



CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ORIUNDAS DO CONTRATO DE TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES COMO INSTRUMENTO PARA SUA EFETIVAÇÃO

PENSION CONTRIBUTIONS FROM THE WORK CONTRACT AS FUNDAMENTAL LAW: SOURCE DIALOGUE THEORY AS AN INSTRUMENT FOR ITS EFFECTIVENESS

Fernando Nogueira Bebiano

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA). MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV.

Océlio de Jesus Carneiro Morais

Juiz Federal do Trabalho, Titular da 11ª Vara do Trabalho de Belém/PA; Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor em Direito (Direito Social Fundamental) pela (PUC-SP).

Editor Científico:

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

Submissão: 29/03/2017

Aprovação: 09/11/2017

RESUMO

Há uma dicotomia entre o direito do trabalho e o previdenciário provocado por uma interpretação literal do parágrafo 3º, artigo 55 da Lei nº 8.213/91 realizada pelo INSS que não aceita de forma automática os efeitos das decisões trabalhistas para fins previdenciários. Criando, desta forma, um antagonismo entre os subsistemas de justiça especializada que tem potencial de gerar lacuna no ordenamento jurídico, obstaculizando o trabalhador segurado o exercício de seu direito fundamental à previdência social. Essa pesquisa foi desenvolvida a luz de uma abordagem analítica afim de identificar as lacunas provocadas por esse antagonismo normativo, e para promover a heterointegração dos subsistemas, foi proposta a teoria do Diálogo das fontes, sendo esta a relevância social desta pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência social. Direito fundamental. Diálogo das Fontes.

ABSTRACT

There is a dichotomy between labor and social security law caused by a literal interpretation of paragraph 3, article 55 of Law nº 8.213/91 carried out by the INSS that does not automatically accept the effects of labor decisions for social security purposes. This creates an antagonism between the specialized justice subsystems that have the potential to create a gap

in the legal system, preventing the insured worker from exercising his or her fundamental right to social security. This research was developed in light of an analytical approach in order to identify the gaps caused by this normative antagonism, and to promote the heterointegration of subsystems, the theory of the Source Dialogue was proposed, being this the social relevance of this research.

KEYWORDS: Social security. Fundamental right. Source Dialogue.

INTRODUÇÃO

Ao se negar a dar efeitos automático as decisões trabalhistas para fins previdenciários o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) acaba por provocar um antagonismo entre a Justiça Federal do Trabalho e a Previdenciária.

Partindo desta premissa (antagonismo entre os subsistemas de Justiça especializada), foi feita uma abordagem analítica afim de verificar o problema e sua interferência na harmonia que deve existir entre as normas jurídicas, bem como o seu efeito prático na vida do trabalhador segurado.

Do ponto de vista hermenêutico, a interpretação literal realizada pela Autarquia Federal (INSS) do parágrafo 3º do artigo 55 da Lei 8.213/9 acaba por gerar uma lacuna no ordenamento jurídico. Portanto, esta pesquisa tem por objetivo analisar o impacto dos efeitos desta lacuna na vida do trabalhador segurado, propondo como solução para colmatar a lacuna, a teoria do Diálogo das fontes, afim de promover a heterointegração entre os subsistemas, previdenciário, processo do trabalho, processo civil intermediado pelo direito Constitucional, sendo essa a relevância social dessa pesquisa.

Para esse desiderato utilizou-se a interpretação sistemática teleológica do parágrafo 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91 no contexto dos princípios e valores constitucionais que informam o Direito a Previdência social como direito fundamental.

1 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ORIUNDAS DO CONTRATO DE TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES TRABALHISTA PELO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

De acordo com Olsen (2008, p. 49) “os direitos fundamentais sociais são frequentemente associados a direitos que demandam dos poderes públicos uma prestação que satisfaça uma necessidade ou um interesse jurídico de seu titular”.

É o que se depreende, também, da definição clássica formulada por Silva (2007, p. 286) que entende que Direitos sociais, como dimensão de direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Sarlet (2009, p. 211) entende que os direitos à prestações, claramente, impõem ao Estado a incumbência, ou seja, a garantia daqueles direitos considerados fundamentais “[...] de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais [...]”.

