a ser garantidos como direitos fundamentais.

Com o objetivo maior de estabelecer e dar efetividade aos direitos, garantias e deveres a cada cidadão, a Constituição de 1988 reservou um título especialmente para tratar dos direitos sociais, e no seu elenco protagonizam diretamente o direito ao trabalho e o direito a previdência social, sendo inclusive, o direito a previdência social um dos direito de todos os trabalhadores, conforme dispõe o artigo 7º, XXIV.

Outra estrita relação entre estes dois direitos sociais é que todos trabalhadores, sejam aqueles com vínculo empregatício, sejam trabalhadores avulsos, trabalhadores domésticos, trabalhadores autônomos, enfim, todos os que auferem renda a partir de atividade remunerada são segurados obrigatórios da previdência social, como prevê o artigo 11 da Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos da previdência social.

Dessa forma, podemos concluir que todos os trabalhadores possuem o dever de contribuir para a previdência social e têm o direito de receber em forma de contraprestação o benefício previdenciário que fazem jus.

1.2 O problema da ausência de contribuições previdenciárias do trabalhador.

Para o nosso sistema previdenciário todas as pessoas que exercem atividade remunerada, ou não, de forma efetiva ou eventual, com ou sem vínculo são chamados de segurados.

Conforme lição de Sérgio Pinto Martins⁷, segurado vem do contrato de seguro do Direito Civil, em que o segurado faz um contrato de seguro com a seguradora para ficar coberto contra certo risco.

De forma sucinta, o segurado é a pessoa física com mais de 16 anos de idade (com exceção do menor aprendiz que adquirir essa qualidade a partir dos 14 anos) que não apenas recebe o benefício previdenciário, mas também paga a contribuição.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social, 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.103.

O artigo 11 da Lei 8.213/91 dispõe quais são as pessoas consideradas segurados, sendo que estes que podem ser divididos em quatro grupos: o segurados obrigatórios comuns (empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso), os segurados obrigatórios individuais (autônomos, equiparados a autônomo, eventuais, empresários), os segurados obrigatórios especiais (produtor rural) e os segurados facultativos (dona-de-casa e estudante).

Podemos assim concluir que, todo empregado é um segurado obrigatório que deve mensalmente ter descontado em sua folha de pagamento a alíquota destinada a contribuição previdenciária, valor este repassado ao INSS a título de contribuição, que será essencial nos casos de concessão de benefícios previdenciários, sejam eles acidentários ou de aposentadoria.

Em uma visão um pouco mais ampla, podemos ainda constatar que todo trabalhador, seja ele autônomo, eventual, avulso, empresário, enfim, todos os compreendidos como segurados para previdência social, devem, todos os meses, contribuir de acordo com a alíquota prevista para cada espécie de segurado, para, assim, ter acesso aos benefícios previdenciários.

Essa contribuição se faz necessária já que para que trabalhador seja um segurado da previdência social podendo gozar de seus benefícios, ele deve, basicamente, comprovar a carência e a qualidade de segurado, além dos requisitos específicos necessários para concessão de cada benefício.

Podemos definir carência como sendo o período de tempo que o segurado irá contribuir sem que tenha direito ao benefício previdenciário. Como bem defini a professora Juliana Ribeiro⁸, é o lapso temporal em que o segurado terá que contribuir para poder receber um benefício previdenciário.

Após cumprido o período contributivo da carência, a pessoa adquire a qualidade de segurado, isto é, pode requerer todos os direitos advindos da previdência social.

Assim, podemos deduzir literalmente, que é o pagamento de uma prestação pecuniária que garantirá, de acordo com as regras de concessão previstas em lei, a contraprestação da percepção do benefício previdenciário.

É exatamente neste ponto que começa a problemática chave do presente estudo que pretende demonstrar como a Justiça do Trabalho pode ser elementar na

⁸RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito Previdenciário Esquematizado. 2ªed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, p.127.

constatação do tempo de serviço do trabalhador com o reconhecimento do vínculo empregatício, com a competência para a execução das contribuições previdenciárias e na confecção de início de prova material para reconhecimento de tempo de contribuição na Justiça Federal.

1.2.1 A reclamação trabalhista com a finalidade de reconhecimento de vínculo

Antes de adentrarmos no âmbito processual que é considerado uma das maneiras mais eficazes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, é preciso que façamos uma distinção conceitual entre relação de trabalho e relação de emprego.

Primeiramente, relação de trabalho é basicamente um contrato de atividades firmado entre duas, ou mais partes, que deve ser prestado de maneira pessoal, porém, que se restringe a uma relação pontual de trabalho, como é o caso da prestação de serviços de um autônomo, ou da contratação de trabalhadores avulsos, eventuais, entre outros.

De uma forma superficial, porém, muito didática, podemos entender por relação de trabalho como sendo um contrato de atividades do qual, a relação de emprego, é uma das espécies.

Podemos nos valer das lições de Alice Monteiro de Barros quando, de maneira sucinta, consegue bem definir a relação de emprego:

A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho. Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação dos serviços ao empregador.⁹

Dessa forma, o empregado é aquela pessoa (física) que presta seus serviços laborais de maneira não eventual a um determinado empregador, que a ele

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 7 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.173.

lhe é subordinado juridicamente, e que para tanto recebe um quantia pecuniária denominada salário, conforme dispõe o artigo 3^o da CLT.

Devemos destacar que para que uma pessoa seja caracterizada como empregado, e não somente como um trabalhador, todos esses requisitos que o caracterizam devem coexistir, ou seja, na ausência de um desses elementos, não há o reconhecimento do vínculo empregatício.

Esses conceitos são de suma importância quando estamos diante de uma reclamação trabalhista que tem por finalidade o reconhecimento do vínculo empregatício e todas as consequências que dele advêm. Isso porque a tutela fora da relação de emprego ainda hoje não é eficaz, e o mercado informal ainda é a dura realidade de boa parte dos trabalhadores do país.

O vínculo de emprego representa uma série de obrigações e deveres legais que devem ser respeitados pelas partes contratantes. Dentre essas obrigações, e para o presente trabalho a mais relevante, é a obrigação do desconto e depósito das contribuições previdenciárias.

A ação trabalhista que tem por finalidade o reconhecimento do vínculo de emprego tem como maior desígnio contemplar a legalização daquela clara relação pessoal, não eventual, onerosa e subordinada que estava a margem dos direitos e garantias que nosso ordenamento jurídico asseverado ao empregado.

Anotação e registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), gozo e pagamento de férias, descanso semanal remunerado, depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e recolhimento das contribuições previdenciárias são algumas das principais consequências do reconhecimento do vínculo de emprego.

A Justiça do Trabalho exerce um papel crucial quando diante de uma reclamação trabalhista com esta finalidade, em especial, no que concerne as contribuições previdenciárias, foco deste presente trabalho.

Com o reconhecimento do vínculo de emprego o empregador é condenado ao pagamento das contribuições previdenciárias do agora considerado empregado que serão executadas pela própria justiça trabalhista.

¹⁰Art. 3^o - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único – Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Os ganhos são inúmeros, dentre eles, os mais significativos são: a formalidade da relação de emprego, a efetividade da tutela da Justiça do Trabalho e o recolhimento das contribuições previdenciárias durante o período pleiteado.

Dessa forma, na qualidade de empregado, o reclamante deu um grande passo para o seu reconhecimento como segurado na esfera previdenciária, pois, agora ele conta com o reconhecimento de um período contributivo que fará toda a diferença no momento que necessitar dispor dos benefícios da previdência social.

Mais adiante veremos também que existe uma significativa discussão sobre a natureza da sentença trabalhista para esses fins previdenciários, pois tanto a doutrina, como a jurisprudência, ainda não conseguiram encontrar um posicionamento unificado sobre a questão que leva em consideração tanto sua força executiva em outra esfera jurisdicional, bem como requisitos preliminares como a prescrição de seus efeitos.

Outro proveitoso aspecto do reconhecimento do tempo contributivo do empregado através da prolação da sentença trabalhista, é que, com o recolhimento das contribuições previdenciárias, o trabalhador agora passa a adquirir qualidade de segurado e tempo contributivo, ou seja, iremos a longo prazo ter um crescimento de concessões de aposentadorias, e uma expressiva queda no número de pessoas que necessitam de benefícios assistenciais, como por exemplo, LOAS – benefício assistencial da Seguridade Social pago à idosos e deficientes.

Isso porque, como veremos mais adiante, a aposentadoria é um eficiente mecanismo de distribuição de renda, ou seja, quanto mais as pessoas têm garantido o gozo da aposentadoria, menos são onerados os cofres públicos com políticas assistenciais.

Verifica-se, então, que a efetivação conjunta dos direitos sociais do trabalho e da previdência também reverbera numa importante influência no quadro socioeconômico do país.

1.2.2 A problemática do empregador que deixa de repassar os descontos de contribuições previdenciárias dos empregados ao INSS

Não menos comum, muitos empregadores devido ao alto custo de se ter e manter um empregado, acabam por descontar do valor do salário na folha de pagamento o valor referente as contribuições previdenciárias, porém, não a repassam para a previdência social.

Essa atitude implica em uma grande lesão, não só aos direitos trabalhistas, mas também aos direitos previdenciários do trabalhador.

A contribuição para a Seguridade Social é uma espécie de contribuição social, cuja receita tem por finalidade o financiamento das ações nas áreas da saúde, previdência e a assistência social, esse é o já mencionado caráter tripartite do sistema securitário nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais gerais, as de seguridade social e as previdenciárias, passaram a ter natureza tributária, e assim, a elas são aplicadas toda a sistemática reservada aos tributos.

Isso significa que o empregador que a pratica esse tipo de conduta não apenas prejudica diretamente o seu empregado, mas também incorre na prática de crimes contra a ordem tributária, já que se apropria indevidamente das contribuições previdenciárias que deveriam ter sido repassadas à autarquia federal.

Assim, os empregadores se sujeitam à aplicação das penalidades do artigo 168, A¹¹ do Código Penal, caso reste tipificado o crime.

Isto acontece, pois as contribuições previdenciárias, bem como os tributos, têm seus elementos essenciais previstos pelo Código Tributário Nacional, tais como:

¹¹Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público. II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

hipótese de incidência, fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeitos ativos e passivos.

Essa interessante perspectiva da natureza jurídica da contribuição previdenciária é trazida por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹², quando nos orientam sobre as diferentes teorias que se formaram para definir a natureza jurídica das contribuições sociais: a teoria fiscal, a teoria parafiscal e a teoria da exação *sui generis*.

Para nos manter na mesma linha de raciocínio delineada no presente trabalho, e sempre na tentativa de se buscar uma visão mais ampla do Direito, podemos perceber com o direito do trabalho pode ser importante da esfera previdenciária, e como o direito previdenciário pode se utilizar de dispositivos tributários para sua maior efetivação.

Conforme pondera o renomado professor Russomano¹³:

O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

É exatamente este o ponto de partida do presente trabalho que visa engrandecer a condição humana do trabalhador na busca por um sistema jurídico que o ampare nas suas diversas esferas.

2 A competência da Justiça do Trabalho e a matéria previdenciária

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu artigo 1º que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana e tendo como objetivos, dentre outros, o de construir uma sociedade livre, justa, solidária e fraterna.

Fundados nestes valores, surge o Estado Social com a missão de trazer efetividade aos ideais de justiça social reivindicados pela sociedade, de formar e

¹²CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Curso Elementar de Direito Previdenciário, 1ª ed: São Paulo: LTr, 2005, p. 121.

