

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Aline Fonseca Garcia

**Limites da Responsabilidade do Empregador no Limbo Previdenciário
Trabalhista**

SÃO PAULO
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Aline Fonseca Garcia

**Limites da Responsabilidade do Empregador no Limbo Previdenciário
Trabalhista**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho de conclusão de curso a minha família que me apoia na busca da concretização profissional e pessoal, sempre me socorrendo nas dificuldades e me guiando, sobretudo, no caminho da justiça, da ética e do respeito.

Agradeço, primeiramente, a Deus que propicia fonte inestimável de sabedoria e fé.

Agradeço aos meus pais que desde os primeiros passos de minha vida me acompanham respeitando minhas decisões. Detentores de bons conselhos e palavras sinceras, me conduzem e inspiram a ser sempre uma pessoa melhor. A minha gratidão a vocês é eterna.

Agradeço aos meus irmãos por entenderem a minha ausência nas brincadeiras e conversas ao longo do dia.

Agradeço aos professores e professoras da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialmente à Professora Ma. Zélia Maria Cardoso Montal. Agradeço professora por toda atenção, carinho e paciência com que transmite seus conhecimentos. Todos os seus alunos, entre os quais tive a honra de me incluir, adquiriram mais do que conhecimentos teóricos. Fomos motivados pela professora a procurar sempre o caminho da Justiça e equilíbrio, com imparcialidade e ética. Muito obrigada por tudo.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo o estudo dos limites da responsabilidade do empregador no limbo previdenciário trabalhista. A divergência entre as conclusões do laudo do Instituto Nacional de Seguro Social e do médico do trabalho acarreta ao trabalhador situação de difícil solução, uma vez que não recebe benefício previdenciário, visto considerado apto pela autarquia previdenciária e não recebe salário, já que considerado incapaz ao exercício de suas atividades laborativas pela empresa. Diante do contexto, a jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de atribuir responsabilidade ao empregador pelo pagamento de salários após alta previdenciária. Nessa perspectiva, impõe-se o estudo dos pressupostos, fundamentos e limites da referida responsabilidade. A problemática, ainda, atrai a necessidade de perquirir se diante do entendimento atual o empregado esta sendo adequadamente tutelado enquanto titular de direito à previdência social, bem como se há segurança jurídica para o empregador.

Palavras-chave: Limbo Previdenciário Trabalhista – Responsabilidade – Limites.

ABSTRACT

This monograph aims to study the limits of the employer's responsibility in limbo labor pension. The difference between the conclusions of the report of the National Institute of Social Insurance and the doctor work entails the worker situation of difficult solution, since it does not receive welfare benefits, as deemed suitable by the local social security and do not receive salary, since deemed incapable to exercise of their professional activities by the company. In the context, the law has signed understanding in order to assign responsibility to the employer for payment of wages after high social security reforms. From this perspective, it is the study of assumptions, foundations and limits of responsibility. The problem, still attracts the need of perquirir if before the understandings current employee is being adequately protected while holder the right to social security, as well as if there is legal certainty for the employer.

Keywords: Limbo Labor Pension - Liability - Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. SEGURIDADE E SEGURO SOCIAL	12
1.1. Histórico da Seguridade Social e Seguro Social.....	12
1.2. Modelos de Previdência Social.....	27
1.3. Valores e Princípios Fundamentais da Seguridade Social e da Previdência Social.....	32
1.4. Benefícios previdenciários decorrentes do fato gerador incapacidade para o trabalho.....	46
2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE.....	50
2.1. Conceito de Responsabilidade.....	50
2.2. Espécies de responsabilidade.....	58
2.3. Requisitos da Responsabilidade.....	69
2.4. Excludentes de Responsabilidade.....	81
2.5. Responsabilidade Social.....	83
2.5.1. Função Social e Solidarismo.....	85
3. LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA.....	93
3.1. Gravidade do Limbo previdenciário trabalhista.....	93
3.2. Modalidade e Classificação da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista.....	102
3.3. Requisitos da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista.....	110
3.4. Excludentes da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista.....	112
3.5. Análise da questão do limbo a partir da conduta do trabalhador.....	118
3.6. Fundamentos das decisões para atribuir a responsabilidade no limbo previdenciário trabalhista ao empregador.....	130
3.7. Problemática acerca da competência.....	138

CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149
ANEXO A.....	152
ANEXO B.....	157
ANEXO C.....	160

INTRODUÇÃO

O estudo acerca dos limites da responsabilidade do empregador no limbo trabalhista previdenciário representa importante diretriz para buscar solução justa nos casos em que o trabalhador é considerado apto ao trabalho pelo Instituto Nacional de Seguro Social, porém o médico da empresa o considera inapto. É cada vez mais frequente o número de reclamações trabalhistas envolvendo o tema. Na prática, geralmente a tutela jurisdicional não é alcançada com a mesma celeridade que a realidade social do trabalhador exige. Por vezes, diversos trabalhadores acabam vivenciando uma situação que atenta contra seus direitos básicos. Considerados aptos ao trabalho pelo INSS, não têm direito ao recebimento do benefício previdenciário e, por outro lado, considerados inaptos ao trabalho pelo médico da empresa não podem retornar ao trabalho e por isso não recebem salário de seus empregadores. A questão insere os trabalhadores no denominado limbo previdenciário trabalhista, deixando-os em situação de extrema preocupação tendo em vista o caráter alimentar do benefício previdenciário e do salário.

Diante dessa situação, tem-se observado entendimento jurisprudencial afirmando a prevalência da decisão da autarquia federal, presumindo-se, assim, que o trabalhador está apto ao trabalho. Tendo o INSS indeferido o benefício previdenciário, o contrato de trabalho não está suspenso, razão pela qual o empregador deverá permitir o retorno do trabalhador e consequentemente voltar a pagar o salário. Impõe-se, entretanto, diante do referido entendimento estudar os pressupostos da responsabilidade do empregador, seus fundamentos e, ainda, os limites de sua atribuição. Objetiva-se, ainda, analisar se diante das soluções atualmente propostas diante do limbo, o trabalhador está sendo efetivamente tutelado, bem como se há segurança jurídica para o empregador.

Uma vez que a questão do limbo previdenciário abrange três figuras, quais sejam Instituto Nacional de Seguro Social, empregador e empregado, impõe-se o estudo da responsabilidade dos primeiros para com o último. No que concerne à estrutura do presente trabalho, o capítulo primeiro foi redigido objetivando-se compreender a origem da Seguridade e Seguro Social, seus valores e princípios fundamentais. Quanto ao capítulo segundo, objetivou-se analisar a teoria geral da responsabilidade. Por sua vez, o capítulo terceiro visou à compreensão do limbo previdenciário trabalhista considerando os posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema e buscando alcançar um limite à atribuição da

responsabilidade do empregador considerando os pressupostos e fundamentos que ensejam sua responsabilidade, bem como a função precípua da Previdência Social.

Quanto à pesquisa bibliográfica, será respaldada principalmente pela doutrina, legislação, bem como jurisprudência dos Tribunais.

1. SEGURIDADE E SEGURO SOCIAL

1.1. Histórico da Seguridade Social e Seguro Social

Consoante ressalta Marly A. Cardone¹, os riscos sociais são comuns. Entre eles a morte e a doença. Ocorrendo morte, todas as pessoas que dependiam economicamente do *de cujus* ficarão desprovidas de meio de subsistência. Por sua vez, ocorrendo a doença, o adoentado poderá ficar incapacitado temporária ou definitivamente para o trabalho, e consequentemente ele próprio e seus dependentes também ficarão sem condições de manutenção de suas despesas básicas. Diante de um contexto repleto de inúmeros riscos sociais, essencial um sistema de proteção social apto a propiciar aos trabalhadores o resguardo de sua integridade física, necessário a sua recuperação e posterior retorno ao trabalho. À sociedade não interessa manter seus cidadãos incapacitados para o trabalho, mas sim auxiliá-los quando da ocorrência de contingências, a fim de que reabilitados novamente utilizem sua força de trabalho. Ainda, segundo Marly A. Cardone² quando se há a preocupação de dar cobertura às consequências oriundas da realização de contingências³, diz-se que há previdência, ou seja, uma antevisão. Dentro dessa perspectiva, emerge o estudo da “Previdência Social”, como instrumento adequado a acobertar contingências sociais legalmente previstas.

A fim de melhor e adequadamente compreender a Previdência Social, impõe primeiramente analisar o conceito, objetivo e os primórdios da Seguridade Social. A Seguridade Social está prevista no artigo 194 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e pode ser compreendida como um sistema de proteção social ao indivíduo. Trata-se de um conjunto de ações e benefícios destinados a assegurar direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social. Wagner Balera⁴ assevera ser a saúde, a previdência social e a assistência social a tríplice finalidade da seguridade social. Acrescenta o jurista enfatizando

¹ CARDONE, Marly A. Previdência Social e Contrato de Trabalho. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 07.

² Ibidem, p. 09.

³ Acerca da distinção de riscos e contingências, Marly A. Cardone, assevera que os cientistas, percebendo que determinados eventos das vidas das pessoas, embora possam significar aumento de despesas, não poderiam ser considerados riscos, visto que não tem a característica de *incertus an e incertus quando* (incertos quanto a existência e incertos quanto ao momento de sua realização), como por exemplo o matrimônio, o nascimento dos filhos e sua criação, passaram a distinguir riscos de contingências. Nesses termos, aqueles eventos que não tem característica de *incertus an e incertus quando* passaram a ser chamados de contingências. Posteriormente, entretanto, tal distinção passou a não fazer mais sentido, porquanto o que os identifica é o efeito deles sobre a capacidade econômica das pessoas. Ibidem, p. 08/09.

⁴ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 14.

a relevância da racionalização da atividade administrativa almejando melhor aproveitamento dos usuários:

A integração das áreas que, dentro e fora do aparelho governamental, recebem a incumbência de satisfazer certos direitos sociais implica na racionalização da atividade administrativa, permitindo, destarte, melhor aproveitamento das particulares formas de proteção pelos usuários.

Consoante Wagner Balera⁵, o objetivo do Sistema Nacional de Seguridade Social se confunde, na dicção constitucional, com o próprio objetivo da Ordem Social. Denota-se, que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 193 que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Destaca-se, ainda, que Ordem Social foi disciplinada no Título VIII e compõe-se de oito capítulos, quais sejam: disposição geral; seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; e índios. Correspondente, portanto, a um dos capítulos da “Ordem Social”, a Seguridade Social compõe o objetivo da mesma. Wagner Balera⁶ afirma que na medida em que o constituinte fixou limites e contornos da Ordem Social, o Sistema da Seguridade Social deverá atuar, na “desordem social” identificada e reconhecida, a fim de conformá-la em plano superior. Conclui o jurista afirmando que será justamente tal atuação que planificará a conduta do Estado e da sociedade:

As normas que configuram a Ordem Social criam certo vínculo entre as concretas propostas que querem tornar efetivo o objetivo do sistema. Portanto, cada norma está alojada em bem definido lugar do sistema e, em conjunto com os comandos estruturais (dos quais se tratará em breve neste texto) planificam a conduta do Estado e da Sociedade.

A Seguridade Social como um sistema, o qual almeja tutelar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social está integralmente relacionada às políticas sociais, as quais por sua vez buscam sempre efetivar e assegurar a “Justiça Social”. Nesse sentido, leciona Wagner Balera⁷, esclarecendo, inclusive, que o sentido e alcance de “Justiça Social” deve ser analisado à luz do que dispõe o artigo 3º, inciso III, do texto constitucional, ou seja, deve-se ter por justiça social “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”:

Tendem ao objetivo da Justiça Social todas as políticas sociais que, com o instrumental da seguridade social, o Estado e a sociedade tratarão de implantar, em obediência aos comandos da Constituição do Brasil. Mas, afinal, o que se deve entender por justiça social, aqui qualificada como objetivo de toda e qualquer

⁵ Ibidem, p. 19.

⁶ Ibidem, p. 13.

⁷ Ibidem, p. 15.

política social? O que se pretende atingir com tal objetivo sistêmico? Possivelmente, **o alvo principal de tal objetivo venha a se configurar na sintética expressão: erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem qualificada pela Lei das Leis como objetivo da República (art. 3º, III).** A pobreza e as desigualdades sociais provocaram o abismo de injustiças que qualquer um constata não apenas no Brasil como em grande parte das nações do mundo. A perversa senda da pobreza, da marginalização, geradoras da desigualdade só pode ser tolhida pelo advento da justiça social. (grifo nosso)

Acerca da evolução do conceito de acesso à justiça, cabe relembrar os ensinamentos de Mauro Cappelletti⁸. Explicita o jurista acerca da dificuldade em efetivar a igualdade material na época em que era dominante o pensamento liberal. Naquela época efetivar o acesso das pessoas à justiça não era considerado dever do Estado:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Consoante Mauro Cappelletti⁹, à medida que as sociedades adeptas do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos sofreu profunda transformação. Aduz que as sociedades deixaram a visão individualista e passaram a adotar ações e relacionamentos de uma forma coletiva. Nesse sentido, o jurista afirma que a Constituição Francesa de 1946 determinou em seu preâmbulo que os direitos humanos deveriam ser acessíveis a todos os cidadãos. Estabeleceu-se, assim, direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

O objetivo da “Justiça Social” impulsiona o reto agir¹⁰, e nesse sentido qualquer conduta do Estado há de ser direcionada para tal objetivo. Exemplifica Wagner Balera¹¹ afirmando que na elaboração de um termo de ajustamento de conduta que ordene medidas de redução de ruído e poluição de certo estabelecimento fabril, o Estado está sendo dirigido pela busca da “Justiça Social”, posto que segundo o jurista “..ao fim e ao cabo, será atingida pelo incremento da qualidade de vida dos trabalhadores”. Ademais, segundo Wagner Balera¹² a referida providência repercute, a seu modo, sobre a seguridade social, posto que minimiza os

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

⁹ Ibidem, p. 10.

¹⁰ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 17.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

custos da proteção que até então causava o local insalubre, incumbindo ao Poder Público estratégias sociais que alcancem o objetivo perseguido.

Exatamente em razão do sistema de Seguridade Social integrar a “Ordem Social” e atuar sujeito à “desordem” reconhecida constitucionalmente, os objetivos da “Ordem Social” e os objetivos da Seguridade Social são os mesmos, quais sejam atingir a “Justiça Social”, que corresponde, por seu turno, a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, III, CF)¹³.

Vitor Pinto Chaves¹⁴ esclarece que o conceito de “Justiça Social” surgiu em meio ao modelo de Estado Social. Consoante o jurista, referido modelo de Estado desenvolveu-se impulsionado pelo aumento das desigualdades sociais, acarretando preocupação de materializar direitos sociais:

Os direitos sociais, entre eles a assistência social, surgiram num contexto em que liberdade e igualdade formais precisavam tornar-se liberdade e igualdade de fato. **Dever-se-ia fornecer, a cada indivíduo, igualdade de chances materiais em uma sociedade capitalista industrial que produz elevados riscos. Alterou-se, assim a maneira de compreender a justiça.** Um elemento importante nesse contexto foi a juridicização de uma nova categoria pouco conhecida do constitucionalismo do século XIX: a noção de justiça social, referindo-se a uma distribuição material (políticas sociais), por parte do Estado, a fim de garantir a autonomia privada do cidadão cliente. Justiça social deixou de ser uma reflexão restrita à filosofia política e passou a estar presente entre os temas debatidos pelo Direito Constitucional. (grifo nosso)

Conforme Cláudia Toledo¹⁵, os direitos fundamentais sociais são aqueles que visam à liberdade fática. Ou seja, consistentes em prestações financeiras ou objetivas, os direitos fundamentais sociais possibilitam ao indivíduo a defesa da liberdade jurídica, e essa situação, por conseguinte, acaba por representar a efetiva liberdade (liberdade fática). Consoante a jurista, dentro do tema de direitos fundamentais às prestações, em sentido amplo, há uma situação que, acarreta certo problema de direitos fundamentais sociais¹⁶. Tal situação ocorre sempre quando um indivíduo depende urgentemente da ajuda financeira ou material do Estado para exercer sua liberdade jurídica consistente em outros direitos, tais como moradia, trabalho, assistência social e educação. Trata-se, nesses termos, da supressão ou insuficiência do auxílio do Estado a seus cidadãos carentes, ocasionando grave problema de negação de direitos fundamentais sociais.

¹³ Ibidem, p. 15.

¹⁴ CHAVES, Vitor Pinto. O direito à assistência social do Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 4/5

¹⁵ TOLEDO, Cláudia. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.17

¹⁶ Ibidem, p.18.

Do conceito de seguridade social¹⁷, extrai-se que a previdência social é tão somente um dos direitos por ela assegurado. Por seu turno, Fábio Zambitte Ibrahim¹⁸ conclui ser a Seguridade Social uma rede protetiva consistente em ações positivas:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada por Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seu dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida.

Em linhas gerais, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade consistente na Seguridade Social almeja proteger a pessoa humana, assegurando-lhe direitos mínimos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

No que tange, particularmente, à previdência social, esta vem do latim *pre videre*, significando, ver com antecipação, prever as contingências sociais e procurar compô-las¹⁹. Diversamente de seguridade social, a previdência social implica um seguro, ou seja, uma relação onerosa. Leciona Sérgio Pinto Martins²⁰ que a relação jurídica da previdência social é de trato sucessivo, pois perdura no tempo; unitária, visto que decorre de previsão legal; onerosa, em razão de que o segurado deve contribuir para ter direito ao benefício; sinalagmática, já que o dever de pagar implica, desde que atendidas as condições legais, no direito ao benefício e aleatória, posto que há incerteza quanto às prestações. Assim como a seguridade social, a previdência social busca tutelar o indivíduo, mas ao contrário daquela implica sempre uma relação onerosa.

Esclarece Fábio Zambitte Ibrahim²¹ que a origem da proteção social nasceu verdadeiramente na família. Afirma o jurista que antigamente, família era um conceito bem mais amplo do que nos dias atuais, visto que comumente as pessoas viviam em largos aglomerados nos quais o cuidado com os mais idosos e incapacitados era incumbência dos mais jovens e saudáveis ao trabalho. Todavia, ressalva Fábio Zambitte Ibrahim²² que nem todas as pessoas eram favorecidas por tal segurança e muitas vezes se observava a prática explícita da caridade por meio da ajuda voluntária de terceiros incentivados pela Igreja.

¹⁷ O conceito de Seguridade Social está estabelecido no caput do artigo 194 da Constituição Federal: “Art. 194. 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.”

¹⁸ Ibrahim, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário, 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.04.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 279.

²⁰ Ibidem, p. 281

²¹ Ibrahim, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.01.

²² Idem.

Já no Império Romano se encontravam indícios de seguros coletivos visando à garantia de seus participantes, bem como licença estatal para mendicância, esta somente concedida aos impossibilitados de trabalhar²³. Conclui Fábio Zambitte Ibrahim que não havia intervenção estatal, mas mera ação fiscalizadora no interesse geral da sociedade.

A marcha evolutiva do sistema de proteção, desde a assistência prestada por caridade até o estágio de ser considerado como direito subjetivo passou por cerca de três formas de encarar o problema: a da beneficência entre as pessoas, a da assistência pública e a da previdência social, culminando finalmente na noção de seguridade social²⁴. A mútua assistência e a caridade podem ser verificadas nas sociedades romanas e gregas até a Idade Média, com o surgimento das guildas que entre as muitas funções também estava compreendida a assistência. Marco Aurélio Serau Junior²⁵ assevera que as guildas germânicas e anglo-saxônicas com origens no século XII prestavam assistência no caso de doença e a cobertura de despesas de funeral.

Leciona Cláudia Salles Vilela Vianna²⁶ que a despeito dos pronunciamentos da Igreja Católica preocupada com a condição dos operários, até o século XVII (1601-1700) não havia verdadeiramente nenhuma forma de prestação estatal a fim de instituir um sistema de proteção social. O primeiro ato concreto no sentido de auxiliar os mais necessitados foi o denominado *Poor Relief Act* (Ato de Alívio- 1601) de cunho eminentemente assistencial, porém de contribuição obrigatória, e instituído na Inglaterra. Dessa forma, o Estado limitava-se somente a prestar pensões pecuniárias e oferecer moradia aos carentes. Nesse contexto, o Estado não estabelecia nenhuma forma de limitação à autonomia pessoal. Ressaltam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari²⁷ que a proteção ao trabalhador naquela época era voluntariamente realizada por aqueles que se preocupavam com a dignidade da pessoa humana, e ainda, assim sob a forma de caridade. Percebe-se, dessa forma, que desde a Antiguidade, a idéia de proteção social sempre esteve atrelada ao trabalhador, ainda, que tal proteção tenha sido prestada sob a forma de caridade.

Posteriormente ao “Ato de Alívio” da Inglaterra, gradativamente os demais países europeus também criaram outros sistemas de proteção diante de algum infortúnio como a

²³ Ibidem, p. 02.

²⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 05.

²⁵ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba, Juruá, 2009, p. 296.

²⁶ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 37.

²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 06.

incapacidade laborativa, invalidez, velhice, entre outros, mas nenhum deles efetivamente previa que a assistência do Estado era direito de todos os cidadãos²⁸. Naquela época ainda se tinha a noção de que somente aqueles que contribuíssem faziam jus à proteção estatal. Deste modo, conclui Cláudia Salles Vilela Vianna que não eram verdadeiros sistemas de Seguridade Social²⁹.

Marco Aurélio Serau Junior³⁰ denota que até certo momento histórico que pode ser compreendido até a origem das corporações de ofício, os “riscos sociais” podiam ser considerados como “naturais”, relacionados às situações que sempre propiciaram algum grau de insegurança ao homem, como a fome, doença, doença avançada, pobreza.

Notório, ainda, que o pensamento econômico da época implicou na concepção do trabalho como um dos fatores de produção³¹. Amauri Mascaro do Nascimento³² leciona que por volta de 1750, a Escola Fisiocrática surge como reação contra o mercantilismo, política econômica até então vigente na Europa, que defendia a acumulação de metais preciosos como ouro e prata e que admitia certo intervencionismo moderado do Estado no intuito de favorecer o desenvolvimento industrial. Foi, ainda, responsável por instituir uma nova concepção de ordem social e econômica insurgindo-se contra o protecionismo e regulamentação e exaltando o princípio de uma ordem natural. Era a política do *laissez faire, laissez passer* (“deixai fazer, deixai ir, deixai passar”) ³³. Ainda, por volta de 1776, outra concepção econômica foi difundida. Adam Smith, autor de “Riqueza das Nações”, passou a defender a ideia do trabalho como atividade humana aplicada à produção, medida e fundamento do valor.³⁴ Para Smith o “...operário passaria a dividir com o capital o produto de seu trabalho”³⁵. Nesses termos, propugnou que o salário dependia de uma proporção entre o capital e o número de operários, sujeito assim à lei da oferta e da procura³⁶. Posteriormente, adeptos também da Escola Clássica Liberal, mesma de Adam Smith, instituíram teorias entre as quais se destacou a de David Ricardo. Em 1817 o economista desenvolveu a teoria da renda e do salário natural, segundo a qual o salário do operário deve ser aquele necessário e indispensável a sua subsistência, uma vez que se o operário tivesse uma vida mais luxuosa implicaria em aumento

²⁸ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 37.

²⁹ Ibidem, p. 38

³⁰ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba, Juruá, 2009, p. 297.

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

³² Idem.

³³ Ibidem, p. 22.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

da sua família e consequentemente do número de operários gerando uma crise.³⁷ Durante o liberalismo não se admitia, portanto, nenhuma forma de intervenção do Estado nem na economia e nem nas relações particulares entre operários e patrões. Amauri Mascaro do Nascimento³⁸ ressalta as principais características da concepção liberalista, as quais não propiciaram a melhoria das condições trabalhistas:

A concepção fundamental do liberalismo é a de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viviam em estado de natureza e na qual cada um deles, sob a direção da vontade geral, vive em liberdade e igualdade e com a garantia da propriedade de tudo o que possui. O governo é simples intermediário entre o povo e a vontade geral, à qual lhe cabe dar cumprimento, **com um mínimo de interferência e com o máximo empenho no sentido de assegurar a liberdade civil e política**, bem como os direitos naturais, porque estes preexistem ao Estado e não se sujeitam a restrições...O contrato é signo da liberdade. **Acreditava-se que o equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas pudesse ser atingido diretamente pelos interessados segundo o princípio da autonomia da vontade.** Assim, esses códigos não revelam nenhuma preocupação com o problema social. (grifo nosso)

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari³⁹ lecionam que nos primórdios da relação de emprego, o trabalho, embora retribuído por salário, sem regulamentação alguma, era motivo de submissão de trabalhadores às condições análogas às dos escravos, inexistindo nenhuma forma de proteção social, seja na relação empregado-empregador, seja na questão relativa aos riscos da atividade laborativa. Nos dizeres dos juristas “...os direitos dos trabalhadores eram aqueles assegurados por seus contratos, sem que houvesse qualquer intervenção estatal no sentido de estabelecer garantias mínimas.” Amauri Mascaro do Nascimento⁴⁰ ressalta que a ausência de regulamentação dava ensejo às condições de trabalho impostas exclusivamente pelos empregadores:

Se o patrão estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas pelos empregados, é porque, principalmente, não havia um direito regulamentando o problema. Mario de La Cueva observa que o contrato de trabalho podia resultar do livre acordo das partes mas, na realidade, era o patrão quem fixava as normas; e, como jamais existiu contrato escrito, o empregador podia dar por terminada a relação de emprego à sua vontade ou modificá-la ao seu arbítrio. A pretensão do empresariado, de melhorar a vida, também determinou essa atitude. Às vezes eram impostos contratos verbais a longo prazo, até mesmo vitalícios; portanto, uma servidão velada, praticada especialmente em Minas nas quais se temia pela falta de mão-de-obra. É o que acontecia na indústria escocesa, na qual os trabalhadores eram comprados ou vendidos com os filhos, tanto assim que se fizeram necessários os

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem, p. 24.

³⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 04.

⁴⁰ 14/15

decretos parlamentares de 1774 e 1799 suprimindo a servidão vitalícia dos mineiros escoceses.