É cediço que a positivação dos direitos fundamentais sociais na CF/88 não é o bastante, é necessária atuação dos poderes públicos em todas as esferas afim de efetiva-los. Nesse ponto, assevera Duarte (2011, p. 140) “[...] as normas constitucionais que exprimem direitos a prestações sociais necessitam, em regra, não só da atuação conformadora ou concretizadora do legislador ordinário, como também das transformações de natureza econômica, social e administrativa, para ficar em apenas três esferas”.

A previdência social albergada no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 é um Direito Fundamental (formal)¹, e também no sentido material, devendo o Estado implementar as condições fáticas que possibilitem o seu efetivo exercício, por se tratar de direitos fundamentais a prestações. Até porque, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88, todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

A Previdência Social, como direito fundamental, de acordo com Scalécio, Salvador e Agostinho (2016, p. 28) “se viu inserida na Lei Fundamental como parte integrante de uma engenharia sistêmica, intitulada Sistema de Seguridade Social, consolidado em seu art. 194, caput, do Código Excelso, cujo instituto constitucional visou a dar estruturação para a eficácia dos direitos fundamentais”.

¹ Sobre a marca da fundamentalidade formal, referindo-se a Constituição Alemã, Alexy (2008, p.69) acentua que normas de direitos fundamentais são as contidas nas disposições dos arts. 1º a 19º, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais. Conclui que “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros, 2008. p. 69.

Por sua vez, o sistema de Seguridade Social, albergada no art. 194 da CF/88, visa garantir condições mínimas de sobrevivência para as pessoas utilizando-se de políticas públicas. Sendo definido por Martins (2003, p. 43) como “[...] um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas [...]”.

Em relação a tríade que compõe o sistema protetivo de seguridade social, apenas a previdência tem o caráter contributivo, mas todas elas cumprem um papel de implementação de justiça social. Segundo Morais (2015, p. 49)

O que se afirma é que as contribuições sociais cumprem um papel (à implementação dos objetivos do bem-estar e da justiça sociais da ordem social) que é o financiamento da tríade que compõe a seguridade nacional: a saúde, a previdência e a assistência social [...].

As contribuições Previdenciárias provenientes do contrato de trabalho são um direito fundamental na medida em que é considerado um direito especial relativo à vida, já que para ter uma vida digna nos termos do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) é necessário a valorização do trabalho humano e acesso a previdência social, objetivando assegurar proteção da saúde do Trabalhador Segurado e de seus dependentes - incapacidade, desemprego involuntário, idade, tempo de serviço, etc – (MORAIS, 2015).

Nesse sentido, Morais (2014, p. 98) assevera que “O aspecto finalístico da relação jurídico-previdenciária do trabalhador-segurado com o Regime Geral de Previdência Social é a proteção social diante dos riscos laborais que provocam a indigência social do trabalhador”.

Em se tratando da contribuição oriunda do contrato de trabalho, Morais (2015, p. 47) afirma que “[...] a lógica do sistema jurídico securitário brasileiro quer nos dizer que é pela contribuição compulsória dos órgãos públicos, dos empregadores privados e dos trabalhadores, que o Estado social representa institucionalmente a própria garantia da efetivação social do direito fundamental, enquanto que a sociedade é contribuinte”.

Em caso de trabalhador-segurado, a garantia da percepção daqueles benefícios e serviços vincula-se ao recolhimento das contribuições sociais de seu contrato de trabalho. Atendendo, desta forma, o regime das contribuições a dois princípios na ordem (pública) jurídica brasileira a saber: ao princípio do custeio securitário e ao princípio da inclusão previdenciária. Objetivando a real efetivação desses princípios que a ordem jurídica brasileira outorgou à Justiça Federal do Trabalho competência jurisdicional (processo e matéria), conforme previsto no Art. 114, IX, EC 45/2004, Art. 191, I, “A” e II, EC 20/98, Art. 43, Lei

8.212/91, Art. 276, Decreto 3.048/99 e Art. 876, parágrafo único da CLT (MORAIS, 2014, p. 71-90).

