

Proteção social brasileira: diferenças entre previdência e assistência socialZélia Luiza Pierdoná¹**Justificativa:**

A Constituição de 1988 instituiu um importante instrumento de proteção social, que tem como característica principal a universalidade. Referida proteção foi denominada “seguridade social”, a qual é formada por três direitos sociais, sendo que, cada um dos direitos componentes, dentro de sua área de atribuição, protege seus destinatários e, no conjunto, todos são protegidos, atingindo, dessa forma, a mencionada universalidade (proteção de todos).

Nesse sentido, temos afirmado² que a seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde a todos; a outra, objetiva a garantia de recursos para a sobrevivência digna dos cidadãos, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência, sendo que neste trabalho pretendemos justamente apontar as diferenças entre os dois últimos direitos, com o objetivo de contribuir para que os aplicadores do direito, em especial, os membros do Ministério Público brasileiro, possam, no exercício de suas atribuições, estabelecer as diferenças entre a previdência e assistência e, assim, dar efetividade à proteção social na forma instituída pela Constituição de 1988.

Muitos aplicadores do direito têm entendido a previdência social como assistência, contribuindo, não somente para o desenvolvimento de um Estado assistencialista, como principalmente, para a implementação da proteção social defendida pelo Banco Mundial, o qual prevê um benefício mínimo a todos os cidadãos, sem a diferenciação da proteção destinada aos trabalhadores, sendo o restante da proteção destinada à previdência privada. Ou seja, quando, na prática diária, defendemos a implementação dos direitos previdenciários como se fossem assistenciais, estamos contribuindo, indiretamente, para a extinção da previdência social e implementação generalizada da previdência privada.

Síntese dogmática:

A seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde a todos; a outra, objetiva a garantia de recursos para a sobrevivência digna dos cidadãos, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência.

A previdência social visa proteger o trabalhador quando diante da incapacidade laboral. De forma diversa das demais áreas da seguridade, a previdência exige contribuição para que os beneficiários tenham acesso à proteção social, a qual tem correspondência com a remuneração recebida na atividade laboral, garantindo, dessa forma, o padrão médio do trabalhador.

A assistência social, por outro lado, independe de contribuição, e diferentemente da previdência, visa à garantia do padrão mínimo àqueles que não são protegidos pela previdência, nem pela assistência privada (família). Referido direito social garante a universalidade da seguridade social e tem como destinatários os

¹ Procuradora da República em São Paulo; Professora da Graduação e Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP.

² Em diversos artigos de nossa autoria, dentre os quais, “A proteção previdenciária da mulher como exercício de cidadania”, *in* Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações, Org. Adriane Reis de Araujo e Tânia Fontenele-Mourão, São Paulo, Ltr, 2007.

necessitados.

Assim, os requisitos para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais são diversos. Aqueles dependem de contribuição do segurado, enquanto que os assistenciais não a exigem. A previdência destina-se aos trabalhadores (segurados que têm o dever de contribuir) e seus dependentes. A assistência social tem como destinatário os necessitados, os quais precisam demonstrar referida condição.

1 - O sistema de seguridade social na Constituição de 1988

O art. 194 da CF preceitua que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Em seu parágrafo único estabelece os princípios aplicáveis à seguridade social, ao qual devem ser acrescentados outros enunciados, como o *caput* do art. 195, seus §§ 5º e 9º. O financiamento está previsto no art. 195, também, da CF.

A partir dos dispositivos constitucionais, conceituamos seguridade social como o sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro, em especial, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda sociedade.

A seguridade social, assim como as demais áreas da Ordem Social, tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF). Referido dispositivo introduz a ordem social, na qual a seguridade social está inserida. O enunciado do art. 193 tem estrita relação com os fundamentos (art. 1º, III e IV) e os objetivos (art. 3º, I e III) do Estado brasileiro.

O fundamento “valor social do trabalho”, expresso no inciso IV do art. 1º, foi, também, determinado pela Constituição como a base da “Ordem Social” – “o primado do trabalho”³, bem como, fundamento da “Ordem Econômica.

1.1 - Responsabilidade pelas ações de seguridade social

Além de determinar as áreas que compõem referido sistema, o *caput* do art. 194 da CF estabelece que as iniciativas das ações de seguridade são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade, demonstrando, com isso, que a responsabilidade pela sua efetivação não é exclusiva do Estado, embora quando este atue, o faça em nome da coletividade.

Com isso, o nosso sistema de seguridade social inclui também a assistência privada (como por exemplo, a família). Nesse sentido, podemos, em poucas palavras, sustentar que a seguridade social apresentou quatro fases: assistência privada, assistência pública, seguro social (previdência social) e seguridade social. Isso não significa que a cada nova fase foi extinta a fase ou fases anteriores. Ao contrário, o processo deu-se de forma cumulativa, uma vez que a seguridade social congrega a assistência privada e pública, o seguro social, bem como a saúde.

³ Mas mesmo que não estivesse expresso no art. 193 da Constituição Federal, por ser fundamento da República Federativa do Brasil, conforme inciso IV do art. 1º, o valor social do trabalho é diretriz para todos os preceitos constitucionais.

Dessa forma, como a sociedade também é responsável pelas ações de seguridade social, podemos afirmar que o sistema de proteção social implantado pela CF/88 abrange também a assistência privada.

O parágrafo único do art. 194 da CF estabelece os princípios específicos da seguridade social, aos quais devem ser acrescidos outros enunciados, como o *caput* do art. 195 e seu § 5. Abaixo, apresentaremos os referidos princípios.