Cláudia Salles Vilela Vianna⁴¹ esclarece que somente em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão passou-se a ter a noção de Seguridade Social como forma de proteção destinada a todos os cidadãos independentemente de contribuição. Nesse sentido podemos destacar o artigo 13 da referida Declaração: “...para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

Ademais, por intermédio do desenvolvimento da sociedade industrial se obtém um salto considerável em matéria de proteção social⁴². Percebe-se que a noção de proteção social se intensificou a partir do momento em que o proletariado, assim designados em Roma como os “cidadãos da classe mais baixa”, se insurgiu contra as excessivas jornadas de trabalho, exploração de mulheres e menores, contras os acidentes ocorridos no desempenho de suas atividades, entre outras exigências abusivas da burguesia. Novamente, nota-se que a de proteção social, fundamento da Seguridade Social, está inteiramente atrelada à tentativa de melhoria das condições sociais dos trabalhadores. O aumento da marginalização social acarretou diversos embates entre o proletariado e o aparato estatal. Citem-se como exemplo⁴³ os cartistas, na Inglaterra (1848-1871) e a Revolução de 1848 na França. Ainda em 1833, a Alemanha através de Otto Von Bismarck introduziu uma série de seguros sociais contra acidentes de trabalho custeados exclusivamente pelos empregadores e independentemente da demonstração de sua culpa, bem como seguro saúde, custeados pelo trabalhador, empregador e Estado.

Consoante Cláudia Salles Vilela Vianna⁴⁴, em 1888 surge no Brasil o primeiro registro de Previdência Social com o Decreto nº 9.912-A. Referido decreto visou regulamentar o direito à aposentadoria dos empregados dos Correios, fixando como requisitos de concessão trinta anos de serviço efetivo e idade mínima de 60 anos. Posteriormente surgiram no Brasil vários outros decretos regulamentando aposentadorias em setores específicos como para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil (1890), aos funcionários públicos em caso

⁴¹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 37.

⁴² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 07.

⁴³ *Ibidem*, p. 08.

⁴⁴ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 37.

de invalidez causada por serviços prestados à Nação (Constituição de 1891); aos operários do arsenal de marinha do Rio de Janeiro em caso de invalidez ou morte (1892), entre outros.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁴⁵ afirmam que a publicação da Encíclica Papal de 15 de maio de 1891 foi um importante marco das mudanças do período. Cite-se trecho da referida Encíclica⁴⁶, o qual demonstra a preocupação da Igreja Católica com a condição dos operários:

Benefícios das corporações

29. Em último lugar, diremos que **os próprios patrões e operários podem singularmente auxiliar a solução, por meio de todas as obras capazes de aliviar eficazmente a indigência e de operar uma aproximação entre as duas classes. Pertencem a este número as associações de socorros mútuos; as diversas instituições, devidas à iniciativa particular, que têm por fim socorrer os operários**, bem como as suas viúvas e órfãos, em caso de morte, de acidentes ou de enfermidades; os patronatos que exercem uma protecção benéfica para com as crianças dos dois sexos, os adolescentes e os homens feitos. (grifo nosso)

Paulatinamente, principalmente após movimentos sociais, foi se estabelecendo uma nova política social na Europa, não mais meramente assistencialista, já que se iniciava um sistema jurídico consistente em normas de proteção para os trabalhadores contras seus empregadores e ainda um seguro, em caso de perda da capacidade laborativa. Dentro desse contexto, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁴⁷ afirmam que logo após o Manifesto Comunista de Marx (1848), o jurista alemão Lorenz Von Stein passou a defender reformas sociais aptas a corrigir os problemas da sociedade, fenômeno que denominou de “monarquia social”. Tais reformas, segundo o jurista, seriam instrumento para se evitar revoluções.

Em contraponto a ideia de comunismo defendida por Marx, surge ainda o princípio da “Social Democracia”⁴⁸ creditada a Ferdinand Lassale, o qual adota como ideais o sufrágio universal, a proteção trabalhista e ainda uma repartição mais igualitária do poder político, social e econômico. Portanto, em oposição ao Comunismo, a “Social Democracia” não defende que a superação da desigualdade se daria apenas com a superação da sociedade de classes.

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37.

⁴⁶ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 37.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 09.

⁴⁸ Ibidem, p. 10.

Ressaltam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁴⁹ que o alemão Adolph Wagner, formulou relevante teoria econômica conhecida por “Lei de Wagner” ou como “Estado de bem estar e de cultura”. Referida teoria defendia gastos públicos superiores ao crescimento da economia, bem como que a receita do Estado deveria ser obtida por meio de um imposto progressivo sobre a renda. Propugnava, assim pela denominada “solidariedade moral”.

Em 1917 surge, com o Tratado de Versailles, o qual pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e esta por sua vez evidenciou a necessidade de um programa sobre previdência social⁵⁰. Entretanto, ainda nessa época não havia a noção de solidariedade social, princípio fundamental da Seguridade Social, visto que o Estado não era visto como garantidor da proteção social assegurada a qualquer cidadão independentemente de sua condição ou não para custear o sistema⁵¹.

Nesse sentido, podemos concluir que embora a teoria econômica de Adolph Wagner tenha defendido uma certa “solidariedade moral”, na qual aqueles que detinham maior poder aquisitivo deveriam contribuir mais significativamente, ainda em 1917 não se tinha a noção de “solidariedade social”, pela qual todos deveriam contribuir, inclusive o Estado, para auxílio aos menos favorecidos.

Marly A. Cardone⁵² assevera que somente no século XX, os países da América preocuparam-se em instituir o seguro obrigatório. Consoante a jurista, a previdência social é realizada por intermédio do seguro social, sendo este último, portanto, seu instrumento⁵³. Seguro pode se compreendido como um “meio de cobertura das conseqüências oriundas da realização dos riscos normais da existência ou de eventos que acarretem um aumento de despesas”⁵⁴. Pode ser considerado social o seguro, visto apresentar duas características essenciais: porque cobre o risco que afeta indiretamente a coletividade, bem como porque esta também contribui para seu financiamento⁵⁵.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 38.

⁵¹ Idem.

⁵² CARDONE, Marly A. *Previdência Social e Contrato de Trabalho*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Ibidem, p. 15.

⁵⁵ CARDONE, Marly A. *Previdência Social e Contrato de Trabalho*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

Os direitos sociais e civis foram consolidados pela primeira vez com a Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição alemã de Weimar, de 1919, a qual estabeleceu em seu artigo 161⁵⁶:

O império promoverá a criação de um **sistema geral de segurança social**, para conservação da saúde e da **capacidade para o trabalho**, proteção da maternidade e prevenção de riscos de idade, de invalidez e das vicissitudes da vida. (grifo nosso)

Dentro desse contexto, no Brasil em 1919 foi promulgada a Lei nº 3.724 tornando obrigatório o seguro contra acidentes do trabalho em determinadas atividades. Destaca-se o teor dos artigos 2º, 3º e 4º do referido diploma:

Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo facto do trabalho ou durante este, obriga **o patrão a pagar uma indenização ao operário ou á sua família** exceptuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima ou de estranhos.

Art. 3º São considerados operários, para o efeito da indenização, todos os indivíduos, de qualquer sexo, **maiores ou menores, uma vez que trabalhem por conta de outrem nos seguintes serviços: construções, reparações e demolições de qualquer natureza, como de prédios, pontes, estradas de ferro e de rodagem, linhas de trens, elétricos, redes de esgotos, de iluminação, telegraphicas e telephonicas, bem como na conservação de todas essas contrucções; de transporte de carga e descarga: e nos estabelecimentos industriais e nos trabalhos agrícolas em que se empreguem motores inanimados.** (grifo nosso)

Art. 4º A obrigação estabelecida no art. 2º **estende-se à União, Estados e municípios para com seus operários**, na execução dos serviços mencionados no artigo antecedente. (grifo nosso)

Nota-se que o artigo segundo da Lei nº 3.724/1919 dispõe ser obrigatório ao patrão o pagamento de um seguro contra acidentes do trabalho, nada dispondo acerca da obrigatoriedade do Estado de prestar auxílio ao trabalhador acometido pelo infortúnio. Tão somente estabelece em seu artigo quarto que a obrigação se estende à União, aos Estados e Municípios para com seus respectivos operários. Infere-se assim que a lei estabelecia a necessidade de uma indenização, mas não necessariamente implicava em um benefício previdenciário tal como nos dias atuais. O modelo da época mais se aproximava à indenização por ilícito causado, uma obrigação de indenização decorrente da responsabilidade civil. Ainda, nessa época o Estado não se percebia como uma das fontes de custeio do sistema de Seguridade Social. Apenas intervinha na relação empregador empregado, pois já se observava a preocupação em tutelar a integridade de certas categorias de trabalhadores, sobretudo aquelas que estavam associadas a categoria industrial, agrícola, transportes, ou seja, todas aquelas que de alguma forma implicavam desenvolvimento ao país.

⁵⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 12.

Em 1923 foi publicado no Brasil o Decreto nº 4. 682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, em referência ao nome do autor do projeto. Referida lei foi considerada o marco da Previdência Social brasileira, visto que determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária⁵⁷. Ainda, no ano de 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, com atribuição, inclusive, de decidir questões atinentes à Previdência Social.⁵⁸ Segundo os ensinamento de Claudia Salles Vilela Vianna⁵⁹ os anos que seguem trata de estender o regime da Lei Eloy Chaves aos portuários e marítimos (1926), aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos (1928). Em 1930, o sistema previdenciário deixa de ser estruturado por empresa e passa a abranger categorias profissionais.⁶⁰

Claudia Salles Vilela Vianna⁶¹ esclarece que somente surgiu a noção de princípio da solidariedade em 1929 nos Estados Unidos com a “Grande Crise”. Nesse sentido o presidente Franklin Roosevelt preocupado com o crescente desemprego passou a adotar o denominado “New Deal”, ou seja, Novo Negócio, inspirando a Europa a criar um programa de “Bem Estar Social”. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁶² também ressaltam a relevância do fenômeno da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, posto que a partir desse momento surgiram diversas teorias econômicas atinentes à política estatal. Nesse contexto⁶³, a proteção social passa a ser encarada como um dever da sociedade como um todo, e portanto, todos deveriam contribuir para amparar os mais necessitados.

No Brasil, o Decreto nº 22.872/1933 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, denominado IAPM. Claudia Salles Vilela Vianna⁶⁴ salienta a instituição como a primeira de Previdência Social no âmbito nacional, estruturada por categoria profissional e não mais por empresa. Por sua vez, a Constituição Federal de 1934, determinou ser competência da União a fixação das regras de assistência social e competência do Poder Legislativo a instituição de regras sobre aposentadoria, assistência médica ao trabalhador e à gestante, da licença-maternidade, da instituição de previdência a favor da velhice, invalidez,

⁵⁷ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 39.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem, p. 38.

⁶² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 11.

⁶³ Idem.

⁶⁴ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 40.

morte, entre outros.⁶⁵ Claudia Salles Vilela Vianna⁶⁶ enfatiza que a Constituição de 1934 foi a primeira legislação brasileira a empregar o termo “previdência” e ainda instituiu a forma tríplice de custeio, qual seja, ente público, empregador e empregado.

No período pós Segunda Guerra Mundial, houve a disseminação das idéias do economista inglês John Maynard Keynes, o qual pregava pela melhor distribuição de renda nacional⁶⁷. Esclarecem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁶⁸ que até este período prevaleceu o sistema denominado “bismarckiano” ou de “capitalização”, através do qual somente os empregadores e os próprios trabalhadores empregados contribuíam por meio de uma poupança compulsória. Concluem os juristas acerca daquele período de “capitalização”: “...Ou seja, embora o seguro social fosse imposto pelo Estado, ainda faltava a noção de solidariedade social, pois não havia a participação da totalidade dos indivíduos, seja como contribuintes, seja como potenciais beneficiários.”

As propostas de Keynes foram aprofundadas pelo Lorde Willian Henry Beveridge em 1941, quando instituiu na Inglaterra um novo sistema previdenciário baseado em um sistema universal e compulsório⁶⁹. Era o denominado Plano Beveridge, o qual propugnava pelo regime de repartição, através do qual toda a sociedade contribui para um fundo previdenciário, do qual se retirava as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por algum infortúnio⁷⁰.

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a proteção previdenciária foi erigida à categoria de direito fundamental da pessoa humana⁷¹. Estabelece o artigo XXV da referida norma:

todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, **o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.** (grifo nosso)

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁷² asseveram que embora o Estado Contemporâneo tenha evoluído, lamentavelmente os anos que se seguiram à Segunda

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p. 14.

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 05.

⁷² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 16.

Guerra Mundial sofreram retrações do ponto de visto protetivo. Isto porque houve o fim do ciclo de prosperidade econômica, crescimento acelerado dos gastos públicos, redução dos postos de trabalho como consequência da automação, entre outros fatores. Ainda, para os referidos juristas, países como o Brasil não atingiram o mesmo nível de proteção social não alcançando, portanto, o “Bem-Estar Social”. Há também uma tendência que tem se verificado nos modelos previdenciários de diversos países⁷³: a substituição da política do Bem-Estar Social pela da poupança individual. Esclarecem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁷⁴ que está ocorrendo atualmente uma descentralização dos recursos das contribuições previdenciárias:

Há que se assinala, todavia, que o modelo previdenciário vislumbrado na política do bem-estar social, o *Welfare State*, vem sendo substituído, em diversos países, por um outro, no qual o principal fundamento é a poupança individual, sem a centralização dos recursos das contribuições em órgãos estatais. Países da América Latina, como Chile – precursor desta nova modalidade de previdência – , Peru, Argentina, Colômbia, Uruguai, Venezuela, Equador e Bolívia vêm adotando a privatização da gestão previdenciária, uns mantendo a presença estatal em níveis mínimos, outro deixando totalmente ao encargo da iniciativa privada a questão da poupança previdenciária. O México, um dos primeiros países da América a ter regras previdenciárias, acabou por sofrer profundas alterações no seu regime previdenciário, por lei de dezembro de 1995, cuja vigência se deu em janeiro de 1997. As chamadas “reformas” dos sistemas previdenciários públicos obedecem, em síntese, a dois moldes, segundo a classificação de Carmelo Mesa-Lago: **(1) reformas estruturais, que visam modificar radicalmente o sistema público, seja introduzindo um componente privado como complemento ao público, seja criando um sistema privado que concorra com o público; e (2) reformas não estruturais, ou paramétricas, que visam melhorar um sistema públicos de benefícios a fim de fortalecê-lo financeiramente a longo prazo, por exemplo, incrementando a idade de aposentadoria ou o valor das contribuições, ou ainda tornando mais exata a fórmula de calcular o benefício.** (grifo nosso)

Nesse sentido, cabe lembrar que o Brasil instituiu em 1999 o fator previdenciário, o qual claramente procurou desestimular aposentadorias precoces. Embora não tenha sido uma reforma estrutural no regime previdenciário então vigente, almejou equilibrar o sistema de custeio.

Fábio Zambitte Ibrahim⁷⁵ conclui afirmando que a “rede de segurança” providenciada pelo Estado tem evoluído à medida que o conceito de Estado muda. Assim esclarece afirmando que já se foi o tempo de prevalência de conceitos liberais caracterizados pela intervenção mínima em áreas fundamentais. Ressalta o jurista⁷⁶:

...devido às desigualdades existentes, os mais carentes nunca teriam chances de atingir patamar superior de renda, sendo massacrados pela tão propalada igualdade de direitos. Na verdade, as pessoas carecem de igualdade de condições. Somente

⁷³ Ibidem, p. 17.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibrahim, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.02.

⁷⁶ Ibidem, p. 03.

com tal isonomia poder-se-ia vislumbrar uma sociedade justa, onde o progresso individual seria realmente proveniente da dedicação e esforço do indivíduo...**Daí a importância da participação estatal, por meio de instrumentos legais, propiciando uma correção ou, ao menos minimização das desigualdades sociais.** Além disso, o Estado não pode aceitar a desgraça alheia como resultado de sua falta de cuidado com o futuro – devem ser estabelecidos, obrigatoriamente, mecanismos de segurança social. (grifo nosso)

1.2. Modelos de Previdência Social

O intervencionismo estatal passou a ser marcante a partir do reconhecimento da importância do papel do Estado não apenas em buscar objetivos sociais e garantir a segurança material, mas também como promotor do desenvolvimento econômico⁷⁷. Surgiram desse reconhecimento diversos modelos de previdência social. Evidente que tais modelos sofreram a influência da constante transformação de cada sociedade e Estado. Dentro desse contexto, tem-se vários modelos de previdência social em funcionamento.

Sob o ponto de vista político-ideológico há cerca de três regimes de previdência social, quais sejam: social-democrata; conservador-corporativo e liberal.⁷⁸ O primeiro deles é típico dos países nórdicos e as características principais são a universalidade de cobertura; benefícios de montante consideravelmente elevado; alguns benefícios não baseados em contribuição e prestação de serviços na sua maioria gratuitos⁷⁹. Por seu turno, o segundo, denominado conservador-corporativo prioriza o seguro social compulsório visando tutelar a população que exerce trabalho remunerado⁸⁰. Ainda, neste regime há certos benefícios não dependentes de contribuição. O modelo liberal de previdência social assegura uma rede de benefícios contributivos e não contributivos, porém limitada rede de serviços públicos gratuitos⁸¹. É adotado nos Estados Unidos, Canadá, Irlanda e Reino Unido. Ainda, consoante Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁸², alguns estudiosos também reconhecem a existência de um quarto modelo denominado mediterrâneo, em alusão ao fato de ser típico dos países do sul da Europa, como Itália, Espanha, Portugal e Grécia. Referido modelo assemelha-se ao modelo conservador-corporativo, mas dele se distingue por apresentar um sistema de saúde pública universal. Preocupa-se esse último modelo não apenas

⁷⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 19.

⁷⁸ Ibidem, p. 29/30.

⁷⁹ Ibidem, p. 30.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

com a população assalariada, haja vista o grande número de pessoas trabalhando na informalidade ou ainda em regime de economia familiar⁸³.

No que tange ao custeio, ou seja, à fonte de arrecadação da receita, os regimes previdenciários são classificados em sistema contributivo e não contributivo.⁸⁴ Receitas nada mais são que o montante financeiro apto a dar sustentação aos programas do sistema.⁸⁵ O sistema contributivo caracteriza-se primordialmente por meio de aportes em tributos em geral, geralmente contribuições sociais, de modo que as pessoas indicadas pela legislação como sujeito passivo devem contribuir para o sistema.⁸⁶

Hugo de Brito Machado⁸⁷ esclarece que nos termos do *caput* do artigo 149⁸⁸ e 195⁸⁹, ambos da Constituição Federal são cerca de três as contribuições sociais no sistema tributário brasileiro: aquelas destinadas à intervenção no domínio econômico; as de interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como aquelas destinadas à seguridade social. Ressalta que as contribuições de interesses de categorias profissionais ou econômicas, bem como as contribuições de seguridade social, ostentam nítida função parafiscal. Percebe-se que atualmente o tributo não apresenta exclusivamente função fiscal, assim compreendida como arrecadação de recursos financeiros para o Estado⁹⁰. Apresenta outras funções mais relevantes como extrafiscalidade, caracterizada pela intervenção no domínio econômico buscando estimular ou desestimular atividades, ou ainda parafiscalidade, compreendida como arrecadação de recursos para o custeio de atividades, que, em princípio, não integram funções próprias do Estado⁹¹:

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 43.

⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30.

⁸⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 414.

⁸⁸ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

⁸⁹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

⁹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68.

⁹¹ Idem.

No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser a arrecadação o seu principal objetivo, mas não o único. Por outro lado segundo lição prevalente na doutrina, também o tributo é utilizado como fonte de recursos destinados ao custeio de atividades que, em princípio, não são próprias do Estado, mas este as desenvolve, por intermédio de entidades específicas, no mais das vezes com a forma de autarquia. É o caso, por exemplo, da previdência social, do sistema financeiro da habitação, da organização sindical, do programa de integração social, dentro outros.

A República Federativa do Brasil estabelece no artigo 195 da Constituição Federal, quais seriam os sujeitos passivos das contribuições sociais de seguridade social, indicando que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, direta e indiretamente, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal, bem como contribuições sociais advindas do empregador; do trabalhador e demais segurados da previdência social; de receitas de concursos de prognósticos e do importador de produtos e serviços do exterior. Interpretando o mencionado dispositivo constitucional, Hugo de Brito Machado⁹² defende que a receita decorrente da arrecadação fundamentada no artigo 195 da Constituição Federal não constitui receita do Tesouro Nacional. Enfatiza o jurista⁹³:

As contribuições, com as quais os empregadores, os trabalhadores e os administradores de concursos de prognósticos financiam diretamente a seguridade social, não podem constituir receita do Tesouro Nacional precisamente porque devem ingressar diretamente no orçamento da seguridade social. Por isto mesmo, lei que institua contribuição social com fundamento no art. 195 da Constituição Federal indicando como sujeito ativo pessoa diversa da que administra a seguridade social viola a Constituição.

Partindo da classificação das contribuições sociais, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁹⁴ asseveram que podem ser entendidas como aquelas destinadas exclusivamente a servir de base financeira para as prestações previdenciárias, e, no sistema brasileiro, também para as áreas de atuação assistencial e saúde pública. Denota-se que o *caput* do artigo 195 da Constituição Federal, não dispôs “contribuições sociais da previdência social”, mas sim “contribuições sociais da seguridade social”, pelo que se infere que os recursos destinam-se a todo o sistema de proteção social, identificado como saúde, previdência e assistência social.

Por sua vez, nos modelos de previdência social não contributivos⁹⁵, a arrecadação não provém de um tributo específico, como no Brasil se dá por intermédio das contribuições

⁹² Ibidem, p. 419.

⁹³ Idem.

⁹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31.

⁹⁵ Idem.

sociais conforme já salientado, mas sim da destinação de parcela da arrecadação tributária geral. Destarte, nos modelos não contributivos não é possível identificar os contribuintes do sistema, na medida em que qualquer pessoa que tenha pago o tributo estará, indiretamente, contribuindo para o sistema.⁹⁶ Referido modelo é observado em países como a Austrália e Dinamarca.

Houve no Brasil um período em que era possível observar um modelo não contributivo. Nesse sentido, esclarecem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁹⁷ que antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, vigorava para os funcionários públicos um modelo não contributivo, pelo qual eram concedidas aposentadorias, bem como outros benefícios previdenciários, sem que lhes fosse exigida direta contribuição. Todavia, a partir de 16 de dezembro de 1998, também chamaram os “regimes próprios” a ter caráter contributivo.⁹⁸

Concluem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁹⁹ que no sistema contributivo, os recursos orçamentários do Estado não tem a mesma relevância se compararmos como o sistema não contributivo. No sistema contributivo, a participação do Estado pode variar, uma vez que eventuais insuficiências financeiras deverão ser cobertas pelo Poder Público nos termos do parágrafo único do artigo 16 da Lei 8.212/91).¹⁰⁰

Quanto à forma como os recursos são obtidos e utilizados, ainda podemos dividir os sistemas em contributivo de capitalização e de repartição.¹⁰¹ Os contributivos de capitalização são adotados nos regimes de previdência privada fechada, bem como fundos de pensões de entidade fechada de previdência complementar.¹⁰² Enfatizam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹⁰³ que o principal neste sistema é a contribuição do próprio segurado, ou seja, do potencial beneficiário, devendo atender à quantidade de cotas de contribuição para obter a proteção social que pretende. Por sua vez, as contribuições do sistema de repartição vertem para um fundo único¹⁰⁴, do qual são retirados os recursos para concessão de todos os benefícios previdenciários deferidos. Tal modelo reflete a influência do princípio da

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual. Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.

¹⁰¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31.

¹⁰² Ibidem, p. 32.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

solidariedade¹⁰⁵. Sérgio Pinto Martins¹⁰⁶ assevera que podemos encontrar na Lei Magna diversas determinações indicando a solidariedade como pressuposto genérico. Exemplifica, citando o artigo 3º, inciso I, o qual dispõe ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como o artigo 40 da Constituição Federal que estabelece que o regime de previdência do servidor público é contributivo e solidário.

Esboçados os modelos previdenciários existentes, ainda, é necessário apresentar um cenário de reforma, pelo qual passam inúmeros países. Suzani Andrade Ferraro e Manoel Messias Peixinho¹⁰⁷ atentam que as reestruturações dos sistemas previdenciários nos países da América Latina foram influenciadas por crises sociais, políticas e econômicas:

As privatizações faziam parte de um conjunto de medidas adotadas para enfrentar essas crises. Era uma tentativa de os países latino-americanos revitalizarem seus sistemas de previdência ao substituírem o sistema de repartição simples por um sistema de capitalização...Os sistemas previdenciários na América Latina padeciam de deficiências estruturais, quais sejam: (a) falta de gerência política; (b) errônea concepção de previdência social com assistência social; (c) criação de benefício sem a devida fonte de custeio; (d) ausência de cadastro de segurados; (e) inexistência de investimento no sistema operacional de cada país. O somatório desses fatores, acrescidos, ainda, do envelhecimento da população e das falhas na economia, deteriora cada sistema na medida em que se afastava da função social da previdência.

São três os modelos gerais de reformas de previdência estruturais na América Latina, quais sejam: substitutivo, paralelo e misto¹⁰⁸. O sistema substitutivo caracteriza-se pela substituição da previdência pública pela previdência privada em que há o fechamento gradual do sistema público e não se permitem novos filados.¹⁰⁹ São adeptos desse modelo o Chile, Bolívia, México, El Salvador, República Dominicana e Nicarágua. O sistema paralelo caracteriza-se pela coexistência de ambos os regimes, público e privado, os quais competem entre si. Adotam esse sistema o Peru e a Colômbia.¹¹⁰ O sistema misto, por seu turno, é utilizado na Argentina, Equador, Uruguai e Costa Rica, e assinala a coexistência do regime público, o qual outorga um benefício básico e do regime privado, que oferece um benefício complementar¹¹¹.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.

¹⁰⁷ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). *Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 330.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 331.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

No que tange à reforma previdenciária ocorrida no Chile (1981), Suzani Andrade Ferraro e Manoel Messias Peixinho¹¹² afirmam que a principal consequência implicou na mudança do papel do Estado, que passou a supervisionar e assumir os riscos de sustentar os custos de transição. Os juristas concluem¹¹³ que no decorrer das reformas previdenciárias efetivadas na América Latina, pode-se observar que quando ocorria uma mudança paramétrica, gerava como consequência uma perda individual com flagrante violação a direitos adquiridos: “Nesse sentido, o instituto da segurança jurídica sofreu forte abalo porque os segurados filiados à previdência social perderam a perspectiva constitucional de invocarem direitos consolidados no tempo e já incorporados ao patrimônio pessoal”¹¹⁴. Outra conclusão da análise das reformas previdenciárias efetivadas foi a desmistificação do ideal de que o sistema previdenciário deveria ser solidário, uma vez que a reforma estrutural ao equiparar a capitalização ao sistema previdenciário, ensejou ainda mais o aumento da desigualdade social¹¹⁵.