Após muitas discursões o Tribunal Superior do Trabalho (TST) edita a Súmula n. 368, dando conta de que a Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais “provenientes das sentenças que proferir, alcançando as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da CTPS, objeto de acordo homologado em juízo” (SCALÉRCIO; SALVADOR; AGOSTINHO, 2016, p. 35).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a competência da Justiça do Trabalho assegurada constitucionalmente no art. 114, VIII alcança apenas a execução relativas as contribuições previdenciárias ao objeto das sentenças que proferir, nesse sentido, editou a Súmula Vinculante n. 53 do STF, abarcando, inclusive, as sentenças de homologação de acordos.

É que na justiça trabalhista está previsto a possibilidade do Juízo conciliatório², sendo possível o acordo (conceito mais restrito de conciliação) em qualquer fase processual ou grau de jurisdição, contudo, o diploma justrabalhista impõe ao Juiz que proponha o acordo em dois estágios do processo, antes da apresentação da contestação (art. 846 da CLT) e após as razões finais, conforme preceitua o art. 850 da CLT, sob pena, regra geral, de nulidade processual absoluta.

Destaca-se que quando o Juiz dá o seu aval, homologando o acordo, ele está praticando um verdadeiro ato jurisdicional “sentença de homologação”, pondo fim ao processo com resolução de mérito, possibilitando, portanto, seja reconhecida a coisa julgada (parágrafo único do art. 831 da CLT) e sua execução judicial nos termos do art. 876 da CLT (CARRION, 1999, p. 644).

De acordo com Fava (2006, p. 311/316) qualquer sentença, portanto, “proferida pela Justiça do Trabalho dá ensejo ao recolhimento das contribuições sociais, na medida em que o juízo trabalhista não pode deixar de exercer, a qualquer pretexto, seu poder-dever de executar as contribuições previdenciárias oriundas das decisões que proferir”.

² Existem vantagens obtidas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988; reimp. 2002. p. 83/84.

No caso de homologação de acordo, em que se reconhece o vínculo empregatício (com devida anotação da CTPS)³ a exigência do início de prova material para homologação das decisões trabalhistas pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) gera um grande problema para o trabalhador (segurado), visto que, a justiça do trabalho, pela natureza das lides submetidas a ela, tem maior relevância a prova testemunhal. Ou seja, nas vias administrativas, o segurado, não logrará êxito em ter computado o vínculo empregatício, que fora reconhecido pela Justiça do trabalho, caso a decisão judicial não tenha sido baseada em início de prova material contemporâneo, forçando o segurado a ingressar com uma nova ação judicial, desta vez na esfera da Justiça Federal ou Estadual, se o caso, a fim de compelir o INSS a reconhecer a sentença trabalhista.

Embora a sentença judicial trabalhista, “declaratória da certeza da existência de uma relação jurídica e constitutiva de um direito, transitada em julgado, o INSS não aceita para fins de contagem de tempo de serviço, mesmo que tenham sido recolhidas contribuições previdenciárias do período laboral reconhecido”. Invoca, para isso,

o disposto no parágrafo 3º, artigo 55, da Lei 8.213/91, ou seja, alega que a comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, 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 (MORAIS, 2011, p. 83-95).

Além da negativa com base no parágrafo 3º, artigo 55 da Lei 8.213/91, utiliza-se, também, do disposto no inciso I do Artigo 90 de Instrução Normativa, que condiciona o reconhecimento da filiação e a contagem de tempo de serviço/contribuição, a existência de início de prova material, isto é, de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, juntados ao processo judicial ou ao requerimento administrativo.

Embora não seja totalmente afinada com as exigências da Autarquia Federal (INSS), a jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴ e também dos Tribunais Regionais

³ A assinatura na CTPS, pelo critério normativo da CLT, serve para comprovar o tempo de serviço perante a Previdência Social, uma vez regularmente anotada - precisamente o tempo de serviço a que se refere o caput do artigo 55 da Lei 8.213/91. MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro. **Antinomia entre o § 3º, do Art. 55, da Lei 8.213/91 e o Princípio da Proteção Social**. Revista do Tribunal Regional da 8ª Região. Belém. v. 44, n. 86, 2011, p.83-95.