1.2 - Princípios específicos de seguridade social

Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento: O princípio enunciado no art. 194, parágrafo único, inciso I da CF, revela a adoção de um sistema protetivo amplo, o único capaz de atingir o bem-estar e a justiça sociais, que são objetivos da ordem social, conforme art. 193, já comentado. O princípio em apreço está em consonância com o sistema adotado - seguridade social, uma vez que esta amplia a idéia de seguro social, o qual é dirigido apenas aos trabalhadores.

Conforme vimos, a proteção social passou por diversas fases: assistência privada, assistência pública, previdência social ou seguro social e seguridade social.

A seguridade social, fruto do constitucionalismo social que conferiu dignidade constitucional à questão social, é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o bem-estar e a justiça sociais, o que somente será realidade quando todos tiverem acesso a um padrão mínimo. Por isso, o princípio da universalidade é intrínseco à seguridade, na medida em que cabe ao Estado e à sociedade garantir a todos o mínimo⁴ necessário.

O princípio em comento prevê a universalidade da cobertura e do atendimento. A universalidade da cobertura corresponde às situações de riscos (objetos da seguridade social). É o elemento objetivo da universalidade. Constitui um *vir a ser*, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco forem atendidas.

Já a universalidade do atendimento, que é a dimensão subjetiva do princípio, está ligada aos destinatários das prestações de seguridade social.

A universalidade deve ser entendida no sistema de seguridade social como um todo: em relação à saúde, todos são seus destinatários. Já no que tange aos recursos para a sobrevivência, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, temos a previdência, a qual é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes, e a assistência que é destinada aos necessitados. O mencionado princípio relaciona-se às prestações e aos beneficiários da seguridade social.

A universalidade é o primeiro princípio específico; a partir dele, devem ser compreendidos os demais. É também pela universalidade que haverá a efetividade da isonomia.

Princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais: o inciso II do parágrafo único do art. 194 estabelece a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Historicamente, o tratamento dado ao trabalhador rural foi inferior àquele dispensado ao trabalhador urbano. Somente em 1963 foi iniciada a proteção aos trabalhadores rurais, e apenas por meio do Serviço Social Rural, com atividades assistenciais de serviços. Em 1971, a proteção foi ampliada, mas ainda muito inferior à prestada aos trabalhadores urbanos. A Constituição de 1988 uniformizou o tratamento protetivo para os trabalhadores urbanos e rurais.

⁴ O mínimo indispensável a uma vida digna foi objeto da Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na XXXV Conferência Internacional do Trabalho, em 1952, denominada norma mínima de seguridade social, a qual já foi citada neste trabalho, – por sua própria denominação revela seu conteúdo: estabelece o mínimo que cumpre aos Estados prestar em matéria de seguridade social, que já foi mencionada no presente trabalho.

O referido princípio também consagra a equivalência dos benefícios e serviços. Isso significa que as regras infraconstitucionais que não atendam ao conteúdo do princípio, tanto no que se refere aos tipos de prestações concedidas, quanto aos critérios para apuração do seu valor, não encontram fundamento de validade na Constituição. No entanto, deve-se observar que a equivalência dos benefícios e serviços deve ser isonômica, ou seja, se o trabalhador rural contribui de forma diversa do urbano, os benefícios deverão ter relação a sua forma de custeio. A própria Constituição, no § 8º do art. 195 estabeleceu forma diversa do segurado especial⁵ contribuir.

Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: acima, verificamos que a seguridade social tem como objetivo a universalização, sendo que o princípio ora em discussão revela uma contenção provisória. No caminho de sua efetivação, o legislador infraconstitucional, discricionariamente, deverá escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão cobertos por prestações. Porém, a discricionariedade não é total, pois, além de a própria Constituição ter apresentado vetores como doença, velhice, invalidez, etc., nos incisos do art. 201, o segundo comando do princípio - distributividade - determina que a escolha dos riscos a serem cobertos recaia sobre prestações que concretizem os objetivos da ordem social.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios: a irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194, parágrafo único, IV, está relacionada ao seu valor nominal. Ou seja, um benefício de R\$ 1.000,00 não pode ser reduzido a R\$ 950,00. Esse princípio também é aplicado à remuneração dos trabalhadores em atividade (art. 7º da CF), salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Outra questão é a manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, a qual está prevista no § 4º do art. 201 da Constituição, assegurando “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”. Referido dispositivo, relaciona-se ao poder aquisitivo que deve ser observado no reajuste dos benefícios de previdência social. Ressaltamos que os critérios são fixados em leis e não podem afetar a preservação do valor real. Com efeito, não encontrará fundamento de validade, na Constituição, o indexador fixado pelo legislador que não preservar o valor real do benefício. Mas, por outro lado, na determinação do percentual de reajuste, deve ser considerado o enunciado do § 5º do art. 195, o qual contém o princípio da contrapartida.

Importante frisar que a manutenção do valor real é dirigida apenas a uma das áreas da seguridade (previdência social), enquanto a irredutibilidade do valor dos benefícios destina-se a toda a seguridade social.

Princípio da equidade na forma de participação no custeio: os princípios da equidade na forma de participação no custeio e da diversidade da base de financiamento referem-se ao custeio da seguridade.

Na equidade deve ser considerada a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação, uma vez que o art. 193 traz como objetivo da ordem social a justiça social.

Mas a equidade na forma de participação no custeio não se reduz apenas na apreciação da capacidade contributiva. A ela devem ser acrescentadas as especificidades relacionadas com o sistema de seguridade social.

A primeira especificidade a ser considerada é a observância da relação entre a contribuição e as prestações, devendo ser estabelecidas contribuições segundo o risco⁶ apresentado pelo contribuinte. Se maior o risco social, maior a contribuição.

⁵ Agricultor e pescador que trabalham em regime de economia familiar.