¹³ RUSSUMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.18.

materializar os direitos sociais e coletivos, com atuação e presença firme do Estado na ordem social e econômica.

Zenildo Bodnar¹⁴um renomado Juiz Federal de Santa Catarina, considera que a importância do Estado Social se deve também ao fato de que as pessoas precisam ter seus direitos não apenas contra o Estado, mas também por intermédio do Estado, o qual deve concretizar as promessas solenemente estabelecidas em suas constituições.

Assim, todo o direito deve ter como finalidade garantir a dignidade e a qualidade da pessoa humana como valor maior, e não apenas estar a serviço da satisfação de interesses individuais, para que assim, seja garantida a todos os preceitos da justiça social.

Entendemos, assim, que o Estado é o detentor do que chamamos de Justiça, e é através da jurisdição, o poder/dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional a todos que tenham uma pretensão resistida por outrem, que se aplicam as regras jurídicas necessárias para dirimir este conflito de interesses, afim de que se restaure a paz social.

Destaca-se que a jurisdição é una e indivisível, porém, pode ser determinada por diferentes esferas de atribuições, que é o que chamamos de diferentes funções jurisdicionais.

Neste contexto, como bem nos ensina o Professor Renato Saraiva¹⁵, podemos conceituar competência como a medida da jurisdição, ou seja, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional.

Assim, a competência pode ser determinada em razão da matéria (*ratione materiae*), das pessoas (*ratione personae*), do território (*ratione loci*) e da função (ou hierarquia).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 114 passou a disciplinar como sendo competência da Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais ou coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta ou indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e na forma da lei, outras

¹⁴LUGON, Luiz Carlos de Castro e LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário. 1ª ed: Florianópolis, Conceito Editorial, 2007, p.15.

¹⁵SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho, 5ª ed: São Paulo, Editora Médoto, 2009, p.27

controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Vale ressaltar que, mesmo em sua redação original, o artigo 114 já abria a possibilidade da Justiça do Trabalho ser competente para apreciar controvérsias relativas à relação de trabalho, na forma que dispusesse a lei infraconstitucional.

Esse tema ganhou especial atenção em função da alteração trazida pela EC 45/2004, que modificou a redação inicial do artigo 114, ampliou, consideravelmente, a competência material da Justiça do Trabalho, razão pela qual daremos específica consideração as regras e peculiaridades envolvendo o tema neste capítulo.

De modo particular, iremos dissertar sobre a competência da justiça do trabalho para fins previdenciários, principalmente, no que diz respeito ao reconhecimento do tempo de contribuição na esfera federal, bem como a possibilidade do Juiz Trabalhista de poder executar as contribuições sociais de ofício.

2.1 A competência material da Justiça do Trabalho após a EC 45/2004.

A Emenda Constitucional 45/04 trouxe significativas mudanças na competência material da Justiça do Trabalho, que tradicionalmente era conhecida por ser uma Justiça especializada que julgava conflitos oriundos da relação entre empregados e empregadores e, excepcionalmente, as controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Como bem nos lembra o Juiz do Trabalho Mauro Schiavi,¹⁶ com a EC 45/04 mudou-se o critério da competência da Justiça do Trabalho, que antes era pessoal, ou seja, em razão das pessoas (trabalhadores, empregadores), passou a ser em razão de uma relação jurídica, que é a do trabalho.

Com a EC 45/04 não se modificou apenas a competência da Justiça do Trabalho, mas também o seu pilar, sua base, já que apreciar as controvérsias que envolvem a relação de trabalho, que antes era exceção, passou agora a ser regra.

Essa mudança acarretou no que denominamos de imperatividade das normas trabalhistas mais eficaz, isso porque muitos contratos de trabalho são

¹⁶SCHIAVI, Mauro. Manual do Direito Processual do Trabalho, 5ª ed: São Paulo, LTr, 2012, p.192.

celebrados tacitamente, ou de forma oral, o que antes da EC 45/04 apenas seria uma exceção de competência a Justiça do Trabalho julgar o conflito entre essas pessoas.

E assim, seguindo a tendência jurisdicional de alguns países, a Justiça do Trabalho no Brasil tornou-se um ramo do direito com a função de apreciar praticamente todas as controvérsias que envolvem e circundam o trabalho.

Essa nova roupagem do Direito do trabalho indubitavelmente favorece a efetividade e a aplicabilidade da legislação social, o que facilita o acesso a Justiça daqueles que precisam de amparo nas suas relações de trabalho.

Como é perceptível, a Emenda Constitucional 45/04, bem como a 20/98, trouxeram significativas ampliações da competência da Justiça do Trabalho, concentrando num mesmo órgão todas as questões concernentes à relação de trabalho.

Faz-se mister distinguir novamente relação de emprego de relação de trabalho, para isso, tomaremos agora como base as lições de Maurício Godinho Delgado¹⁷:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. A relação de emprego do ponto de vista técnico jurídico é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.

Como já disposto no capítulo anterior, para que reste caracterizada a relação de emprego devem ser preenchidos e reconhecidos alguns requisitos como: pessoalidade na prestação do serviço, subordinação, onerosidade e habitualidade.

Retomando as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 45/04, uma das matérias que foram apenas repetidas foi a competência material executória das contribuições previdenciárias, oriundas das sentenças trabalhistas, e a competência para dirimir os conflitos de competência.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 6ª ed: São Paulo. LTr, 2007, p.285.

Apesar do incremento da competência da Justiça do Trabalho oriundo da EC 45/04, não vieram para a Justiça do Trabalho as ações previdenciárias, que se buscam benefícios previdenciários em face do INSS. O que gera uma série de críticas por boa parte dos juristas que ansiavam por essa mudança.

Após quase 10 anos da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, muitos foram os avanços. As primeiras manifestações, decisões, debates, revelavam dúvidas e temores diante da nova realidade, e quase todas encontram-se hoje superadas.

A fim de se amparar de forma efetiva os novos rumos das relações de trabalho, precisamos tentar pensar o Direito do Trabalho não só como um ramo especializado do Direito, mas como um órgão vital e garantidor dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

2.1.1 Competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho

Tida como uma das maiores inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada pela nova redação do artigo 144, I, da Constituição Federal¹⁸, para então ser competente para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho.

Recordando o já explicitado neste capítulo, relação de trabalho pode ser entendida como qualquer vínculo jurídico por meio do que uma pessoa física executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação.

Embora o conceito de relação de trabalho seja um tema já bem discutido, tanto a doutrina como a jurisprudência têm dificuldades em definir o alcance deste termo para estabelecer a competência material da Justiça do Trabalho.

Tanto a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) como a Constituição Federal utilizam indistintamente as expressões relação de emprego e contrato de trabalho e trabalhadores e empregadores como sinônimos.

¹⁸Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

A doutrina atual possui três posições preponderantes sobre o alcance da expressão relação de trabalho, como nos ensina Mauro Schiavi¹⁹:

Resumidamente são elas:

- a) nada mudou com a EC n.45. O termo “relação de trabalho significa o mesmo que relação de emprego e a competência da Justiça do Trabalho se restringe ao contrato de emprego.
- b) exige que a relação de trabalho tenha semelhanças com o contrato de emprego, ou seja, que o prestador esteja sob dependência econômica do tomador de serviços, haja pessoalidade, onerosidade e continuidade na prestação. De outro lado, para as relações regidas por leis especiais, como a relação de trabalho que é qualificada como relação de consumo, estão fora do alcance da competência da Justiça do trabalho.
- c) admite qualquer espécie de prestação do trabalho humano, seja qual for a modalidade do vínculo jurídico que liga o prestador ao tomador, desde que haja prestação pessoal de serviços de uma pessoa natural em favor de pessoa natural ou jurídica.

Embora persista na doutrina os diferentes posicionamentos sobre a abrangência da expressão relação de trabalho, não podemos deixar de constatar que a atual Constituição no seu artigo 114, I, não faz alusão às controvérsias entre empregados e empregadores, mas sim, às ações oriundas da relação de trabalho, independentemente das pessoas envolvidas na lide.

Ainda seguindo os ensinamentos deste autor²⁰:

Se a constituição alude à relação de trabalho é porque quis dilatar a competência da Justiça do Trabalho. Em que pesem as opiniões em sentido contrário parece-nos que não há como se sustentar, diante da interpretação histórica da Constituição Federal, que o termo relação de trabalho é o mesmo que relação de emprego.

A nova competência da Justiça do Trabalho deve ser interpretada conforme o que fixou o artigo 114, I da CF e em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, podemos considerar que a ampliação trazida pela EC 45/04 trouxe a possibilidade da Justiça do Trabalho processar e julgar demandas de trabalhadores com base num contrato de prestação de serviço, com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, e do pagamento de todas as verbas trabalhistas que incidem sobre ele.

Indiscutível que o legislador constitucional pretendeu de forma talvez não muito explícita, porém, efetiva, facilitar o acesso do trabalhador à Justiça.

¹⁹SCHIAVI, Mauro. Manual do Direito Processual do Trabalho, 5ª ed: São Paulo, LTr, 2012, p.198.

²⁰SCHIAVI, Mauro. Manual do Direito Processual do Trabalho, 5ª ed: São Paulo, LTr, 2012, p.199.

2.1.2 Competência para processar e julgar as controvérsias decorrentes da relação de trabalho

Ainda sobre as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45/04, muitos doutrinadores, e até mesmo a jurisprudência têm uma imensa dificuldade em discernir e conceituar o que seria a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as controvérsias decorrentes da relação de trabalho, prevista no artigo 114, IX da Constituição Federal²¹.

Dentre as diversas alterações, especificamente, um dos aspectos ainda causa discussão na doutrina e na jurisprudência, diz respeito ao contido no inciso IX do artigo 114 da Constituição Federal.

Ao prever que a Justiça do Trabalho é competente para julgar e processar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei, o legislador deixa claro que a competência, agora, não mais se restringe aos litígios que envolvem empregados e empregadores, havendo uma ampliação sob este espectro.

Os limites dessa ampliação, porém, ainda causam algumas controvérsias. Isso porque, relação de trabalho é um conceito amplo, que abrange diversas situações jurídicas, como por exemplo, o trabalho autônomo, o trabalho voluntário, o cooperado, o estágio, entre outros.

Assim, se a Justiça do Trabalho é competente para analisar questões relativas às relações de trabalho, não há necessidade, para alguns doutrinadores, de uma lei para estabelecer a competência de processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, como nos ensina o jurista Sérgio Pinto Martins²²:

O fato de o inciso I do art.114 da Constituição ter feito referência a relação de trabalho e o inciso IX do mesmo artigo mencionar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei, é sinal que a disposição do inciso I não é tão ampla assim e tem de ser interpretada conjuntamente com seus incisos. Se toda relação de trabalho está inserida no inciso I não há sentido para a existência do inciso IX.

Por fim, no que tange aos incisos I e IX do artigo 114 da Constituição Federal, podemos concluir que o inciso I tratou do aspecto basilar da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a ter como regra processar e julgar

²¹Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

²²MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho: doutrina e pratica forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2011, p.105.

lides decorrentes das relações de trabalho, ou seja, que possuam vinculação direta com estas.

Na mesma toada, o inciso IX, para a maior parte da doutrina, acabou por participar do texto constitucional por vontade do legislador, e deve ser interpretado ante o princípio da máxima efetividade.