⁴ STJ- [...] A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a sentença trabalhista homologatória de acordo só pode ser considerada como início de prova material se fundada em elementos que demonstrem o labor exercido na função e os períodos alegados pelo trabalhador, sendo, dessa forma, apta a comprovar o tempo de serviço enunciado no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 [...]” (STJ, AgRg no REsp 1.402.671/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/10/2013). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.402.671, da 2ª. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunal Regional Federal, São Paulo, v. 11, n. 103, mar. 2013. pp. 236/240.

Federais (TRFs)⁵ não aceitam a sentença homologatória de acordo trabalhista sem outros elementos de prova material, sendo que, em muitos casos, nem mesmo decisões com base em provas testemunhais são suficientes para atender tal requisito, conforme se observa na decisão da primeira Turma do TRF1:

PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE [...] 2. A sentença homologatória proferida nos autos justificação judicial, que tramitou perante a Comarca de Porto da Folha/SE, com o intuito de comprovar o tempo de serviço prestado para a oficina de marcenaria [...] baseou-se exclusivamente em prova testemunhal, não servindo, portanto, como prova suficiente para o reconhecimento do pedido inicial (art. 55, § 3º, Lei nº 8.213/91). [...] AC 28987 DF 1999.34.00.028987-0. 1º TURMA. Publicação 02/12/2008 e-DJF1 p.22 Julgamento 03/11/08. Relator CARLOS OLAVO (BRASIL, 2008).

Assim, tratando de avaliação de provas, bem observam Scalécio; Salvador e Agostinho (2016, p.49), pontuando que “há um certo antagonismo entre a seara previdenciária e a seara trabalhista, pois enquanto está prestigia a prova testemunhal, aquela dá maior credibilidade à prova material. E tal contrassenso é que gera toda esta problemática [...]”.

Por um lado, o INSS requer prova material (art. 55, § 3º, Lei nº 8.213/91) para averbação de tempo de contribuição oriundo de sentença homologatória de acordo da Justiça Federal do Trabalho. Ao passo que, o Juiz do Trabalho, na seara trabalhista, atento ao dever de persecução da verdade, deve preferir a busca dos fatos sobre as formalidades do processo (princípio da primazia da realidade), muitas vezes a verdade dos fatos só se descortina por meio de prova testemunhal, já que o trabalhador, não tem acesso aos documentos da empresa.

Destaca-se que o disposto no artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91, condicionando a aceitação automática de decisões trabalhista para fins previdenciários a elementos de prova material conflita com a CLT, CPC e princípios constitucionais. É que, a legislação permite ao jurisdicionado a produção de provas que não seja material, artigos 40, I e 456 da CLT, artigo 369 do CPC, sendo que o artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988 permite todos meios de provas lícitas, inclusive a testemunhal. Para Dworkin (2001, p. 134) “se duas regras conflitam, uma delas não pode ser uma regra válida”.

Destarte, do ponto de vista hermenêutico, a interpretação literal realizada pela Autarquia Federal (INSS) do parágrafo 3º do artigo 55 da Lei 8.213/9 conflita com a

⁵ TRF 3 - [...] 2. A sentença trabalhista em questão não pode ser considerada como início de prova material, uma vez que não fundada em provas que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e período alegado, resumindo-se apenas à homologação de acordo entre as partes. Assim, não se podendo considerar o mencionado período como tempo de trabalho, tem-se que o falecido não detinha a condição de segurado quando de seu óbito. (...). (EI 00317639220084039999, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2009 PÁGINA: 617)". BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. EI 00317639220084039999, da 9ª. Lex: Jurisprudência do TRF 3, São Paulo, v. 11, n. 103, mar. 2013. pp. 133/148.

principiologia que informa o direito constitucional bem como os valores do direito a previdência social e, portanto, vem produzindo resultados injustos para o trabalhador segurado.

Conscientes do conflito, até porque, esse problema já foi identificado pelos pensadores do Direito que estudam o tema, que é sentido na prática pelo trabalhador segurado, desta forma, para propor uma solução, cabe analisar esta lacuna, e que tipo de lacuna estamos tratando.