⁶ A contribuição prevista no art. 22, II da Lei 8.212/91 (SAT) tem alíquotas que variam de 1% a 3%, conforme o risco apresentado pelo contribuinte. Além delas, o art. 57 da Lei 8.213/91 e a Lei 10.666/03 prevêm, acréscimo à alíquota de 20% paga pelas empresas sobre a remuneração dos trabalhadores sujeitos à aposentadoria especial.

Outra especificidade, do princípio em comento, é a utilização da mão-de-obra, a qual não deixa de ser um desdobramento da especificidade acima comentada (produção de riscos sociais), uma vez que se a atividade utiliza pouca mão-de-obra estará contribuindo para a produção do risco social que a Constituição já determinou, no art. 201, III, que deve ser coberto com benefício previdenciário (proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário). A Constituição de 88 já sinalizou nesse sentido, no § 4º do art. 239. Também, o § 9º do art. 195, com a redação que lhe fora atribuída pela EC nº 20/98, explicitou a possibilidade de “alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”. Entendemos que, mesmo antes da referida emenda, era possível a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, dados os princípios que regem a matéria.

Princípio da diversidade da base de financiamento: o princípio da diversidade da base de financiamento deve ser entendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo alemão de seguro social, concebido por Bismarck, o financiamento estava relacionado à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o empregador como o trabalhador, constituindo-se em modelo de seguro social.

O Brasil, historicamente, adotou o modelo acima, sendo que a remuneração era o fator de produção que tinha maior expressão econômica. Entretanto, houve alteração desse quadro, decrescendo o fator trabalho em face do aumento do capital, diminuindo proporcionalmente a receita sobre aquele fator. Além disso, o sistema protetivo foi ampliado com a Constituição de 1988, passando de modelos isolados, que visavam proteger determinados setores da população, para um sistema de seguridade social, o qual objetiva atender a todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades (no ordenamento anterior tínhamos a previdência social; com a Constituição de 88, o sistema protetivo foi ampliado para seguridade social, abrangendo, além da previdência, a saúde e a assistência). Para tanto, necessita-se de outros sinais de riqueza.

Assim, a Constituição determinou a diversificação de bases de financiamento, o que significa utilizar outras fontes, além da folha de pagamento, uma vez que somente esta já não é suficiente para custear a totalidade das prestações de seguridade.

A própria Constituição já diversificou, ao preceituar, nos incisos do art. 195⁷ e no art. 239⁸, bases de cálculo distintas e diversos contribuintes. Além disso, permitiu que a instituição de outras fontes, conforme preceito do § 4º do art. 195. Emendas à constituição também têm sido utilizadas para ampliar as fontes de custeio, como, por exemplo, a que atribuiu competência à União para instituir a CPMF — Emendas Constitucionais nºs 12/96, 21/99, 37/02 e 42/03, diversificando, ainda mais as bases de financiamento.

Princípio da gestão da seguridade social: o inciso VII, do parágrafo único do art. 194, da Constituição vigente estabelece o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgão

⁷ O art. 195, com redação dada pela EC nº 20/98, preceitua que a forma direta de financiamento se dá pelas contribuições:
 I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 a) a folha de salário e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 b) a receita ou faturamento;
 c) o lucro;
 II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social;
 III – sobre a receita de concursos de prognóstico;
 IV – do importador ou quem a lei a ele equiparar.

⁸ O art. 239 estabelece que as contribuições do PIS (Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 07/70) e do PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 08/70), passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono destinado aos empregados que percebam até dois salários mínimos de remuneração mensal.

⁹ Art. 195, § 4º: “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

colegiados”. Com isso, a Constituição determinou que a gestão da seguridade social deve ter caráter democrático e descentralizado, o que concretiza, no âmbito da seguridade social, o Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Federal, pois exige a participação, nos órgãos de poder, dos destinatários do sistema.

A referida participação é também enunciada no art. 10 da Constituição: “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

A participação dos destinatários na gestão da seguridade social, referidas no parágrafo anterior, é uma das formas do exercício direto do poder a que se refere o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.

A descentralização deveria abranger a arrecadação das receitas da seguridade e sua aplicação, uma vez que o art. 165, § 5º, da Constituição Federal determina orçamentos distintos do tesouro e da seguridade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 146.733-9, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, estabeleceu que a Constituição não veda; ao contrário, admite a arrecadação de contribuição social para o financiamento da seguridade social pela administração direta da União, por intermédio da Receita Federal. Atualmente, com a criação da Super Receita, todas as contribuições de seguridade social são arrecadadas diretamente pela União.

Princípio da contrapartida: o enunciado do § 5º, do art. 195, da Constituição Federal determina: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Constatamos, no preceito constitucional em referência, que não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja entrada (receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações), ou seja, poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade social somente se houver recursos para tanto. Isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja a contrapartida financeira.

Assim, podemos afirmar que o princípio revelará, ao mesmo tempo, a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como sua decisão política, efetivada através dos seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo.

Princípio da solidariedade: os *caputs*, tanto do art. 194 como do art. 195, trazem enunciados que demonstram a existência do princípio da solidariedade. Aquele artigo afirma que as ações de seguridade social são de responsabilidade, tanto dos poderes públicos como da sociedade¹⁰, revelando, assim, a existência do princípio da solidariedade no que tange à execução do sistema.

O art. 195, por sua vez, estabelece que o financiamento da seguridade social é encargo de toda a sociedade, que o efetivará de forma direta¹¹ e indireta¹², o que demonstra a solidariedade do sistema.

Assim, o princípio da solidariedade desempenha papel fundamental nas relações de seguridade social, a qual, por ter um caráter universal, proporciona proteção a todos aqueles que estão em situação de risco.

2 – Áreas da seguridade social

¹⁰ A sociedade participa da execução da seguridade social através da promoção da saúde e da assistência privada (assistência familiar e caritativa).