Podemos resumir, em outras palavras, que o inciso IX permite um alargamento da competência da Justiça do Trabalho por meio de legislação infraconstitucional, no que diz respeito aos conflitos que decorram da relação de trabalho, ou seja, que com ela possuam vinculação apenas indireta.

Assim, ações oriundas seriam aquelas originadas da própria relação de trabalho e, decorrentes seriam outras relações jurídicas que advêm da relação de trabalho, sendo esta uma questão prejudicial, como a previdência.

É exatamente esse o ponto do presente trabalho, que pretende dissertar sobre como a competência da Justiça do Trabalho pode auxiliar no reconhecimento do tempo de contribuição na esfera previdenciária.

2.1.3 Competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir

A competência da Justiça do Trabalho para a execução de contribuições previdenciárias é um tema controvertido, e que gera a mais de 15 anos uma insegurança na relação estabelecida entre Estado, empregador e empregado.

Da Constituição Federal podemos extrair que a competência para conhecer e julgar ações em que o INSS – autarquia federal, for parte, é da Justiça Federal.

Entretanto, o artigo 109, I, da Constituição Federal²³ prevê uma exceção a essa regra, assegurando que a competência da Justiça Federal é limitada as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem parte como autora, ré, assistente ou oponente, exceto, as ações de falência, acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho.

²³Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Em 1998 o texto constitucional foi modificado com a promulgação da Emenda nº 20, assim, o artigo 114, §3º, da Constituição Federal passou a reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, incisos I e II,²⁴ ou seja, as contribuições previdenciárias pagas pelo empregador e pelo empregado.

Para que seja possível distinguir e limitar tanto a competência da Justiça do Trabalho como a competência da Justiça Federal é preciso diferenciar a lide trabalhista da lide previdenciária.

Demanda trabalhista é aquela que envolve a discussão de direitos trabalhistas decorrentes da relação de trabalho, emprego, que é caracterizada, normalmente, pela presença dos pressupostos fáticos-jurídicos, como personalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade, e pelos pressupostos jurídicos-formais, capacidade dos sujeitos, objeto lícito e forma legal.

O litígio previdenciário diz respeito à controvérsia decorrente de dupla relação jurídica, a primeira de custeio, ou seja, discute-se o adimplemento da obrigação previdenciária, a segunda é o seguro social, na qual o credor é o indivíduo filiado ao regime da previdência e o devedor é o Estado.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 20/98 foi transferida à Justiça do Trabalho a competência para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes de suas sentenças, porém, continua competência da Justiça Federal o exame da lide decorrente de natureza previdenciária.

Dessa forma, houve um alargamento da competência da Justiça do Trabalho de executar as contribuições sociais e como bem destaca o jurista Carlos Henrique Bezerra Leite²⁵:

Imperioso ressaltar que recentemente o TST alargou a competência da Justiça do trabalho para determinar o pagamento das contribuições previdenciárias quando o processo trabalhista acarretar o reconhecimento do vínculo de emprego. Essa posição foi adotada pela Terceira Turma, que deu provimento, por maioria de votos, ao recurso do Instituto Nacional do

²⁴Art. 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; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro. 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.

²⁵LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p.247.

Seguro Social (INSS). Tal decisão foi proferida no recurso de revista RR 1119/99 e teve grande repercussão, pois o “pagamento das contribuições sociais e o conseqüente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, constatando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho, acrescentou o relator, juiz convocado Alberto Bresciani. O acórdão da Suprema Corte Trabalhista fundou-se no art.114, §3º, da CF (atualmente inciso VIII) e no Decreto n.3048/99 que regulamentou a lei previdenciária dispondo que “se da decisão resultar o reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante (trabalhador), para todo período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação.

Assim, o crédito previdenciário deve estar claramente delineado no conteúdo da sentença trabalhista, caso contrário, a demanda terá que ser pleiteada na Justiça Federal. A isso chamamos de crédito exequível.

Em outras palavras, a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias limita-se à hipótese em que esteja caracterizada a exequibilidade do crédito previdenciário na sentença ou acordo trabalhista, e delineados todos os elementos para o cálculo do crédito, como o fato gerador, e a base de cálculo.

Nesse passo, podem ser proferidas três tipos de sentença: de natureza declaratória, de natureza homologatória e de natureza declaratória.

Na sentença condenatória a execução da contribuição abrangerá o montante das parcelas remuneratórias discriminadas na condenação. Se proferida sentença homologatória de acordo, incidirá sobre as parcelas remuneratórias discriminadas no acordo, se não forem discriminadas, não é competente a Justiça do Trabalho para, de ofício, executar tais contribuições.

Por último, na hipótese de ser proferida sentença declaratória de reconhecimento de vínculo de emprego com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, se a mesma condenar ao pagamento discriminado das verbas previdenciárias, será executado de ofício pelo Juízo Trabalhista, caso contrário, na ausência de previsão de pagamento de qualquer parcela remuneratória a Justiça do Trabalho também não é competente pela execução.

Resta claro que quando não delimitado o fato gerador, nem a base de cálculo para a definição do crédito previdenciário em relação a cada mês de competência, não há como se confirmar o real pagamento do crédito ou da

remuneração, isso porque, a contribuição previdenciária possui também natureza tributária.

Assim, sobre esse período cabe ao INSS efetuar o lançamento do tributo e, se entender adequado, mover uma ação executiva para percepção do crédito, na Justiça Federal.

Para assim concretizar nossa linha de raciocínio à luz de toda a fundamentação já exposta, não há como se dar efetividade ao que prevê o artigo 43 da Lei 8.212/91²⁶, nem ao artigo 276, §7º do Decreto nº 3.048/99 que o regulamenta.

Isso porque os artigos supra mencionados prevêem que se decisão trabalhista resultar o reconhecimento do vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador, como do empregado para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação.

Infelizmente, no nosso ordenamento jurídico esses artigos ficaram a margem da aplicabilidade, pois ficaria a Justiça do Trabalho responsável por executar contribuições sociais sobre toda e qualquer ação a ela submetida, de maneira geral e irrestrita.

Com o intuito de apenas ilustrar tal situação, a maior parte dos doutrinadores acredita que o artigo 43 da Lei 8.212/91 está eivado de inconstitucionalidade, merecendo repulsa pelo Poder Judiciário, já que não seria possível admitir a possibilidade de incidência da contribuição social, indistintamente, sobre o total da condenação ou do acordo homologado.

²⁶Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social. § 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. § 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço. § 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas. § 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. § 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo. § 6º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores devidos ou pagos nas Comissões de Conciliação Prévia de que trata a Lei no 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Entretanto, temos que constatar que é louvável a inovação que foi trazida pela Emenda Constitucional 20 de 1998 para que a execução das contribuições sociais devidamente delimitadas possam ser executadas, imediatamente, pela Justiça do Trabalho.

Inclusive, o STF – Supremo Tribunal Federal decidiu²⁷ editar uma Súmula Vinculante para determinar que não cabe à Justiça do Trabalho estabelecer, de ofício, débito de contribuição social para o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS- com base em decisão que apenas declare a existência de vínculo de emprego.

Pela decisão, essa cobrança somente pode incidir sobre o valor pecuniário já definido em condenação trabalhista ou em acordo quanto ao pagamento de verbas salariais que possam servir como base de cálculo para a contribuição previdenciária.

Essa é a grande dificuldade enfrentada pelo trabalhador segurado, já que o fato de ser reconhecida uma relação de trabalho na esfera trabalhista, é exatamente o que enseja o empregador recolher as contribuições sociais do empregado, ou seja, pensando na natureza tributária da contribuição previdenciária teríamos que o fato gerador do recolhimento é o fato do trabalhador auferir renda através da relação com o tomador.

3 O papel da sentença trabalhista no âmbito previdenciário.

Sentença é uma palavra originária do latim *sententia*, *sentiendo*, *sentire*, que significa sentimento, por isso, sua prolação depende do que sente o juiz sobre a demanda proposta.

Manoel Antonio Teixeira Filho²⁸ a conceitua da seguinte forma:

A sentença é o que constitui, sem dúvida a mais expressiva das pronúncias da *iurisdictio*, entendi esta como o poder-dever estatal de resolver os conflitos de interesses submetidos à sua cognição monopolística. É por esse motivo que se tem afirmado que a sentença representa o acontecimento mais importante do processo, o seu ponto de

²⁷ A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 569056, interposto pelo INSS contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que negou pretensão do INSS para que também houvesse a incidência automática da contribuição previdenciária referente a decisões que reconhecessem a existência de vínculo trabalhista.

²⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A sentença no processo do trabalho. 3ª. Ed. São Paulo: LTr, 2004, p.201.

culminância; essa assertiva é correta, a despeito do sentido algo retórico dos seus termos, se levarmos em conta que todos os atos do procedimento estão ligados, direta ou indiretamente, com maior ou menos intensidade, à sentença, que se apresenta, sob esse aspecto, como um espécie de polo de atração magnética, para o qual convergem, de maneira lógica e preordenada, todos esses atos.

Não há na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) um conceito definido de sentença, por isso, como o artigo 769²⁹ prevê que para esses caso há a aplicação do que dispõe o Código de Processo Civil, definimos sentença como dispõe o artigo 162 do CPC.

Assim, entendemos por sentença o ato do juiz que implica em alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, ou seja, a sentença não põe fim ao processo, mas implica na resolução, ou não, do mérito.

Para extrairmos um conceito pormenorizado, podemos entender por “sentença com um ato do juiz que implica alguma das hipóteses dos artigos 267 e 269 do CPC, que extingue o processo ou encerra a fase de conhecimento, ou de execução”³⁰.

Ao ser proferida, a sentença deve obedecer os princípios que a norteiam, da legalidade, do livre convencimento do juiz, da vinculação do pedido e da fundamentação, e os requisitos que a estruturam, relatório, fundamentação e conclusão.

O princípio da legalidade é aquele que obriga a sentença a respeitar os requisitos legais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, a sentença deve ter relatório, fundamentação e conclusão, e as partes devem ser intimadas sobre ela.

O livre convencimento do Juiz do Trabalho diz respeito a interpretação das controvérsias apontadas e a valoração das provas trazidas aos autos, de acordo com o limite dos pedidos pleiteados.

Deve o Juiz expor os motivos que levaram ao seu convencimento, isso porque, a fundamentação da decisão é um princípio garantidor da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

²⁹ Art. 769 - 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

³⁰ SCHIAVI, Mauro. Manual do Direito Processual do Trabalho, 5ª ed: São Paulo, LTr, 2012, p.691.

A sentença trabalhista não pode afastar-se da pretensão proposta em juízo tendo em vista a obediência ao princípio da vinculação do pedido, isso porque, no caso de não observado, pode gerar uma conseqüente nulidade da sentença.

Os requisitos estruturais da sentença trabalhista estão elencados no artigo 832 da CLT, e são eles: o relatório, a fundamentação e a conclusão.

Como bem enuncia Cândido Rangel Dinamarco³¹:

A regularidade formal da sentença é intimamente ligada à garantia do devido processo legal, que exige do juiz a fiel observância da lei para que o processo seja justo e equo, sendo indispensável a quem os lê uma coerência interna do próprio ato e, por esse modo, indicar sua fidelidade substancial do direito.