2 LACUNAS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A tarefa de identificação de um caso de lacuna no Direito, para depois investigar o seu tipo, requer, antes, que se evidencie o seu conceito, o que, de certo, viabilizará um seguro instrumental ao desembaraço da missão analítica.

Segundo Teixeira, Berwanger e Morais (2013, p. 55) “A lacuna é um problema do sistema jurídico dentro de uma incompletude, existente num sistema aberto (e não fechado – completude do sistema como um ideal racional, que apresenta um caráter dinâmico do Direito)”.

Para Canaris, citado por Ávila (2006, p. 439) “[...] lacuna é uma incompletude contrária ao plano normativo (aferrível) no âmbito do direito positivo (isto é, da lei no âmbito do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário), mensurada pelo critério aferidor de todo o ordenamento jurídico vigente”.

A propósito, Diniz (2001, p. 437) classifica as lacunas em três principais espécies:

1^a) normativa, quando há ausência de norma sobre determinado caso; 2^a) ontológica, há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais; 3^a) axiológica, existe a norma, mas ela se revela injusta, isto é, existe um preceito normativo, mas se for aplicado, a solução do caso será injusta.

A classificação das espécies de lacuna fornecida por Maria Helena Diniz, indicada alhures, é um importante instrumental para identificar a lacuna no caso em questão, visto que o antagonismo existente entre a justiça Federal do Trabalho e o Direito Previdenciário, no que se refere a produção de provas, gera uma lacuna do tipo axiológica, pois existe um preceito normativo (art. 55, § 3º, Lei n. 8.213/91), mas sua aplicação ao caso concreto produz resultados ineficientes e injustos. Esse é um problema que é identificado como lacuna,

também, segundo o conceito fornecido por Bobbio (1989, p. 140) que “entende-se também por ‘lacuna’ a falta não já de uma solução [...], mas de uma solução satisfatória [...]”.

Explica-se, a sentença homologatória de acordos trabalhista, quando não acompanhada de elementos de prova material, não tem efeito automático para averbação de tempo de contribuição junto ao INSS, conforme esclarece Alencar (2011, p. 430) “Para inserção do tempo trabalhado nos cadastros da previdência social, para efeito de obtenção de benefício previdenciário, exige-se a apresentação de documento contemporâneo ao fato que se colima comprovar, denominado início de prova material”.

Desta forma, lamentavelmente, nas vias administrativas, o segurado, não logrará êxito em ter computado o vínculo empregatício, que fora reconhecido pela Justiça do trabalho, caso a decisão judicial não tenha sido baseada em início de prova material contemporâneo, forçando o segurado a ingressar com uma nova ação judicial, desta vez na esfera da Justiça Federal ou Estadual, se o caso, a fim de compelir o INSS a reconhecer a sentença trabalhista (SCALÉRCI; SALVADOR; AGOSTINHO 2016, p. 50/65).

Essa exigência do INSS não está axiologicamente de acordo com a Constituição Federal de 1988, havendo necessidade de colmatação afim de atender os ditames da principiologia que informa o direito previdenciário, sendo que, neste caso, a heterointegração dos subsistemas, processual civil, previdenciário e trabalhista, deve estar de acordo com os valores consagrados no princípio da dignidade da pessoa humana, que seja capaz de propiciar um novo significado ao conteúdo das normas processuais observando o peso dos princípios constitucionais do direito processual.

Foi identificado lacuna do tipo axiológica no presente caso (interpretação restritiva do artigo 55, § 3º da Lei 8.213/91 por parte do INSS sem levar em conta a unidade do ordenamento jurídico), cabe agora eleger a técnica para colmatar a lacuna, sendo que para esse desiderato temos a Analogia, Equidade e os Princípios Gerais de Direito.

3 COLMATAÇÃO DE LACUNAS

Antes de apontar a comunicação existente entre o Direito Previdenciário, Processo do Trabalho e Processo Civil seguindo uma lógica valorativa constitucional, cabe, por força do método, desde logo apontar como técnica para suprir as lacunas, os Princípios Gerais de Direito.