¹¹ Por meio de contribuições de seguridade social, cuja competência para sua instituição está no art. 149, “caput”, art. 195, incisos I a IV, 239 da CF e nas EC nºs 12, 21, 37 e 42 (CPMF).

¹² A forma indireta dá-se através de dotações do orçamento fiscal e da destinação de recursos dos concursos de prognósticos realizados pelo poder público.

O art. 194 da Constituição pátria enuncia que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde (arts. 196-200), à assistência social (arts. 203 e 204) e à previdência social (arts. 201, 202 e 40), formando um sistema de proteção.

Visando a proteção de todos, o constituinte uniu os três direitos sociais fundamentais (art. 6º da CF) acima mencionados, os quais, cada um dentro de sua área de atuação, protege seus destinatários e, no conjunto, todos são protegidos.

Para tanto, a seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde para todos. A outra face tem por objetivo a garantia de recursos para a sobrevivência digna das pessoas, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Esta segunda face divide-se em previdência social e assistência social, sendo que esta é subsidiária daquela, ou seja, teremos assistência apenas quando o indivíduo não está protegido pela previdência, a qual, em sua essência, visa à garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes quando da ausência de capacidade laboral. Já a assistência objetiva a proteção aos necessitados, ou seja, os que não são nem segurados nem dependentes da previdência e, além disso, não possuem a proteção familiar (assistência privada).

Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal preceitua que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”; o art. 203 estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social”; e, no que se refere à previdência, as disposições do art. 201¹³, bem como do art. 40¹⁴, tanto em sua redação original, como na redação atribuída pela EC nº 20/98, exigem contribuição para que o segurado ou seus dependentes façam jus às prestações previdenciárias, enquanto os direitos relativos à saúde e à assistência independem de contraprestação direta dos beneficiários.

A seguir, dado o objeto do presente trabalho, abordaremos apenas uma das faces da seguridade social, aquela que visa garantir recursos para uma vida digna, quando diante de eventos geradores de necessidades sociais.

2.1 – Previdência social

A previdência social é direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, o qual visa à garantia de recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral (efetiva ou presumida). No entanto, reveste-se também em dever, uma vez que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes possam fazer jus às prestações previdenciárias.

Apresenta proteção obrigatória e facultativa. Aquela abrange todos os trabalhadores que estarão vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios. O regime geral é abrangente e residual e tem por finalidade proteger todos os trabalhadores, excetuando apenas aqueles vinculados aos regimes próprios, os quais são instituídos pelos respectivos entes federativos para dar proteção previdenciária aos seus servidores titulares de cargos efetivos.

Assim, a proteção obrigatória se dá pelo regime geral e pelos regimes próprios dos entes federativos, sendo que os citados regimes excluem-se mutuamente. Por meio dos dois regimes o Estado viabiliza a todos o acesso à previdência e, com isso, o trabalhador estará protegido das contingências geradoras de

¹³ Art. 201 da CF: “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 (...)”.

¹⁴ Art. 40 da CF: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

necessidades, uma vez que será garantido recurso quando o trabalhador, em virtude de sua incapacidade laboral, não os obtém com o fruto de seu trabalho.

O trabalhador, por meio da previdência social, compulsória e antecipadamente, faz seu planejamento para as situações de riscos, geradoras de necessidades, as quais serão cobertas pelas prestações previdenciárias. Dessa forma, por intermédio deste ramo da seguridade social, o Estado garante aos cidadãos que as situações de necessidades serão amenizadas pelos benefícios previdenciários. Para isso, o poder público exige contribuições, num determinado período de tempo, garantindo ao segurado e/ou a seus dependentes prestações previdenciárias (benefícios e serviços).

A proteção previdenciária acima referida apresenta limites, os quais são diversos no regime geral e nos regimes próprios. Os mencionados limites são fixados pela sociedade, por meio da ordem jurídica positiva.

O art. 201 traz o desenho do regime geral de previdência social, o qual é aplicado, obrigatoriamente, a todos os trabalhadores, excetuando-se os servidores públicos titulares de cargos efetivos¹⁵ da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que possuem preceito específico no art. 40, e os militares, que também são excetuados do regime geral, haja vista os incisos IX e X, do art. 142 da CF e art. 42, §§ 1º e 2º.

Todos os preceitos constitucionais mencionados no parágrafo anterior (arts. 40, 42, §§ 1º e 2º, 142 IX e X e 201), referem-se à previdência obrigatória, a qual tem como pressupostos o exercício de atividade remunerada e a contraprestação direta do segurado¹⁶. Temos o regime geral no art. 201, os regimes próprios no art. 40 (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para seus respectivos servidores), além dos preceitos específicos dirigidos aos militares, arts. 42, §§ 1º e 2º; e, 142 IX e X.

Além da proteção previdenciária obrigatória, a Constituição prevê uma proteção complementar, prevista em seu art. 202. De caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, o regime de previdência privada apresenta como característica a facultatividade. Tem como objetivo possibilitar a continuidade do padrão de vida do trabalhador, complementando a aposentadoria dos regimes obrigatórios. Citado regime é estruturado pelas Leis Complementares 108 e 109/01.

2.2 – Assistência social

Os preceitos constitucionais relativos à assistência social estão nos artigos 203 e 204, sendo ela regulada pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), além de outras que visam atingir políticas sociais.

A Constituição dirige a assistência aos necessitados, o que por si só já afastaria a exigência de contraprestação direta por parte dos beneficiários, conforme expressamente prescreve o texto constitucional (*caput* do art. 203).

A Assistência Social é um importante instrumento da seguridade social, no que se refere à efetividade do princípio da universalidade enunciado no art. 194, parágrafo único, inciso I, uma vez que o Estado, independentemente de qualquer contraprestação, proporciona cobertura às situações de necessidade.