1.3. Valores e Princípios Fundamentais da Seguridade Social e da Previdência Social

O direito é uma ciência social, visto que somente pode ser imaginado em função do homem vivendo em sociedade¹¹⁶. Evidente, ainda, que vivendo em sociedade é natural a preocupação de regular normas de conduta tendentes a realizar certo controle sob o comportamento humano. É essa regulamentação que irá determinar satisfatoriamente ou não a pacificação social. A formulação de normas jurídicas, ainda, deve ser acompanhada da respectiva sanção no caso de seu descumprimento:

Nem todas as normas que se adotam são normas jurídicas. Também se trata de norma de moral e de costumes. Elas têm de diferenciar-se das normas jurídicas. Esta delimitação só poderá ser indicada aqui de modo muito simplificado. As normas jurídicas são normas de um sistema, que, para o caso de violação da norma, prevêm, no final, uma sanção, isto é, uma força organizada, especialmente uma pena ou sanção.¹¹⁷

¹¹² Ibidem, p. 332.

¹¹³ Ibidem, p. 340.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03.

¹¹⁷ KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

Silvio Rodrigues¹¹⁸ leciona que à medida que as sociedades evoluem e se organizam politicamente, a sanção ao invés de se manifestar através do próprio ofendido, parte da autoridade constituída para promovê-la.

O controle social se concretiza por intermédio de pressão que determinado grupo exerce sobre um indivíduo comum, visando determiná-lo à prática de certos comportamentos e abstenção de outros¹¹⁹. Por sua vez, essa pressão é realizada por normas naturais, técnicas e éticas¹²⁰. Destarte, emergem como objeto de estudo os valores, princípios e regras.

Wagner Balera¹²¹ esclarece a distinção entre valores, regras e princípios¹²². Nesses termos, afirma que enquanto os valores se situam em esfera axiológica¹²³, os princípios e regras estão no âmbito deontológico, que institucionaliza a realidade como algo devido, ou seja, do “dever ser”. Dentro desse contexto, Maria Helena Diniz¹²⁴ leciona que o “ser” da norma não está na coisa material, sendo uma significação ideal, portanto, somente a intuição racional poderá apreendê-lo atingindo o conceito das normas jurídicas.

Ao discorrer sobre seguridade social, Wagner Balera¹²⁵, afirma que se destacam três valores, quais sejam dignidade da pessoa humana, trabalho e justiça social. Explicita que o primeiro é pressuposto de toda reflexão jurídica, o segundo é a chave essencial para o deslinde da questão social e o terceiro é o objetivo último para o qual tendem todas as estruturas jurídicas¹²⁶.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Como fundamento, o Estado sempre deverá atuar pautado em assegurar dignidade aos seus cidadãos. Consoante Alexandre de Moraes¹²⁷, dignidade da pessoa humana é o que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Acrescenta o jurista:

¹¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 04.

¹¹⁹ MEZZOMO, Clareci. Introdução ao Direito. Caxias do Sul, Educs, 2011, p. 32.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 361

¹²² Cabe, ainda, ressaltar que conforme aponta Wagner Balera o termo norma é utilizado em sentido *lato sensu* para definir o gênero do qual são espécies os valores, os princípios e as regras. (BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 29)

¹²³ Wagner Balera: “É da natureza social do homem que decorre a preocupação de todos com respeito à dignidade (FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 362.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Brasileiro. Volume 1- Teoria Geral do Direito Civil. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹²⁵ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 361.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p.16.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, **constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar**, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifo nosso)

O termo “dignidade” deriva da expressa latina *dignitas*, cuja raiz de significado “dec” quer dizer “o valor que é adequado, que é condizente, que distingue dos demais”¹²⁸. Ou mesmo: o que está de acordo, o que é decente. O agir humano, movido pela dignidade, condiz com a posição que se espera da pessoa humana defronte dos demais”¹²⁹. Wagner Balera¹³⁰ ressalta que há dois planos a serem considerados no estudo da dignidade da pessoa humana. No plano subjetivo, a dignidade depende exclusivamente da quantidade do bem que cada indivíduo é capaz de absorver e irradiar. Por sua vez, no plano objetivo, a dignidade se encaixa na humanidade com o propósito de direcioná-la rumo ao bem. Assim, todos os valores constitucionais estão relacionados, direta e indiretamente, à dignidade da pessoa humana, por conseguinte, o direito do trabalho e a proteção previdenciária ao trabalhador são expressões da dignidade da pessoa humana, que a propósito devem ser analisadas como expressão original única¹³¹:

Os valores se articulam, na estruturação do sistema jurídico, como se fossem vetores de força destinados a modelar a realidade e, dentre eles, a dignidade da pessoa humana é a expressa original, a única que não pode ser posta para dentro da estrutura (porque não tem limites) e, por isso mesmo, há de ser aceita como dado....As normas exprimem, a seu modo, a posição com que dado conceito irá se assentar no ordenamento....Estas primeiras assertivas já nos mostram que as normas podem não apenas descrever a realidade como, igualmente, afirmar a sua expressa concordância com a realidade. É o caso da dignidade humana. O conceito constitucional que recolhe esse dado (é um dado que a pessoa, pelo só fato de o ser, carrega consigo a dignidade) não vale por si, como mero descritor, mas sim como instrumento mediante o qual esse dado ingressa como elemento afirmativo de uma verdade incontestável.¹³²

No que tange ao trabalho, Wagner Balera¹³³ assevera ser importante a adequada compreensão do valor social do trabalho, para que se entenda a função essencial que o Direito Previdenciário é chamando a desempenhar no universo jurídico. Ressalta¹³⁴:

¹²⁸ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 363.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Ibidem, p. 364.

¹³² Idem.

¹³³ Ibidem, p. 367.

¹³⁴ Idem.

Desde que seja assim aceito o que não se demonstra **quando as forças do mercado oprimem os trabalhadores fazendo deles massa de manobra para obterem sempre mais e mais benesses o trabalho humano** se coloca, dentro de determinada escala de valores, como critério essencial para a definição (e concessão) das **prestações da seguridade social, dados elementares de qualquer plano de proteção ao trabalho.** (grifo nosso)

Leandro Fernandez¹³⁵ assevera que as Constituições ocidentais contemporâneas conferiram relevante tratamento ao trabalho humano, consistindo a proteção ao labor ponto nuclear do Estado Social. Exemplifica o jurista, afirmando que a Constituição da Itália declara ser a “república italiana fundada no trabalho, resguardando o direito ao trabalho, assim como os meios para efetivá-lo, e instituindo a obrigação de exercício de uma atividade que concorra para o progresso –material ou espiritual – da sociedade, isto é, o dever do trabalho.” Consoante Leandro Fernandez¹³⁶ a referida Constituição explicita a vinculação estatal à proteção do trabalho.

Atente-se que o trabalho é valor social fundamental da República Federativa no Brasil, conforme estatui o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal. A própria estruturação dos sistemas econômicos reconhece a destacada importância do trabalho.¹³⁷ A busca do pleno emprego foi estabelecida pela Lei Magna, em seu artigo 170, como princípio geral da atividade econômica.¹³⁸ Denota, ainda, Wagner Balera, que as políticas sociais devem ser desenvolvidas, objetivando a criação de postos de trabalho e não medidas aptas a promover a cobertura dos riscos decorrentes da ausência do trabalho¹³⁹:

Se as políticas sociais forem capazes de promover a cobertura dos riscos decorrentes da ausência de trabalho estaremos adentrando uma outra etapa do intervencionismo estatal na economia. Beveridge, aliás, já chamava a atenção para o seguinte ‘...se o pleno emprego (full employment) não for conquistado ou conservado, nenhuma liberdade estará salva, porque, para muitos, não terá sentido’. Ao valor social do trabalho há de corresponder, no mínimo, a oferta de um posto de trabalho para quem seja apto e queira a ocupação. Se o mundo convive, conforme as estatísticas oficiais, com 190 milhões de pessoas, e se esse número, como declarou o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho pode ultrapassar os duzentos milhões de trabalhadores, isso tudo está a revelar que as estruturas sociais estão em funcionamento mal e que acabaram operando um mecanismo defeituoso.

Nesse sentido Wagner Balera¹⁴⁰ assevera que a solução do Direito Previdenciário, segundo o jurista não muito adequada ao confronto do problema, que configura a proteção

¹³⁵ FERNANDEZ, Leandro. *Dumping Social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹³⁷ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). *Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 368.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 369.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 376.

¹⁴⁰ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). *Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 377.

social ao desempregado por meio da concessão de certo seguro com o escopo de buscar soluções para a questão social advém do Direito do Trabalho. Todavia, reconhece que é este o papel que incumbe ao Direito Previdenciário:

O papel que incumbe ao Direito Previdenciário no entanto, sempre estará relacionado, mais propriamente, com a proteção dos riscos sociais. **Derivado do trabalho humano, gerador de direitos sociais**, o ordenamento jurídico previdenciário alberga conceitos normativos que obrigam o Estado a dar guarita a quem, tendo exercido trabalho, ou sendo dependente daquele que exerceu o trabalho, carece de proteção social. (grifo nosso)

Nesses termos, não há como refutar a argumentação de que cabe Estado a busca de medidas aptas a criar postos de trabalho, como forma de expressão de um direito fundamental e erigido à categoria de direito humano pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.¹⁴¹ Não alcançando o objetivo maior consistente no efetivo exercício do trabalho, caberá ao Estado promover a adequada proteção social para acobertar seus cidadãos dos riscos decorrentes da ausência do trabalho.

Por seu turno, o último dos valores ressaltados por Wagner Balera¹⁴², qual seja “justiça social” é de relevante interesse para a análise do objetivo da Seguridade e Previdência Social, bem como para interpretação das normas que as regem. Consoante o entendimento do jurista, é a “responsabilidade coletiva que impulsiona os atores na esfera de atuação da justiça social”. Veja-se, como exemplo, o ajuizamento de uma ação civil pública, que almeja promover a justiça social, o bem comum¹⁴³.

Atingir o ideal da justiça social também não é tarefa simples de ser promovida. Independentemente do papel reservado às partes, a promoção da justiça social exige a colaboração de todos da sociedade visando à efetiva concretização dos direitos sociais¹⁴⁴. Nesse ponto, emerge a noção de solidariedade. Denota-se que “além da dimensão da justiça, o que se espera é a modificação de atitudes, dos comportamentos”¹⁴⁵. Uma problemática que advém da necessidade de adoção de práticas solidárias, é justamente definir se cabe ao Estado ou à comunidade estar a frente dessa responsabilidade¹⁴⁶. Wagner Balera¹⁴⁷ propugna que a

¹⁴¹ Wagner Balera afirma que o artigo XXIII da Declaração Universal do Homem (“Todo homem tem o direito ao trabalho, a condições justas e favoráveis ao trabalho e a proteção contra o desemprego”, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas aos 10 de dezembro de 1948 eleva o trabalho, e portanto, o próprio direito do trabalho, ao plano dos direitos humanos. (FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 370).

¹⁴² Ibidem, p. 363.

¹⁴³ Ibidem, p. 385.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 386.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 388.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 387.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 389.

solidariedade, expressão da justiça social, revela o fim último da comunidade, e consequentemente, representa a síntese integrativa das pessoas que a formam dispostas a superar o egoísmo em prol da coletividade. Todavia, não há como refutar que os programas sociais de solidariedade foram sendo paulatinamente assumidos como tarefas do Estado do Bem- Estar¹⁴⁸. A solidariedade nada mais é do que a melhor expressão da fraternidade, ideário da Revolução Francesa¹⁴⁹. Nesse contexto, esclarece Wagner Balera que surgiu a noção de responsabilidade social¹⁵⁰:

A França proclamou, na Convenção de 1793, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que afirma: ‘Os socorros públicos são uma dívida sagrada. **A sociedade deve a subsistências aos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não podem trabalhar**’. A mesma França dissolveria o dilema público x privado ao afirmar, em 1902: ‘a **República deve instituir um serviço público de solidariedade social**’. Os pensadores intentaram explicar essa opção política estabelecendo a ideia de um ‘quase contrato’. São conhecidas as posições de Léon Bourgeois e de Emile Durkheim. Para Durkheim a solidariedade provém da consciência coletiva que, predominando sobre a consciência individual, estabelece como que uma ‘solidariedade mecânica’, ou ‘por similitude’. E afirma: ‘a parte que ela tem na integração geral da sociedade depende evidentemente da maior ou menor extensão da vida social que a consciência comum compreende e regulamenta.’ O autor revela, sobretudo, a especificidade do social e da impossível mistura entre o social e outros setores da realidade. Portanto, esse pensador já aponta para a necessidade de **compreensão da solidariedade como aspecto diferenciado da falsa dicotomia público x privado, preordenando o que pode vir a se constituir na responsabilidade social**. A seguridade social nada mais é do que um manifesto compromisso de solidariedade. Esse é o dado constante e permanente na institucionalização e no desenvolvimento do fenômeno. Aliás, o dever de solidariedade, nos termos do art. 203 da Constituição de 1988, deve se expressar por intermédio da assistência social a ser prestada, preferencialmente, pelas entidades beneficentes, de cunho privado. (grifo nosso)

A análise da Seguridade e Previdência Social, sobretudo dos seus objetivos, deve sempre ser realizada à luz dos valores acima expostos, justamente porque conforme já bem salientou Wagner Balera¹⁵¹ a dignidade constitui pressuposto de toda reflexão jurídica, o trabalho é a solução para o deslinde da questão social e a justiça social é o objetivo último para o qual tendem todas as estruturas jurídicas.

Delimitados os valores, resta analisar os princípios relativos à seguridade e previdência social. Princípios podem ser compreendidos como verdadeiras premissas, nos quais se apóia toda ciência. Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁵² afirma que a “coerência interna de um sistema jurídico decorre dos princípios sobre os quais se organiza”. Consoante

¹⁴⁸ Ibidem, p. 390.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Ibidem, p. 361.

¹⁵² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

Maurício Godinho Delgado¹⁵³ princípios podem ser compreendidos como “proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.”

No que tange às funções dos princípios, Sérgio Pinto Martins¹⁵⁴, afirma que apresentam cerca de três funções: informadora, servindo de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas; normativa, atuando como fonte supletiva nas lacunas ou omissões da lei (artigo 8º da CLT, artigo 4º Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro); e interpretativa, servindo de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

Claudia Salles Vilela Vianna¹⁵⁵ dispõe que são princípios constitucionais gerais da Seguridade Social, a igualdade ou isonomia de tratamento; vedação do retrocesso social; legalidade; proteção ao hipossuficiente e direito adquirido. Acerca do princípio da isonomia, Claudia Salles Vilela Vianna¹⁵⁶ ressalta que o que se busca não é a igualdade formal, apenas, mas sim a igualdade material, admitindo, portanto, que os desiguais sejam tratados com a devida desigualdade. No que tange ao princípio do retrocesso, assevera a jurista¹⁵⁷ que a Constituição Federal, implicitamente, impede a supressão e redução dos direitos constitucionais já conquistados e garantidos nos termos do parágrafo segundo do artigo 5º e caput do artigo 7º¹⁵⁸. Acrescenta, reafirmando a relevância do mencionado princípio:

Referido princípio é de extrema importância no direito previdenciário, onde os direitos são alcançados, em regra, com uma demanda muito grande de tempo e um esforço imensurável, principalmente em razão da falsa notícia do déficit e da preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial.

Por seu turno, o princípio da proteção ao hipossuficiente, semelhante ao princípio *in dubio pro misero* aplicado no Direito do Trabalho, estabelece que cabe ao intérprete da norma

¹⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 184.

¹⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

¹⁵⁵ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 82.

¹⁵⁶ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 72.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: .§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifo nosso)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social...** (grifo nosso)

jurídica, buscar entre as diversas interpretações possíveis, aquela que vise melhor garantir o direito almejado, tendo em vista que o sistema da seguridade social almeja a proteção do segurado, sua dignidade e bem estar.¹⁵⁹ O princípio do direito adquirido, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, é relevante no sentido de proteger direitos já integrados ao patrimônio jurídico de seu titular¹⁶⁰. Ressalva Claudia Salles Vilela Vianna¹⁶¹ que somente será considerado adquirido o direito para o qual já se completara todos os requisitos necessários, e uma vez adquirido o “Estado não pode promover sua exclusão, nem tampouco alterar-lhe as regras de percepção, criando ou impondo obstáculos antes não existentes.”

O artigo 194¹⁶² da Constituição Federal dispôs em sete incisos os princípios do gênero Seguridade Social. São eles universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da administração mediante gestão quadripartite.

Adentrando os princípios constitucionais específicos da Seguridade Social, temos que o princípio da universalidade da proteção está em plena congruência com a isonomia determinada no caput do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁶³ Nesses termos, garante igualdade a todas as pessoas do território nacional. Wagner Balera¹⁶⁴ defende que há dois modos pelo qual se concretiza. O primeiro deles diz respeito a universalidade de cobertura, e assim busca acobertar todas e quaisquer contingências capazes de gerar necessidades¹⁶⁵. Por

¹⁵⁹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 73/74.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁶² “Art. 194. 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. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

¹⁶³ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 31.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Idem*.

sua vez, universalidade de atendimento, corresponde ao fato de que todas as pessoas fazem jus ao atendimento¹⁶⁶.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais não deixa de ser um desdobramento do princípio da isonomia¹⁶⁷. Trata o referido princípio dos aspectos objetivos, ou seja, as contingências que irão ser cobertas (uniformidade) bem como do aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, os quais não precisam ser necessariamente iguais, todavia deverão ser equivalentes, na medida do possível (equivalência)¹⁶⁸.

Sergio Pinto Martins¹⁶⁹ doutrina que o princípio da seletividade implica na escolha das necessidades que o sistema poderá proporcionar às pessoas. Afirma, ainda, trata-se de uma escolha política. Quanto à distributividade, o jurista assevera que concerne à distribuição de renda, podendo, assim, a distribuição ser realizada aos mais necessitados em detrimento dos menos necessitados¹⁷⁰. Tem a distributividade, portanto, um caráter social, visando à redução das desigualdades sociais e econômicas¹⁷¹.

Wagner Balera¹⁷² ao discorrer acerca do princípio da irredutibilidade entende que há o prestígio ao princípio do direito adquirido. Afirma o jurista: “A modificação unilateral do direito que constitui objeto da relação existente entre a pessoa protegida e a entidade previdenciária criaria a desordem social”¹⁷³. Ainda, consoante o jurista, a proteção abrange o valor monetário e valor real¹⁷⁴.

O princípio da equidade na forma de participação no custeio tem por objetivo “distribuir com justiça e retidão o percentual de contribuição aplicável à sociedade na manutenção do sistema de Seguridade Social”¹⁷⁵. Cabe ao legislador definir a proporção entre quotas para cada contribuinte do sistema¹⁷⁶. Ressalta Wagner Balera¹⁷⁷ que na referida definição das quotas, não poderá ocorrer o agravamento das desigualdades sociais existentes: “...a forma de participação no custeio não pode propulsionar ou agravar as desigualdades sociais que, como fatores de risco, a ordem econômica acaba criando”. Ainda, para benefícios

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 54.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 36.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 80.

¹⁷⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 36.

¹⁷⁷ Idem.

de incapacidade a legislação é mais evoluída, e impôs a quem causa maior quantidade de acidentes do trabalho mais elevado teor de carga tributária¹⁷⁸:

De fato, a contribuição para o custeio do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), considerando os cadastros do CNAE, estipula alíquotas diferenciadas conforme os níveis de risco (grave, médio e leve) proporcionados pela média das empresas de determinado setor. Sempre que a empresa tome medidas capazes de gerar a redução dos vetores causadores do risco mais elevado, como aquelas que impliquem melhoria das condições ambientais de trabalho, poderá obter ajustes na alíquota da contribuição social...**Claro que a equidade, relacionada com o grau de risco da atividade, permitirá que se atinja dúplici repercussão na esfera da seguridade social: a) preventiva – porque estimula a adoção de medidas que reduzam os acidentes e ampliem a segurança do trabalho e b) repressiva – por onerar aqueles que provoquem maior número de acidentes.** (grifo nosso)

Sergio Pinto Martins¹⁷⁹ critica o termo “diversidade de base de financiamento”. Consoante o jurista, mais adequado estaria “diversidade de fontes de custeio”, haja vista que o objetivo não é financiar com juros e correção monetária as prestações do sistema, mas sim custeá-las. A diversidade da base de custeio da Seguridade Social é regulada pelo artigo 195 da Constituição Federal¹⁸⁰. Nesses termos, o mencionado dispositivo estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, direta e indiretamente. No que tange aos recursos diretos, Wagner Balera¹⁸¹ afirma que se tratam das contribuições sociais, conforme definido no artigo 149 da Constituição. Os sujeitos passivos das referidas contribuições estão definidos no artigo 195 da Constituição Federal, sendo, portanto, o empregador que contribuirá sobre a folha de salários, a receita ou faturamento e sobre o lucro; o trabalhador; o administrador de concurso de prognósticos, bem como o importador de bens ou serviços do exterior. Recursos indiretos dizem respeito à parte dos recursos do Estado, ou seja, parcela dos orçamentos dos entes políticos deverão ser destinados à seguridade social¹⁸².

¹⁷⁸ Ibidem, p. 39.

¹⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 57.

¹⁸⁰ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”

¹⁸¹ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 56.

¹⁸² Ibidem, p. 56.

Acerca do montante destinado a cada uma das áreas da Seguridade Social (saúde, previdência e assistência social), Wagner Balera¹⁸³ saliente que o princípio de uma solução somente foi alcançado com a Emenda Constitucional nº 29/2003. A referida emenda deu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 198 da Constituição Federal¹⁸⁴, estabelecendo que os percentuais a serem repassados para a seguridade social serão definidos nos termos de lei complementar. Ainda, o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tratou de fixar os percentuais até a disposição em lei complementar¹⁸⁵. Segundo Wagner Balera¹⁸⁶ agiu o legislador com prudência, visto que poderia ocorrer retardo na apreciação da matéria. Já no que diz respeito à Assistência Social, o problema é grave, visto a indeterminação dos percentuais a serem repassados ao setor¹⁸⁷. A Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social) criou o Fundo Nacional de Assistência Social, que recebe recursos do Orçamento da Seguridade Social, repassados pela União e INSS, todavia, não foram definidos os percentuais. Nesse sentido, é notória a dispersão de recursos na assistência social¹⁸⁸. Ainda, fazem parte dos recursos da seguridade social, o Fundo de Amparo ao Trabalhador¹⁸⁹.

Por sua vez, o último dos princípios da seguridade social, consistente no caráter democrático e descentralizado da administração mediante gestão quadripartite, assegura a participação dos trabalhadores, empresários, aposentados e Governo na gestão administrativa

¹⁸³ Ibidem, p. 57.

¹⁸⁴ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”

¹⁸⁵ A Lei Complementar nº 141/2012 foi editada para regular a matéria.

¹⁸⁶ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 50.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 52.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 53..

da Seguridade Social.¹⁹⁰ Esclarece Cláudia Salles Vilela Vianna¹⁹¹ que referida participação ocorre por intermédio de órgãos colegiados de deliberação, entre os quais estão o Conselho Nacional da Saúde, Conselho Nacional de Assistência Social e Conselho Nacional de Previdência Social, que têm composição paritária integrada pelos trabalhadores, empregadores, aposentados e representantes do Governo.

Com relação aos princípios aplicados ao custeio da previdência social, Cláudia Salles Vilela Vianna¹⁹² enfatiza a solidariedade, o orçamento diferenciado, a precedência da fonte de custeio e a *vacatio legis* nonagesimal. A solidariedade, ou solidarismo, ou ainda mutualismo, pode ser considerada um postulado fundamental da Seguridade Social¹⁹³. Pode ser solidariedade direta, quando há determinação das partes envolvidas, bem como indireta, quando as partes não se conhecem e são indeterminadas¹⁹⁴. Trata-se a solidariedade do sistema da repartição simples¹⁹⁵, onde a população ativa, ou seja, os trabalhadores contribuem em prol da população inativa, como por exemplo, os aposentados. Ainda, consoante os ensinamentos de Cláudia Salles Vilela Vianna¹⁹⁶ não há reserva individual e o dinheiro pago não pertence ao contribuinte, o contrário do que ocorre nos sistemas de capitalização, como o FGTS e previdência complementar.

O orçamento diferenciado da Seguridade Social, por seu turno, está regulado nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 195, bem como no quinto do artigo 165, todos da Constituição Federal¹⁹⁷. Tratou o referido princípio de expressamente estabelecer que o orçamento da Seguridade Social é próprio, não se confundindo com o orçamento do Estado. Tal medida revelou preocupação do legislador constituinte em garantir que os recursos fossem destinados especificamente para os setores da saúde, assistência e previdência social¹⁹⁸.

A precedência da fonte de custeio, estabelecida no parágrafo quinto do artigo 195 da Constituição Federal, determina que nenhum benefício ou serviço poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio. Ainda, relativo ao custeio cabe destacar que nos termos do parágrafo sexto do artigo 195 da Constituição Federal, as contribuições

¹⁹⁰ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 81.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 51.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 52.

¹⁹⁵ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 81.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 82.

sociais da seguridade social somente podem ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que a houver instituído ou majorado.

Cláudia Salles Vilela Vianna¹⁹⁹ aponta como princípios específicos do custeio da Previdência Social, e portanto, não aplicáveis a outros setores da Seguridade Social, aqueles expressamente previstos no artigo 201 da Constituição Federal, quais sejam: caráter contributivo do sistema, de filiação obrigatória; preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial; garantia do valor do salário mínimo para benefícios que substituam o rendimento do trabalho; reajustamento dos benefícios para preservação permanente de seu valor real e incorporação dos ganhos habituais para fins de contribuição, com conseqüente repercussão nos benefícios.

Analizados os valores e princípios que regem a Seguridade Social e Previdência, cabe salientar que não se pode perder de vista a adequada integração das normas²⁰⁰. Nesse sentido, assevera Wagner Balera²⁰¹: “Normas que queiram contrariar o objetivo do sistema serão repelidas pela ordem jurídica, por meio do devido processo legal”. Foi justamente o que ocorreu com a norma estampada no artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998²⁰². O mencionado dispositivo, assim estabelece:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

O artigo 14 da Emenda nº 20/1998 foi devidamente ajustado através de interpretação conforme a Constituição Federal²⁰³ para o caso da licença gestante. O Supremo Tribunal

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 7ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 18.

²⁰¹ Ibidem, p. 19.

²⁰² Idem.

²⁰³ Acerca da interpretação conforme a Constituição Federal, Pedro Lenza esclarece: “Diante das normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrário ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja doutrina, seja pela jurisprudência:

- prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;
- conservação das normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
- exclusão da interpretação *contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;
- espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, devera ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;
- rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;
- o intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quanto, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e

Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946 proferiu decisão, expressamente consignando que não cabe ao empregador o pagamento da diferença correspondente ao salário da gestante e o teto da previdência social. Entendeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal que não foi esta a intenção do legislador constituinte. A decisão proferida afirmou a responsabilidade do Instituto Nacional de Seguro Social em pagar o salário da gestante, correspondente ao salário maternidade estabelecido no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal²⁰⁴. Segue ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. **O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".** 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. **Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença.** Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da

com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.” LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

²⁰⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”

Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (ADI nº 1946, relator. Ministro Sydney Sanches, julgamento em 03.04.2003, DJ de 16.05.2003) (grifo nosso)

1.4. Benefícios previdenciários decorrentes do fato gerador incapacidade para o trabalho

A incapacidade laboral poderá dar ensejo à percepção de cinco benefícios previdenciários diversos, quais sejam: auxílio doença comum, auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez comum, aposentadoria por invalidez acidentária e auxílio-acidente.