Os princípios gerais de direito estão estatuídos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) “art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Portanto, se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro.

Segunda a definição de Coviello, citado por Lima (1977, p. 155), Princípios Gerais de Direito “são aqueles princípios em que se assenta a legislação positiva e, embora não se achem formulados em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário das várias normas desta legislação [...] o princípio seria um foco de luz para iluminar o texto ou aplicação do mesmo”.

Leite (2015, p. 52) entende que os princípios gerais de direito não são meros institutos de integração:

[...] os princípios gerais de direito positivados na constituição da Federal (v. g., os princípios fundamentais previstos no art. 1º) deixaram de ser meros institutos de integração do direito (art. 4º da LINDB) e passaram, segundo nos parece, à categoria de ‘normas de introdução ao ordenamento jurídico brasileiro’ ou ‘fontes formais diretas do ordenamento jurídico brasileiro’ LEITE (*apud* ALMEIDA, 2015, p. 52).

Escolhida a técnica para suprir as lacunas, no caso em tela, princípios gerais de direito, cabe, agora, identificar qual modelo de integração se amolda ao caso. Existem dois modelos de integração no ordenamento jurídico, Leite (2015, p. 47) discorrendo sobre a matéria, esclarece que se trata da “autointegração e a heterointegração. [...] Sendo que, a autointegração é o método tradicional, o intérprete e aplicador do direito colmata as lacunas utilizando normas que se encontram no interior do próprio subsistema jurídico específico”, no caso do direito previdenciário, o intérprete utilizaria as próprias normas (regras e princípios) contidas na legislação previdenciária.

Por outro lado, na heterointegração, que é o método mais progressista e conectado com o fenômeno da constitucionalização do direito, o intérprete fomenta o diálogo das fontes entre diferentes subsistemas, no caso dessa pesquisa, deve-se harmonizar o direito previdenciário, processual trabalhista e processual civil de acordo com axiologia que informa o direito constitucional.

Afim de buscar a máxima efetividade do direito a previdência social como direito fundamental, especificadamente, a aceitação automática da sentença homologatória acordo trabalhista como ferramenta de promoção do direito do segurado a previdência social,

elegemos o “Diálogo das fontes” para promover a heterointegração entre o direito previdenciário, processo do trabalho, processo civil intermediado pelo direito Constitucional.

4 DIÁLOGO DAS FONTES: HETEROINTEGRAÇÃO DOS SUBSISTEMAS CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL, TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

A tese do Diálogo das Fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, da Universidade de Heldberg, apresentada em 1995 na cidade de Haia na Holanda, e transplantada para o Brasil por Cláudia Lima Marques (ALMEIDA, 2015, p. 47).

De acordo com Marques (2003, p. 71) “a base dessa teoria, segundo a qual as normas jurídicas não se excluem, mas, ao contrário, se complementam, é a ótica unitária do sistema jurídico” e, há:

[...] “diálogo” em virtude das influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por ter uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação (MARQUES, 2003, p.71).

Defendemos a harmonização e o diálogo entre os subsistemas direito previdenciário, processo do trabalho, processo civil e Constitucional por meio do método da heterointegração, utilizando-se como técnica para esse desiderato os princípios gerais de direito (Art. 4º, da LINDB), promovido pelo Diálogo das fontes, afim de sugerir um caminho para que a sentença homologatória de acordos trabalhistas seja admitida pelo INSS sem as restrições impostas pelo parágrafo 3º do artigo 55 do Lei nº 8.213/91 (elementos de prova material como condição para homologação) para efetivação do direito a previdência social como direito fundamental do trabalhador segurado.

Frisa-se que, o Processo Previdenciário se subdivide em Administrativo e Judicial, no que tange ao Processo Administrativo o procedimento deve estar em conformidade com a Lei n. 9.784/99, Decreto n. 3.048/99 e Normas Internas (INs, OS etc.), por outro lado, em se tratando de Processo Judicial, é regulado pelo Código de Processo Civil e Legislação Especial.