A assistência nacional tem por objetivo atender todas as necessidades que não são cobertas pelo seguro (previdência social). Referidas necessidades deverão ser atendidas adequadamente, garantindo-se o nível de subsistências. Entretanto, a necessidade precisa ser provada, de acordo com os requisitos legais.

¹⁵ Os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, estão excluídos do regime geral, desde que amparados por regimes próprios de previdência social, ou seja, desde que a pessoa pública de direito público interno o tenha criado.

¹⁶ Tanto o art. 40, como o art. 201, ambos da CF, estabelecem o caráter contributivo da previdência social.

A mencionada comprovação está expressa na Constituição¹⁷ e na Lei n.º 8.742¹⁸, de 07/12/1993. Assim, o assistido deverá fazer a comprovação da necessidade, ou seja, deve ele provar que está impossibilitado de prover sua subsistência ou de tê-la provida pela família.

Por meio da assistência social, objetiva-se erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais¹⁹, na medida em que implementa um benefício para aquelas pessoas que se encontram em estado de necessidade social.

Um dos importantes instrumentos da assistência encontra-se preceituado no inciso V, do art. 203, da Constituição Federal, o qual assegura aos deficientes e aos idosos, que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família, benefício assistencial de prestação continuada. A concessão do mencionado benefício tem como pressuposto a ausência da capacidade laborativa e, portanto, de recursos provenientes do fruto do trabalho. Aqueles não adquirirão a capacidade para o trabalho, dada a deficiência, e estes, já a perderam, em razão da idade avançada.

Vimos no item anterior que o objetivo precípuo da previdência social é a proteção aos trabalhadores nas situações de riscos que geram necessidades. Como a previdência protege o trabalhador e aqueles que dependem do trabalhador, e como a seguridade social visa proteger a todos nas situações de necessidade, verificamos que por meio do benefício previsto no inciso V, acima transcrito, há a universalidade de atendimento, quando se está diante de uma situação geradora de necessidade, pois se a pessoa é deficiente e isso a incapacita para o trabalho ou já não possui a capacidade de trabalho em razão da idade avançada, o sistema de seguridade social a protege, com a concessão do benefício assistencial mencionado.

Pode-se alegar que a realidade não é essa, uma vez que os trabalhadores não conseguem postos de trabalho, mesmo depois de cessar o seguro-desemprego. Mas, quanto a isso, entendemos que as políticas a serem adotadas, principalmente as econômicas e tributárias, deverão buscar a efetivação dos princípios da ordem econômica, preceituados no art. 170 da Constituição Federal, especialmente o inserto em seu inciso VIII – busca do pleno emprego. Dessa forma, podemos afirmar que no sistema normativo todos os cidadãos brasileiros estão protegidos nas situações de necessidade.

3 – Diferenças entre a previdência e a assistência social

A previdência social tem como pressuposto o trabalho: sua remuneração, como uma das modalidades de financiamento direto e a ausência da capacidade laboral na concessão de suas prestações (benefícios e serviços) demonstra que a própria Constituição conferiu tratamento peculiar aos trabalhadores, na medida em que destinou uma das áreas componentes da seguridade social a proteger o trabalhador quando diante de uma necessidade causada por riscos sociais. De forma diversa da assistência social, exige contraprestação para que o beneficiário tenha acesso à proteção social, a qual tem correspondência com a remuneração recebida pelo trabalho (o cálculo do benefício tem por base a remuneração): garante o padrão médio do trabalhador, quando diante da incapacidade laboral.

Já a assistência social, independe de contribuição, e diferentemente da previdência, visa a garantia do padrão mínimo àqueles que não são protegidos pela previdência, nem pela assistência privada (família). Referido direito social garante a universalidade da seguridade social.

¹⁷ Art. 203. A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**..... (grifo nosso)

¹⁸ Art. 1.º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, **para garantir o atendimento às necessidades básicas**. (grifo nosso)

¹⁹ Objetivo da República Federativa do Brasil, preceituado no art. 3º, III da Constituição Federal.

4 – Financiamento da seguridade social

Conforme vimos, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Para garantir a proteção social referida acima, a Constituição prevê meios que correspondem ao financiamento da seguridade social, cuja responsabilidade, conforme o *caput* do art. 195, é de toda a sociedade de forma direta e indireta.

A forma indireta é efetivada por meio dos recursos que as pessoas jurídicas de direito público interno destinam dos seus orçamentos, compostos de receitas provenientes da tributação, a qual é suportada pela sociedade, o que motiva a denominação “indireta”. As parcelas dos recursos dos concursos de prognósticos promovidos pelo poder público também constituem financiamento indireto.

Já na forma direta de financiamento, a participação da sociedade efetua-se por meio das contribuições sociais, as quais estão arroladas nos incisos do art. 195 e no art. 239, ambos da Constituição Federal, além de outras fontes, que poderão ser instituídas via competência residual, prevista no § 4º do art. 195, e por meio de previsão decorrente do poder constituinte reformador²⁰. Ressalta-se que o sistema de seguridade exige a previsão de custeio prévio (art. 195, §5º da CF).

Considerações finais

As disposições constitucionais relacionadas à seguridade social nos permitem afirmar que, por meio das três áreas que a compõem – saúde, previdência e assistência, todos os brasileiros estão protegidos e, assim, mencionada forma de proteção social está em consonância com o tipo de Estado adotado pela Constituição de 1988, o qual tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana.

Os direitos de seguridade (saúde, previdência e assistência social) têm como contrapartida o dever de toda a sociedade brasileira de financiá-los, uma vez que a seguridade social é custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Assim, o constituinte, além de prever uma proteção social que atende aos fundamentos e aos objetivos do Estado brasileiro, preocupou-se com sua efetividade, pois estabeleceu diversos meios de financiamento, garantindo, com isso, a dignidade de todos os brasileiros.