Ressalte-se que o auxílio-acidente não se insere no estudo do tema ora em questão, visto tratar-se de benefício concedido como forma de indenização, sem caráter substitutivo do salário²⁰⁵. Inclusive é percebido junto com o mesmo, quando após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza (não apenas acidente de trabalho), resultar sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho habitualmente exercido (artigo 86 da Lei 8.213/1991)²⁰⁶.

Cláudia Salles Vilela Vianna²⁰⁷ ressalta que é relevante analisar a distinção entre suspensão ou interrupção do contrato de emprego quando da percepção de benefícios previdenciários. Nesses termos, esclarece que na suspensão haverá a paralisação total da execução do contrato, enquanto que na interrupção, haverá paralisação parcial. Há na doutrina certo dissenso acerca da configuração de suspensão ou interrupção. A problemática gira em torno de considerar configurada a suspensão ou a interrupção quando ocorrer a paralisação do pagamento de salário, porém continuar a empresa obrigada a outras obrigações contratuais, como por exemplo, o recolhimento dos depósitos fundiários. Cláudia Salles Vilela Vianna²⁰⁸ defende que para que se caracterize a suspensão, o contrato deve estar totalmente paralisado, sem obrigação contratual para qualquer das partes contratantes. Assevera que a melhor interpretação implica nesse entendimento ora esboçado, ou seja, uma visão mais abrangente dos direitos decorrentes do vínculo empregatício:

²⁰⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 797.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. A Relação de Emprego e os Impactos Decorrentes dos Benefícios Previdenciários. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2010, p. 35.

²⁰⁸ Ibidem, p. 36.

...melhor interpretação implica uma visão mais abrangente dos direitos decorrentes do vínculo empregatício, no sentido de ser o fator determinante de um ou de outro evento não apenas o pagamento dos salários, mas de toda e qualquer obrigação legal decorrente do contrato firmado entre as partes. Nesta esteira, não seria possível afirmar que um empregado afastado para a prestação de serviço militar estaria com seu contrato suspenso, em face do pagamento obrigatório, pela empresa contratante, dos depósitos fundiários. Trata-se, nesta hipótese, de interrupção contratual, ainda que não se esteja o salário sendo pago pelo empregador.

Estabelecia o artigo 59 da Lei 8.213/1991, hoje revogado pela Medida Provisória nº 664/2014²⁰⁹, os requisitos necessários à concessão do benefício auxílio doença:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Com a alteração promovida pela Medida Provisória nº 664/2014, o benefício auxílio-doença será devido ao segurado que incapacitado para o trabalho temporariamente por mais de trinta dias apresentar o período de carência exigido pela lei²¹⁰. Nesses termos, as empresas, antes responsáveis por custear o salário nos quinze primeiros dias de afastamento por incapacidade, passam a responder pelos trinta primeiros dias. O Ministério da Previdência

²⁰⁹ Ressalte-se que recente Medida Provisória nº 664/2014 (data de publicação em 30/12/2014), entre outras alterações, alterou os §2º do artigo 43 e §3º do artigo 60 da Lei 8.213/1991, os quais dispõem, respectivamente, sobre os benefícios aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para constar que os 30 (trinta) primeiros dias de afastamento do segurado correrão por conta da empresa. Observe-se que as disposições anteriores afirmavam a responsabilidade da empresa somente nos 15 (quinze) primeiros dias, sendo que a partir do 16º dia, a responsabilidade era do INSS. A Medida entra em vigor para as mencionadas alterações no primeiro dia do terceiro mês subsequente à data de publicação nos termos do artigo 5º da MP.

²¹⁰ O período de carência necessário à percepção de benefícios previdenciários está estabelecido nos artigos 24 e 25 da Lei 8. 213/1991.

“Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (Vide Medida Provisória nº 242, de 2005)

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;
II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994)
III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)”

Social afirmou que a alteração ora esboçada foi uma medida para estimular as empresas a investirem em saúde e segurança do trabalho²¹¹.

Esclarece Cláudia Salles Vilela Vianna²¹² que se a incapacidade verificada pela perícia do Instituto Nacional de Seguro Social for decorrente de acidente de qualquer natureza, o benefício será denominado auxílio doença acidentário, se, por seu turno, for decorrente de enfermidade será denominado auxílio doença previdenciário. Afirma a jurista que a distinção reside apenas na nomenclatura, e que o auxílio doença acidentário independe de carência (artigo 26, inciso II, da Lei 8.213/1991)²¹³. Obtido o benefício, o segurado deverá comparecer às perícias do INSS, bem como se submeter aos processos de reabilitação profissional e tratamentos gratuitos, sob pena de suspensão do benefício²¹⁴. A cessação do benefício auxílio doença poderá ocorrer em dois casos: quando o segurado recuperar-se para o desempenho de sua atividade habitual ou quando for reabilitado para o exercício de outra atividade²¹⁵. Aponta, ainda, Cláudia Salles Vilela Vianna que o auxílio doença deverá ser convertido em aposentadoria por invalidez quando verificada a impossibilidade de habilitação ou reabilitação²¹⁶.

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez será concedida nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.”

Trata-se de benefício previdenciário apto a assegurar ao trabalhador proteção social no caso de incapacidade total e sem possibilidade de reabilitação profissional. Sérgio Pinto

²¹¹ Justificativa da Medida Provisória encontrada junto ao site da Previdência Social Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/legislacao-medida-provisoria-muda-regras-na-concessao-de-beneficios-previdenciarios/>>. Acesso em: 30-12-2014.

²¹² VIANNA, Cláudia Salles Vilela. A Relação de Emprego e os Impactos Decorrentes dos Benefícios Previdenciários. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2010, p. 68.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Idem.

Martins²¹⁷ afirma que não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez, podendo-se, por conseguinte, afirmar que em geral é provisória. Ressalva, entretanto que o empregador não poderá ficar aguardando indefinidamente o empregado. Dentro desse contexto, emerge entendimento sumulado pelo TST. Estatui a Súmula 160 do TST, que “cancelada a aposentadoria, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.”

Discorrido acerca dos benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade, resta concluir do presente capítulo que há muito tempo preocupa-se com a previsão de um conjunto de normas que possibilite resguardar os cidadãos de infortúnios. A forma pela qual a sociedade evoluiu, mormente o sistema econômico majoritariamente adotado, fez surgir, principalmente, a preocupação com a tutela do trabalhador. A Revolução Industrial demonstrou que caso o trabalhador não fosse efetivamente tutelado, o risco do capital se sobrepôr ainda mais ao trabalho humano era alto. Desde tal percepção, difundiu-se a noção de Estado Social, como detentor do dever de materializar direitos sociais e reduzir as desigualdades sociais existentes. Pouco a pouco, o sistema de proteção foi avançando da mera assistência pública para a criação de um sistema capaz de acobertar contingências sociais. Desse modo, emergiu a Previdência Social, como instrumento hábil a assegurar o bem estar e justiça social. Detém a responsabilidade de tutelar o trabalhador enquanto incapaz e garantir que possa novamente utilizar de sua força de trabalho após recuperado.

Compreendida as questões atinentes à origem da Seguridade Social e Seguro Social, bem como os valores e fundamentos aos quais se submetem, ressaltando-se a dignidade da pessoa humana, o primado do trabalho e a justiça social, impõe-se analisar a teoria geral da responsabilidade a fim de, posteriormente, entender a atribuição de responsabilidade ao empregador na situação do limbo previdenciário trabalhista, bem como adequadamente delimitá-la.

²¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 327.

2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE

2.1. Conceito de Responsabilidade

Face às decisões dos tribunais trabalhistas reconhecendo a responsabilidade do empregador nos casos de limbo previdenciário trabalhista impõe primeiro analisar o conceito, pressupostos, evolução e excludentes da responsabilidade para melhor compreensão do tema. Há de ser analisada, ainda, tendência da doutrina e jurisprudência de interpretar o alcance da responsabilidade sob o enfoque social, reflexo da aplicação de valores estatuídos pela Constituição Federal de 1988, como a função social e solidarismo.

Consoante os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves²¹⁸, “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade”. Desse modo, compreensível afirmar que a responsabilidade embora escorada no mundo da realidade fática, tem sustentação jurídica²¹⁹. O fato, o qual enseja responsabilidade jurídica compreende a prática de um ilícito danoso. Nesse sentido, leciona Rui Stoco²²⁰:

Depende da prática de um ilícito e, portanto, antijurídico, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, pelo aodamento ou pela inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso ou no plano material ou imaterial ou moral.

Ocorrido o ilícito, há a necessidade de restabelecer a harmonia e o equilíbrio e é justamente tal objetivo da responsabilidade civil que constitui sua própria fonte geradora²²¹. Maria Helena Diniz²²² assevera que é supérfluo indagar a responsabilidade se o indivíduo agiu em conformidade com a norma ou seu dever. Nesses termos, “a responsabilidade, serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever”²²³. Por seu turno, Sebastião Geraldo de Oliveira²²⁴ compreende responsabilidade civil como aquela

²¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19

²¹⁹ STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138

²²⁰ Idem.

²²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19

²²² DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

²²³ Idem.

²²⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 80

invocada para fundamentar a pretensão daquele que sofreu as consequências do infortúnio. Esclarece o jurista:

É, por isso, **instrumento de manutenção da harmonia social**, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar. (grifo nosso)

Visando o restabelecimento da harmonia e equilíbrio, consiste a responsabilidade jurídica na assunção das consequências de dada conduta, conforme sanção estabelecida no ordenamento²²⁵. Relevante ressaltar, ainda, que a própria Constituição Federal de 1988 aborda a responsabilidade civil dentre os direitos e garantias individuais nos seus artigos 5º, incisos V e X, demonstrando, destarte, a sua importância nas relações modernas e resolução de conflitos sociais²²⁶.

Do conceito formulado por Sebastião Geraldo de Oliveira, se infere as três funções da responsabilidade civil, quais sejam: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor, bem como promove o desestímulo à reiteração da conduta lesiva. Se a responsabilidade imputada ao causador do dano efetivamente for capaz de ocasionar esses ter efeitos: compensar, punir e desestimular, atuará como relevante instrumento da harmonia social.

Mariana Del Monaco e Daisy Nunes da Rocha²²⁷ também reconhecem que toda atividade que acarreta um prejuízo traz à tona o problema da responsabilidade como forma de restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Afirmam, pois, que a responsabilidade traduz uma acepção social consistente em corrigir a antijuridicidade de determinadas atividades humanas extravasando os limites da vida jurídica para abarcar todos os domínios da vida social²²⁸.

Consoante Luis Fabiano de Assis²²⁹, o instituto da responsabilidade civil busca não apenas reduzir o número de vítimas sem ressarcimento, mas sobretudo prevenir danos

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

²²⁶ OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 431.

²²⁷ MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 17

²²⁸ Idem.

²²⁹ ASSIS, Luís Fabiano. Responsabilidade Civil e Defesa de Direitos e Interesses Transindividuais: Ensaio sobre a Convergência Teleológica dos Institutos e seus Reflexos no Direito do Trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 96.

injustos, ou seja, aqueles decorrente da antijuridicidade em seu sentido amplo. Nesse sentido, o ordenamento jurídico como um todo, antes mesmo de reagir contra lesão patrimonial ou extrapatrimonial, tem propugnado pela reação contra qualquer ameaça de direito, sejam eles de titularidade individual ou coletiva²³⁰.

Embora sejam conceitos correlacionados, os termos obrigação e responsabilidade são distintos. José Affonso Dallegrave Neto²³¹ salienta que tecnicamente obrigação é espécie do gênero “dever” e deve ser utilizado quando se pretender afirmar um direito de crédito. Dentro desse contexto, aponta Carlos Roberto Gonçalves²³², que obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação. Uma vez não cumprida a obrigação, surge a responsabilidade, que se traduz na consequência jurídica patrimonial do descumprimento. Ressalta-se que a existência de uma independe da outra. Assim, poderá haver responsabilidade sem obrigação e obrigação sem responsabilidade. A primeira ocorre quando, por exemplo, no caso da fiança, na qual o fiador assume a responsabilidade sem apresentar, entretanto, vínculo direto com o devedor. Por sua vez, também poderá ocorrer obrigação sem responsabilidade, como as situações de dívidas prescritas e de jogo.

A responsabilidade civil surge, portanto, como consequência patrimonial do descumprimento de uma obrigação, que por sua vez representa um direito de crédito. Os direitos patrimoniais, dividem-se em direitos obrigacionais, também denominados direitos relativos, e direito reais, os chamados direitos absolutos. Os direitos obrigacionais tratam-se de direitos de crédito resultantes de “vínculo patrimoniais entre pessoas, impondo ao devedor o dever de dar, fazer ou não fazer algo no interesse do credor, que passa a ter o direito de exigir tal prestação positiva ou negativa”²³³. Portanto, caracterizam-se primordialmente pelo vínculo entre pessoas, ao contrário dos direitos reais, que apresentam essencialmente vínculo entre pessoa e coisa. Acerca da relevância da distinção entre relação obrigacional e real, José Affonso Dallegrave Neto²³⁴ afirma que enquanto o titular de direito pessoal de crédito (vínculo obrigacional) pode exigir a prestação de um sujeito passivo determinado, o titular de um direito real poderá reivindicar a própria “coisa”, objeto da relação jurídica, de qualquer indivíduo em face do denominado direito de sequência. Nos direitos reais, portanto, impera o

²³⁰ Ibidem, 101.

²³¹ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 29.

²³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

²³³ DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

²³⁴ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 30.

“dever genérico de abstenção (obrigação negativa geral)”²³⁵. Esclarece José Affonso Dallegrave Neto²³⁶ que embora o descumprimento dos direitos absolutos e relativos corresponda a inexecuções diversas, a consequência será a mesma, culminando, pois na responsabilidade civil extracontratual, também denominada aquiliana, ou contratual, respectivamente:

O não cumprimento do dever geral de abstenção, nos direitos absolutos, configura ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste na infração do dever especial (inexecução contratual ou ato ilícito contratual), implicando, em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, ou seja, a chamada responsabilidade civil, aquiliana no primeiro caso e contratual no segundo.

A despeito da tradicional regra de que somente os direitos reais (vínculo entre pessoa e coisa) são oponíveis a todos, inclusive terceiros não vinculados a uma relação jurídica, Marcelo Benacchio²³⁷ defende que a responsabilização de terceiro, que venha a causar prejuízo às posições jurídicas dos participantes da relação de crédito também pode ser estendida aos direitos pessoais. Nesse sentido, esclarece o jurista acerca da necessidade de compreender a tutela externa do crédito, no caso de interferência de terceiro, sob pena de que a sociedade esteja desprotegendo relações fundamentais:

A concepção de que o direito pessoal, diversamente dos direitos reais, não seria passível de proteção erga omnes, por meio de tutela eterna do crédito, na hipótese de interferência de terceiro, remonta a um período de economia estática, fundada na riqueza imobiliária, o que não mais ocorre, pois, no momento atual, a economia é dinâmica e caracterizada pela riqueza imobiliária. Caso prevalecesse aquele entendimento, deixaríamos sem proteção relações fundamentais à sociedade e, até mesmo, protegidas pelo sistema capitalista, abarcado por nossa constituição, fundada que é na propriedade privada, em sentido amplo de livre iniciativa, moldadas pelos princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana²³⁸.

Entre os danos que terceiro à relação jurídica possa ocasionar às partes, Marcelo Bennachio menciona a lesão da situação contratual. Trata-se, conforme o jurista²³⁹ de situação em que o dano caracteriza-se pela lesão ao interesse tutelado pelo ordenamento, impedindo, pois, a satisfação do interesse do titular da situação contratual:

O dano, na hipótese em comento, caracteriza-se, portanto, pela lesão ao interesse tutelado pelo ordenamento, consistente na situação jurídica contratual, que impede, total ou parcialmente, a satisfação do interesse do titular da situação contratual, ativa ou passiva, **em virtude da inobservância do comportamento imposto pelo ordenamento jurídico ao terceiro.** (grifo nosso)

²³⁵ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 30.

²³⁶ Ibidem, p. 31.

²³⁷ BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil Contratual. 1ª edição. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 74

²³⁸ Ibidem, p. 76.

²³⁹ Ibidem, p. 106.

Ainda, dentro do estudo dos direitos obrigacionais, é possível afirmar que do direito subjetivo do credor, emerge para a outra parte da relação jurídica um correspondente “dever jurídico” ou um “estado de sujeição”²⁴⁰. Portanto, verificam-se duas divisões do direito subjetivo: o direito subjetivo propriamente dito e o direito potestativo. Leciona José Affonso Dallegrave Neto²⁴¹ que na relação de emprego, o direito subjetivo propriamente dito verifica-se, por exemplo, quando o empregador (credor) tem direito de exigir do empregado (devedor) o trabalho que fora pactuado, enquanto que o direito potestativo está presente na situação em que tem o empregador direito de despedir o empregado sem justa causa, desempenhando o empregado um mero papel de sujeição, ou seja, independentemente de sua anuência ou vontade. Afirma-se, assim:

No direito subjetivo propriamente dito, a posição jurídica do respectivo titular traduz-se no poder de exigir ou pretender de outra pessoa determinada conduta positiva ou negativa, uma ação ou abstenção. Correspondente a esse direito, há o dever jurídico do outro sujeito de adotar o comportamento prescrito pela norma que confere o direito subjetivo. Já no chamado direito potestativo, espécie do gênero direito subjetivo, a produção dos efeitos jurídicos desejados por seu agente – e tutelados pelo Direito – impõem-se à outra parte, independentemente de sua anuência ou seu querer. O devedor tão somente se sujeita à vontade do credor. Nos direitos subjetivos *stricto sensu*, o devedor pode, ou não, cumprir espontaneamente seu dever jurídico, sujeitando-se à conseqüente ação estatal coercitiva. Em contrapartida, nos direitos potestativos, o sujeito passivo, de modo inelutável, suporta as conseqüências do exercício do direito por seu titular, ultimando-se os efeitos pela simples vontade do agente.

Constituem fonte de obrigações os fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais em conformidade com as normas jurídicas²⁴². Da afirmativa, infere-se que a lei é a fonte primária ou imediata de todas as obrigações, posto que sendo os vínculos obrigacionais relações jurídicas, é por intermédio do direito (lei) que os vínculos fáticos transformam-se em jurídicos. Além da fonte imediata, também são fontes de obrigações as fontes mediatas, ou melhor, segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz²⁴³ seriam as condições determinantes do nascimento das obrigações. Sobre essas últimas, esclarece Maria Helena Diniz:

Essas condições determinantes das obrigações nada mais são do que os fatos jurídicos *lato sensu*. Deveras, o fato jurídico *lato sensu* dá origem ao direito subjetivo, impulsionando a criação da relação jurídicas, concretizando as normas jurídicas. R Limongi França pondera que o fato jurídico, estribado no direito

²⁴⁰ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 31.

²⁴¹ Idem.

²⁴² DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

²⁴³ Idem.

objetivo, dá azo a que se crie a relação jurídica, que submete certo objeto ao poder de determinado sujeito. Esse poder se denomina direito subjetivo.

Carlos Roberto Gonçalves²⁴⁴ assevera que somente poderão ser considerados fatos jurídicos em sentido amplo, aqueles fatos relevantes para o direito, ainda que ilícitos. Podem ser classificados em fatos naturais, também denominados fatos jurídicos *stricto sensu*, ou fatos humanos, chamados de atos jurídicos *lato sensu*. Por sua vez, os fatos humanos são lícitos, ou seja, a lei defere os efeitos almejados pelo agente, ou ilícitos, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico²⁴⁵. Os atos lícitos dividem-se em ato jurídico em sentido estrito, negócio jurídico e ato-fato jurídico. No ato jurídico em sentido estrito, o efeito da manifestação da vontade está predeterminado na lei, como por exemplo ocorre com a notificação, que constitui em mora o devedor²⁴⁶. Washington de Barros Monteiro²⁴⁷ define negócio jurídico como sendo uma “declaração privada de vontade que visa a produzir determinado efeito jurídico”. Por seu turno, no ato fato jurídico ressalta-se a consequência do ato sem levar em consideração a vontade de praticá-lo. Segundo Carlos Roberto Gonçalves²⁴⁸, o responsável da obrigação sempre será aquele a quem a lei imputou o dever originário:

Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade, uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), **sempre que quisermos saber quem é o responsável temos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário.** (grifo nosso)

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves²⁴⁹ afirma que a responsabilidade civil é “um dever sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”

Além dos fatos humanos lícitos, os ilícitos também são capazes de ensejar a responsabilidade civil daquele que ocasionou o dano. Segundo Silvio Rodrigues²⁵⁰ os atos ilícitos são aqueles que colidem com a lei, com a moral ou com os bons costumes, gerando efeitos não queridos pelo autor. Ressalta o jurista que decorre de um dever legal ou

²⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1. Parte Geral. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 277.

²⁴⁵ Ibidem, p. 278.

²⁴⁶ Idem.

²⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 208.

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1. Parte Geral. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume I. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 307.

contratual²⁵¹. Quando houver descumprimento de dever contratual, a situação impõe a aplicação do artigo 389 do Código Civil:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Por outro lado, o ilícito poderá se apresentar fora do contrato, e por conseguinte, representar a infração a dever legal por dolo ou culpa, violação a um preceito de conduta que resultou prejuízo a alguém²⁵². Tratar-se-á, nesses termos, de responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, ensejando a aplicação do artigo 186 do Código Civil²⁵³. Sebastião Geraldo de Oliveira²⁵⁴ ressalta que no Código Civil de 2002, o núcleo da responsabilidade civil pode ser identificada em três dispositivos que se completam: os artigos 186, 187 e 927 do referido diploma legal:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

...

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pelo exposto, verifica-se que a responsabilidade traduz uma consequência patrimonial ao devedor que descumpriu uma obrigação que lhe impunha, que por sua vez surge a partir de uma fonte imediata (lei) ou fontes mediatas (atos jurídicos lícitos ou ilícitos). Raimundo Simão de Melo²⁵⁵ acrescenta, ainda, que responsabilidade civil revela o dever jurídico em que se “coloca a pessoa em razão de um contrato ou da lei para satisfazer uma obrigação devida ou para suportar sanções legais que se lhe impõem pela obrigação a cumprir”.

²⁵¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume I. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 308.

²⁵² Idem.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 80.

²⁵⁵ MELO, Raimundo de. Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013, p. 256.

Importante, ainda, ressaltar tendência firmada na doutrina. Muito embora o instituto da responsabilidade civil vise o ressarcimento, à reparação do dano, sendo, portanto, uma tutela voltada ao passado²⁵⁶, o ordenamento jurídico tem se preocupado também com as ameaças à direito, e não mais meramente com sua reparação. Conforme Luis Fabiano de Assis²⁵⁷, os interesses transindividuais²⁵⁸ em geral, dada a abrangência e gravidade das lesões que possam ocasionar exigem tutela que impeça a ocorrência do dano ou que impeçam sua continuidade. Trata-se de uma tutela preventiva. Luiz Guilherme Marinoni²⁵⁹ esclarece, ressaltando a necessidade conservar a integralidade do direito, ao invés de simplesmente ressarcir-lo:

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integralidade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que **equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira.** (grifo nosso)

Luis Fabiano de Assis²⁶⁰ assevera que a tutela inibitória poderá ser promovida judicialmente ou extrajudicialmente. Judicialmente trata-se de ações coletivas promovidas pelos legitimados que visem a imposição de obrigações de fazer e de não fazer, de modo que seu descumprimento imponha aquele que descumpriu a decisão cominações que poderão ser diárias até o efetivo cumprimento. Extrajudicialmente, por sua vez, tem no termo de ajuste de conduta, instrumento hábil a coibir condutas lesivas²⁶¹.

De qualquer modo, a ótica da tutela preventiva não é voltada ao passado, quebrando a tradicional concepção romana de que a tutela ressarcitória é a única tutela ideal²⁶². Conforme

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e Coletiva. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

²⁵⁷ ASSIS, Luís Fabiano. Responsabilidade Civil e Defesa de Direitos e Interesses Transindividuais: Ensaio sobre a Convergência Teleológica dos Institutos e seus Reflexos no Direito do Trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 101.

²⁵⁸ As três categorias básicas de direitos transindividuais, também denominados coletivos em sentido amplo, estão estabelecidas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. O inciso I trata dos direitos difusos, os quais são aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Por sua vez, interesses coletivos *stricto sensu*, são os de natureza individual e de que sejam titulares grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II, artigo 81 do CDC). No que tange aos direitos individuais homogêneos, seus objetos são divisíveis, seus titulares são determinados ou determináveis, e originam-se de circunstâncias de fato (inciso III, artigo 81 do CDC).

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e Coletiva. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 323.

²⁶⁰ ASSIS, Luís Fabiano. Responsabilidade Civil e Defesa de Direitos e Interesses Transindividuais: Ensaio sobre a Convergência Teleológica dos Institutos e seus Reflexos no Direito do Trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 101

²⁶¹ Idem.

²⁶² ²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e Coletiva. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

Luis Fabiano de Assis²⁶³, a dimensão coletiva dos direitos do trabalho pode ser facilmente perceptível pela enunciação dos direitos trabalhistas pela própria Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais, bem como pelas convenções internacionais firmadas pelo Brasil.

Conclui o jurista:

Com efeito, para a defesa de interesses e direitos transindividuais dos trabalhadores, essas medidas judiciais e extrajudiciais são cabíveis, ilustrativamente para fazer frente ao trabalho em condição análogo à de escravo; à exploração do trabalho de crianças e adolescentes; às várias formas de discriminação no trabalho; às irregularidades trabalhistas na Administração Pública e ao desequilíbrio no meio ambiente do trabalho.