O relatório é a parte da sentença que demonstra conhecimento do Juiz conhecimento sobre o que está sendo litigado. Consiste no breve relato dos fatos que são narrados na exordial, e contestados, bem como os pedidos pleiteados. Apenas quando a ação tramita pelo rito sumaríssimo o relatório é dispensado.

A fundamentação tem uma origem tanto constitucional no artigo 93, IX³², como infraconstitucional no artigo 131 do CPC³³. Isso porque, a fundamentação é uma garantia do próprio Estado Democrático de Direito, já que é nesse momento que o Juiz aprecia a demanda, expõe o seu livre convencimento de maneira que resta claro os motivos pelo qual decidiu daquela forma. É também a fundamentação que protege as partes de uma possível arbitrariedade na demanda, já que a mesma não transita em julgado conforme prevê o artigo 469, I do CPC³⁴.

A conclusão, ou dispositivo, é destinado a materialização da decisão. É nesse momento que o Juiz acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor, no todo, em parte. Na conclusão deve constar a forma da liquidação da sentença, o que nele incide, etc.

³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. Instruções de direito processual civil, V, III. São Paulo: Malheiros, 2001, p.654.

³²Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³³Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

³⁴Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

3.1 A classificação das sentenças

Segundo a definição legal constante dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil as sentenças são, inicialmente, classificadas em resolutivas, e não resolutivas do mérito da demanda. Se resolutivas, são definitivas, se não resolverem o mérito são consideradas terminativas.

As sentenças definitivas que acolhem o pedido, em parte ou na sua totalidade, podem ser classificadas como constitutivas, condenatórias e declaratórias (ou meramente declaratórias).

Já as sentenças que julgam por improcedentes os pedidos da demanda são declaratórias, pois prestam, única e exclusivamente, para declarar a inexistência do direito afirmado pelo autor.

Assim, as sentenças declaratórias ou meramente declaratórias são aquelas que se limitam a declarar a existência de um fato, a autenticidade de um documento, a existência de uma relação jurídica.

Como se sabe todas as sentenças têm um cunho declaratório, mas apenas as meramente declaratórias são desprovida de sanção, não comportando sua execução.

São esses tipos de sentença que reconhecem a existência do vínculo de emprego, a estabilidade, a delimitação da jornada de trabalho, e uma parte da doutrina considera ser esse tipo de sentença que reconhece o tempo de serviço/contribuição.

As sentenças definitivas também pode ser constitutivas, ou seja, além de declarar a existência dos fatos ou do direito, cria, modifica ou extingue uma relação jurídica.

As sentenças constitutivas não comportam execução, e produzem efeitos desde o seu trânsito em julgado, e podemos citar como exemplo as proferidas no dissídio coletivo de natureza econômica (em que são criadas ou modificadas certas condições de trabalho).

Como bem observa o professor Renato Saraiva³⁵, a sentença constitutiva também pode assumir, em certos casos, cunho condenatório, como na hipótese que

³⁵SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 4ª ed. São Paulo: Método, 2007, p.388.

reconhece a equiparação salarial (criando uma nova relação jurídica – natureza constitutiva) e determina o pagamento das diferenças salariais provenientes da equiparação salarial (cunho condenatório).

As sentenças definitivas podem ser também condenatórias, isto é, além de declarar o direito existente, impõe uma obrigação ao réu de pagar, dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Comportam execução forçada se não cumpridas espontaneamente. Um exemplo claro de sentença condenatória é aquele que obriga o reclamado a efetuar o pagamento de verbas rescisórias.

Há também na doutrina uma outra classificação das sentenças trazidas inicialmente por Pontes de Miranda, denominada quinária. Nessa classificação são acrescentados dois tipos de sentença as executivas e as mandamentais.

Apesar de parte da doutrina ter aceitado a classificação quinária da sentença, apenas a título elucidativo, executivas seriam as sentenças que apreciam e decidem sobre a relação existente entre o pleiteado e os bens que seriam objetos de uma futura execução. Já mandamental seria a sentença que, além de constituir, declarar e condenar, também expede uma ordem para cumprimento imediato.

A maior parte da doutrina aceita a sentença mandamental nas decisões proferidas em mandados de segurança e concessões de tutela antecipada.

3.2 A discussão sobre a classificação da sentença trabalhista no âmbito previdenciário.

Para que uma sentença trabalhista que reconhece o tempo de serviço ou, tempo de contribuição do reclamante, produza seus efeitos na esfera previdenciária, é necessário, primeiramente, que saibamos distinguir a sua classificação.

A classificação é importante porque a lei orgânica da previdência dispõe que a comprovação do tempo de serviço para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, dependeria de início de prova material.

Isso quer dizer que a sentença trabalhista para ser aceita no âmbito previdenciário deve obedecer os requisitos necessários para que seja considerada um início de prova material.

Essa questão será mais aprofundada no próximo capítulo, porém, já podemos antecipar que a Previdência Social não costuma admitir como eficaz a

decisão judicial trabalhista, principalmente, aquela que não tenham sido fundada em início razoável de prova material constante dos autos do processo.

Entende a Previdência que o reconhecimento judicial do vínculo de emprego e o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias não obrigam o INSS a reconhecer o tempo de serviço do reclamante.

Isso acontece por força da aplicação do artigo 472 do Código de Processo Civil³⁶, já que a sentença faz coisa julgada entre as partes, não podendo nem beneficiar nem prejudicar terceiros.

Isso levou alguns doutrinadores, como Mauricio Godinho, a sustentarem que o INSS deveria participar de demandas trabalhistas, assim restaria resolvida a questão da coisa julgada.

Acontece que, como já discutimos anteriormente, a própria Constituição Federal impede que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS figure como parte em questões trabalhistas, isso porque a mesma dispõe como sendo de competência da Justiça Federal as questões relativas ao Regime Geral da Previdência, e no caso de acidentes de trabalho em face do INSS a competência seria da Justiça Estadual.

Diante de tantas discussões sobre o tema, em 2007 com a Lei 11.457 foi criada a Receita Federal, e isso alterou a redação do artigo 876 da CLT³⁷, que passou a preceituar no disposto do parágrafo único que 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, serão executadas *ex officio*.

A nova redação do artigo 876 da CLT fez frente ao item I da Súmula nº 368³⁸ do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe a competência da Justiça do Trabalho

³⁶Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

³⁷Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo. 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.

³⁸ SÚMULA Nº 368. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do

de acordo com que a Constituição Federal em seu artigo 114, VIII prevê, ou seja, a execução das contribuições previdenciárias alcança somente as verbas relativas ao objeto da condenação constante da sentença.

Podemos já observar que todos os dispositivos legais expostos que tratam da execução de contribuições previdenciárias, tratam sempre de sentenças classificadas como condenatórias.

Por se tratarem de sentenças condenatórias, enseja-se o reconhecimento da prescrição, o que pode causar expressivos prejuízos ao trabalhador, dentre eles o que abordamos no presente trabalho, isto é, problemas relativos aos aspectos previdenciários.

A prescrição, como nos ensina Ponte de Miranda³⁹, “é a exceção, que alguém tem contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações.”

No processo do trabalho podemos, em linhas gerais, considerar que a prescrição respeita o biênio subsequente à cessação contratual, e a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamatória e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Dessa forma, classificar como condenatória a sentença que reconheceu o vínculo empregatício bem como todos os direitos e obrigações dele advindos, principalmente, os recolhimentos das contribuições previdenciárias pode causar demasiada perda de período contributivo previdenciário do trabalhador.

Isso ocorre, pois, com a demanda atingida pela prescrição o Juiz do Trabalho só pode reconhecer e executar as contribuições que estejam alcançadas pelo quinquênio prescricional, ou seja, mesmo que o trabalhador tivesse direito ao recolhimento das contribuições por um período maior, isso não seria executado pela Justiça do Trabalho.

É este o grande prejuízo retratado por este trabalho, já que na esfera previdenciária para concessão de benefícios o trabalhador precisa comprovar o recolhimento das contribuições sociais.

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.

³⁹MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, Volume 6. Campinas: Bookseller, 2000. P.135.

Uma interessante alternativa para que o trabalhador pudesse se valer de seu tempo de serviço, agora tempo de contribuição (como veremos no próximo capítulo), sem a incidência da prescrição trabalhista para os pedidos cujo objeto é a anotação para fins previdenciários, seria o ingresso de uma reclamatória de caráter declaratório.

Nas sentenças declaratórias não ocorre a incidência da prescrição, entretanto, por não ter o caráter condenatório, não é processualmente possível que se executem as contribuições previdenciárias.

Todavia, como defende Humberto Theodoro⁴⁰, é possível admitir que a sentença declaratória possam ter força executiva em casos específicos em que se busca dar efetividade à conteúdos obrigacionais.

Assim, conforme preceitua o artigo 11, §1º da CLT⁴¹, podemos vislumbrar como alternativa uma sentença condenatória para executar as contribuições previdenciárias sem que seja atingida pela prescrição.

Devemos assim considerar essa alternativa, já que a prova do efetivo recolhimento da contribuição previdenciária é necessária para que seja reconhecido e integrado o tempo de contribuição do trabalhador no âmbito previdenciário.

Teríamos o seguinte cenário: estariam excluídas do prazo prescricional as contribuições que poderiam ser cobradas, inclusive, em demanda sucessória, em desconsideração da personalidade jurídica.

Restaria caracterizada a efetividade dos direitos trabalhistas e concretização da noção de Justiça do trabalhador no âmbito previdenciário, já que a não incidência do prazo prescricional quinquenal para as contribuições sociais permite que seja reconhecida perante a Previdência Social prova do recolhimento das contribuições, o que acarretará na autenticação efetiva do tempo de contribuição do trabalhador de seus serviços laborais.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.25.

⁴¹Artigo 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato II - em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

4 O reconhecimento do tempo de contribuição do trabalhador a partir da sentença trabalhista

O sistema previdenciário brasileiro adota atualmente a possibilidade de três tipos distintos de aposentadoria: por invalidez, por idade e por tempo de contribuição.

Para o presente trabalho nos interessa a análise da aposentadoria por tempo de contribuição, que passou a ser disciplinada em nosso ordenamento jurídico com entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20 de 1998.

Até então, a aposentadoria era por tempo de serviço, ou seja, era devida ao segurado que após sessenta contribuições mensais tivesse completado trinta anos de serviço.

Consistia numa renda mensal calculada sobre o salário de benefício referente a média dos últimos 36 (trinta e seis) salários de contribuição, apurado em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

Se o segurado fosse do sexo feminino, essa renda correspondia a 95% (noventa e cinco por cento) do salário de benefício, se do sexo masculino, 80% (oitenta por cento).

O interessante é que, se o segurado homem continuassem a exercer atividade laboral após se aposentar, o seu benefício era acrescido em 3% (três por cento) por cada ano de atividade, chegando ao máximo de 95% (noventa e cinco por cento).

Eram excluídos dessa regra os segurados jornalistas, ex-combatentes e professores, para os quais o tempo de serviço exigido era de 30, 25 e 30 anos, respectivamente, sendo que se fosse professora a aposentadoria integral era aos 25 (vinte e cinco) anos de trabalho.

A aposentadoria por tempo de serviço foi inicialmente instituída com a Lei Eloy Chaves que já autorizava a concessão de aposentadoria após 30 (trinta) anos de trabalho e no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade.

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 20 em 15 de dezembro de 1998, foi extinta a aposentadoria por tempo de serviço sendo substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição. As pessoas que já estavam filiadas ao sistema nesta data têm direito de ver o seu tempo de serviço contado como tempo de contribuição.