Embora fazendo parte da seguridade social, as três áreas possuem regime jurídico diverso, sendo que a previdência, diferente da saúde e da assistência, exige contribuição do segurado para que ele e seus dependentes tenha acesso às prestações previdenciárias. A previdência garante o padrão médio de vida do trabalhador e, a assistência visa a concessão do mínimo vital.

²⁰ Emendas constitucionais foram utilizadas como instrumento para ampliar a receita da seguridade social, no caso da CPMF, bem como, no caso da contribuição do importador (PIS/PASEP – importação e COFINS - importação, conforme art. 195, IV da CF, acrescido pela EC nº 42/2003).

Impossibilidade de reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários, objeto de sentenças e acordos trabalhista

Zélia Luiza Pierdoná¹

Justificativa:

Muitos segurados e dependentes buscam o Poder Judiciário (Federal e Estadual, haja vista os preceitos do art. 109, I e seu §3º da CF) para ver modificada a decisão do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que não concede benefícios previdenciários quando a única fundamentação é a sentença ou o acordo homologado junto à Justiça Laboral. Assim, considerando que os membros do Ministério Público Federal e Estadual atuam sobre referida questão, a presente tese tem por objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico impossibilita o reconhecimento do tempo de serviço, objeto de sentenças e acordos homologado pela Justiça do Trabalho, para fins previdenciários.

Síntese dogmática:

A legislação previdenciária (art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91) exige início de prova material para comprovação de tempo de serviço, o que não ocorre na legislação trabalhista. Por outro lado, a Constituição Federal estabelece a competência jurisdicional de cada Órgão do Poder Judiciário, sendo que compete à Justiça do Trabalho julgar as lides entre empregadores e empregados (art. 114 da CF), enquanto as lides previdenciárias (entre beneficiários da Previdência Social e a Autarquia Previdenciária) são julgadas pela Justiça Comum: Federal e Estadual (art. 109, I e § 3º da CF). Assim, as sentenças e acordos trabalhistas não podem ser opostos ao INSS para fins de comprovação da qualidade de segurado, sob pena de violar as disposições constitucionais e legais referidas acima.

Fundamentos jurídicos:

A Constituição Federal estabeleceu regras sobre a competência de cada um dos órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, as lides laborais entre empregadores e empregados são dirimidas pela Justiça Especializada (Justiça do Trabalho, art. 114 da CF) e, as lides entre beneficiários da Previdência Social e a Autarquia Previdenciária são de competência da Justiça Comum: Federal e Estadual (art. 109, I e § 3º da CF).

Além disso, a legislação previdenciária (art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91) exige início de prova material para comprovação de tempo de serviço. Referida exigência não é aplicada na legislação do trabalho. A prestação de serviço e o correspondente recolhimento das contribuições são requisitos para a qualidade de segurado, a qual é necessária para a concessão de benefícios previdenciários.

Segurados e dependentes (no caso de pensão por morte) da Previdência Social, muitas vezes, requerem benefícios previdenciários, demonstrando a qualidade de segurado, apenas com cópia de sentença ou acordo homologado junto à Justiça Trabalhista. Nesses casos, o INSS nega o benefício requerido, sob o argumento da ausência de início de prova material. No nosso entendimento, conforme será demonstrado abaixo,

¹ Procuradora da República em São Paulo; Professora da Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre e Doutora pela PUC/SP.

citada negativa encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico.

A questão apresentada acima deve ser analisada sob dois aspectos: a obrigatoriedade ou não de o INSS aceitar o registro na CTPS de tempo de serviço objeto de sentença ou acordo homologado na Justiça do Trabalho, em razão do preceito do art. 472 do Código de Processo Civil e, a prova tarifada, prevista no art. 55, § 3º da Lei n.º 8.213/91 (Lei de Benefício).

Entendemos que a análise do primeiro aspecto passa, obrigatoriamente, pela análise do segundo, uma vez que as sentenças e os acordos homologados na Justiça Trabalhista, sobre a existência ou não de relação empregatícia, não exigem início de prova material, como o faz a legislação previdenciária.

Assim, antes de analisarmos se o INSS pode ser obrigado a aceitar o registro da Carteira de Trabalho, decorrente de uma sentença ou um acordo trabalhista, em razão das disposições do art. 472 do CPC, devemos verificar se as disposições do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91 não autorizam, por si só, que a Autarquia Previdenciária negue o mencionado registro.

Outro aspecto que precisa ser analisado é se as disposições do § 3º acima citado aplicam-se a todos os benefícios previdenciários ou somente à aposentadoria.

O § 3º, do art. 55 da Lei 8.213/91, assim dispõe:

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.

O texto legal acima transcrito estabelece a designada prova tarifada, uma vez que exige início de prova material. Analisando o preceito, observamos que o início de prova material estende-se a todos os benefícios que têm como pressuposto a comprovação de tempo de serviço.

Nesse sentido, entendemos que no caso do benefício previdenciário de pensão por morte também é aplicada a prova tarifada, haja vista que a qualidade de segurado do segurado obrigatório pressupõe o exercício de atividade remunerada, com a correspondente contribuição.

Assim, se o exercício da atividade é decorrente da comprovação de tempo de serviço e, se referido exercício garante a qualidade de segurado, a qual é necessária para fins de recebimento do benefício de pensão por morte, para fins previdenciários, obrigatoriamente, a comprovação, mesmo que objetivando o benefício de pensão, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material.