2.2. Espécies de responsabilidade

A responsabilidade poderá ser civil ou penal, contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva²⁶⁴. Carlos Roberto Gonçalves²⁶⁵ leciona que no que tange à responsabilidade penal é necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal, diversamente do que ocorre com a responsabilidade civil, para a qual nos termos do artigo 186 do Código Civil “qualquer ação ou omissão poderá ocasionar responsabilidade, desde que resulte prejuízo a outrem”. Ainda, a culpabilidade na esfera penal é bem mais restrita do que na esfera cível, na medida que no cível, a culpa, ainda que levíssima, poderá ocasionar responsabilidade de reparar, sendo que na penal exige-se um certo grau de intensidade ou gravidade²⁶⁶. Outra importante distinção é de que a responsabilidade penal é intransferível, sendo que a responsabilidade civil, quem responde na verdade é o patrimônio, podendo, portanto, atingir herdeiros do devedor. A imputabilidade também é tratada de forma distinta. Na esfera penal somente os maiores de 18 anos são imputáveis, sendo que na esfera civil os menores também podem ser responsabilizados, desde que não fiquem privados do necessário (artigo 928, parágrafo único).

Podemos classificar, ainda, a responsabilidade em contratual ou extracontratual. A responsabilidade pode decorrer do descumprimento de uma obrigação contratual, ou seja, um acordo prévio entre as partes, vez que será denominada responsabilidade contratual e atrairá a aplicação do artigo 389 do CC. A responsabilidade contratual requer um vínculo anterior

²⁶³ Ibidem, p. 105.

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

²⁶⁵ Ibidem, p. 43.

²⁶⁶ Idem.

ligando o credor e o devedor²⁶⁷. Por seu turno, poderá a responsabilidade decorrer de outra circunstancia alheia ao contrato, quando poderá ensejar a aplicação dos artigos 186, 187 ou 927, parágrafo único, sendo denominada de responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Desse modo, segundo Mariana Del Monaco e Daisy Nunes da Rocha²⁶⁸, a princípio, a responsabilidade extracontratual se baseia na comprovação do elemento culpa pela vítima do ato lesivo, exceto se decorrer de uma atividade de risco, quando a reparação irá prescindir da comprovação desse elemento.

Carlos Roberto Gonçalves²⁶⁹ afirma que há quem critique a dualidade responsabilidade contratual e extracontratual, visto que pouco importa os aspectos sob os quais se apresentam a responsabilidade civil, a consequência será a mesma. Inclusive, os requisitos necessários à sua caracterização são os mesmos: prova do dano, da culpa e do nexo de causalidade. Todavia, embora as consequências sejam as mesmas, deve-se salientar relevante diferenciação entre as duas²⁷⁰: na responsabilidade contratual, o ônus da prova incumbe ao devedor, na medida em que somente não responderá se provar alguma das excludentes de responsabilidade, enquanto que na responsabilidade extracontratual, via de regra, ao lesado incumbe o ônus da prova da ocorrência do dano, culpa do ofensor e fato lesivo.

No que tange à necessidade ou desnecessidade de comprovação do pressupostos “culpa”, a responsabilidade pode ser classificada em subjetiva e objetiva. Raimundo Simão de Melo²⁷¹ assevera que prevalece na doutrina a responsabilidade subjetiva, ou seja, a idéia da culpa. Dessa forma, caberá ao lesado provar o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Conclui o jurista²⁷²:

É preciso que se demonstre em concreto a vontade querida pelo agente, chamada de dolo, ou a culpa propriamente dita, baseada na negligência, imprudência e imperícia (culpa em sentido estrito); portanto, se não houver culpa, não haverá responsabilidade...A teoria subjetiva é a que prevalece em todos os sistemas jurídicos mundiais, à qual se filiou o Código Civil brasileiro, que, no art. 186 (art. 159 do Código de 1916), o erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano, dizendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁶⁷ MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 21.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

²⁷⁰ Ibidem, p. 46.

²⁷¹ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013, p. 262.

²⁷² Idem.

Evidente que da Revolução Industrial surgiram diversas situações envolvendo acidentes do trabalho e consequentemente danos refletidos principalmente no ser humano, neste caso na figura do trabalhador. Emergia, a necessidade de desenvolver uma teoria mais moderna do que a teoria da responsabilidade civil então vigente, a qual exigia a ocorrência da culpa do empregador.

Marco Fridolin Sommer Santos²⁷³ leciona que até o advento da Revolução Industrial, o sistema de responsabilidade civil no Brasil, contemplado pelo Código Criminal de 1830, protegia essencialmente o direito de propriedade, enquanto o direito penal protegia o patrimônio e o dano moral na categoria de crimes de calúnia, injúria ou difamação. Assevera o jurista que é desta época a tradicional distinção entre danos materiais (danos à propriedade), tutelados pelo direito civil, e danos morais (danos à pessoa), tutelados pelo direito penal. Acrescentam Mariana Del Monaco e Daisy Nunes da Rocha²⁷⁴ que no direito brasileiro, a reparação civil se condicionava à condenação criminal em virtude da determinação contida na Constituição do Império, a qual transformou o Código Criminal de 1830 em um código simultaneamente civil e criminal. Somente com o Código Civil de 1916²⁷⁵, houve a independência das duas jurisdições. Entretanto, ao mesmo tempo em que se reconheceu a independência das jurisdições, ainda o sistema era baseado na responsabilidade unicamente subjetiva, não prescindindo, portanto, da culpa do causador do dano. O Código Civil Brasileiro de 1916 dispunha em seu artigo 1539²⁷⁶:

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido **não possa exercer o seu ofício ou profissão**, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. (grifo nosso)

Esclarece Marco Fridolin Sommer Santos²⁷⁷ que no sistema do Código Civil de 1916 exigia-se a caracterização de culpa do empregador como pressuposto de sua responsabilidade por acidentes do trabalho. Com o início da Revolução Industrial²⁷⁸ a situação se agravou

²⁷³ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 10

²⁷⁴ MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. *Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades*. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). *Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho*. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 17.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em 20-12-2014.

²⁷⁷ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 11.

²⁷⁸ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 10.

diante dos inúmeros acidentes de trabalho e a clássica distinção entre danos materiais e morais não se mostrava mais satisfatória às situações em curso, posto que constantemente deparava-se com notícias de acidentes de trabalho com lesões corporais, sobretudo nas estradas de ferro. Os danos, desse modo, não eram tão somente materiais ou morais. Envolviam quase sempre dano maior do que simples dano patrimonial. Pouco a pouco, o processo tecnológico e industrial e a massificação da ocorrência de danos²⁷⁹, sobretudo decorrentes de acidentes de trabalho impulsionou o surgimento de novas teorias da responsabilidade.

Cada vez mais a teoria tradicional da responsabilidade, entendida como aquela que exige do ofendido a prova da culpa do ofensor, dano e nexo de causalidade, estava se revelando insuficiente a regular todos os conflitos da sociedade. Existiam situações que se revelavam de difícil reparação, posto que exigia-se do ofendido a prova de que o ofensor agiu com culpa. Nessa conjuntura, se desenvolveram diversas teorias, entre elas a teoria do risco presumido. Mariana Del Monaco e Daisy Nunes da Rocha²⁸⁰ afirmam que embora referida teoria não se liberte por completo da noção de culpa, ao menos a presume, invertendo-se o ônus da prova. Desse modo, cabe ao ofensor provar a ausência de culpa, para se eximir da responsabilidade. Na realidade, a teoria do risco presumido não é uma forma nova de responsabilidade, mas sim uma mera questão de prova, ou seja, de ônus probatório²⁸¹.

Em termos históricos a evolução da teoria da culpa para a teoria do risco se deu primeiramente no direito europeu no final do século XIX. Na época em que era aplicada a teoria da culpa, o trabalhador ainda se deparava com a dificuldade em provar a culpa do empregador, sob pena de não o conseguindo ficar sem reparação. Marco Fridolin Sommer Santos²⁸² esclarece quais eram as dificuldades dos trabalhadores da época:

...a) em caso de morte, os familiares pouco ou nada sabiam para alegar em juízo; b) em caso de lesões corporais, o trabalhador era encaminhado ao atendimento médico, sem condições de pensar nas provas do acidente; c) o local do acidente podia ser facilmente alterado pelo empregador; d) o próprio acidente poderia apagar as evidências do nexo causal; e) a prova testemunhal era difícil pela situação de dependência econômica dos colegas de trabalho.

²⁷⁹ MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 17.

²⁸⁰ MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 26.

²⁸¹ Idem.

²⁸² SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 12.

Consoante Antonio Rodrigues de Freitas Júnior²⁸³ no Brasil, o legislador de 1919 instituiu o denominado “risco profissional”, o qual atuou como precursor da responsabilidade objetiva no país. Desse modo, a Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, a qual visou regular as obrigações decorrentes de acidente de trabalho, era legislação aplicada apenas aos trabalhadores em atividades tidas por perigosas²⁸⁴. Por outro lado, se o Brasil antes mesmo na Lei Eloy Chaves²⁸⁵, passou a adotar a noção de “risco social” através da lei nº 3.724/1919, foi tardia a aceitação da coexistência entre responsabilidade objetiva e subjetiva, esta última relativamente aos danos de personalidade²⁸⁶. Esclarece Antonio Rodrigues de Freitas Júnior²⁸⁷:

Talvez em nome (ou por pretexto) da existência de mecanismos de responsabilidade objetiva, a ‘proteção trabalhista’ no Brasil, muito e por muito tempo, resistiu bravamente a contemplar a coexistência ente a cobertura objetiva e responsabilidade subjetiva, ainda que por fato doloso. Quem sabe se por conta (ou se na conta) da fixação legal de valores mínimos de reparação – no que se convencionou chamar do paradigma da indenização tarifada (que remonta a 1919) -, **o fato é que a cultura da ‘proteção’ trabalhista, em nosso país, tardou em reconhecer como ‘trabalhista’ o direito, e como responsável o empregador, na reparação por danos os direitos da personalidade.** Incomoda constatar a insólita resistência, oposta pela cultura ‘protecionista’ do direito brasileiro, à figura da reparação dos chamados danos morais. (grifo nosso)

Fato é que a partir da Revolução Industrial, a responsabilidade subjetiva perdeu espaço para uma nova teoria mais condizente com os conflitos decorrentes daquela época. Desse modo, afirma Raimundo Simão de Melo²⁸⁸ que a partir da Revolução Industrial, a teoria da responsabilidade objetiva passou a integrar o ordenamento jurídico de diversos países. Trata-se da responsabilidade do ofensor, independentemente que haja concorrido com culpa. Ou seja, a própria lei impõe, em determinadas situações, a reparação de um dano, sem exigir do

²⁸³ FREITAS JÚNIOR. Antonio Rodrigues de. Responsabilidade Civil e Relação de Trabalho: Anotações Propedêuticas à Maneira de Introdução.. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 26.

²⁸⁴ Os trabalhadores protegidos pela Lei 3.724/1919 eram aqueles constantes do artigo 3º: “Art. 3º São considerados operários, para o efeito da indenização, todos os indivíduos, de qualquer sexo, maiores ou menores, uma vez que trabalhem por conta de outrem nos seguintes serviços: construções, reparações e demolições de qualquer natureza, como de prédios, pontes, estradas de ferro e de rodagem, linhas de trens, elétricos, redes de esgotos, de iluminação, telegráficas e telefônicas, bem como na conservação de todas essas contruções; de transporte de carga e descarga; e nos estabelecimentos industriais e nos trabalhos agrícolas em que se empreguem motores inanimados.”

²⁸⁵ Decreto nº 4.682/1923, o qual introduziu o sistema das Caixas de Aposentadoria e Pensões aos ferroviários.

²⁸⁶ FREITAS JÚNIOR. Antonio Rodrigues de. Responsabilidade Civil e Relação de Trabalho: Anotações Propedêuticas à Maneira de Introdução.. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 14.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ FREITAS JÚNIOR. Antonio Rodrigues de. Responsabilidade Civil e Relação de Trabalho: Anotações Propedêuticas à Maneira de Introdução.. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 262.

ofendido que prove a culpa do ofensor²⁸⁹, simplesmente porque ou a culpa é presumida ou é prescindível:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível. Quando a culpa é presumida, inverte-se ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas (culpa da vítima ou força maior), com inversão do ônus *probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma das mencionadas excludentes será considerado culpado, pois sua culpa é presumida...Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), Código de Defesa do Consumidor e outras.

Carlos Roberto Gonçalves²⁹⁰, ressalva, entretanto, que embora na responsabilidade objetiva a culpa se presume, indispensável será o nexo de causalidade visto não se poder acusar alguém sem que tenha dado causa ao evento. Ainda, salienta o jurista que a responsabilidade subjetiva subsiste no sistema como regra necessária²⁹¹, sendo, ainda, que quando o legislador pretender fixar a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da prova da culpa, incumbe-lhe estabelecer especialmente.

Maira Moura de Oliveira²⁹² sintetiza os pressupostos e aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva. Nesses termos, a responsabilidade subjetiva é regra geral, cuja configuração requer os pressupostos do artigo 186 do CC, quais sejam ação ou omissão, dolo ou culpa, dano e nexo causal. Por sua vez, a responsabilidade objetiva impõe-se nos casos de atividade de risco e outros casos previstos em lei, nos termos do artigo 927 do CC. Seus pressupostos são ação e omissão, dano e nexo causal.

José Affonso Dallegrave Neto²⁹³ sintetiza as previsões de responsabilidade objetiva no ordenamento pátrio, quais sejam: acidentes de trabalho (art. 7º, XXVIII e Lei 8.213/91); acidentes de transportes em estrada de ferro (Decreto Legislativo 2.681/12, aéreos – Lei n. 7565/86; por água – DL n. 116/61, por veículos automotores (Lei n. 8.441/92); Minas (DL n. 227/67 e DL n. 318/67); acidentes nucleares (Lei n. 6.453/77); relações de consumo (Lei

²⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

²⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

²⁹¹ Ibidem, p. 50.

²⁹² OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 453.

²⁹³ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 110.

8.078/90); atividade de risco normalmente desenvolvida (art. 927, parágrafo único do novo Código Civil); poluição ambiental (art. 225, §3º, da CF); responsabilidade por ato de terceiro (art. 1521 do CC/16 e art. 933 do CC/2002); bem como art. 2º da CLT, quando o dano decorrer de exercício regular ou cumprimento normal do contrato de trabalho em face da assunção do risco pela atividade econômica.

Ao discorrer sobre assunção dos riscos da atividade econômica, Luciano Martinez²⁹⁴ afirma que risco é um “quantificador dos fatores capazes de impedir a realização de um objetivo com segurança”. O empregador assume os riscos da atividade econômica com seus ônus e benefícios. Valentim Carrion²⁹⁵, nesse mesmo sentido, defende que “assumindo os riscos da atividade”, significa que o empregador não trabalha por conta alheia e que arca com os lucros e as perdas do empreendimento. Nesses termos, ainda, Fabio Ulhoa Coelho²⁹⁶ leciona que a atividade empresarial é econômica no sentido de que objetiva gerar lucro para quem a explora. Dos conceitos de alteridade e atividade econômica, conclui, portanto, que “..se o empregado não é destinatário dos proveitos oriundos de uma bem-sucedida aposta empresarial, também não poderá sê-lo das desventuras daí decorrentes.”²⁹⁷

Acerca da alteridade, característica ínsita à relação empregatícia, Maurício Godinho Delgado²⁹⁸ manifesta-se afirmando que se trata da assunção dos riscos da empresa, do estabelecimento, do contrato de trabalho e de sua própria execução. Consiste, segundo o jurista:

...na circunstância de impor a ordem justalabalhista a exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

A despeito de ser um dos pressupostos da relação empregatícia, tem se verificado que a assunção dos riscos do negócio tem sido relativizada²⁹⁹. Assim, Luciano Martinez³⁰⁰ esclarece que a partir do declínio do fordismo, deu-se o aumento da competição entre empresas, o estreitamento do lucro, e conseqüentemente os patrões aproveitaram o momento

²⁹⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.200.

²⁹⁵ CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

²⁹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

²⁹⁷ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.201.

²⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 419.

²⁹⁹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.201.

³⁰⁰ Idem.

de excedente de mão de obra e enfraquecimento do poder sindical para impor regimes de trabalho mais flexíveis. Uma das características dessa flexibilidade refletiu nos contratos de trabalho, admitindo-se que, em certa medida, os riscos da atividade econômica fossem transferidos aos empregados. As participações nos lucros e resultados surgiram nessa época, admitindo-se que os empregados fossem destinatários de determinada retribuição somente se seus patrões auferissem lucro. Dentro desse contexto de flexibilização, o legislador constituinte procurou garantir um padrão mínimo na tentativa de proteger direitos sociais e trabalhistas. Por outro lado, o constituinte teve de assegurar a autonomia dos sindicatos na tentativa de promover “um mal menor” e tendo por objetivo “a busca do pleno emprego”:

... tendo em vista a racionalização entre o desenvolvimento nacional e a busca do pleno emprego, o legislador constituinte como que vaticinando a aflição do trabalhador num sistema capitalista neoliberal, erigiu ao plano da lei fundamental uma série de direitos sociais e trabalhistas com o evidente objetivo de protegê-los. Ofereceu, entretanto, fórmula de flexibilizá-los no que tange aos mais relevantes conteúdos do contrato de emprego, vale dizer, no que diz respeito às dimensões da prestação (art. 7º, XIII e XIV) e da contraprestação (art. 7º, VI), mediante negociação coletiva, respeitados, é claro, os referenciais mínimos contidos na própria Constituição. Assim, diante das situações de riscos mal administrados e que implicassem dificuldades financeiras para os empregadores, os empregados, mediante a intermediação das entidades sindicais, passaram a ser chamados para também a elas se submeter. As associações sindicais passaram, então, a ser chamada para escolher, dentre os males o menor. As opções sinalizavam para escolhas evidentes, uma vez que seria obviamente “um mal menor” ter, por exemplo, salários diminuídos em detrimento de despedidas em massa.

Na jurisprudência percebe-se frequentemente a aplicação do artigo 2º da CLT, conjuntamente com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil como base legal da configuração da responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho. Sebastião Geraldo de Oliveira³⁰¹ leciona que para a concepção clássica da responsabilidade civil, somente haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima. Afirma, ainda, o jurista que a ocorrência de acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera automaticamente o dever de indenizar, cabendo à vítima tão somente pleitear a cobertura do acidente de trabalho em face da Previdência Social.

A aplicação da teoria objetiva da responsabilidade aos acidentes do trabalho, quando a atividade desenvolvida pela empresa, implicar, por sua natureza, danos a outrem, foi ratificada pelos juristas trabalhistas através do Enunciado 37 da I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

³⁰¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 96.

Enunciado 37 - Atividade de risco. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Por seu turno, a responsabilidade objetiva também foi reconhecida para as doenças ocupacionais decorrentes do meio ambiente do trabalho, por intermédio do Enunciado 38:

Enunciado 38 – Responsabilidade Civil. Doenças Ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador PE objetiva. Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981.

Consoante Sebastião Geraldo de Oliveira³⁰², a responsabilidade subjetiva tem sido aos poucos superada, ou pelo menos abalada desde a vigência do Código de Defesa do Consumidor, diploma considerado um marco no avanço da responsabilidade civil no Brasil, mormente diante da redação dos artigos 12 e 14³⁰³. A consolidação e constante aplicação da teoria da responsabilidade objetiva tem propiciado a formulação de várias correntes na tentativa de demarcação de seus limites. Temos, assim, as teorias do risco proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco excepcional e do risco integral.

Esclarece Sebastião Geraldo de Oliveira³⁰⁴ que a teoria do risco proveito afirma que todo aquele que se aproveita do bônus, deverá suportar o ônus. Entretanto, referida teoria recebe críticas pela dificuldade de interpretação do que seria “proveito”. Por vezes,

³⁰² Ibidem, p. 115.

³⁰³ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro... Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

³⁰⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 116.

determinada interpretação restringe a reparação somente quando há proveito econômico, não sendo, portanto, a teoria mais adequada à matéria. A teoria do risco criado, por sua vez, supera a crítica da teoria anterior³⁰⁵. Deste modo, toda vez que o empregador criar risco ao empregado, deverá reparar pela simples criação do risco. Raimundo Simão de Melo³⁰⁶ afirma que pela referida teoria quem empreende alguma atividade, seja ela lucrativa ou não (no sentido econômico), assume os riscos decorrentes, respondendo pelos danos causados a outrem, salvo as excludentes que a lei admite. Portanto, é a teoria que mais se adapta às condições de vida social:

A teoria do risco criado procura colocar a vítima inocente em igualdade de condições em que se acha os novos empreendimentos, pela crescente industrialização, utilização de maquinários e intensificação de atividades potencialmente perigosas. Seus fundamentos deitam raízes nas idéias de fraternidade, solidariedade humana, sentimento de responsabilidade, equidade, segurança e socialização do Direito. É, pois, a mais consentânea com a evolução do Direito.³⁰⁷

Por seu turno, a teoria do risco profissional é aquela que considera que o dever de indenizar decorre da atividade profissional da vítima³⁰⁸. No que tange à teoria do risco integral, trata-se de teoria que propugna pelo direito à reparação do dano causado, não se cogitando a possibilidade do ofensor alegar excludentes de responsabilidade.

Acerca da interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil³⁰⁹ Sebastião Geraldo de Oliveira³¹⁰ fornece relevantes parâmetros. Segundo o jurista, o dispositivo constante do Código Civil brasileiro é mais abrangente e favorável à vítima se comparado com outros diplomas alienígenas. Assim sendo, o Código italiano, mexicano e português exigem para a obrigação de reparar “danos decorrentes de atividades perigosas”. O texto brasileiro, por sua vez, exige “atividade que implica risco para os direitos de outrem”. Consoante Sebastião Geraldo de Oliveira³¹¹, atividade que implica danos aos direitos de outrem não é o mesmo que atividade perigosa, esclarecendo que o conceito de atividade perigosa pode ser facilmente apreendido através da leitura do artigo 193 da CLT. Nesses

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador*. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013, p. 273

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 116.

³⁰⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

³¹⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 129/138.

³¹¹ Ibidem, p. 129.

termos, atividade perigosa seria aquela exercida em condições de risco acentuado ou de alto risco³¹². Por seu turno, a redação do parágrafo único do artigo 927 do CC, não exige gradação de risco, ou seja, não se exige que o risco seja alto ou acentuado. Para Sebastião Geraldo de Oliveira³¹³ aqueles que defendem a responsabilidade objetiva para as atividades perigosas, simplesmente, como ocorre nos países dos diplomas mencionados, estão querendo reduzir a amplitude normativa do texto legal brasileiro.

Foram aprovados mais dois Enunciados na V Jornada de Direito Civil, em novembro de 2011, os quais podem também servir de parâmetros para melhor interpretar o teor do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil³¹⁴. São eles os Enunciados 446 e 448:

Enunciado 446 – Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

Enunciado 448 – Art. 927. A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Ainda, há de se ressaltar que Sebastião Geraldo de Oliveira³¹⁵ propõe a mensuração do risco pelo fator acidentário de prevenção. Dispõe o artigo 10 da Lei 10.666/2003 diferentes alíquotas de contribuição de 1, 2 ou 3% podendo ser reduzidas pela metade ou aumentadas até cem por cento a depender do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica:

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

A partir dos resultados de frequência, gravidade e custos dos afastamentos decorrentes de incapacidade, foram criados o Fator Acidentário de Prevenção (FAP), bem como o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP). A partir da análise do artigo 22, IV, da Lei 8.212/1991.

³¹² Sebastião Geraldo de Oliveira ainda leciona que a NR 16 do MTE, a qual dispõe sobre as normas de segurança nos locais de trabalho, determina que a palavra “perigo” seja utilizada para indicar substâncias que representem alto risco, “cuidado” para substâncias de risco moderado, e finalmente “atenção” para aquelas que impliquem risco leve (Idem).

³¹³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 129.

³¹⁴ Ibidem, p. 133.

³¹⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 135.

Anexo V do Decreto nº 3.048/1999 e do fator acidentário de prevenção de determinada empresa se obtém informações acerca do seu risco inerente, ou seja, o potencial risco de acidente de trabalho considerado leve, médio ou grave, bem como o risco criado, a partir da sinistralidade específica daquele empregador, ou seja, quando o FAP da empresa estiver acima da média da respectiva atividade econômica³¹⁶.

Sebastião Geraldo de Oliveira³¹⁷ assevera que é recomendável deixar a apuração do FAP ao perito oficial, até porque o percentual de cada empresa é de conhecimento restrito do contribuinte, obtida mediante acesso por senha pessoal. Ainda, cabe lembrar que o FAP não se aplica às pequenas e microempresas, uma vez que recolhem segundo o Simples Nacional.

Consoante Tiago Mattoso Saciotto e Walter Rosati Vegas Junior³¹⁸ a responsabilidade civil ainda impõe-se nas fases anterior e posterior ao contrato do trabalho, tendo em vista a tutela da confiança, direitos da personalidade dos sujeitos do vínculo laboral, princípio da boa-fé consagrado no artigo 422 do Código Civil e deveres de proteção, esclarecimento e lealdade.

Cabe ressaltar, ainda, que a partir da Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o estudo da responsabilidade civil evoluiu ainda mais. Nesse sentido, a partir do reconhecimento da dignidade do trabalhador, o direito do trabalho passou a receber figuras de reparação como “perda de uma chance”, “indenização punitiva”, e do dano moral coletivo³¹⁹.

2.3. Requisitos da Responsabilidade

Silvana Louzada Lamattina Cecilia³²⁰ assevera que para que a responsabilidade civil se caracterize, é necessária a coexistência dos seguintes elementos: “a ação ou omissão voluntária em descumprimento do contrato (responsabilidade contratual) ou de dever geral de conduta (responsabilidade extracontratual ou aquiliana); a ocorrência de um dano material ou

³¹⁶ Ibidem, p. 138.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ SACIOTO, Tiago Mattoso; VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. A Responsabilidade Civil Pré e Pós-Contratual no Direito do Trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 43.

³¹⁹ FREITAS JUNIOR. Antonio Rodrigues de. Responsabilidade Civil e Relação de Trabalho: Anotações Propedêuticas à Maneira de Introdução. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 15.

³²⁰ LAMANTTINA CECILIA. Silvana Louzada. Responsabilidade do Empregador por Danos à Saúde do Trabalhador. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 53.

moral e o nexo de causalidade entre o dano e a ação”. Destarte, são pressupostos clássicos da responsabilidade civil: a culpa do ofensor, a ocorrência de dano e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano³²¹.