O grande objetivo da mudança de aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria por tempo de contribuição foi a adoção em caráter definitivo do aspecto contributivo no regime previdenciário.

Isso porque, o regime previdenciário de natureza contributiva busca o equilíbrio financeiro e atuarial, conforme dispõe o artigo 201, caput, da Constituição Federal⁴².

A aposentadoria por tempo de contribuição é devida ao homem que contar com 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, e a mulher que contar com 30 (trinta) anos, sendo que não limite de idade para que ela seja concedida.

A aposentadoria por tempo de contribuição exige carência de 180 (cento e oitenta) contribuições, isto é, necessita de no mínimo 180 (cento e oitenta) contribuições mensais para efetivar o seu direito a pleitear o benefício.

Como detalhadamente define Fábio Zambitte Ibrahim⁴³:

Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela Previdência Social, descontados os períodos legalmente estabelecidos, como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.

Importante ressaltar que o cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição é diretamente ao valor das contribuições por ele feitas durante o período contributivo.

Como dito, o sistema previdenciário brasileiro possui um caráter contributivo, e assim, o cálculo da renda mensal inicial será realizado no momento em que o segurado implementa todas as condições necessárias para a obtenção do benefício pleiteado.

Acontece que um desses requisitos é a comprovação efetiva das contribuições previdenciárias, e é a partir desse breve panorama sobre o tempo de contribuição que vamos adentrar no assunto que permeia este trabalho.

Estamos diante de uma difícil situação já que o trabalhador para fazer jus de gozar de direito social da aposentadoria, especialmente, aposentadoria por tempo de contribuição, precisa comprovar o seu efetivo período contributivo.

⁴²Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

⁴³IBRAHIM, Fábio Zanitte. Resumo de Direito Previdenciário. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pg 352.

Isso acontece porque é do segurado o dever de comprovar o seu tempo de contribuição perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mesmo que suas informações já constem no Cadastro Nacional Individual do Segurado – CNIS.

A prova do tempo de contribuição deve ser realizada nos moldes do disposto na legislação previdenciária, e muitas vezes só são aceitos documentos contemporâneos ao período contributivo que se quer provar.

Com a dura realidade do trabalho informal e com o alto custo de se cumprir com as obrigações trabalhistas, muitas vezes os empregadores ou deixam de recolher as contribuições sociais, ou muitas vezes, a descontam, porém, se absterem de repassá-las a previdência social.

Como forma de ver reconhecido o seu tempo de contribuição, o trabalhador ingressa com uma reclamatória trabalhista, nos termos que expostos no primeiro capítulo deste trabalho, com o objetivo de restar caracterizado o vínculo de emprego, a fim de se declare a relação de trabalho, a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, e se possível com a execução das contribuições previdenciárias.

Mesmo que seja prolatada a sentença trabalhista, ou homologado o acordo que reconheça o período em que o trabalhador deveria ter tido recolhida suas contribuições sociais, a mesma, muitas vezes, não é aceita na esfera previdenciária como prova, apenas como um início de prova material.

O início de prova material ainda é uma questão muito polêmica no âmbito previdenciário, isso porque, muitos segurados esbarram neste óbice legal, e não têm reconhecido o seu direito ao devido tempo contributivo, verdadeiramente trabalhado.

É exatamente essa questão que será abordada nos próximos tópicos deste capítulo, com o intuito de conceituar a sentença trabalhista, enquanto início de prova material, e delinear os diferentes posicionamentos sobre essa questão.

4.1 A problemática do início de prova material

Antes de adentrarmos ao problema central deste tópico, brevemente, relembremos algumas lições trazidas pelo Processo Civil para entender o que são provas, o seu valor, os diferentes tipos existentes, enfim, a sua dinâmica no âmbito

processual, para assim ponderar sobre o posicionamento previdenciário acerca da exigência de início de prova material.

A prova é o objeto do processo de conhecimento que tem por finalidade comprovar os fatos alegados pelos litigantes, submetida a apreciação do Juiz, para que através dela, se verifique a veracidade do fato alegado.

Assim, podemos dizer que a prova possui dois sentidos, um objetivo por ser um instrumento capaz de demonstrar a veracidade do fato alegado, e um subjetivo por ser um estado de espírito, uma convicção formada ao julgador em torno do fato demonstrado.

Como nos ensina o processualista Humberto Theodoro Junior⁴⁴:

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio.

A prova pode ser direta, aquela que demonstra a existência do fato alegado, ou indireta, aquela que coloca em evidência um outro fato que por uma linha de raciocínio lógico se chega a conclusão do fato a ser comprovado.

Importante ressaltar que, existem alguns fatos que não dependem de prova, conforme dispõe o artigo 334 do Código de Processo Civil, são eles os fatos notórios, os afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária, os admitidos, no processo, como incontroversos e os fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

O destino principal da prova é convencer o juiz que ela corrobora com os fatos alegados, para isso, o juiz não pode agir arbitrariamente, devendo observar que chamamos de método ou sistema, que pode ser o critério legal, o da livre convicção o da persuasão racional.

A regra geral é que, quem o fato alega, o fato deve provar. O artigo 333 do Código de Processo Civil reparte o ônus da prova da seguinte maneira, ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg.481.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, adverte que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, o juiz deve ser convencido através de meios idôneos, ou seja, provas juridicamente admissíveis.

De acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil, todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados.

Dentre os meios de prova admitidos estão: o depoimento pessoal das partes, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial, a inspeção judicial.

Após termos uma breve noção sobre a prova no âmbito processual, vamos adentrar ao âmbito a problemática da prova no âmbito previdenciário, isso porque mesmo com as mesmas informações constantes no CNIS do segurado, ele deve provar que tais recolhimentos foram realizados por ele.

Isto significa que, além das informações constantes no cadastro que pertence a Previdência Social, o segurado deve fazer prova de que essas informações são verídicas.

Isso acontece basicamente por dois motivos, o primeiro por ser uma tentativa de inibir fraudes contra o sistema previdenciário, e o segundo por ser uma maneira de não conceder o benefício de forma indevida, e onerar em demasia o erário público. Até porque, como todos sabem, hoje em dia, o sistema previdenciário brasileiro enfrenta uma enorme crise financeira, com um déficit monetário que chega a aproximadamente 27 milhões de reais somente no primeiro semestre de 2013.⁴⁵

Assim, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a exigir do segurado o que denomina-se de início de prova material, isto é, para que reste comprovado o tempo de serviço do segurado, ele deverá apresentar ao INSS provas fundadas em início de prova material.

Isso quer dizer que, por exemplo, a sentença trabalhista que reconheceu o vínculo de emprego e executou as contribuições previdenciárias do segurado reclamante, somente produzirá seus efeitos se tiver sido prolatada com base em prova material, que tenha servido de base para a condenação da Reclamada, e que possa ser hábil para influenciar na relação previdenciária.

⁴⁵ Os dados foram coletados a partir das informações divulgadas pelo Censo 2010, no site <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-grandes-grupos-de-idade> acessado em 03.09.2013.

Mesmo que o processo tenha sido tramitado observados todos os requisitos e pressupostos para sua admissibilidade, se a sentença trabalhista baseou-se, por exemplo, em apenas prova testemunhal, a mesma não produzirá efeitos de início de prova material no âmbito previdenciário.

Assim, a utilização da sentença trabalhista como início de prova material para comprovação do exercício de atividade laborativa, só é possível desde que existam outros elementos aptos à comprovação do período alegado.

Não estamos tratando da validade da sentença trabalhista, pois essa produz efeitos na esfera em que foi prolatada. Porém, para que ela sirva como documento capaz de embasar uma pretensão de reconhecimento de tempo de serviço na esfera previdenciária, é necessário que ela tenha se baseado em prova documental contemporânea à relação de trabalho declarada.

Mais crítica ainda fica a sentença trabalhista que homologou um acordo entre Reclamante e Reclamada, que mesmo reconhecendo a existência do vínculo de emprego, pôs fim a lide sem que tenham sido produzidas nenhuma prova material. Essa sentença homologatória também não tem sido aceita como documento apto a fundamentar um pedido de reconhecimento de tempo de serviço.

O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social tem fundado na esfera administrativa a posição consolidada pela Sumula 04 do Conselho de Recursos da Previdência Social, que diz que não será admitida como eficaz para comprovação de tempo de contribuição e para qualquer outro fim previdenciário, a sentença trabalhista que não tenha sido fundamentada em início razoável de prova material contemporânea.

Nota-se que os critérios requeridos pela autarquia federal são dotados de subjetividade, já que não conseguimos definir o que seria considerado um início razoável de prova material, o que deixa o segurado a mercê da decisão do INSS.

A única hipótese que o INSS já se posicionou, inclusive com a edição de uma Instrução Normativa, a IN 45/2010, é em aceitar a sentença trabalhista transitada em julgado que envolva complementação de salários de contribuição de vínculo devidamente comprovado. Somente nessa hipótese não é exigido o início de prova material pelo INSS, independente de existência de recolhimentos.

Cumpramos ressaltar um importante ponto, caso seja efetuado o registro em CTPS, mesmo que advindo de uma condenação trabalhista, esta não será considerada pela INSS como prova plena, porém, constitui início de prova material

para fins previdenciários, sem especificar o tipo de instrução do processo trabalhista que seria suficiente para a caracterização de início de prova material.

Outro óbice ao direito do trabalhador de ver computado seu tempo de contribuição através da sentença trabalhista, é que o INSS não figura no polo da ação na Justiça do Trabalho, nem atua como terceiro interessado, isto quer dizer que, a rigor, se o INSS participasse das lides trabalhistas, teria um controle maior sobre o rol probatório trazido aos autos, e poderia já reconhecer o tempo de contribuição do trabalhador.

4.2 Os aspectos jurisprudenciais da sentença trabalhista como início de prova material

O artigo 55 parágrafo 3º da Lei 8.213/91⁴⁶ dispõe que a comprovação do tempo de serviço, deve ser baseada em início de prova material, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

Para o presente trabalho, o maior problema cinge em saber se além da proposta da Justiça do Trabalho ser competente para declarar o tempo de serviço/contribuição do trabalhador, a sentença trabalhista é eficaz como início de prova material no âmbito previdenciário.

O tema é ainda controvertido, principalmente pelos diferentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federal – TNU.

O posicionamento da Corte Superior tem caminhado para o reconhecimento da sentença trabalhista como início de prova material capaz de comprovar o tempo de serviço caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária.⁴⁷

⁴⁶ Art. 55. O tempo de serviços será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

⁴⁷A fim de caracterizar o posicionamento adotado pelo STJ, vejamos a ementa do voto do Ministro Jorge Miussi: PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA NÃO FUNDAMENTADA EM PROVAS DOCUMENTAIS

Caso não haja produção de qualquer tipo de prova nos autos da reclamação trabalhista, inexistente condição para que a sentença proferida na Justiça do Trabalho seja reconhecida como início de prova material na Justiça Federal ou no procedimento administrativo do INSS.

Já a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – TNU, deixou pacificado na edição de sua Súmula 31 de 31 de fevereiro de 2006, que diz genericamente que a anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista constitui início de prova material para fins previdenciários⁴⁸.

Assim, a TNU vem aplicando a Súmula nº 31 sem fazer qualquer referência às espécies de provas produzidas na Justiça do Trabalho.