Quanto aos meios de produção de provas, bem como, quanto à apreciação da prova produzida em juízo, há regras estabelecidas no Código de Processo Civil. No que tange aos meios probatórios, o art. 332 do Estatuto Processual, como regra geral, admite todos os meios de prova, desde que idôneos e moralmente legítimos. Quanto à apreciação das provas produzida, o art. 131, do referido diploma legal, adotou o princípio da livre convicção motivada, o qual estabelece a liberdade de apreciação.

Entretanto, as regras gerais, quanto aos meios e quanto à avaliação da prova, devem ser interpretadas à luz dos preceitos do direito material específico. Nesse sentido é a lição da doutrina², abaixo transcrita:

Uma advertência faz-se necessária, neste ponto, acerca do tema da apreciação judicial da prova. Cabe ao direito processual, em princípio, estabelecer o sistema a ser seguido, o que, no caso do processo civil brasileiro, vem definido no art. 131 do CPC, em que consagrado o princípio do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional); essa interpretação, todavia, não é na verdade inteiramente livre, mas sujeita-se justamente às regras de direito

2 Código de processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 992.

material que ao direito processual incumbe fazer observar.

Tem o juiz, dessa forma, liberdade para valorar a qualidade e a credibilidade das provas disponíveis nos autos, de acordo com sua convicção íntima (pode, por exemplo, recusar o laudo de seu próprio perito, ou dar credibilidade à testemunha única de uma parte, em detrimento de cinco arroladas pela parte adversa); não pode fugir, entretanto, aos postulados do direito substancial sobre a forma obrigatória ou sobre requisitos mínimos de provas aplicáveis a certos atos ou fatos, como também não pode ignorar os preceitos de admissibilidade próprios de cada meio de prova e finalmente a força probatória a eles atribuída pelo direito substancial em determinados casos, ou ainda as presunções ali fixadas. Em outras palavras, o livre convencimento se exerce quanto às provas juridicamente admissíveis e nos limites em que toleradas caso a caso, não podendo ser invocado para justificar a adoção pelo juiz de critério próprio de admissibilidade e valor jurídico para as provas. (grifo nosso)

Nesse sentido, o § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91, estabelece a prova tarifada, exigindo início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, excluindo, portanto, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

O STF tem admitido, reiteradamente, a prova tarifada. Reconheceu a legitimidade do preceito do §3º do art. 55 da Lei 8.213/91, no RE nº 226.588-9/SP, conforme se pode observar abaixo:

RE 226588 / SP - SÃO PAULO
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 15/08/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma
 Publicação DJ 29-09-2000 PP-00098 EMENT VOL-02006-03 PP-00553
 Parte(s)
 RECTE. : DORSOLINA ALVES BEZERRIL
 ADVDOS. : LUIZ ANTÔNIO SPOLON E OUTRO
 RECDO. : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 ADVDO. : JURANDIR FREIRE DE CARVALHO

Ementa

APOSENTADORIA - TEMPO DE SERVIÇO - PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL - INADMISSIBILIDADE COMO REGRA. A teor do disposto no § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço há de ser revelado mediante início de prova documental, não sendo admitida, exceto ante motivo de força maior ou caso fortuito, a exclusivamente testemunhal. Decisão em tal sentido não vulnera os preceitos dos artigos 5º, incisos LV e LVI, 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal.

Também na ADI nº 2.555-4/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade do início de prova material.

ADI 2555 / DF - DISTRITO FEDERAL
 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
 Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação DJ 02-05-2003 PP-00025 EMENT VOL-02108-02 PP-00241
 Parte(s)
 REQTE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
 ADVDO.: ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS
 REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
 REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 54 DO ADCT. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA AOS SERINGUEIROS RECRUTADOS OU QUE COLABORARAM NOS ESFORÇOS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ART. 21 DA LEI Nº 9.711, DE 20.11.98, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.986, DE 20.11.89. EXIGÊNCIA, PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL E VEDAÇÃO AO USO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. A vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal e a exigência do início de prova material para o reconhecimento judicial da situação descrita no art. 54 do ADCT e no art. 1º da

Lei nº 7.986/89 não vulneram os incisos XXXV, XXXVI e LVI do art. 5º da CF. O maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento do benefício. Precedentes da Segunda Turma do STF: REs nº 226.588, 238.446, 226.772, 236.759 e 238.444, todos de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Descabida a alegação de ofensa a direito adquirido. O art. 21 da Lei 9.711/98 alterou o regime jurídico probatório no processo de concessão do benefício citado, sendo pacífico o entendimento fixado por esta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico. Ação direta cujo pedido se julga improcedente.

O STJ, por meio da Súmula 149, assim se pronunciou: “a prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

Dessa forma, a questão já teria uma solução, uma vez que o acordo firmado na Justiça do Trabalho não tem a produção de qualquer prova, nem mesmo a testemunhal, a qual, para fins previdenciários, somente seria aceita na ocorrência de força maior ou caso fortuito.

A sentença trabalhista, por outro lado, também não exige início de prova material, podendo ser proferida apenas com base em prova testemunhal. Assim, se eventualmente há início de prova material, referida prova poderá ser utilizada (prova emprestada), tanto na esfera Administrativa como na Judicial (Justiça Comum, Estadual ou Federal), não bastando, portanto, a juntada da Carteira de Trabalho, devidamente anotada, em razão da decisão da Justiça laboral.

O argumento freqüentemente apresentado, de que se estaria negando efetividade a decisão judicial deve ser afastado. Primeiro porque a decisão tem eficácia para fins trabalhistas (o problema é que a ação trabalhista, muitas vezes, é proposta com outros fins, que não os trabalhistas); segundo que a aceitação da decisão judicial – sentença ou a homologação do acordo, proferidos junto à Justiça do Trabalho – para fins previdenciários, tornaria letra morta o dispositivo legal do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91; e, terceiro, porque isso violaria a distribuição da competência jurisdicional, estabelecida na Constituição: conflitos envolvendo a Previdência Social são julgados na Justiça Federal Comum e Justiça Estadual, nos termos do art. 109, *caput* e § 3º da Constituição e não na Justiça do Trabalho.