Carlos Roberto Gonçalves³²² esclarece que nos primórdios da humanidade, quando ainda não imperava o direito, não se cogitava o fator culpa. Isto porque, antigamente, dominava a vingança privada e ainda assim se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a pena de talião consistente no “olho por olho, dente por dente.” Quando, entretanto, o Estado passou a assumir a função de punir³²³, impedindo que a vítima fizesse justiça pelas próprias mãos³²⁴, surgiu a ação de indenização destinadas às vítimas, e portanto, passou a existir responsabilidade civil (e não apenas a responsabilidade penal). Dentro desse contexto, diferenciou-se a “pena” de “reparação”³²⁵:

A diferenciação entre ‘pena’ e ‘reparação’, entretanto somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

A distinção de “pena” e “reparação” reflete na compreensão da natureza jurídica da responsabilidade civil. Nesses termos, Leandro Fernandez³²⁶ afirma que a natureza jurídica da responsabilidade é de sanção e não de pena, visto que esta última é apenas um dos tipos de sanções que a norma pode prever, considerando-se que há sanções negativas e positivas. Todavia, não afasta o jurista o caráter punitivo da responsabilidade como fruto de uma de suas funções. Esclarece:

Assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil é de sanção, não de pena. A constatação, todavia, de que ela (a responsabilidade civil) é a consequência lógico-normativa de certa conduta nada diz, rigorosamente, acerca das finalidades ou funções que lhe sejam atribuídas. O que não se deve confundir natureza jurídica com função. É por isso que é possível afirmar a imputação de uma função punitiva à responsabilidade civil sem, ao fazê-lo, desnaturá-la em sua configuração jurídica. Ainda quando se esteja diante dessa função punitiva, não irá a responsabilidade transmutar-se em pena, a qual, consoante já se assinalou, refere-se à submissão da própria pessoa do agente, cogitando-se, em verdade, da atribuição, pelo intérprete/aplicador, de dada finalidade a uma sanção.

³²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

³²² Idem.

³²³ Ibidem, p. 25.

³²⁴ Silvia Louzada esclarece que naquela época, a vítima poderia causar a seu agressor o mesmo dano por ela experimentado, intervindo o Estado apenas para coibir abusos.

³²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

³²⁶ FERNANDES, Leandro. Duping Social. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

Nesse sentido, defende Raimundo Simão de Melo³²⁷ que a responsabilidade civil tem dúplice função: sancionatória e reparatória. Ainda, assevera o jurista³²⁸ o caráter pedagógico atinente à criação de uma desmotivação social, sendo que todos devem saber das consequências e peso advindos da prática de atos semelhantes para que não ajam como agressor.

No que tange ao pressuposto “culpa”, Maria Helena Diniz³²⁹ prefere, outra terminologia. Desta forma, a jurista entende que o pressuposto adequado é “ação”, correspondente a toda conduta “... comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito.” Esclarece a jurista que ao lado da idéia de culpa, temos a ideia do risco, da qual também se fundamenta a responsabilidade civil. Nesse sentido, a responsabilidade civil poderá decorrer de uma conduta comissiva ou omissiva fundamentada na culpa ou no risco, justamente para assegurar que a norma jurídica atinja o fim social para o qual foi criada:

A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 389). Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipóteses em que se desvincula o ressarcimento do dano da idéia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada no risco. P. ex.: arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil prevêm casos de responsabilidade por ato ilícito; e, além disso, nem mesmo nos acidentes de trabalho há responsabilidade sem culpa (CF/88, art. 7º, XXVIII, 2ª parte). O padrão é obrigado a indenizar acidente de trabalho sofrido pelo empregado, se tiver concorrido culposamente ou dolosamente para sua produção, sem que se possa dizer, com certeza, que praticou ato ilícito. **Há atos que, embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito**, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório. Deveras, a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito³³⁰.

Desse modo, o fato gerador da responsabilidade civil poderá ser lícito ou ilícito, e por esse motivo mais correto afirmar que a responsabilidade tem como um de seus pressupostos a conduta comissiva ou omissiva atinente ao descumprimento de uma obrigação ou dever geral, ao invés de falar-se em culpa.

³²⁷ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013, p. 259.

³²⁸ Idem.

³²⁹ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

³³⁰ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

Para Marcelo Benacchio³³¹, o ilícito encerra ato ou fato não desejado pelo Direito. Será ato ilícito, na medida em que seu fundamento for a culpa, e também haverá outros fatos ilícitos, cujo critério for outro que não o elemento interno do responsável³³². Em suma, o ilícito pode ser entendido como o “comportamento desconforme ao permitido pelo ordenamento jurídico, sendo que o ofensor responsável indicado pela norma jurídica atua de forma diversa da legítima expectativa da vítima, gerada pelo direito positivo...”.

Ainda acerca da conduta apta a ensejar a responsabilidade civil fundada em ato ilícito, importa salientar a voluntariedade na conduta, ou seja, que haja “consciência daquilo que se está fazendo, não sendo imprescindível a intenção de provocar o dano.” Nesse sentido, também se manifesta José Affonso Dallegrave Neto³³³ afirmando que ato ilícito é a antijuridicidade oriunda da ação voluntária com culpa do agente.

Há de se ressaltar que há casos em que se dispensa a análise da culpa do ofensor. Isto porque, diante da insuficiência da teoria da responsabilidade com culpa caracterizada pela violação de um dever contratual ou extracontratual foram criadas outras teorias. Maria Helena Diniz³³⁴ afirma que houve a necessidade de criação da teoria da responsabilidade sem culpa, baseando-se mesmo na atividade lícita ou na teoria do risco, a qual, por sua vez, funda-se na atividade exercida pelo agente, pelo perigo que possa causar à vida, à saúde ou a outros bens:

Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo. Mas, como não há que se falar em inimizabilidade da conduta, tal responsabilidade só terá cabimento nos casos expressamente previstos em lei. A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros (CC, art. 927, parágrafo único).

No tocante à ação ou omissão, Raimundo Simão de Melo³³⁵ assevera que a ação corresponde a um ato positivo do agente e a omissão justamente ao contrário, consistindo em um ato negativo, ou seja, a ausência de um ato que impunha a ele cumprir. Exemplo de ato

³³¹ BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil Contratual. 1ª edição. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 93.

³³² Idem.

³³³ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 203.

³³⁴ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

³³⁵ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013, p. 267.

omissivo seria o do empregador que deixa de adequar o meio ambiente do trabalho em desrespeito às normas legais e contratuais³³⁶. Afirmar, ainda, que a ação e a omissão como atos ilícitos por ofensa a dever legal, contratual ou social, tem lugar na responsabilidade subjetiva, bem como na responsabilidade extracontratual.

Nesses termos, a responsabilidade pode decorrer de ato ilícito por culpa ou baseada na ideia do risco. Ainda, sobre ato ilícito, o qual nos termos do artigo 186 do Código Civil, poderá surgir a partir de uma conduta negligente, imprudente ou imperita, condutas que caracterizam a culpa *lato sensu*³³⁷, também poderá haver ato ilícito decorrente de abuso de direito. Segundo Carlos Roberto Gonçalves³³⁸, o Código Civil brasileiro em seu artigo 187 expressamente considera ato ilícito o abuso de direito. Ressalta o jurista afirmando que a jurisprudência tem entendido o abuso de direito como o “exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral.” Washington de Barros Monteiro³³⁹ ao discorrer sobre abuso de direito afirma que o próprio ordenamento jurídico se incumbe de fixar a extensão dos direitos concedidos, cominando pena para sua inobservância. Exemplo seria dos artigos 1637 e 1638 do Código Civil, os quais estabelecem que o poder familiar pode ser suspenso caso o genitor se comporte de modo abusivo. Entretanto, ressalva o jurista que na grande generalidade a legislação não fixa qualquer limitação, surgindo, portanto, dúvida e insegurança jurídica na medida em que não se sabe o limite para o exercício de um direito. Frequentemente, afirma-se que o direito de uma pessoa termina quando começa o direito de outra. Esse pensamento é reflexo do disposto no artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 29º. Declaração Universal dos Direitos Humanos

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.
2. No exercício dos seus direitos e liberdades, cada um está apenas às **limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros** e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.
3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas. (grifo nosso)

³³⁶ Idem.

³³⁷ Segundo Carlos Roberto Gonçalves “O artigo 186 do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, , que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo), e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio)”. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

³³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1. Parte Geral. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 466.

³³⁹ MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 328.

Sérgio Cavalieri Filho³⁴⁰ compreende abuso de direito como sendo o exercício anormal do direito, assim entendido como aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito:

Os direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façamos uso deles discricionariamente. Só pelo fato de ser titular de um direito uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta, sem preocupar com os outros. Daí se conclui que o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito, qualquer que seja ele, sirva como forma de opressão, evitar que o titular de direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela que se destina.

Por sua vez, Gilberto R. Lopes Florêncio³⁴¹ compreende que configura-se abuso de direito quando o agente titular do direito invocar autorização legal para atingir objetivo não tolerado pelo consenso social. Desse modo, percebe-se que o artigo 186 do Código Civil estabelece a configuração de ilícito a partir da ocorrência de dano, todavia o artigo 187 do mesmo diploma legal estabelece outra hipótese de ato ilícito, ou seja, o abuso de direito. Quanto à configuração do abuso de direito, há duas teorias³⁴²: teoria da emulação e teoria da concepção objetiva. A teoria da emulação defende que o dever de indenizar decorrente do abuso de direito leva em conta a intenção do agente em lesar injustamente outrem. A teoria objetiva, diversamente, entende caracterizada a responsabilidade independentemente da culpa ou dolo daquele que lesou. Quanto à questão, o Conselho de Justiça em seu Enunciado 37 da Primeira Jornada de Direito Civil³⁴³ adotou claramente a teoria objetiva.

José Affonso Dallegrave Neto³⁴⁴ afirma que não se pode negar a relevância do abuso de direito na órbita trabalhista, mormente nas situações em que o empregador extrapola seu poder de comando. Nessa perspectiva, o princípio da boa-fé objetiva, estabelecida pelo artigo 422 do Código Civil oferece contribuição para o conceito de abuso de direito, na medida em que do referido princípio emerge deveres de conduta às partes pautados na lealdade, probidade, proteção, informação e colaboração³⁴⁵.

³⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Atlas S/A, 2011, p. 172.

³⁴¹ MACHADO. Antonio Claudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 7ª edição. Barueri: Manole, 2008, p. 155.

³⁴² Idem.

³⁴³ Enunciado 37- “Artigo 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico.”

³⁴⁴ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 211.

³⁴⁵ Idem.

Conclui José Affonso Dallegrave Neto³⁴⁶ que não existe direito absoluto, na medida em que o comando do empregador também encontra limites no artigo 187 do Código Civil³⁴⁷. Deste modo, o abuso de direito estará configurado se no exercício de um direito, seu titular extrapolar os bons costumes, a boa-fé, finalidade econômica ou social da norma.

Transposta a análise da conduta como ato ilícito, baseado na culpa ou no abuso de direito, temos ainda a conduta comissiva e omissiva geradora de responsabilidade a partir da teoria do risco. Carlos Roberto Gonçalves esclarece que na teoria do risco se subsume a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil³⁴⁸. Segundo o jurista, no direito italiano encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, entretanto com possibilidade de inversão do ônus da prova. Ou seja, o agente ofensor poderá se exonerar da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. No direito brasileiro, todavia, a solução é mais rigorosa. Esclarece Carlos Roberto Gonçalves³⁴⁹:

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

Acerca da responsabilidade derivada da teoria do risco, cabe consignar que todo contrato tem certa carga de incerteza, denominada risco natural ou álea³⁵⁰. Consoante José Affonso Dallegrave Neto³⁵¹, as áleas são do tipo ordinárias ou extraordinárias. A álea extraordinária pode ser administrativa ou econômica previstas na CLT, respectivamente, nos artigos 486 e 503³⁵²:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.
§ 1º - Sempre que o empregador invocar em sua defesa o preceito do presente artigo, o tribunal do trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada

³⁴⁶ Ibidem, 213.

³⁴⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

³⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

³⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29/30.

³⁵⁰ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 115.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem.

como responsável pela paralisação do trabalho, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamada à autoria.

§ 2º - Sempre que a parte interessada, firmada em documento hábil, invocar defesa baseada na disposição deste artigo e indicar qual o juiz competente, será ouvida a parte contrária, para, dentro de 3 (três) dias, falar sobre essa alegação.

§ 3º - Verificada qual a autoridade responsável, a Junta de Conciliação ou Juiz dar-se-á por incompetente, remetendo os autos ao Juiz Privativo da Fazenda, perante o qual correrá o feito nos termos previstos no processo comum.

...

Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Nesses termos, a álea extraordinária econômica corresponde à teoria da imprevisão, enquanto que a álea extraordinária administrativa trata-se do *factum principis*. Fato príncipe, conforme Hely Lopes Meirelles³⁵³ corresponde a “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo.” Exemplo é a proibição de importar determinado produto³⁵⁴ e também o já mencionado artigo 486 da CLT³⁵⁵. Acrescenta, ainda, o jurista:

Essa oneração, constituindo um álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, **obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte**, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis. (grifo nosso)

Quanto às áleas ordinárias, se tratam de acontecimentos futuros e desfavoráveis, cujo risco as partes contratantes assumiram quando contrataram³⁵⁶. José Affonso Dallegrave Neto³⁵⁷ afirma que em sendo tais encargos possíveis e previsíveis, recairão sobre a parte que se obrigou por força da lei ou do contrato. Para o jurista, não há dúvida que ao preconizar a assunção do risco pelo empregador no artigo segundo da CLT, o diploma está adotando a teoria objetiva, não para a responsabilidade proveniente de qualquer inexecução do contrato de trabalho, mas para a responsabilidade concernente aos “danos sofridos pelo empregado em razão de mera execução regular do contrato de trabalho”. Nos dizeres do jurista, pela teoria do

³⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241

³⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242.

³⁵⁵ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 116.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Idem.

risco da atividade econômica prevista no *caput* do artigo segundo da CLT³⁵⁸, o empregador deverá se responsabilizar por todos os ônus exigidos para viabilizar a empresa³⁵⁹. Consoante Vólia Bomfim Cassar³⁶⁰, a teoria trata de responsabilizar o empregador, ainda que independentemente de culpa, pois assume os riscos do negócio e do empreendimento. Alteridade, ainda, corresponde à noção de que o empregado não assume os riscos da atividade econômica, e portanto, não deve ficar adstrito à expectativa do empregador de atingir determinado patamar de lucratividade³⁶¹.

Analísado o requisito “ação comissiva ou omissiva” da responsabilidade civil, adentraremos nesse momento o requisito “dano”. José Affonso Dallegrave Neto³⁶² leciona que o dano constitui a essência da responsabilidade civil, principalmente nos casos de responsabilidade objetiva. Consoante Silvio Rodrigues³⁶³, o dano deverá ser experimentado pela vítima, uma vez que o ilícito somente repercute na ordem civil se causar prejuízo a alguém. Trata-se de “lesão a interesses juridicamente tuteláveis; é a ofensa ao patrimônio material ou imaterial de alguém³⁶⁴”. Dano material é aquele que afeta somente o patrimônio do seu titular e moral aquele que ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio³⁶⁵.

Há de se salientar que dano não se confunde com ilícito. Nesses termos, esclarece Luiz Guilherme Marinoni³⁶⁶ que a confusão entre referidos conceitos advém de um árduo processo de evolução histórica que fez pensar que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, e portanto, o ressarcimento da lesão equivaleria ao seu valor econômico. Deste modo, se não houvesse efetivo dano, no sentido de prejuízo econômico, não haveria ilícito, motivo pelo qual entendia a doutrina que não haveria como tutelar preventivamente em face de alguém que ainda não cometeu conduta prejudicial a outrem, ocasionando o dano. Entretanto, após a compreensão de que a tutela jurisdicional contra o ilícito não se destina, necessariamente, a

³⁵⁸ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

³⁵⁹ Idem.

³⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014, p. 1182.

³⁶¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

³⁶² DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 157.

³⁶³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume I. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

³⁶⁴ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 157.

³⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 358.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e Coletiva. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

reparar o dano, construiu-se a noção de tutela inibitória. Dano e ilícito, portanto, não se confundem.

A despeito das considerações acerca da tutela inibitória, no âmbito da responsabilidade civil, assim compreendida como destinada a reparar, o comportamento ilícito não produz efeitos, pois, de acordo com o artigo 186 do Código Civil é necessário que haja violação do direito de outrem, causando-lhe dano³⁶⁷. Para Rui Stoco³⁶⁸ o Código Civil de 2002 errou ao considerar ato ilícito somente aquele que ocasiona dano:

É que a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual. Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma. Contudo o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem viola direito e causar dano. O equívoco é manifesto, pois, como afirmado no item precedente, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência a ocorrência de um dano.

Todavia, Rui Stoco³⁶⁹ acredita que o erro do artigo 186 do CC ao considerar ato ilícito somente daquele que causa dano é apenas um equívoco redacional, uma vez que no artigo 927 do mesmo diploma legal, que possui estreita relação com o artigo 186, pretendeu o legislador afirmar que “...para que ocorra a responsabilidade civil e surja o dever de indenizar há se aderir a ilicitude do ato como um dano.”

O último dos pressupostos da responsabilidade é o nexo de causalidade entre conduta do ofensor e o dano. Consoante Silvana Louzada Lamattina Cecilia³⁷⁰ o nexo causal constitui o “vínculo, ainda, que indireto, entre o dano e o fato lesivo, mas sempre como efeito necessário de sua provocação”. Por seu turno, Maria Helena Diniz³⁷¹ compreende nexo de causalidade como o vínculo entre o prejuízo e a ação, de modo que o fato lesivo é oriundo da ação diretamente ou como consequência previsível.

Relevante notar que o dano e o nexo de causalidade são os dois elementos imprescindíveis à responsabilidade civil, na medida em que a culpa, conforme já salientado não é necessariamente um elemento quando se denota a responsabilidade fundada no abuso de direito ou na teoria do risco.

³⁶⁷ MONGONI, Juliana Leal Dias. O Dano no Acidente do Trabalho – Modalidades e Dever de Indenizar Quando do Infortúnio não decorrer o evento morte. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 108.

³⁶⁸ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ LAMANTTINA CECILIA. Silvana Louzada. Responsabilidade do Empregador por Danos à Saúde do Trabalhador. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

³⁷¹ Diniz, Maria Helena. Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

Interessante notar, ainda, que embora o nexo de causalidade entre o dano e a conduta seja imprescindível à caracterização da responsabilidade civil, o ordenamento jurídico, em relação à responsabilidade acidentária, trata a matéria de forma um pouco diversa. Nesse sentido, entende Silvana Louzada Lamattina Cecilia³⁷² que no que concerne à responsabilidade acidentária, o artigo 21 da Lei 8.213/1991³⁷³ cria por ficção jurídica, situações de fato que se equiparam àquelas “decorrentes de nexo de causa e efeito entre a lesão (moléstia) e o fato danoso (condições adversas nas quais o trabalho é prestado)”.

José Affonso Dallegre Neto³⁷⁴ afirma que o nexo de causalidade é de difícil conceituação, existindo diversas teorias destinadas a tal finalidade. A análise do nexo causal é ainda mais complexa em razão do aparecimento de concausas³⁷⁵. A figura da concausa aparece quando para o evento danoso não concorre determinadamente somente uma causa, sendo que poderá concorrer para a existência do dano ou seu agravamento³⁷⁶. Podem as concausas ser sucessivas ou simultâneas. Carlos Roberto Gonçalves³⁷⁷ leciona que se tratando de concausas simultâneas, haverá somente um dano ocasionado por varias causas. Nesse caso, a responsabilidade poderá ser atribuída a diversas pessoas nos termos do artigo 942, parágrafo

³⁷² LAMANTTINA CECILIA. Silvana Louzada. Responsabilidade do Empregador por Danos à Saúde do Trabalhador. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

³⁷³ “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. § 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho. § 2º Não é considerada agraviação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior.”

³⁷⁴ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 213.

³⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

³⁷⁶ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 215.

³⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

único, do CC, acaso trata-se de responsabilidade extracontratual. Quanto às concausas sucessivas, estas ocorrem quando se estabelece uma cadeia de causas e efeitos³⁷⁸.

Para definir adequadamente as causas do evento danoso, há a teoria da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causalidade direta e imediata³⁷⁹. A primeira delas, compreende causa como cada uma das condições, positivas ou negativas, que concorrem para a ocorrência do evento³⁸⁰. Tal teoria é aplicada no direito penal, conforme estabelecido no artigo 13 do Código Penal. Pela teoria da equivalência das condições, toda circunstância que haja concorrido para produzir o dano será considerada causa, na medida em que suprimida qualquer uma delas, o dano não se verificaria³⁸¹. Por seu turno, a teoria da causalidade adequada procura identificar a concausa que tenha maior potencial para produzir o dano, sendo que somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado será considerada a causa³⁸². Consoante Maira Moura de Oliveira³⁸³ essa teoria recebe críticas, uma vez que envolve juízo de probabilidade, já que o juiz terá que determinar qual foi a causa do evento danoso, havendo a redução da investigação sobre o nexo causal para um juízo de probabilidade, e por conseguinte o risco de resultados exagerados. Por seu turno, há a teoria da causalidade direta e imediata, a qual considerada causa somente aquela que for a mais direta, a mais determinante³⁸⁴. Para José Affonso Dallegre Neto³⁸⁵ essa é a teoria que melhor traduz a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, uma vez que considera como causa não só o precedente necessário, mas também o adequado e imediato à ultimação do resultado, nos termos do artigo 403 do Código Civil:

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 442.

³⁸⁰ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 214.

³⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

³⁸² OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 442.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ Maira Moura de Oliveira esclarece que tal teoria foi aplicada em um caso analisado pelo STF, envolvendo um roubo praticado por quadrilha, sendo que um dos seus membros teria fugido de prisão no Estado do Paraná. Tratava-se de ação de indenização em face do Estado do Paraná em virtude da omissão da qual resultou a fuga do preso e sua liberdade por quase dois anos. O STF negou a indenização, por considerar que o fato imputado ao Estado não era causa imediata e direta do dano, logo a omissão não poderia ser considerada causa direta do dano, ainda mais porque a fuga do preso teria ocorrido cerca de 21 meses anteriormente ao assalto (STF – RE nº 130.764/PR – Paraná Rel. Min. Moreira Alves. Pub. DJ 7.8.1992). OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 442.

³⁸⁵ DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 214.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por **efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual.

2.4. Excludentes de Responsabilidade

Excludentes de responsabilidade são aquelas que impedem que se concretize o nexo causal. Portanto, impedem que a conduta comissiva ou omissiva do ofensor seja a causa do dano ao lesado. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexo causal³⁸⁶. São excludentes da responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior a cláusula de não indenizar, esta última atuando somente nos casos de responsabilidade contratual³⁸⁷.

Acerca da culpa exclusiva da vítima, assevera Silvio Rodrigues³⁸⁸ que sendo a culpa exclusiva da vítima, não há obviamente uma relação de causa e efeito entre o ato culposo deste e o prejuízo. Nesse sentido, também afirma Silvio de Salvo Venosa³⁸⁹: “....a culpa exclusiva da vítima elide o dever de indenizar, porque impede o nexo causal”. Havendo, entretanto, culpa concorrente diversa será a solução:

...o Código em vigor menciona a culpa concorrente da vítima no art. 945. Com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador. Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, consequentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo a fração de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.

No que tange ao rompimento do nexo causal por fato de terceiro, importa ressaltar que o problema é saber se o fato de terceiro pode exonerar o causador do dano ou não³⁹⁰. Como terceiro, deve-se compreender todo aquele que não participou do negócio jurídico, e ainda, aquele que não tenha ligação com o agente causador, tais como filhos, empregados ou prepostos³⁹¹, pois nesse caso a situação é outra (responsabilidade por fato de outrem,

³⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58.

³⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 4. Responsabilidade Civil. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 164.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58.

³⁹⁰ Ibidem, p. 70.

³⁹¹ Idem.

disciplinados nos artigos 932 e 933 do CC³⁹²). Acerca do tema, a questão é tormentosa. Leciona Silvio de Salvo Venosa³⁹³:

...por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam. Na premissa ora examinada, pode, por exemplo, o motorista que sobe na calçada e atropela o pedestre alegar que foi obrigado a fazê-lo por uma manobra brusca de outro veículo, cujo condutor se evadiu? A propensão dos julgados é não admitir a responsabilidade de terceiro como excludente. O assunto vem regulado de forma indireta pelos artigos 929 e 930, estabelecendo este último dispositivo a ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver a importância despendida no ressarcimento ao dono do bem. Esses artigos não se referem expressamente à culpa exclusiva de terceiro, mas indiretamente, admitem a possibilidade de reconhecimento de culpa e responsabilidade de terceiro. Frisemos que nada impede que a vítima ingresse com a ação diretamente contra o terceiro causador do dano.

Pelo exposto, verifica-se que o lesado irá demandar contra aquele que diretamente lhe causou prejuízo, e este por sua vez se teve sua conduta impulsionada pela conduta de outrem, terá contra esta ação regressiva fundado nos artigos 929 e 930 do CC. Ainda, pelo que se infere, não se tem admitido a alegação de culpa de terceiro como excludente de responsabilidade, mas como medida de justiça caberá ação de regresso contra o terceiro, suposto causador do dano. Inclusive, o direito de regresso poderá ser efetivado no mesmo processo por meio da denunciação da lide (art. 70, III, do CPC³⁹⁴), porém relevante anotar que ainda que não exercido o direito de regresso, por intermédio da denunciação da lide, nada impedirá eventual ação autônoma de regresso.

Acerca das excludentes caso fortuito e força maior, Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁵ assevera que o Código Civil não as diferencia. Nesses termos, dispõe o artigo 393 do Código Civil que “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. A despeito do mencionado dispositivo não diferenciar tais

³⁹² “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

³⁹³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

³⁹⁴ Silvio de Salvo Venosa ressalta que nem sempre a jurisprudência tem admitido a denunciação da lide, pois com o ingresso de um terceiro aumenta-se a causa de pedir, dificultando o julgamento e celeridade da ação principal. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72.

³⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil Brasileiro. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 472.

excludentes, Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁶ conclui que o caso fortuito geralmente decorre do fato ou ato alheio à vontade das partes, tais como a greve, motim e guerra. Por sua vez, força maior é a derivada de acontecimentos naturais, como raio e inundação. O jurista³⁹⁷, ainda, esclarece que a doutrina tem exigido para a configuração do caso fortuito ou força maior a presença de três requisitos, quais sejam o fato não pode ter sido determinado por culpa do devedor, visto que se há culpa não há fortuito; o fato deve ser superveniente e inevitável e o fato deve ser irresistível.

Silvio de Salvo Venosa³⁹⁸, ainda, esclarece que há situações em que inobstante a ação voluntária do agente e a ocorrência do dano, não haverá necessariamente o dever de indenizar. Nesses termos, percebem-se situações em que embora não seja capazes de romper o nexo causal entre a conduta do ofensor e do dano, não geram o dever de indenizar por expressa disposição legal. São elas as estabelecidas no artigo 188 do Código Civil³⁹⁹, quais sejam: legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade.