Neste sentido ainda que no processo trabalhista não tenha sido apresentado nenhum início de prova material, o desprezo da sentença trabalhista ainda que meramente homologatória, como início de prova material, é a institucionalização do desrespeito à atividade jurisdicional, uma vez que é dever de qualquer magistrado, no exercício de suas funções analisar a regularidade de acordo que homologa,

E TESTEMUNHAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO-CARACTERIZADO. 1. Segundo entendimento pacífico desta Terceira Seção, a sentença trabalhista será admitida como início de prova material, apta a comprovar o tempo de serviço, caso ela tenha sido fundada em elementos que evidenciem o labor exercido na função e o período alegado pelo trabalhador na ação previdenciária. 2. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. Súmula n.168/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg nos EREsp: 811508 PR 2011/0302999-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 28/11/2012, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/12/2012).

⁴⁸ PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORATIVA. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. ACOLHIMENTO COMO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SÚMULA Nº. 31 DA TNU. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM Nº. 20 DA TNU. ANULAÇÃO DA SENTENÇA DO ACÓRDÃO. ADEQUAÇÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO EM PARTE. 1 – Esta Turma Nacional firmou entendimento no sentido de que a sentença trabalhista e/ou a anotação em CTPS dela decorrente servem como início de prova material de tempo de serviço, ainda que no processo trabalhista não tenha sido apresentado nenhum início de prova material, consoante se extrai do verbete da sua Súmula nº 31, in verbis: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários.” 2 – A decisão impugnada acolheu a anotação realizada na CTPS do de cujus decorrente de sentença trabalhista homologatória de acordo como prova plena do labor do segurado, afrontando o entendimento sumulado desta TNU. 3 – A análise do atendimento dos requisitos necessários ao deferimento do pleito formulado na inicial demandaria exame de questões de fato – corroboração do início de prova material por prova testemunhal colhida em audiência, entre outros aspectos – que não é possível nesta instância. 4 – Aplicação da Questão de Ordem nº. 20 desta TNU. 5 – Acórdão e sentença anulados, para que seja dada oportunidade à parte de produzir prova testemunhal e proferidos novos julgamentos. 5 - Incidente de uniformização conhecido e parcialmente provido. (TNU - PEDILEF: 218547620054013600 MT, Relator: JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA, Data de Julgamento: 06/09/2011, Data de Publicação: DOU 14/10/2011)

coibindo fraudes e conluíus e impondo, inclusive, a observância das consequências advindas da conciliação pretendida.

A TNU ainda considera que o reconhecimento de qualquer tipo de eficácia da sentença trabalhista, fere a coisa julgada, corolário da segurança jurídica.

Contudo, o que temos visto no caso concreto é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reformado julgados da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais que aplicam a Súmula nº 31, principalmente quando se trata de sentença homologatória de acordo trabalhista, em que não ha qualquer produção de prova, debates ou conflito.

Podemos visualizar em alguns casos pontuais que os Ministros do STJ têm ampliado a interpretação e aceitado a produção de prova meramente testemunhal no processo trabalhista, capaz de ser constituída como início de prova material.

Essa manifestação de entendimento se dá no sentido de que, se houve somente produção de prova testemunhal, a sentença trabalhista poderia ser utilizada no processo previdenciário como início de prova material. Registra-se que este tema deve ser enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça e que ele não esbarra no óbice da sua Súmula nº 7⁴⁹, que dispõe que a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Isso porque, em diversos casos a Corte deixou claro que se trata de valoração da prova.

Somente a título informativo, temos que relatar que administrativamente, o INSS só aceita como inicio de prova material a sentença trabalhista que foi proferida com base em documentos contemporâneos a época dos fatos pleiteados.

Assim, ao observar a orientação jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça percebemos que ela limita o alcance das sentenças trabalhistas como início de prova material somente nas hipóteses em que esteja lastreadas em provas documentais e/ou testemunhais suficientes à demonstração do efetivo exercício da atividade laborativa nos períodos reclamados.

De modo diverso, percebemos que a TNU pacificou orientação jurisprudencial sobre a mesma matéria no sentido de que a sentença trabalhista e/ou a anotação em CTPS dela decorrente, serve como início de prova material de tempo de serviço ainda que no processo trabalhista não tenha sido apresentado nenhum início de prova material, consoante se extrai do verbete de sua Súmula nº 31.

⁴⁹STJ Súmula nº 7 -Reexame de Prova - Recurso Especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Um dos grandes problemas enfrentados pelo trabalhador na esfera previdenciária é que com a adoção mais abrangente da caracterização da prova material da sentença trabalhista acaba-se por deferir benefícios previdenciários em processos instruídos somente com base em provas testemunhais, contrariando o que prevê a legislação previdenciária, que não admite a prova exclusivamente testemunhal, conforme Sumula 149 do STJ⁵⁰.

Assim, o presente trabalho traz uma proposta de uma nova visão, de um novo caminho, uma nova alternativa capaz de fazer com que a Justiça do Trabalho, através da sentença trabalhista garanta efetivamente os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores a aposentadoria, como abordaremos no próximo capítulo.

5 O direito ao trabalho e a previdência social sob a ótica dos direitos fundamentais

A Constituição de 1988, influenciada pelo cenário de prosperidade mundial, trouxe em seu escopo os direitos humanos como princípios fundamentais de uma sociedade harmônica e justa.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari:⁵¹

Se houvesse possibilidade de aplicar inteiramente as normas constitucionais relativas à ordem econômica, sem considerar os artigos que tratam dos Direitos Humanos e de suas garantias, a sociedade brasileira iria manter os privilégios e as injustiças sociais acumulados durante quase quinhentos anos de história.

Assim, podemos dizer que os direitos fundamentais nascem de um processo de positivação dos direitos humanos, sendo reconhecidos pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho nos explica:

“As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimos. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável,

⁵⁰A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeitos de obtenção de benefício previdenciário.

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Novos Estudos Jurídicos, nº1 – 2º Semestre, Itajaí:1995, p.26

intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

A Constituição cidadã fixa como princípios que deverão condicionar e orientar a aplicação de todas as suas normas, no Título II, que denomina-se: Dos Princípios Fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho.

Dessa forma, direitos fundamentais seriam direitos inerentes a pessoa humana positivados a luz da Constituição Federal. Dentro desse panorama, ao analisarmos a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, são reconhecidos como direitos fundamentais: a vida, a liberdade, a igualdade, justiça, a segurança, a saúde, a educação e a cidadania.

É significativa a inclusão do Título VIII da Constituição, proteção dos direitos de ordem social, como a seguridade social. Podemos assim, constatar que os direitos sociais, especialmente para o presente trabalho o direito ao trabalho (e o seu valor social) e o direito a previdência social são direitos fundamentais.

Podemos notar, assim, que os direitos sociais encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, e foi exatamente isso que resultou na abertura de um capítulo próprio no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

Cronologicamente, a doutrina constitucional, de forma majoritária, reconhece três dimensões de direitos fundamentais: a primeira dimensão que afirma os direitos vinculados ao princípio da liberdade (civis e políticos), a segunda dimensão que são os direitos vinculados ao princípio da igualdade, os direitos sociais e a terceira dimensão que trata dos direitos coletivos que corresponderia aos direitos ligados ao princípio da fraternidade.⁵²

Os direitos fundamentais sociais são liberdades positivas que visa à concretização da igualdade social. Igualdade essa que é exatamente um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito.

Tal Estado Democrático de Direito, vale ressaltar, é quem possibilita a garantia dos direitos fundamentais. Numa perspectiva metodológica da metódica constitucional, temos que:

⁵² A doutrina moderna também considera a existência da quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais, porém, não entraremos neste debate, bem como não abordaremos a diferente nomenclatura dada pela doutrina de gerações ou dimensões.

⁵³O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido com muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa de elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação e conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas

Assim, como nos explica José Afonso da Silva, os direitos sociais “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Por possuírem um perfil prestacional, os direitos sociais necessitam de um postura intervencionista dos poderes públicos para que possam ser realmente eficazes, o que, por conseqüência, acarreta numa série de questões controvertidas que precisam ser equacionadas.

Esse é um dos grandes desafios do Poder Judiciário na persecução da efetividade dos direitos fundamentais sociais, e no que tange o objeto do presente trabalho, especialmente, a problemática da eficácia da sentença trabalhista no âmbito previdenciário.

Lembrando que temos por efetividade a brilhante definição dada por Luís Roberto Barroso⁵⁴:

É a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o deve ser normativo e o ser da realidade social.

Neste diapasão, a concretização dos direitos fundamentais sociais implica numa real necessidade de atualização de conteúdos normativos de modo a torna-los coerentes com a realidade.

Por isso, é destacado o papel dos juízes em matéria de concretização dos direitos fundamentais sociais, como é pretendido no presente trabalho de ser reconhecida na esfera previdenciária a sentença proferida pelo Juiz do Trabalho.

⁵³ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limanad, 2000, p.36.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.83.

5.1 A evolução do pensamento jurídico através da Teoria da Jurisprudência

Através da teoria das jurisprudências tentaremos desvendar de maneira a compreender a evolução do direito enquanto fenômeno histórico cultural que foi marcado por um processo histórico complexo.

Para ser considerado uma Ciência o Direito precisou desenvolver uma metodologia própria, que permitisse a construção do pensamento jurídico a partir das Jurisprudências..

Como bem disserta Cabral Moncada⁵⁵, “a história do direito deve conceber-se como uma história de conceitos construtivos e das dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos do passado, procurando fazer-se a reconstituição, fixação e caracterização destes nas suas relações entre si e com o presente”.

Assim, a Ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permitem orientar a valoração no caso concreto, dentro de alguns limites.

Com o objetivo de buscar soluções que proporcionem aos cidadãos que se valem da prestação jurisdicional, uma maior eficácia e efetividade, para que atenda os conflitos, e a mesma seja sinônimo de justiça, tentaremos resgatar a formação do pensamento jurídico através da teoria das jurisprudências, para que assim saibamos os novos rumos que esse fenômeno sociocultural irá tomar.

Primeiramente, devemos lembrar que a teoria das jurisprudências, aquele que divide a jurisprudência em conceitos, interesses e valores, tem sua origem na escola alemã, uma corrente jurídico-filosófica que surgiu em oposição ao pensamento jusnaturalista iluminista.

A Jurisprudência dos conceitos foi a responsável por introduzir o método lógico dedutivo nos sistemas jurídicos, e assim, considera-os fechados e completos.

Havia um forte apego ao racionalismo dogmático e as fontes do Direito estavam nos costumes, nas leis, e na própria ciência jurídica. Assim, o juiz não tinha qualquer possibilidade criativa, ou seja, negava-se a interpretação das leis por outras fontes.

⁵⁵MONCADA, Cabral. O problema Metodológico na história do direito português. Volume II, Coimbra: Editora Coimbra, 1949, p. 213.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., jurista famoso por estudar o Direito enquanto ciência, nos disserta sobre a análise sistemática:

Essa concepção de sistema, que informa notavelmente a “jurisprudência dos conceitos” (Begriffjurisprudens), acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua “pirâmide de conceitos” que enfatiza, conhecidamente, o caráter lógico dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da genelalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.⁵⁶

De acordo com a pirâmide elaborada por Puchta, o conceito geral localizava-se no vértice e os conceitos específicos na base, assim, o ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a submeter, como espécies, e até mesmo subespécie, todos os outros conceitos, de forma que cada ponto da base passa a subir até o vértice, seguindo o caminho da eliminação particular.