Não pode ser ignorado o fato de que muitas ações propostas na Justiça do Trabalho têm por objetivo exclusivo a obtenção de benefício previdenciário. Nesse sentido são as palavras de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior³:

na verdade, muitas reclamações trabalhistas são ajuizadas com desvirtuamento de finalidade, ou seja, não visam dirimir controvérsia entre empregador e empregado, mas sim obter direitos perante a previdência Social. Em alguns casos há uma verdadeira simulação de reclamação, com o reconhecimento do vínculo empregatício por parte do empregador, em acordo. (grifos nosso).

A observação dos autores de que em muitos casos há verdadeira simulação para fins previdenciários, não pode ser ignorada. Muitos acordos proferidos junto à citada Justiça especializada acobertam crimes em face da Previdência Social.

A possibilidade de fraudes ocorre principalmente no caso do benefício de pensão por morte, uma vez que a legislação atual dispensa a carência. Assim, mesmo quando o *de cujus* efetivamente tenha trabalhado, acordos são feitos com um período bem inferior àquele efetivamente trabalhado. Esta subscritora, no ano de 2003, participou de uma audiência no Juizado Especial Federal em São Paulo, na qual foi constatado que o *de cujus* havia trabalhado por aproximadamente dez (10) anos e o acordo trabalhista foi firmado com período inferior a um ano. O empregador recolheu as contribuições do período acordado, deixando de recolher mais de

³ *in* Comentários à lei de benefícios da previdência social, 6. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed.: Esmafe, 2006, p. 232.

nove (9) anos. Em uma situação como a descrita, não há prejuízo para o dependente, uma vez que o benefício é calculado pela média das contribuições recolhidas. Inclusive, a fraude pode ser ainda maior: recolhe por um período menor, sobre valores maiores. A média será maior e o dependente receberá uma pensão maior. Entendemos que o benefício previdenciário, assim como as contribuições recolhidas devem refletir a realidade.

Nem se pode apresentar o contra-argumento da presunção de inocência, pois, além de comprometer a imagem da Justiça brasileira, em matéria previdenciária, a lei exige início de prova material.

Temos observado que muitos aplicadores do direito defendem o direito à previdência e esquecem do dever correlato. Entretanto, mencionado direito social é concedido se cumprido o dever previsto na Constituição (art. 201). Nesse sentido, conceituamos⁴ previdência social como:

direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, que garante recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral. É, no entanto, direito fundamental que depende do cumprimento de um dever fundamental correlato: necessidade de contribuição do segurado.

A ausência de carência garante o recebimento do benefício de pensão, com o reconhecimento de qualquer período, desde que presente a qualidade de segurado. Assim, mesmo na hipótese de um longo período de trabalho, o reconhecimento de um tempo reduzido, permite o recebimento do citado benefício.

Em razão disso, a ausência de carência deve ser interpretada no conjunto dos preceitos da legislação previdenciária: ao mesmo tempo que a lei dispensa a carência, exige o início de prova material para comprovar tempo de serviço. Do contrário, o Poder Judiciário poderá ser palco de legitimação de fraude contra o conjunto dos beneficiários da Previdência Social, já que seus recursos, segundo o art. 167, XI da Constituição, somente poderão ser utilizados para o pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Dessa forma, diante da ausência de início de prova material, não há que falar em considerar os períodos objeto de acordos ou sentenças trabalhistas, para fins previdenciários.

A argumentação apresentada acima já seria suficiente para impedir o reconhecimento do tempo de serviço reconhecido em sentenças e acordos homologados junto à Justiça Especializada. Entretanto, o art. 472 do CPC dispõe que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Diante do referido dispositivo, perguntamos: como pode o INSS ser obrigado a aceitar os termos de uma sentença ou acordo trabalhista? Entendemos que não se pode alegar que a execução de ofício das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho o tornaria parte, uma vez que, além de o INSS não poder desfazer o acordo ou a sentença, pois ambos têm validade jurídica para fins trabalhistas.

Nesse sentido, concordamos com Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, para os quais⁵ “sua admissibilidade como meio de prova de tempo de contribuição para fins previdenciários possui, a nosso ver, um óbice intransponível: a eficácia subjetiva da coisa julgada. Não tendo o Instituto integrado a lide, não poderá sofrer os efeitos da decisão nela proferida”.

Os autores, assim como nós defendemos acima, sustentam ainda que “a competência para conhecer de questões relativas à contagem do tempo de serviço destinado à obtenção de benefícios é da Justiça Federal”. Sustentam, ainda, que os documentos juntados no processo trabalhista poderão ser utilizados como elementos de convicção pela autoridade administrativa ou na ação previdenciária proposta na Justiça

4 *in* Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional / Coordenador geral Dimitri Dimoulis, São Paulo : Saraiva, 2007

5 *in* Comentários à lei de benefícios da previdência social, 6. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed.: Esmafe, 2006, p. 233.

competente. Isso, é obvio, quando há documentos juntados na ação trabalhista, o que raramente ocorre nas hipóteses de acordo. Mesmo quando é proferida sentença, ela pode basear-se apenas em prova exclusivamente testemunhal.

Assim, a negativa da autarquia previdenciária em aceitar o tempo de serviço, objeto de sentença ou acordo firmados junto à Justiça do Trabalho, encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico. Referidas sentenças e acordos têm eficácia na esfera trabalhista. Para fins previdenciários, os beneficiários deverão apresentar início de prova material, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial (Justiça Comum: Federal e Estadual).