2.5. Responsabilidade Social

Consoante Rui Stoco⁴⁰⁰ aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais atinentes a moral e ética assumiram o dever de não ofender, lesar ou causar prejuízo sem que tenham justificativa prevista na legislação de regência para tanto. Podemos distinguir responsabilidade moral de responsabilidade jurídica. Nesses termos, a responsabilidade moral tem âmbito bem mais amplo, posto que muitas de suas regras escapam do universo normativo do Direito: “...Pode-se afirmar como corolário lógico, que tanto a moral como a ética são elementos formadores que influenciam a legislação escrita e lhe dão o necessário substrato e conteúdo de validade e credibilidade que precisa ter”⁴⁰¹. Por seu turno, resta configurada a

³⁹⁶ Ibidem, p. 473.

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

³⁹⁹ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

⁴⁰⁰ STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 139.

responsabilidade jurídica, quando há ofensa ao ordenamento jurídico e a eclosão de um prejuízo⁴⁰².

Mara Darcanchy e José Cabral da Silva Dias⁴⁰³ aduzem que a sociedade moderna tem dado mostras de que é necessário novos padrões de relacionamento entre a empresa e a coletividade, face a uma consciência mais desenvolvida em torno de problemas como a exploração do trabalho infantil, relação entre empresas e meio ambiente, discriminação racial e social. Dentro desse contexto, revela-se uma reflexão acerca da responsabilidade social perante a sociedade.

Tendo em vista a multiplicidade das relações da sociedade atual, os estudos do instituto da responsabilidade civil tem se intensificado, mormente, porque hoje também há a reflexão acerca da responsabilidade social. Há necessidade, portanto, de se estabelecer a interpretação e alcance da responsabilidade sem desprezar os princípios e valores que a norteiam, como o princípio da boa-fé, função social da empresa, da propriedade, do contrato de trabalho, e solidarismo, porém sem transferir responsabilidade maior que o ordenamento jurídico prevê ou que o legislador pretendeu.

No que tange à boa fé Rui Stoco⁴⁰⁴ afirma que tem variegada aplicação no ordenamento jurídico. É compreendida como o padrão de comportamento médio em uso em uma dada sociedade, bem como integrada aos contratos deve ser visualizada como limitadora dos direitos subjetivos:

Mas também deve ser tratada como padrão de comportamento ou como técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade. Como cláusula que integra os pactos, serve como norma de interpretação e elemento limitador dos direitos subjetivos, com o objetivo de estabelecer os deveres de comportamento. Com esse desiderato, essa cláusula de exigência de conduta ética deverá estar subentendida em todas as relações.

Maria Helena Diniz⁴⁰⁵ assevera que a boa-fé não está intimamente relacionada apenas à interpretação do contrato, no sentido de que a intenção das partes prevalece sobre a vontade escrita, mas também relaciona-se ao interesse social de segurança das relações jurídicas, devendo as partes agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade e confiança recíprocas.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ DARCANCHY, Mara; DIAS, José Cabral da Silva. Inclusão e Responsabilidade Social nos Direitos Constitucionais Trabalhistas. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 468.

⁴⁰⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

⁴⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

2.5.1. Função Social e Solidarismo

São princípios contratuais clássicos, o princípio da autonomia da vontade, o princípio da obrigatoriedade, bem como o princípio da relatividade. O primeiro deles, qual seja o princípio da autonomia da vontade é o mais importante ao estudo do desenvolvimento da expressão “função social”. Por sua vez, o princípio da obrigatoriedade pode ser compreendido como aquele que determina que as partes devem cumprir fielmente o contrato. Quanto ao princípio da relatividade, este se liga às consequências subjetivas da relação jurídica entabulada⁴⁰⁶ na medida em que estabelece que somente aqueles que se vincularam ao contrato podem ser obrigados a ele. Rodrigo Trindade de Souza⁴⁰⁷ assevera que o princípio da relatividade se apresenta como corolário da autonomia da vontade, mas assim como este último, o princípio da relatividade também está sendo interpretado de forma muito menos intensa:

...se apenas a vontade obriga, o seu conteúdo vincula plenamente aquele que se expressou. Não há condições de que haja vinculação daqueles que não participaram do processo de manifestação volitiva. Fundamenta-se na compreensão liberal da autonomia da vontade, no sentido de que a vinculação de um indivíduo a uma situação não desejada contratualmente- seja pela pactuação pessoal, seja pela força do Estado, e portanto pelo contrato social – é absolutamente injustificada. Por efeito do princípio, nenhum terceiro pode ser atingido pelos efeitos do contrato, simplesmente porque não participou de sua formação, expressando vontade. **Tais como os demais princípios, também a relatividade não é aplicada de forma absoluta.** As principais exceções são a estipulação em nome de terceiro, contrato por terceiro e contrato com a pessoa a declarar. Diniz também aponta como exceções a responsabilidade dos herdeiros do contratante (artigo 1.792 do CCB/02) e a situação, no âmbito do Direito do Consumidor, de responsabilidade em relação ao consumidor por equiparação (artigos 17 e 29 do CDC). (grifo nosso)

Rodrigo Garcia da Fonseca⁴⁰⁸ também reconhece que no aspecto externo, o princípio da relatividade foi minorado em razão do princípio da oponibilidade do contrato a terceiros e à sociedade. Ainda, sobre oponibilidade afirma o jurista tratar-se de “mão dupla, permitindo aos contraentes oporem a seus interesses a terceiros, e a terceiros oporem os seus interesses legítimos aos contratantes”.

Consoante Rodrigo Trindade de Souza⁴⁰⁹, a exacerbação da autonomia da vontade teve relevante função no desenvolvimento do capitalismo. Ademais, o individualismo foi

⁴⁰⁶ SOUZA, Rodrigo Trindade. Função Social do Contrato de Emprego 1ª edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 17.

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ 89

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 15.

valor cujo desenvolvimento foi necessário face à tentativa de garantir e firmar os direitos do homem ante o absolutismo⁴¹⁰. A Revolução de 1789, como fato histórico marcante da luta contra o absolutismo, teve como principal característica o liberalismo. Todavia, muito embora, a autonomia da vontade dos contratantes tenha sido princípio relevante, visto que encerrou o período absolutista, os séculos seguintes, XVIII e XIX, seguiram uma concepção extremamente individualista e marcada por profundas diferenças sociais e econômicas. Se por um lado, o princípio da autonomia da vontade contribuiu para a liberdade, por outro agravou as desigualdades sociais. Dentro desse contexto, foi surgindo a noção de Estado Social, como detentor do papel de “garantidor” dos interesses maiores da comunidade⁴¹¹. Evidente àquela época que a burguesia não representava os interesses da sociedade enquanto coletividade. Dessa forma, afirma Rodrigo Trindade de Souza⁴¹² que o Estado Social passou a deter relevante intervenção legislativa, administrativa e judicial, inclusive para, em certa medida, corrigir situações de desigualdades gritantes:

O Estado social irá se revelar pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. Passa mesmo o Poder Público a ingressar no campo da autonomia da vontade para que, por meio da lei, possa garantir um sistema de bem-estar, e que tenha a capacidade de equilibrar as desigualdades entre seus cidadãos. Em paralelo, também modificam-se as competências judiciais: de simples garantidor da liberdade de contratar e da emanção da vontade livre de vícios, passa o Judiciário a também ter o poder de corrigir, em certa medida, situações de desigualdades gritantes.

Nesse momento em que o Estado assume o papel de intervir para assegurar valores sociais, podemos afirmar que passa a ocupar papel ativo na sociedade não somente no que tange ao respeito aos direitos fundamentais e individuais (direitos de primeira dimensão), mas também como aquele que tem o dever de proteção em face dos particulares⁴¹³. Rodrigo Trindade de Souza⁴¹⁴, sintetiza em poucas palavras a situação que acaba por promover o denominado “dirigismo contratual”:

...o Estado age na diminuição da esfera da liberdade, para promoção do valor igualdade. Permanece o ideário da liberdade como centro do pensamento liberal, mas é redimensionada pelas necessidades que passam a ser aceiras de promoção da valorização do bem-estar dos indivíduos.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 08.

⁴¹¹ SOUZA, Rodrigo Trindade. *Função Social do Contrato de Emprego* 1ª edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 19.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 20.

A fase do Estado Social promoveu uma nova forma de visualizar as relações privadas. Nesse sentido, resultaram princípios e valores concebidos fora do encontro de vontades individuais⁴¹⁵, carregados de conceitos indeterminados e preceitos de ordem pública⁴¹⁶. Deu-se a quebra da dicotomia entre Direito Público e Privado⁴¹⁷:

A **função social dos contratos** passa a ser paradigmática na interdependência entre público e privado: as relações negociais entre privados deixa de se limitar à realização dos interesses individuais dos pactuantes e passa a ser limitada por regulação estatal cogente a fim de assegurar interesses maiores da coletividade. Interesses esses que serão retirados do ideário do Estado Social e instrumentalizados nos textos constitucionais, numa perspectiva civil-constitucional. (grifo nosso)

Dentro desse contexto, a função social, certamente foi um dos princípios que mais influenciam na interpretação das relações privadas. Podemos compreender o termo “função” como sendo a razão pela qual algum instituto existe⁴¹⁸. Ainda, sob o ponto de vista mais subjetivo, podemos concebê-la como sendo o poder ou competência de um sujeito para atingir um fim ou comportamento esperado⁴¹⁹. Por sua vez, o vocábulo social relaciona-se à coletividade, ao que transcende, portanto, a esfera individual⁴²⁰.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos constitucionais passaram a prever a denominada “função social”. São eles: artigo 1º, inciso IV, artigo 5º, XXIII, bem como artigo 170, III⁴²¹. Evidente que o legislador pátrio procurava repelir o “individualismo”, impondo nítida intervenção estatal na autonomia de vontade dos

⁴¹⁵ Ibidem, p. 21.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 24.

⁴¹⁷ Idem.

⁴¹⁸ SOUZA, Rodrigo Trindade. *Função Social do Contrato de Emprego* 1ª edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 67.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:... **XXIII - a propriedade atenderá a sua função social**; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; **III - função social da propriedade**; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifos nosso).

contratantes⁴²². Nesse sentido, Maria Helena Diniz⁴²³ ao discorrer acerca do princípio da autonomia da vontade⁴²⁴, um dos princípios fundamentais do direito contratual, afirma que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, justamente porque está limitada pela supremacia da ordem pública, a qual veda que sejam celebradas convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes. O artigo 421 do Código Civil estabelece: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Sobre a função social da propriedade e função social do contrato, revela Rodrigo Garcia da Fonseca⁴²⁵ que não se trata de propriedade ou contrato altruístico, mas de direitos que, desempenhados no interesse dos diretamente envolvidos, ou seja, dos contratantes, também beneficiam terceiros e a sociedade em geral, ou no mínimo não os prejudicam. Ministra, ainda, o jurista:

...Limita-se o direito individual cuidadosamente, e até certo ponto, para obter-se um benefício social. Mas não se retira o direito individual do seu titular legítimo, a não ser em última instância, e apenas se ele insistir em exercê-lo de modo socialmente maléfico, como ocorre nas hipóteses de desapropriação-sanção, ou de impostos exacerbados a incidirem sobre aquele proprietário que, de forma grave e contumaz, não cumpre as obrigações que defluem da função social de sua propriedade.

Rodrigo Garcia da Fonseca⁴²⁶ acredita ser mais facilmente compreensível a função social da propriedade do que a função social do contrato. Isto porque, a propriedade é direito real oponível *erga omnes*, ou seja, oponíveis a todos, independentemente de terem aderido a contrato ou não. Quanto ao contrato, este é direito pessoal, que em tese não obriga e não prejudica terceiros não vinculado a ele. Entretanto, conforme já salientado o princípio da relatividade contratual tem sido minimizado para permitir a oponibilidade do contrato a terceiro e à sociedade. E esse esmaecimento do princípio da relatividade dos contratos, ainda, pode ser esclarecido, conforme os ensinamentos de Rodrigo Garcia da Fonseca⁴²⁷ em virtude de um aspecto interno do próprio princípio em questão, ou seja, das implicações dos direitos de propriedade nos contratos:

De outra parte, no aspecto interno, viu-se que o conteúdo dos contratos tem potencial para influenciar como outros contratos são negociados e fechados por

⁴²² DINIZ, Maria Helena. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

⁴²³ Ibidem, p. 23.

⁴²⁴ Podemos compreender o princípio da autonomia da vontade como aquele que abarca a liberdade de contratar ou não, liberdade de escolher o outro contratante, bem como liberdade de escolher o conteúdo do contrato. Idem.

⁴²⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia da. A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 88

⁴²⁶ Idem.

⁴²⁷ Ibidem, p. 89.

outras pessoas em vista da interação de todos os agentes econômicos no mercado. **Ao mesmo tempo, cada contrato tem ainda implicações quanto à distribuição dos direitos de propriedade no seio da sociedade. Assim, os contratos influenciam uns aos outros, e todos influenciam os direitos de propriedade.** Como direitos de propriedade são oponíveis *erga omnes*, o conteúdo dos contratos acaba por ter, reflexamente, repercussões para toda a sociedade. (grifo nosso)

Nesses termos, somente aceitando a repercussão dos contratos, seja pela sua oponibilidade a terceiros ou pela influência dos direitos da propriedade é que se poderá pensar realmente numa função social para os contratos⁴²⁸.

Segundo Rodrigo Trindade de Souza⁴²⁹, o Direito do Trabalho, como integrante do sistema de regulação das relações entre particulares, não poderia ficar indiferente à nova composição do sistema jurídico obrigacional, devendo, portanto, a lei trabalhista ser aplicada de acordo com valores imateriais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), a solidariedade (artigo 3º, inciso I, CF), entre outros.

A dificuldade do tema, entretanto, reside na ausência de conceituação da expressão “função social” pelo legislador. Assim, trata-se de uma cláusula aberta, podendo ser interpretada de diversas formas⁴³⁰. A ausência de parâmetros e limites para interpretar o alcance de “função social” gera insegurança jurídica, posto que para a mesma situação fática há inúmeras interpretações e decisões possíveis. Ainda no tocante ao dispositivo 421 do Código Civil⁴³¹, há imprecisões técnicas em sua redação. Dessa forma, ao invés de “liberdade de contratar”, deveria o legislador ter estabelecido “liberdade contratual”, isto porque “liberdade de contratar” atinge a autonomia e conveniência que os indivíduos tem de celebrar o contrato e a escolha do co-participante⁴³². Por seu turno, “liberdade contratual” refere-se ao conteúdo do pacto. Rodrigo Trindade de Souza⁴³³ aponta, ainda, outro equívoco. Esclarece que o artigo 421 do CC não deveria ter disposto que a função social é a razão do exercício da liberdade, justamente porque um valor tão relevante quanto a liberdade não poderia ser suprimido, substituído pela função social⁴³⁴:

...A forma como se estabeleceu a redação do dispositivo pode levar a crer que a liberdade contratual (ou liberdade de contratar) é exercida, retirando fundamento na função social do contrato. Ou seja, que a função social dá bases para que o indivíduo tenha liberdade de estabelecer contratos. Seria forçoso admitir que valor tão

⁴²⁸ Ibidem, p. 90

⁴²⁹ SOUZA, Rodrigo Trindade. *Função Social do Contrato de Emprego* 1ª edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 33.

⁴³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

⁴³¹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴³² SOUZA, Rodrigo Trindade. *Função Social do Contrato de Emprego* 1ª edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 68.

⁴³³ Idem.

⁴³⁴ Idem.

importante como liberdade pudesse ser lastreado num instituto de direito obrigacional, a função social do contrato. A incorreção é sentida a partir da compreensão de que a liberdade é valor maior, garantido constitucionalmente e que tem, em um de suas manifestações, a autonomia privada. Nesse sentido, aduz Santiago que a função social apenas limita essa liberdade, não a substitui, porque a razão de ser do contrato ainda é a autonomia privada, o que inclusive é reforçado pelo próprio artigo 421.

No que tange à interpretação do artigo 421 do Código Civil é necessário compreender seu aspecto externo e interno. Rodrigo Garcia da Fonseca⁴³⁵ assevera que a função social aparece num aspecto externo quando a visão é relativa aos impactos que um contrato específico possa ter com relação a terceiros não contratantes. Com efeito, o jurista também afirma que a regra é que o contrato somente deve vincular seus contratantes, e não terceiros. Entretanto, ainda antes do Código Civil de 2002, já havia outras exceções ao princípio da relatividade dos contratos, como a estipulação em favor de terceiro observadas nas constituições de renda, no seguro com um terceiro beneficiário, nas doações modais e em certos contratos com o Poder Público. Inclusive, o jurista afirma que o princípio da relatividade também tem sido minimizado nos países de *common law*. Dessa forma, não se tem admitido que terceiro possa interferir de forma deletéria nas relações contratuais alheias, induzindo uma parte a descumprir a avença com outra. Assevera Rodrigo Garcia da Fonseca que “...não só as próprias partes têm o dever de agir de modo a preservar os resultados úteis do contrato, mas também os terceiros, e toda a sociedade”⁴³⁶ e ainda segundo o jurista para ser útil numa economia de mercado, o contrato tem que funcionar:

É do interesse do sistema que as relações contratuais se desenvolvam a contento, atingindo os fins para os quais elas legitimamente se destinam ...A função social do contrato, no seu aspecto externo, quer que o contrato funcione sem interferências prejudiciais de terceiros, mas também que, ao funcionar, não cause prejuízos a terceiros⁴³⁷.

No que diz respeito ao aspecto interno da função social do contrato, esta consiste em vislumbrar a relação entre os contratantes. Rodrigo Garcia da Fonseca⁴³⁸ afirma que há alguns problemas a serem discutidos acerca da aplicação da função social considerando-se seu aspecto interno. Nesses termos aponta o jurista o dilema de se considerar a função social do contrato quase que exclusivamente como um princípio programático, o qual justificaria uma

⁴³⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 39.

⁴³⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 52.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 52/55

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 57.

série de normas específicas na nova lei, correndo o risco do conceito esvaziar-se, bem como a confusão em certas situações ao considerar a noção de social não como relativa à sociedade, mas sim como referente às pessoas ou classes desfavorecidas. Esclarece o jurista⁴³⁹:

É quase como se a função social do contrato fosse um meio de realização de justiça social distributiva caso a caso, contrato a contrato. No entanto, a idéia parece perigosa e pode desvirtuar a função social do contrato ao hipertrofiá-la, já que serviria de base para qualquer juiz aplicar, nos casos concretos, suas próprias concepções de justiça social, interferindo excessiva e imprevisivelmente nas relações privadas. Noutras palavras, o risco da aplicação do conceito de função social do contrato ao aspecto interno é o de ter uma definição excessivamente fluida do que seja o instituto e, ao mesmo tempo demasiado poderosa, autorizadora de desmandos em nome de uma justiça social indefinível. A imprevisibilidade e a insegurança jurídicas podem se tornar insuportáveis. **Não por acaso, alguns juristas privilegiam a função social do contrato no seu aspecto externo, e chegam a negar que ela possa de alguma forma se manifestar no trato interno entre os contratantes.** Esta é a posição já lembrada acima, por exemplo, de Antônio Junqueira de Azevedo, de Humberto Theodoro Júnior e de Teresa Negreiros, para os quais **os problemas internos ao contrato contemporâneo podem ser solucionados com o recurso a outros princípios, como o da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, mas nunca estará em questão a função social do contrato.** (grifo nosso)

Consoante o entendimento de Rodrigo Garcia da Fonseca⁴⁴⁰ é inegável que a sociedade considera relevante a proteção dos mais economicamente desfavorecidos. Justamente em razão disso foram editadas inúmeras normas legais protetivas da parte mais fraca da relação contratual como tentativa de equilibrar e dar oportunidade equânime de perseguição dos objetivos de cada um. São exemplos dessas normas aqueles de proteção aos trabalhadores, de proteção aos consumidores, normas específicas em certos setores como educação ou saúde e normas ambientais⁴⁴¹. Entretanto, revela o jurista que o importante é que essas normas de ordem pública, protetivas da parte mais fraca, sejam estabelecidas pela legislação e não pelo Judiciário⁴⁴²:

A definição do que se pode ou não fazer é dada pela lei, conforme o princípio constitucional da legalidade e, portanto, em primeiro lugar pelo Poder Legislativo, eleito e legitimado pelo voto, e não por juízes concursados, que são essencialmente técnicos do direito, sem compromisso político. De outra parte, permite a previsibilidade dos agentes, que de antemão sabem o que é proibido ou não....**Daí ser fundamental, na compreensão das cláusulas gerias, como é o caso da função social do contrato, um mínimo de critérios seguros de interpretação.** (grifo nosso)

⁴³⁹ Idem.

⁴⁴⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da. A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 61.

⁴⁴¹ Idem.

⁴⁴² Ibidem, p. 65.

Rodrigo Garcia da Fonseca⁴⁴³ ressalta ainda que é necessário compatibilizar as concepções jurídicas com o entendimento do funcionamento da economia, sob pena de serem geradas distorções prejudiciais à própria sociedade.

Considerando o discorrido, percebe-se que não há como atribuir responsabilidade fundamentada única e exclusivamente na função social do contrato de trabalho. Ademais pelo exposto no presente capítulo, a atribuição de responsabilidade impõe o preenchimento de pressupostos. Partindo dessas conclusões, analisaremos mais especificadamente a situação do limbo previdenciário trabalhista.

⁴⁴³ Ibidem, p. 73.

3. LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

3.1. Gravidade do Limbo previdenciário trabalhista

Limbo previdenciário trabalhista pode ser compreendido como a situação vivenciada pelo trabalhador quando é considerado apto ao trabalho pelo Instituto Nacional de Seguro Social e, simultaneamente, considerado inapto pelo médico da empresa para a qual trabalha. Há, portanto, uma divergência no tocante à sua capacidade laboral ou ausência dela. Dentro desse contexto contraditório, o trabalhador depara-se com a seguinte situação: não auferir benefício previdenciário do INSS, vez que este o reputou capacitado para o exercício de sua atividade laborativa, e também não recebe salário, uma vez que impedido de retomar seu trabalho na empresa, posto que esta o julga impossibilitado de trabalhar. Emerge, assim, o limbo previdenciário trabalhista, denominado por alguns de limbo jurídico.

Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁴⁴⁴ salienta a gravidade e relevância do tema, já que o trabalhador fica privado de sua fonte de renda, essencial à manutenção de si próprio e de sua família:

Inicia-se, com isso, um martírio na vida daquela pessoa: é que ele passa, a partir da decisão exarada pelo INSS, a não receber quaisquer valores a título de benefício previdenciário e, ao mesmo tempo, por força da avaliação do médico da empresa, não poderá retomar as suas atividades laborativas, ficando, ainda, sem receber salários. O resultado é um só: surge para o trabalhador um limbo jurídico, uma vez que lhe é retirada a fonte de renda imprescindível para arcar com o sustento próprio e de sua família.

Diante dessa situação paradoxal, o que observa com freqüência é a tentativa do trabalhador de reverter a situação perante a autarquia previdenciária. Dessa forma, o trabalhador, com base nos documentos emitidos pela empresa atestando sua incapacidade, bem como nos atestados de médicos particulares, postula pedido de reconsideração de decisão perante o INSS⁴⁴⁵. A partir de novo indeferimento da autarquia federal só resta recorrer ao Poder Judiciário, esperando que forneça prestação jurisdicional adequada ao conflito.

A questão é grave e impõe solução célere, vez tratar-se de verba alimentar, independentemente se o caso é percepção de benefício previdenciário ou salário da empresa. A situação, ainda, implica a observância e garantia de direitos constitucionais básicos. Nos

⁴⁴⁴ TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 519.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 520.

termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o trabalho, a saúde e a previdência social são direitos sociais. Na situação ora objeto de análise, qual seja, limbo previdenciário trabalhista, a observância e garantia de tais direitos são essenciais. Nesse sentido, deve-se buscar a tutela adequada ao trabalhador, que se incapaz deverá ter garantidos sua saúde e direito à previdência social, e se capaz deverá ser garantido o retorno ao trabalho.

Direitos sociais são considerados a segunda dimensão dos direitos fundamentais. Inspirados, sobretudo, pela Revolução Industrial, momento em que se vivenciavam péssimas situações e condições trabalhistas, os denominados direitos fundamentais de segunda geração representam direitos fundamentais a prestações positivas⁴⁴⁶. Tratam-se de direitos humanos de segunda geração, privilegiando os direitos sociais, econômicos e culturais⁴⁴⁷ e correspondem aos direitos de igualdade, um dos valores aclamados na Revolução Francesa. Pedro Lenza⁴⁴⁸ destaca a teoria dos quatro *status* de Jellinek, quais sejam, *status* passivo, ativo, positivo e negativo dos direitos fundamentais. O *status* passivo consiste na posição de subordinação em que se encontra o indivíduo perante o Estado em que se encontra, assim, se apresenta como detentor de deveres. O *status* ativo, por sua vez, corresponde à competência do indivíduo de influenciar a formação da vontade do Estado, por meio de direitos políticos. O direito do indivíduo de exigir prestações positivas do Estado e o direito de usufruir de uma espaço de liberdade diante das ingerências do Estado, consistem, respectivamente, no *status* positivo e negativo. O benefício previdenciário, desse modo, quando o trabalhador efetivamente encontrar-se incapaz traduz-se em direito social e corresponde ao *status* positivo do cidadão, ou seja, quando esse tem direito de exigir prestações positivas do Estado.

A despeito da situação do limbo previdenciário trabalhista exigir solução eficaz e célere, percebem-se problemas, ainda, no tocante às competências para ajuizamento de eventuais ações judiciais pelo trabalhador. Assim, se o trabalhador considerar-se inapto ao trabalho apesar do indeferimento da autarquia previdenciária, deverá propor ação para concessão de benefício previdenciário perante a Justiça Federal em virtude do disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal⁴⁴⁹. Todavia, se o benefício previdenciário a ser perseguido tiver relação com acidente de trabalho, deverá propô-la perante a Justiça Estadual Comum, vez que o referido dispositivo legal excepciona da Justiça Federal as ações

⁴⁴⁶ TOLEDO, Cláudia. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.17

⁴⁴⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 740.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 741.

⁴⁴⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;...

decorrentes de acidente de trabalho. Por seu turno, se o trabalhador estiver apto ao trabalho, deverá dirigir-se a empresa após o indeferimento do benefício ou de sua prorrogação, para retomada de suas atividades laborais. Se a empresa o impedir de trabalhar, deverá ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho. Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁴⁵⁰ explicita o conflito:

O trabalhador, na maioria das vezes, com base nos documentos emitidos pela empresa atestando a sua incapacidade laborativa formula pedido administrativo de reconsideração do cancelamento do benefício junto ao INSS. Caso tal requerimento seja negado, passa a bater às portas do Poder Judiciário, ingressando ora com uma demanda perante a Justiça Comum (Federal ou Estadual, a depender da prestação que está recebendo), para postular o restabelecimento da benesse previdenciária, ora na Justiça do Trabalho, para reclamar os salários não pagos e demais parcelas durante este período.