Os conceitos gerais e específicos, ou em outras palavras, os conceitos fundamentais e especiais comunicam-se nessa estrutural piramidal.

O formalismo jurídico trazido plena jurisprudência de conceitos, desenvolveu-se desde o final do século XVIII e mantém-se até os dias de hoje, sendo que não há dúvidas que foi impulsionado pelo positivismo e reafirmado pelo normativismo defendido por Hans Kelsen.

Para Kelsen, quando defende a teoria pura do direito, a metodologia da subsunção alcança o seu ápice na doutrina da estrutura escalonada da norma. A imagem piramidal é mantida. No vértice se localiza a norma fundamental como pressuposto lógico-transcendental e fundamento de validade, de onde decorre a validade de todas as normas jurídicas.

A grande crítica a jurisprudência dos conceitos é a ligação entre a base e o vértice da pirâmide, já que os conceitos especiais passam a ser entendidos somente segundo os conceitos fundamentais a que se integram e não pela sua função no contexto em que se inserem.

Além disso, há um claro distanciamento do direito com a realidade social, bem como a alienação da ciência e a ausência de consciência crítica devidos aos excessos lógicos-formais, que impulsionaram a mudança do pensamento jurídico na modernidade. Surge assim, um cenário favorável para o desenvolvimento da jurisprudência de interesses.

⁵⁶FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do Direito. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p.33.

Assim, o final do século XVIII e o século XIX foram marcados por uma proposta de jurisprudência pragmática voltada à compreensão do valor da vida e a sua transposição para o direito.

Destaca-se a obra de Jhenring⁵⁷ que enfrenta a questão da ausência de valor na jurisprudência dos conceitos, e concebe, a doutrina finalista do direito.

Seguindo pelos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁵⁸, “com o advento da chamada “jurisprudência dos interesses” (Interessenjurisprudenz), o sistema não perde o ser caráter de totalidade fechada e perfeita, mas perde em parte sua qualidade lógico-abstrata”.

Para Ihering a finalidade do direito é a proteção de interesses, visando conciliar os interesses individuais com os coletivos, por isso concebe o direito como um “interesses juridicamente protegidos”.

A jurisprudência dos interesses vai contra a ilusão da dialética jurídica, contra os excessos positivistas, contra o culto da lógica que tenta criar uma fórmula matemática para o Direito.

Ela surge num momento em que os equívocos postulados pela jurisprudência de conceitos, propicia um cenário favorável para a desconstrução da logicidade, e assim é introduzido o elemento finalístico na produção e aplicação do direito, que agora sempre se volta a um fim social.

Há assim, uma concepção de direito com a finalidade de proteção dos interesses, mas só enquanto a houver convergência dos interesses sobre o mesmo sobre um mesmo fim, o que suscita a cooperação entre o Estado a sociedade, o que de certa forma enriquece a chamada sociologia do direito.

Apesar de ter sido Ihering quem concebeu a doutrina dos interesses, foi PhilippHeck⁵⁹, quem construiu a metodologia da jurisprudência dos interesses, assim, remontou a interpretação das leis, que agora deveriam levar em consideração as concepções do legislador, os interesses causais da demanda.

⁵⁷Rudolf von Ihering, jurista alemão que dedicou parte de sua obra na tentativa de traçar novos parâmetros para se conceber uma Ciência do Direito. No Brasil, as teorias de Ihering influenciaram, principalmente, a chamada “Escola do Recife” onde foram adotadas muitas de suas teses jusfilosóficas.

⁵⁸ FERRAZ JR., TércioSampaio. A ciência do Direito. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p.33.

⁵⁹Philipp Heck, importante jurista alemão que se preocupou com um trabalho focado na história jurídica, e principalmente, voltado a criação de uma metodologia. Foi fortemente influenciado por Ihering, e defendia uma maior liberdade de interpretação por parte dos magistrados.

A jurisprudência dos interesses é impregnada de uma certa orientação sociologia, o que de certa forma, foi muito bem recepcionada na medida em que obteve no âmbito prático os resultados para o qual se destinava.

Outra importante contribuição é que aos poucos, o formalismo lógico do sistema desenvolvido pela jurisprudência dos conceitos jurídicos abstratos foi dando lugar a uma nova orientação jurídica, voltada para os interesses sociais.

A jurisprudência dos interesses enfrentou críticas como, por exemplo, a ausência de preocupação direta com a questão do valor, embora presente naturalmente no ambiente social.

Apesar disso, os equívocos teóricos desta corrente não comprometeram a finalidade do conjunto metodológico por ela proposto, que deixou importantes parâmetros no sentido em que promoveu na esfera da interpretação, isto é, da hermenêutica, uma formulação compromissada com a ideia central de que devem ser os alicerces da interpretação do direito os fatos sociais, os eventos da vida em sociedade, bem como os interesses individuais e dos grupos sociais.

Os movimentos metodológicos conduziram e propiciaram um novo ambiente marcado pela necessidade de uma concepção de pensamento jurídico que fosse capaz de absorver valores, princípios, que era exatamente esse um dos pontos críticos da jurisprudência dos interesses, já que não levavam em consideração os aspectos axiológicos do direito.

O século XX foi marcado pela crise do direito, pelos problemas e transformações provocados pela globalização desenfreada, o que causou uma ruptura com os velhos paradigmas, que deu visibilidade para uma nova postura do direito vinculada a identificação da função transformadora do Estado Democrático de Direito.

Assim, há de-se a transição da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores, reconhecendo que os valores, ou os critérios de valoração, devem ser utilizados em benefício da compreensão dos casos concretos, na medida de sua dimensão legal.

Surge assim a contribuição essencial de Dworkin⁶⁰ e Alexy⁶¹, que com a jurisprudência dos valores trazem os princípios como critério interpretativos de normas, de forma a não importar se são tidos como legais, ou supra legais.

Temos, assim, uma importante mudança de paradigma, sendo que a base principiológica torna-se indispensável para a produção científica na perspectiva de uma paradigma epistemológico, ou conceitual.

Nesse sentido e seguindo por esse caminho proposto pela jurisprudência dos valores é que foi recepcionado, inclusive pelo direito brasileiro, um a interpretação conforme Constituição, que hoje conhecemos por constitucionalismo jurídico.

A jurisprudência passa a ser orientada por valores tanto o ponto de vista prático (aplicação do direito) como no ponto de vista teórico (dogmático). Entretanto, juristas enfrentam dificuldade ainda hoje para realizar essa interpretação axiológica, isso porque muitos deles não têm clara consciência de uma base constitucional, pois equiparam o pensamento jurídico com a subsunção, ou com as deduções lógicas, e não conseguem considerar a possibilidade de uma fundamentação racional baseada em valores.

A jurisprudência dos valores passa por um grande desafio de convencer a comunidade jurídica sobre o valor da constituição e do constitucionalismo.

Isso porque são raras as decisões que aplicam as técnicas de interpretação conforme a Constituição (ou o constitucionalismo), o que significa uma ineficácia constitucional, que não consegue dar efetividade aos princípios que a norteiam. Há sem dúvida uma ausência de hermenêutica adequada.

A jurisprudência dos valores propõe que o Direito passe a ser tratado como uma realidade complexa que se desenvolve fundado em princípios que servem de instrumento garantidor de justiça no caso concreto, tornando efetiva a função social do direito que visa assegurar e solucionar conflitos da vida em sociedade.

⁶⁰Ronald Dworkin, filósofo do direito norte-americano, contribuiu consideravelmente para uma nova interpretação do Direito, como forma de enxergar a norma sob “sua melhor luz, sendo o Direito orientado por um ideal político. Dworkin faleceu recentemente, em fevereiro de 2013.

⁶¹Um dos maiores filósofos e estudiosos do Direito alemão da contemporaneidade. Robert Alexy concebe uma visão do direito tanto normativista como Hans Kelsen, como jusnaturalista como Gustav Radbruch, mas coloca a teoria da argumentação como uma fonte interpretativa do direito. Sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais é uma das mais influentes sobre a importância dos princípios no ordenamento jurídico e como garantidos de Justiça.

E é exatamente esse o ponto crucial do presente trabalho, com o Direito sendo tratado com uma realidade complexa, as ramificações e especializações deixam de ser estudadas de maneira estrita, e passam a se integrar de forma a construir uma nova ciência do Direito.

Ciência essa capaz de entender o Direito como um todo, não só formado por lei, ou criado para garantir os interesses sociais das pessoas, mas um Direito capaz de seguir os princípios consagrados na Constituição, de levar em consideração valores, afim de que a função hermenêutica e axiológica dos magistrados seja o reflexo de uma verdadeira e eficaz prestação jurisdicional.

Esse é o objetivo maior do presente trabalho, que com a proposta de enxergar o Direito como um todo, vislumbra a Justiça do Trabalho como um mecanismo de eficácia do direito social a aposentadoria do trabalhador quando este necessita de um início de prova material que comprove o seu tempo de contribuição.

Assim, a sentença trabalhista pode exercer dois papéis muito importantes no reconhecimento do tempo de contribuição do trabalhador. O primeiro é que pode servir uma início de prova material para que o trabalhador consiga provar na esfera previdenciária o seu efetivo tempo de serviço, para que esse seja considerado parte do período contributivo do futuro segurado.

Um significativo passo foi dado deste sentido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando a Primeira Seção aceitou, por maioria de votos, a possibilidade de reconhecer período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como prova material, baseado em prova testemunhal, para contagem de tempo de serviço para efeitos previdenciários.

Importante ressaltar que essa questão foi decidida seguindo o rito dos recursos repetitivos, quando ações com a mesma tese ficam suspensas nas instâncias ordinárias e no próprio STJ até uma decisão definitiva, que guiará as demais.

Vale lembrar que, para fins previdenciários os documentos apresentados com a finalidade de início de prova material devem ser contemporâneos a data do período laboral indicado, e essa contemporaneidade é uma das dificuldades enfrentadas pela sentença trabalhista.

O segundo papel, talvez um pouco mais utópico, visto que nossa Constituição não assegura especificamente uma possível competência trabalhista para determinar que a sentença que reconheça o vínculo de emprego tenha um

caráter condenatório em face ao Instituto Nacional do Seguro Social, para que as informações dela extraídas, ou as contribuições dela executadas, integrem, diretamente, o período contributivo do empregado.

Curiosamente, hoje o trabalhador que tem as suas contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho enfrente uma dificuldade imensa de fazer com que essas contribuições sejam incluídas em seu CNIS.

Isso porque, mesmo tendo havido o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias pelo empregador, o trabalhador ainda tem que propor uma demanda previdenciária, para que essas contribuições executadas na esfera trabalhista sejam divididas pelas competências dos referidos recolhimentos.

Nota-se que o empregado tem que propor duas demandas cujo um dos pedidos é idêntico em esferas judiciais diferentes, isso é uma afronta direta ao princípio da economia processual, o que sobrecarrega o judiciário brasileiro de processos desnecessários.

A jurisprudência dos valores é a precursora na tendência de apresentar o sistema jurídico como um sistema aberto formado por normas, princípios, valores e formas de argumentação, isto é, em ver o direito como um modelo de coerência (ou adequação).

Esse caráter aberto da garantia dos direitos fundamentais vem expresso nas diferentes formas de proteção jurídica exercidas nas mais diferentes instâncias judiciais. Não só o conjunto de direitos fundamentais constitui uma “ordem de valores”, como constituem “decisões de valores.