O Novo Código de Processo Civil, em harmonia com a principiologia que deve informar a sistemática processual, introduziu um novo elemento que implica alteração no método de heterointegração entre o Processo Civil e os outros subsistemas processuais, é que

o novo Código processual (Art. 15º) trouxe disposição específica voltada a determinar sua aplicação para outros ramos processuais. Neste caso, o dispositivo citado, estabelece a conexão entre o Processo Civil e o Processo Previdenciário e, também, do Processo do Trabalho.

Destaca-se que, o Novo CPC, art. 8º, de modo inovador, assume literalmente a necessidade de heterointegração (diálogo das fontes) no ordenamento jurídico, no que concerne seus diversos sistemas e subsistemas, porquanto estabelece que ao aplicar a lei, o juiz, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, não perdendo de vista os princípios da dignidade da pessoa humana [...] (LEITE, 2014, p. 9/19).

Observa-se que o dispositivo em voga promoveu, de forma inédita, “a heterointegração das normas principiológicas previstas, explícita ou implicitamente, na Constituição (art. 1º, II; art. 37, caput) e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 5º), como norte hermenêutico para interpretação e aplicação do Novo CPC” (LEITE, 2014, P.09/19).

O novo CPC aderindo o método hermenêutico concretizador da Constituição Federal, de acordo com Fux (2011, p. 14)

erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade.

É que o ordenamento jurídico é formado por normas, valores e princípios, que devem ser interpretados de forma harmônica com objetivo de efetivar os direitos fundamentais, sendo que a previdência social está contida no sistema nacional de seguridade social, que é concebido com um conjunto de ações dos entes públicos (dos poderes públicos) com a sociedade, para a garantia da saúde, previdência e assistência, portanto, trata-se de um sistema estruturado para proteção social que deve ser preservado.

A heterointegração dos subsistemas processuais (Cível, Trabalhista e Previdenciário) deve ser realizada de acordo com os valores consagrados na CF/88, portanto, a eficácia da sentença trabalhista prolatada por um juiz togado membro do poder judiciário em sua função típica de julgar, não deve estar condicionada a uma decisão administrativa de órgão (autarquia da União) vinculado ao poder executivo (SCALÉRCI; SALVADOR; AGOSTINHO 2016, p. 57/64). E,

Ora, ao conceder competência ao magistrado do trabalho para executar de ofício as contribuições previdenciárias decorrentes de suas sentenças, o Estado reafirma a

interação e interdependência entre os institutos previdenciário e trabalhista, sendo assim, torna-se imperioso que as decisões judiciais trabalhistas vinculem o INSS, pois, ao emendar a Carta Magna, o Estado reconhece a relação laboral e, sobretudo, aufere tributos provenientes desta relação (SCALÉRCI; SALVADOR; AGOSTINHO 2016, p. 66).

Não resta dúvidas de que esse caminho (decisões judiciais trabalhistas vinculem o INSS), incontestavelmente, geraria uma maior segurança jurídica na matéria em questão, pois não forçaria o trabalhador (segurado) a ingressar com uma nova ação judicial, desta vez na esfera da Justiça Federal ou Estadual, se o caso, com objetivo de compelir o INSS a reconhecer a sentença trabalhista e conseqüentemente, evitar que as decisões em sede da Justiça do Trabalho e em sede da Justiça Federal se confrontem (SCALÉRCI; SALVADOR; AGOSTINHO 2016, p. 70).

Até porque, o princípio da Inafastabilidade da jurisdição, garantido como direito fundamental, assegura a todos os cidadãos, o acesso à justiça. Sendo que essa garantia não pode ser entendida somente como acesso ao poder judiciário, e sim, como uma garantia de acesso a uma prestação jurisdicional justa. Nesse sentido, Dinamarco (2005):

[...] O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados (DINAMARCO, 2005, p.798/799).

Assim, não basta que o jurisdicionado (segurado) tenha acesso ao poder judiciário, sendo esse apenas um meio, é necessário que ele receba uma prestação jurisdicional que produza um resultado justo e efetivo.