Constitucionalizar direitos civis, incorpora-los num processo de controle de normas, que conseqüentemente limitará a autonomia política do legislador e fortalecer o controle da administração pública é um cenário que aos poucos está sendo vislumbrado no sistema jurídico brasileiro.

Com bem expõe a jurista portuguesa Cristina Queiroz:

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objetivo “sistema de valores”.⁶²

⁶²QUEIROZ, Cristina M.M. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.49

A problemática trazida pelo presente trabalho coloca problemas complexos de interpretação e de aplicação de direitos, isso porque do ponto de vista constitucional, o direito a aposentadoria é um direito fundamental social, que tem a possibilidade de ser mais efetivo com a colaboração da Justiça do Trabalho.

Estamos abertos a possibilidade de nos socorrer de princípios, valores, para garantir que o direito fundamental a aposentadoria, possa ser assegurado ao trabalhador, que na esfera trabalhista obteve uma sentença que lhe reconheceu o vínculo de emprego, ou executou suas contribuições previdenciárias, em prol de direitos fundamentais amparados e garantidos na Constituição Federal, mesmo que isso signifique ir contra ao que a legislação previdenciária considera razoável como início de prova material.

Isso porque, mais razoável do que qualquer formalismo jurídico, ou qualquer limitação ao direito, é a interpretação valorada de normas, tendo como amparo os princípios que norteiam a nossa Constituição Federal.

5.2 A Justiça do Trabalho como mecanismo de efetividade do direito social à aposentadoria

Consagrados especialmente pela Constituição Federal de 1988, os direitos sociais foram expressa e implicitamente protegidos e garantidos em nosso ordenamento jurídico.

Especialmente no que concerne a constitucionalização dos direitos e deveres em matéria social, concretizados pela legislação ordinária, pelas políticas públicas, os direitos sociais enfrentam o problema das resistências no que diz respeito à sua eficácia e efetividade.

Embora parte da doutrina ainda negue a condição dos direitos sociais como direitos fundamentais, não há como deixar de admitir que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu o rótulo de direitos sociais, um conjunto extenso e heterogêneo de direitos fundamentais.

Mesmo que se negue que os direitos sociais não façam parte do rol dos direitos fundamentais, é impossível deixar de perceber que os direitos sociais são direitos prestacionais (positivos) e defensivos (negativos), assim, notadamente, protegidos por nossa Constituição.

Além disso, podemos verificar que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, mesmo aqueles que não estão dispostos pelo Título II são, sem dúvida, direitos de titularidade individual, ainda que alguns possuam expressão coletiva. A aposentadoria, por exemplo, é um direito social assegurado ao indivíduo.

Dessa forma, afim de elaborar uma tentativa de se superar alguns empecilhos, o presente trabalho tem o objetivo de mostrar como a Justiça do Trabalho pode ser um ótimo mecanismo de efetividade do direito social a aposentadoria.

Isso porque, a Justiça do Trabalho ao proferir uma sentença de reconhecimento de vínculo empregatício, ou ao executar de ofício as contribuições previdenciárias, pode exercer um fundamental apoio ao trabalhador de ver reconhecido o seu direito a aposentadoria.

Como foi exposto no capítulo anterior, podemos perceber que a sentença trabalhista quando não aceita como início de prova material, prejudica imensamente o trabalhador segurado, além de desrespeitar a atividade jurisdicional do magistrado, podendo inclusive, atingir diretamente a coisa julgada, nossa maior segurança jurídica.

Ademais, se a Justiça do Trabalho fosse tida como competente para reconhecer o tempo de contribuição previdenciário do trabalhador, perceberíamos que os princípios do acesso a justiça e da celeridade e economia processual estariam cumprindo o seu devido papel.

Isso porque, ao não reconhecer o caráter executivo da sentença trabalhista na esfera previdenciária, estaríamos dificultando o acesso a justiça do trabalhador. Além disso, ao não admitir a sentença trabalhista como início de prova material, desrespeitaríamos não somente a atividade jurisdicional e competente do magistrado, como também seriam cerceados as provas e argumentos do autor para comprovar o seu tempo de contribuição.

Vale lembrar que, mesmo que a sentença trabalhista seja admitida como início de prova material na esfera previdenciária, isso significa que o trabalhador, além de ter ingressado com uma ação trabalhista que reconheceu o seu vínculo empregatício e/ou executou as suas contribuições previdenciárias, terá que propor uma nova demanda para que reste comprovado o seu efetivo tempo de serviço ou

tempo de contribuição, e assim, se feriria diretamente o princípio processual da economia.

O princípio da economia processual tem vinculação direta com o princípio do devido processo legal, assim, o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional.

Ademais, é evidente que a propositura de uma nova demanda lesa diretamente o princípio fundamental do acesso à justiça. Isso porque o conceito de acesso à justiça está atrelado aos direitos sociais e individuais protegidos por nossa Constituição.

Portanto, como nos orienta Mauro Capelletti⁶³, o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humano – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos.

Afim de cumprir com o objetivo principal do presente trabalho, iremos propor a seguir uma nova visão Direito, uma visão complexa, e não se atina apenas nas divisões e ramificações das áreas jurídicas, para que assim, consigamos elaborar através do resgate da formação do pensamento jurídico uma alternativa para que a Justiça do Trabalho se torne um mecanismo eficiente na garantia do direito social a aposentadoria.

⁶³CAPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, pg 12.

Considerações Finais

É claro o amparo constitucional aos direitos sociais do trabalho e da previdência social, inclusive sendo um direito do trabalhador a aposentadoria. É possível constatar, ainda que superficialmente que o direito do trabalho e o direito previdenciário possuem uma íntima ligação.

No Brasil, a consolidação dos direitos trabalhistas foi um fundamento histórico importante para que se buscasse uma maior efetivação dos direitos do trabalhador, em especial os direitos do trabalhador perante a previdência social.

Assim, constata-se que todos trabalhadores, sejam aqueles com vínculo empregatício, sejam trabalhadores avulsos, trabalhadores domésticos, trabalhadores autônomos, enfim, todos os que auferem renda a partir de atividade remunerada são segurados obrigatórios da previdência social.

Por serem segurados obrigatórios, os empregados vertem contribuição à previdência social para poderem gozar de seus benefícios, necessitando comprovar, basicamente, a carência e a qualidade de segurado.

Quando desamparado de uma relação formal de emprego, o trabalhador busca através de uma ação trabalhista o reconhecimento do vínculo de emprego a fim de ver garantidos todos os direitos asseverados ao empregado.

Anotação e registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), gozo e pagamento de férias, descanso semanal remunerado, depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e recolhimento das contribuições previdenciárias são algumas das principais consequências do reconhecimento do vínculo de emprego.

No que concerne as contribuições previdenciárias, foco deste presente trabalho, a Justiça do Trabalho pode exercer um papel crucial quando diante de uma reclamação trabalhista com esta finalidade.

Especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a competência da Justiça do Trabalho passou a ser para conciliar e julgar os dissídios individuais ou coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta ou indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Esse tema ganhou especial atenção em função da alteração trazida pela EC 45/2004, que modificou a redação inicial do artigo 114, ampliou, consideravelmente, a competência material da Justiça do Trabalho.

Diante dessa nova competência surgiram algumas dúvidas e conflitos, já que a sentença trabalhista que reconheceu judicialmente o vínculo de emprego e o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias, no que concerne ao entendimento da Previdência Social não obriga o INSS a reconhecer o tempo de serviço do reclamante.

Por se tratarem de sentenças condenatórias, a sentença trabalhista enseja o reconhecimento da prescrição, o que pode causar expressivos prejuízos ao trabalhador, dentre eles, problemas relativos aos aspectos previdenciários.

Uma interessante alternativa percorrida para que o trabalhador pudesse se valer de seu tempo de serviço, agora tempo de contribuição, sem que incida a prescrição trabalhista para os pedidos cujo objeto é a anotação para fins previdenciários, seria o ingresso de uma reclamatória de caráter declaratório.

Nas sentenças declaratórias não ocorre a incidência da prescrição, entretanto, por não ter o caráter condenatório, não é processualmente possível que se executem as contribuições previdenciárias.

Como dito, o sistema previdenciário brasileiro possui um caráter contributivo, e se faz necessário no âmbito previdenciário que seja comprovada efetiva contribuição a seguridade social.

Estamos diante de uma difícil situação já que o trabalhador para fazer jus de gozar de direito social da aposentadoria, especialmente, aposentadoria por tempo de contribuição, precisa comprovar o seu efetivo período contributivo.

Como forma de ver reconhecido o seu tempo de contribuição, o trabalhador ingressa com uma reclamatória trabalhista, com o objetivo de restar caracterizado o vínculo de emprego, a fim se declare a relação de trabalho, a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, e se possível com a execução das contribuições previdenciárias.

Mesmo que seja prolatada a sentença trabalhista, ou homologado o acordo que reconheça o período em que o trabalhador deveria ter tido recolhida suas contribuições sociais, a mesma, muitas vezes, não é aceita na esfera previdenciária como prova, apenas na melhor das hipóteses como um início de prova material.

O início de prova material ainda é uma questão muito polêmica no âmbito previdenciário, isso porque, muitos segurados esbarram neste óbice legal, e não têm reconhecido o seu direito ao devido tempo contributivo, verdadeiramente trabalhado.

Nota-se que os critérios requeridos pela autarquia federal são dotados de subjetividade, já que não conseguimos definir o que seria considerado um início razoável de prova material, o que deixa o segurado a mercê da decisão do INSS.

O tema é ainda controvertido, principalmente pelos diferentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federal – TNU.

De fato os direitos sociais encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, tratados como direitos fundamentais sociais que são liberdades positivas que visam à concretização da igualdade social.

Com o objetivo de buscar soluções que proporcionem aos cidadãos que se valem da prestação jurisdicional, uma maior eficácia e efetividade, para que atenda os conflitos, e a mesma seja sinônimo de justiça, procurou-se resgatar a formação do pensamento jurídico através da teoria das jurisprudências, para que assim saibamos os novos rumos que esse fenômeno sociocultural irá tomar.

Dessa forma, afim de elaborar uma tentativa de se superar alguns empecilhos, o presente trabalho teve o objetivo de mostrar como a Justiça do Trabalho pode ser um ótimo mecanismo de efetividade do direito social a aposentadoria.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. In Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 14/09/2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.constituicaocompilado.htm. Acesso em 15/08/2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*, 1ª ed: São Paulo: LTr, 2005.

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Novos Estudos Jurídicos, nº1 – 2º Semestre, Itajaí: 1995.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed: São Paulo. LTr, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instruções de direito processual civil, V, III*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2012.

IBRAHIM, Fabio Zanitte. *Resumo de Direito Previdenciário*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

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

LUGON, Luiz Carlos de Castro e LAZZARI, João Batista. *Curso Modular de Direito Previdenciário*. 1ª ed: Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*, 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e pratica forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, Volume 6*. Campinas: Bookseller, 2000.

MONCADA, Cabral. *O problema Metodológico na história do direito português. Volume II*, Coimbra: Editora Coimbra, 1949.

MULLER , Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limanad, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 34 ed. São Paulo: LTr, 2009.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito Previdenciário Esquematizado*. 2ªed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.

RUSSUMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Método.

SCHIAVI, Mauro. *Manual do Direito Processual do Trabalho*, 5ª ed: São Paulo, LTr, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A sentença no processo do trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: LTr, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.