CONCLUSÃO

1. A interpretação literal do parágrafo 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91 feita pelo INSS acaba por gerar uma lacuna no ordenamento jurídico, já que condiciona os efeitos da sentença trabalhista com fim previdenciário a elemento de prova material, ou seja, nas vias administrativas, o segurado, não logrará êxito em ter computado o vínculo empregatício, que fora reconhecido pela Justiça do trabalho, caso a decisão judicial não tenha sido baseada em início de prova material contemporâneo, forçando o segurado a ingressar com uma nova ação judicial, desta vez na esfera da Justiça Federal ou Estadual, se o caso, a fim de compelir o INSS a reconhecer a sentença trabalhista.

1.2 O antagonismo existente entre a justiça Federal do Trabalho e o Direito Previdenciário, no que se refere a produção de provas, gera uma lacuna do tipo axiológica, pois existe um preceito normativo (art. 55, § 3º, Lei n. 8.213/91), mas sua aplicação ao caso concreto produz resultados ineficientes e injustos.

1.3. A exigência do INSS (condicionando o aceite da sentença trabalhista para fins previdenciários a elemento de prova material) não está axiologicamente de acordo com a Constituição Federal de 1988, esse problema pode ser resolvido com a aplicação da teoria do Diálogo das Fontes para promover a heterointegração dos subsistemas processuais (Cível, Trabalhista, Previdenciário) afim de atender os ditames da principiologia que informa o direito fundamental à previdência social, que deve estar de acordo com os valores consagrados no princípio da dignidade da pessoa humana, que seja capaz de propiciar um novo significado ao conteúdo das normas do direito previdenciário observando o peso dos princípios constitucionais do direito processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4.ed. São Paulo: EUD, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SP: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado, 1988.

_____. Decreto - Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF: Poder Executivo, 1991.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março 2015 (CPC)**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17/03/2015, Seção 1, p.1.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no REsp 1.402.671, da 2ª. Lex: Jurisprudência do STJ e Tribunal Regional Federal, São Paulo, v. 11, n. 103, mar. 2013. pp. 236/240.

_____. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região.** AC 28987 DF 1999.34.00.028987-0, da 9ª. Lex: Jurisprudência do TRF 3, São Paulo, v. 11, n. 103, mar. 2008. pp. 023/098.

_____. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região.** EI 00317639220084039999, da 9ª. Lex: Jurisprudência do TRF 3, São Paulo, v. 11, n. 103, mar. 2009. pp. 133/148.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988; reimp. 2002.

CARRION, Valetin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COVIELLO. In: LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito.** 24. ed. Rio de Janeiro. Freitas Barros, 1977.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de processual civil direito.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito,** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.** RJ: Renovar, 2011.

DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras?. **Estudos Jurídicos,** São Leopoldo, RS, v. 34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

FAVA, Marcos Neves. Efetividade da jurisdição trabalhista e recolhimentos previdenciários : crítica à revogação da Súmula n. 368 do Tribunal Superior do Trabalho. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV,** v. 2, n. 6, nov./dez. 2006.

FUX, Luiz. **O novo processo civil.** In: FUX, Luiz (coord.) O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios Jurídicos Fundamentais do novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária.** Imprensa: São Paulo, IOB, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 45. 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro. **Inclusão previdenciária: uma questão de justiça social** São Paulo: LTr, 2015.

_____. Antinomia entre o § 3º, do Art. 55, da Lei 8.213/91 e o Princípio da Proteção Social. **Revista do Tribunal Regional da 8ª Região**, Belém. v. 44, n. 86, 2011.

_____. **Competência da justiça federal do trabalho e a efetividade do direito fundamental à previdência**. São Paulo. LTr. 2014.

_____. O Processo Do Trabalho Como Política Judiciária À Efetividade Do Direito Fundamental À Previdência Decorrente Das Decisões Judiciais Trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª. Região**, v. 47, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCALÉRCIO, Marcos; Salvador, Sérgio Henrique; Agostinho, Theodoro Vicente. **A sentença trabalhista e suas repercussões no direito previdenciário**. São Paulo : LTr, 2016.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado; Berwanger, Jane Lúcia Wilhelm; Morais, Océlio de Jesús Carneiro. **Sistemas Jurídicos: A dinâmica da técnica tópica**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2013.