Pelo exposto, a situação devolve ao trabalhador uma questão que não cabe a ele decidir, mormente quando não se trata de indeferimento de restabelecimento de benefício previdenciário, mas sim da própria concessão do benefício. O trabalhador não tem conhecimento técnico para afirmar se está ou não apto ao trabalho. Decidir contra quem irá demandar (INSS ou empresa) e ainda qual a esfera apropriada, certamente irá esbarrar na dúvida e insegurança, pois terá o próprio trabalhador tentar presumir se está apto ou inapto a depender se irá acreditar no médico da empresa ou do INSS, e ainda assim deverá ter conhecimento sobre o motivo que o levou a ficar incapacitado, se decorrente de algum nexo com o trabalho ou não. Se a situação não comporta negativa de jurisdição, ao menos representa dificuldade de acesso à justiça. Devemos ressaltar que acesso à justiça, deve ser melhor compreendido como acesso à ordem jurídica justa⁴⁵¹, consistente em oferecer universalidade da jurisdição, o devido processo legal, assegurar o princípio do contraditório e efetividade de uma participação e diálogo:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, **a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo**. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa....A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e

⁴⁵⁰ TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 520.

⁴⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 39.

garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça (grifo nosso).

Os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁵² já apontavam para a necessidade de assegurar mecanismos especializados para garantir direitos relativamente “novos” das pessoas desprovidas de poder em face dos comerciantes, poluidores, empregadores, locadores e inclusive burocracia governamental⁴⁵³. Portanto, somente através da garantia de acesso a tais mecanismos especializados, minimizando, inclusive, a burocracia governamental, poderemos alcançar o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Nessa conjuntura de difícil acesso à ordem jurídica justa pelo trabalhador inserido no limbo previdenciário trabalhista, a jurisprudência trabalhista tem firmado entendimento pretendendo uma solução à questão. Por óbvio que não cabe ao trabalhador decidir se está capacitado ou incapacitado para o trabalho, e assim sendo, a jurisprudência trabalhista tem se posicionado no sentido de que ocorrendo limbo previdenciário trabalhista, ou seja, tendo o médico da empresa se posicionado contrariamente à decisão do perito do INSS, o qual atestou a capacidade do trabalhador, caberá à empresa permitir o retorno ao trabalho, vez que a decisão da autarquia federal é dotada de presunção de veracidade. O empregado e empregador devem acatar a decisão administrativa ao menos momentaneamente, e retomar o contrato do trabalho que até então se encontrava suspenso por força do artigo 476 da CLT⁴⁵⁴, bem como do artigo 63 da Lei 8.213/1991⁴⁵⁵:

Em se tratando do benefício de Auxílio-Doença Previdenciário decorrente de enfermidade não ocupacional, o contrato de trabalho restará suspenso, posto que não haverá prestação de serviços pelo obreiro e nem tampouco qualquer obrigação legal para a empresa. Este o comando, inclusive, da própria legislação previdenciária,

⁴⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 133.

⁴⁵³ Ibidem, p. 132.

⁴⁵⁴ Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

⁴⁵⁵ Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado, durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença

constante do art. 63 da Lei nº 8.213/91, e também da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 476.⁴⁵⁶

Acerca da presunção de veracidade são pertinentes os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁴⁵⁷. Afirmo o jurista que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos decorre do princípio da legalidade da Administração (artigo 37, CF), bem como responde às exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público. Veja-se o próprio artigo 19, inciso II da Constituição Federal, dispõe que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios não podem “recusar fé aos documentos públicos”. Acrescenta, ainda, o jurista⁴⁵⁸ que até que sobrevenha pronunciamento de nulidade dos atos administrativos eles são tidos como válidos, quer perante a Administração, quer perante os particulares sujeitos a seus efeitos. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵⁹ que embora similares, são diferentes os princípios da legitimidade e veracidade. Nesses termos, esclarece que presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei, presumindo-se, assim, que são válidos até prova em contrário. Por outro lado, princípio da veracidade corresponde à presunção sobre os fatos, presumindo-se verdadeiros os fatos afirmados pela Administração. Ainda, consoante a jurista, diversos são os fundamentos que os doutrinadores utilizam para justificar tal atributo, entre eles: o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que se presume que a autoridade que praticou o ato o fez com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento de atos administrativos; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer por outros Poderes, bem como sujeição da Administração ao princípio da legalidade, presumindo-se que todos os seus atos foram praticados em conformidade com a lei. Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶⁰ a presunção de legitimidade é a qualidade, que reveste os atos administrativos de que se presumem verdadeiros e conforme ao Direito até prova em contrário: “Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.

Ainda, cumpre salientar que Marcos Henrique Mendanha⁴⁶¹ assevera que a despeito da Norma Regulamentadora nº 07 trazer em seu item 7.4.4.3, interpretação literal de que cabe ao

⁴⁵⁶ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 86.

⁴⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

⁴⁵⁸ Idem.

⁴⁵⁹ Idem.

⁴⁶⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 423.

⁴⁶¹ MENDANHA, Marcos Henrique. Medicina do Trabalho e Perícias Médicas: aspectos práticos (e polêmicos). 3ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 24.

médico do trabalho a função de emitir o atestado de saúde ocupacional (ASO), a Lei 11.907/2009 em seu artigo 30, § 3º estabelece que “compete privativamente aos ocupantes do cargo de Perito Médico Previdenciário ou de Perito Médico da Previdência Social..., em especial a emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários”. Conclui que houve um conflito de normas e sendo a Lei 11.907/2009 uma lei federal ordinária deve prevalecer sobre a Norma Regulamentadora editada por força de uma portaria. Consoante Marcos Henrique Mendanha, outra Lei também corrobora o entendimento de que a decisão do médico do INSS deva prevalecer. A Lei 605, artigo 6º, §2º dispõe:

§ 2º A doença será comprovada mediante **atestado de médico da instituição da previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de representação federal, estadual ou municipal incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha.** (*grifo nosso*)

Para Marcos Henrique Mendanha⁴⁶² referido dispositivo deixou claro a hierarquia existente entre os atestados para fins de abonos de faltas ao trabalho. Mas, ainda, assim afirma que o médico do trabalho é dotado de autonomia para divergir da decisão do perito do INSS e nessa conjuntura é aconselhado ao médico do trabalho⁴⁶³:

explicar ao trabalhador todas as repercussões (inclusive legais) do impasse instalado; enfatizar junto ao empregado sobre todos os possíveis riscos advindos do seu ambiente de trabalho, nos termos dos arts. 12 e 13 do novo Código de Ética Médica; orientar e auxiliar esse segurado quanto a interposição de pedido de reconsideração (PR), recurso ou novo pedido junto ao INSS, explicando-lhes todas as possíveis consequências de cada possibilidade; orientar e auxiliar esse segurado quanto a possibilidade de ação judicial em face da decisão proferida pelo serviço de perícias médicas do INSS, também explicando-lhe as possíveis repercussões.

Recomenda, ainda, que o médico do trabalho deverá sempre assumir uma posição mediadora entre o empregador, empregado e INSS, defendendo a saúde do trabalhador. Dessa forma, na hipótese do perito do INSS conceder alta afirmando capacidade laboral, poderá o médico do trabalho, se achar que não causará maiores problemas à saúde do trabalhador considerá-lo “apto com recomendações” ou “apto com contraindicação à função”. Esclarece Marcos Henrique Mendanha⁴⁶⁴:

⁴⁶² Ibidem, p. 25.

⁴⁶³ Idem.

⁴⁶⁴ MENDANHA, Marcos Henrique. Medicina do Trabalho e Perícias Médicas: aspectos práticos (e polêmicos). 3ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 39.

...o termo “apto com restrições (que preferimos nomear como “apto com recomendações”) encontra-se respaldado na SCMA (Sugestão de Conduta Médica-Administrativa) da ANAMT (Associação Nacional de Medicina do Trabalho) n. 6/2001. Já o termo “contra indicado para a função tem seu uso ratificado pela SCMA da ANAMT n. 5/2000. Com essas duas outras possibilidades (além dos já tradicionais “apto e inapto”), o Médico do Trabalho/Médico Examinador” consegue unir em suas condutas: evidente zelo pela saúde do trabalhador, e prevenção de doenças/acidentes (o que é mais importante). Tudo isso, com embasamento legal, normativo, técnico e ético.

Cumpramos ressaltar que se o benefício for decorrente de enfermidade ocupacional, há corrente doutrinária que defende que o contrato de trabalho estará interrompido ao invés de suspenso. Maurício Godinho Delgado⁴⁶⁵ assevera, entretanto, que a controvérsia não se justifica:

É que, na situação em estudo, ficam sustadas no período de afastamento obreiro quase todas as cláusulas contratuais – o que se ajusta à figura suspensiva. Como se vê, as duas principais cláusulas e obrigações do contrato empregatício ficam sustadas, isto é, a prestação laborativa (cuja sustação desfavorece o empregador) e o pagamento de salário (cuja sustação desfavorece o obreiro) – o que se ajusta, mais uma vez, à figura suspensiva. Contudo, embora se esteja diante de uma suspensão, a ordem jurídica atenua os efeitos drásticos da figura suspensiva neste caso enfocado, principalmente pela sensibilidade social envolvida e pelo tipo de causa do afastamento: trata-se de causa vinculada ao próprio risco empresarial, que se abateu infortunisticamente sobre o obreiro (acidente ou doença profissional). Ora, a solução drástica padronizada na suspensão não é unânime, atingindo muito mais o trabalhador do que o empregador (que deveria, afinal, responder por parte dos efeitos, em face do risco assumido no contrato). Nessa linha, a lei atenuou as repercussões da figura suspensiva, mantendo alguns poucos e limitados efeitos contratuais em favor do obreiro.

É pertinente destacar que seja o caso abordado como suspensão ou interrupção, ocorrendo a alta previdenciária, o empregador e o empregado devem retomar suas obrigações consistentes em pagar salários e voltar a prestar serviços, respectivamente. Assim sendo, a discussão acerca da adequada classificação como suspensão ou interrupção não interfere na questão do limbo previdenciário trabalhista.

Tendo o INSS indeferido o benefício previdenciário, o contrato de trabalho não está suspenso ou interrompido, razão pela qual o empregador deverá permitir o retorno do trabalhador e, por conseguinte, deverá voltar a pagar o salário. Com efeito, não há como um contrato de trabalho estar suspenso e não suspenso ao mesmo tempo. O contrato está suspenso ou não. Como a questão principal, a qual ocasiona a discussão acerca da suspensão ou não do contrato advém da divergência entre o laudo do INSS e laudo do médico da empresa, alguma solução incumbia aos juristas no intuito de evitar que o trabalhador fique em uma situação de “limbo”. Desse modo, o entendimento majoritário dos tribunais trabalhistas tem afirmado a

⁴⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 1135.

prevalência do laudo do INSS, sendo que sua inobservância pelo empregador poderá ensejar responsabilidade civil. Evidentemente, referido entendimento, conforme se analisará adiante contribui para solucionar o caso ao menos em algumas situações específicas, entretanto, seus desdobramentos não tutelam adequadamente aquele trabalhador que realmente se encontra doente apesar do indeferimento do benefício previdenciário.

Face ao entendimento majoritário dos tribunais trabalhistas no sentido de afirmar que cabe ao empregador permitir o retorno do trabalhador quando da alta previdenciária ainda que não concorde com a decisão da autarquia federal, a empresa também se vê diante de um dilema. De fato, permitindo o retorno do trabalhador corre o risco de vê-lo envolvido em eventuais acidentes de trabalho ou então provocar o agravamento da doença. Estando o trabalhador efetivamente doente, o retorno ao trabalho certamente lhe trará maiores prejuízos à saúde. Outra opção diante do indeferimento previdenciário ao trabalhador, seria a empresa pagar o salário já que o contrato do trabalho não está suspenso, conforme já salientado, e não exigir o retorno ao trabalho. Trata-se, assim, da concessão de uma licença remunerada. Essa postura efetivamente de uma empresa preocupada com sua função social é a mais vantajosa ao trabalhador doente sem dúvida nenhuma, todavia onera demasiadamente a empresa que pagará salário sem a contraprestação laborativa. Uma questão a ser analisada nessa hipótese é a do interstício temporal em que o empregador terá de pagar salário sem contraprestação efetiva. Possivelmente até a decisão administrativa do pedido de reconsideração do indeferimento ou nas piores das hipóteses até o Poder Judiciário pronunciar-se acerca do indeferimento. Ainda, outra alternativa à empresa é a demissão sem justa causa do trabalhador. Uma vez que o INSS entendeu que o trabalhador está apto ao trabalho, a empresa, por sua vez, o considerando inapto e não querendo ver-se diante de uma futura responsabilidade civil caso o trabalhador doente sofra maior prejuízo à saúde, inclusive podendo-se pensar em envolvimento em acidentes do trabalho, decide demiti-lo sem justa causa. É claro que essa última hipótese somente poderá ser deliberada por aquela empresa diante de um funcionário que não tenha direito à estabilidade acidentária nos termos do artigo 118 da Lei 8.213/1991⁴⁶⁶. Ressalta-se, ainda, que para efeito de estabilidade acidentária consideram-se as doenças do trabalho, as doenças ocupacionais e as doenças profissionais,

⁴⁶⁶ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

conforme prevê o artigo 20 da Lei em destaque⁴⁶⁷. Sebastião Geraldo de Oliveira⁴⁶⁸ esclarece as distinções entre as três denominações:

A **doença profissional** é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doenças profissional típica, tecnopatias ou ergopatias. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose. Afirmo Tupinambá do Nascimento que, nas tecnopatias, a relação com o trabalho é presumida *juris et de jure*, inadmitindo prova em sentido contrário. Basta comprovar a prestação do serviço na atividade e o acontecimento da doença profissional. Sinteticamente, pode-se afirmar que doença profissional é aquela típica de determinada profissão. Por outro lado, **a doença do trabalho**, também chamada mesopatias ou doença profissional atípica, apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculado necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo das doenças do trabalho, já que pode ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão. Nas doenças do trabalho, as “condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a conseqüente eclosão ou a exacerbação do quadro mórbido, e até mesmo o seu agravamento.” Diferentemente das doenças profissionais, as mesopatias não têm nexo causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado.... Diante dos significados específicos de doença profissional e doença do trabalho, a denominação “doenças ocupacionais” passou a ser adotada como o gênero mais próximo que abrange as modalidades das doenças relacionadas com o trabalho. A NR-7 da Portaria n.3214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamenta o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, faz referência às **doenças ocupacionais** ou patologias ocupacionais, como vocábulo gênero... (grifos nossos)

Relevante considerar as doenças ocupacionais, pois caso presentes, a hipótese “rescindir o contrato de trabalho sem justa causa” não será uma opção ao empregador, diante da redação expressa dos artigos 20 e 118 da Lei 8.213/1991.

Evidentemente que nenhuma das mencionadas alternativas ao empregador diante do limbo previdenciário, quais sejam: permitir o trabalho, mesmo discordando do laudo do INSS, o qual atesta a capacidade; pagar salário ao trabalhador mesmo sem contraprestação e

⁴⁶⁷ Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I -doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. § 1º Não são consideradas como doença do trabalho: a) a doença degenerativa; b) a inerente a grupo etário; c) a que não produza incapacidade laborativa; d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. § 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é “xecutado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 51/52.

rescindir o contrato de trabalho, com exceção dos casos de estabilidade acidentária, conforme já explicitado, garante a plena justiça. A primeira opção (exigir o retorno do trabalhador à empresa, em virtude da decisão do INSS tê-lo considerado apto ao trabalho) preocupa em virtude de atentar contra a saúde do trabalhador efetivamente doente, a segunda (empresa voltar a pagar salários e não exigir do trabalhador que retorne ao trabalho), por sua vez onera o empregador e transfere responsabilidades discutíveis às empresas e a terceira hipótese (demissão sem justa causa) definitivamente vai de encontro a qualquer tutela adequada de um trabalhador doente e necessitado de proteção social.

3.2. Modalidade e Classificação da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista

Relevante compreender a modalidade de obrigação que tem se exigido do empregador diante do limbo previdenciário trabalhista, bem como as espécies de responsabilidade aplicadas ao caso.

Diante da divergência entre o laudo do Instituto Nacional de Seguro Social e o laudo de um ente particular, tal qual o empregador, tem imperado o entendimento de que prevalece o laudo do INSS. Isto porque, sendo um ato administrativo, já que expedido por uma autarquia federal, goza do atributo presunção de veracidade⁴⁶⁹. Nesses termos, tendo sido o benefício previdenciário indeferido por ausência de incapacidade laboral, presumir-se-á com razão o INSS, e conseqüentemente que o trabalhador está apto ao trabalho, motivo pelo qual deve retornar ao trabalho. Dentro desse contexto, incumbirá ao empregado e empregador curvar-se perante a decisão administrativa e dar prosseguimento ao contrato de trabalho, sendo vedado ao empregador impedir a reinserção do empregado na empresa, sob qualquer tipo de alegação, mormente de que está, na realidade, incapacitado ao trabalho. Tem sido esta a interpretação dos tribunais trabalhistas. Nesse sentido, foi proferido acórdão, cujo trecho segue transcrito, ressaltando-se que os atestados médicos particulares não foram considerados prova hábil a desconstituir a presunção de veracidade da perícia médica do INSS:

... Ademais, a **perícia médica do INSS possui caráter público da presunção de legitimidade, podendo ser elidida por robusta prova em contrário, não ocorrendo quando a inaptidão é comprovada apenas por atestados médicos**

⁴⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

particulares. Desta feita, comprovada a tentativa da reclamante de retorno ao trabalho bem como da recusa do reclamado, compete a este a responsabilidade pelo pagamento dos salários e demais verbas compreendidas a partir da cessação do auxílio-doença. (grifo nosso). Processo: AIRR - 753-72.2012.5.04.0333 Data de Julgamento: 20/08/2014, Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014

Resta analisar, a modalidade de obrigação a qual está sujeito o empregador diante do limbo previdenciário trabalhista. Conforme leciona Maria Helena Diniz, “obrigação de fazer é a que vincula o devedor à prestação de um serviço ou ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiro, em benefício do credor ou de terceira pessoa”. Devendo o empregador, permitir o retorno do trabalhador, ainda que não concorde com a decisão do INSS, podemos concluir que deve cumprir obrigação de fazer. Nesse sentido, foi proferido acórdão pela 3ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECUSA DA EMPRESA EM ACEITAR O EMPREGADO APÓS FINDO O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM RAZÃO DE ALTA DO INSS ART.6º E ART. 7º, XXII E XXVIII, CF. CONVENÇÃO 161 DA OIT. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. **A presente lide envolve pedido de obrigação de fazer, qual seja, a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em atividade compatível com seu estado de saúde, cumulado com pedido de pagamento das verbas salariais devidas a partir da alta previdenciária.** Consta do acórdão regional que a Reclamada se recusou a colocar o Reclamante em função compatível com sua capacidade física, permanecendo, assim, o vínculo de emprego, porém sem oferta de trabalho e sem pagamento de salário. O Regional manteve a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em função compatível com seu estado de saúde, cabendo ao médico do trabalho da empresa avaliar as condições de saúde do trabalhador, sob pena de multa, em tutela antecipada. Além disso, condenou a Reclamada no pagamento dos salários e consectários legais, desde a alta previdenciária até o seu efetivo retorno ao trabalho. A decisão recorrida, portanto, não merece reforma, pois está em conformidade com a ordem jurídica atual, que aloca o indivíduo em posição especial no cenário social, despontando nítido o caráter precursor do direito à dignidade da pessoa humana (1º, III, da CF) sobre todo o sistema constitucional. O texto celetista, concretizando os primados constitucionais ligados à saúde no meio ambiente laboral (art. 6º, 7º, XXII, XXVIII, 196, 200, VIII, CF), estipula obrigação do empregador na prevenção de doenças ocupacionais (art. 157). Ademais, a Convenção nº 161 da OIT impõe, como princípio de uma política nacional, -a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental-. Registre-se que é desnecessário que o Reclamante se submeta a processo de reabilitação profissional, junto ao INSS, para fins de readaptação no trabalho. Isso porque, segundo o ordenamento jurídico pátrio, o empregador também é responsável pela manutenção e respeito aos direitos fundamentais do Autor, devendo zelar pela afirmação de sua dignidade e integração no contexto social - e a readaptação de suas funções no processo produtivo de empresa faz parte deste mister. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (grifo nosso). **Processo:** AIRR-304-05.2011.5.02.0431, **Data de Julgamento:** 19/06/2013, **Relator Ministro:** Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 21/06/2013.

Silvio de Salvo Venosa⁴⁷⁰ assevera que por se estampar a obrigação de fazer numa atividade do devedor, pode trazer maiores transtornos ao credor quando se defronta com o inadimplemento. Em uma situação como do limbo previdenciário trabalhista, verifica-se exatamente o que o jurista afirma, ainda mais se tratando de verba alimentar. A negação do empregador em permitir o ingresso do reclamante na empresa para prestar serviços na função anteriormente exercida, ou ainda, outra compatível com sua saúde, conforme orientação do INSS, pode ocasionar ao empregado transtornos maiores, visto que refletem em direitos mínimos próprios e de sua família. Evidencia-se, assim, situação análoga à narrada por Cláudia Toledo⁴⁷¹. Leciona a jurista que quando um indivíduo depende urgentemente da ajuda material do Estado para exercer sua liberdade jurídica consistente em outros direitos, como o “trabalho” nesse caso específico, ocasiona grave problema de negação de direitos fundamentais sociais. Na situação do limbo previdenciário trabalhista, certo que a negação do empregador em permitir o retorno ao trabalho refletirá em grave problema de direitos fundamentais sociais, pois privará o trabalhador de direitos básicos. É certo, ainda, que no limbo previdenciário trabalhista, o Estado não está prestando ele mesmo ajuda financeira ou material, mas percebe-se que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, está pretendendo evitar tal “supressão de direitos fundamentais sociais”. Intervém, portanto, na conduta das empresas a fim de evitar transtornos maiores relacionados aos “direitos fundamentais sociais”. Vale ressaltar, que as decisões judiciais são proferidas, inclusive, com conteúdo pedagógico na tentativa de que o condenado evite reincidir na mesma conduta.

Necessário, ademais, concluir qual a espécie de responsabilidade, se subjetiva ou objetiva, diante do limbo previdenciário trabalhista. Relevante lembrar que quando do estudo da responsabilidade no capítulo anterior, foi afirmado que há entendimento no sentido de que o artigo 2º da CLT teria prestigiado a teoria objetiva, a fim de estabelecer ser do empregador a assunção de riscos decorrentes da empresa, do estabelecimento, do contrato de trabalho e da própria execução do contrato do trabalho. Influenciados pelo referido entendimento, há decisões judiciais as quais fixam a responsabilidade do empregador fundada na assunção dos riscos do empreendimento e responsabilidade social da empresa, ainda que conste dos autos que o próprio empregado não pretendia o retorno ao trabalho, pois não tinha condições de laborar:

⁴⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

⁴⁷¹ TOLEDO, Cláudia. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.18.

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO AO EMPREGADO. INAPTIDÃO PARA O TRABALHO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. É responsabilidade da empresa, por ser seu o risco do empreendimento e também por conta de sua responsabilidade social, efetuar os pagamentos dos salários (art. 170, caput, da CF). Não lhe é dado suspender o contrato de trabalho unilateralmente e deixar o empregado sem salário por longos meses, sabendo que esta é sua única fonte de sustento. **Se o empregado não tem condições de trabalhar e o INSS não lhe fornece o benefício previdenciário correspondente, é obrigação da empresa realizar o pagamento dos salários até que o trabalhador esteja saudável novamente ou obtenha aquele direito por parte da autarquia.** O que não se pode admitir é que o empregado fique meses a fio sem pagamentos, porque isso fere sua dignidade enquanto ser humano. **É da empresa os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, da CLT) e, entre esses riscos, está o chamado (impropriamente) capital humano** (grifos nossos) ANEXO A – Acórdão na Íntegra - Processo TRT/SP nº 0199900-76.2008.5.02.0462, 14ª Turma, Acórdão no 20111554190, Rel. Juiz Marcio Mendes Granconato, Publicado no DOE em 07/12/2011.

Por seu turno, há outra corrente jurisprudencial, a qual tem estabelecido a responsabilidade do empregador, sem todavia, sustentar seus fundamentos unicamente na responsabilidade social da empresa demonstrando, destarte, a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade para os casos de limbo previdenciário trabalhista. Isto porque, ao invés de fundamentar a condenação da empresa nos artigos 2º da CLT e 170 da Constituição Federal, os adeptos desse segundo entendimento tem discorrido acerca da conduta do empregador diante do limbo. Esse entendimento pode ser ratificado analisando-se trecho de acórdão proferido pela 10ª Turma do Egrégio TRT 2ª Região. Constou do acórdão que a reclamada confessou que se negou a reintegrar a reclamante:

Isto porque **a própria reclamada confessou que se negou a reintegrar a reclamante após a alta previdenciária, estando a reclamante à disposição da ré para prestação de serviços.....** Friso que não pode o empregador transferir ao trabalhador o ônus decorrente da discordância de conclusões entre o médico do trabalho e os peritos do INSS, ficando relegada ao desamparo e indecisão quanto à sua situação, numa espécie de limbo jurídico. **É certo que tal situação ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social atribuída às empresas.** Registro que no caso da ré entender que a obreira não se encontra apta para exercer as atribuições do seu cargo anterior, deve colocá-la em função compatível com suas condições ou, ainda, em disponibilidade remunerada até o restabelecimento do benefício previdenciário pelo INSS. *In casu*, optando a ré em não aceitar a alta da obreira, deixando de lhe pagar os salários, assumiu o risco de arcar com as verbas em questão, vez que inexistia previsão legal de suspensão contratual, sem pagamento de salários, para o caso em tela. Destarte, sendo a ré cientificada da extinção do auxílio-doença, automaticamente também ciente da restauração dos efeitos do contrato de trabalho e concordando com a manutenção do vínculo de emprego, sem a correspondente prestação de serviços, tem-se que a reclamada concedeu à obreira uma licença remunerada ou disponibilidade, devendo esta ser remunerada. Mantenho integralmente (grifos nossos) Processo TRT 2ª Região nº 00027910620125020465, 10ª Turma, Relator Sônia Aparecida Gindro, data da publicação: 30/10/2014.

É certo que o mencionado acórdão também fundamentou sua decisão nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social, entretanto, foram tais princípios utilizados para ratificar a decisão já estabelecida com base na conduta da reclamada ao ter impedido o retorno da trabalhadora à empresa. Ressalta-se que do acórdão constou que a própria reclamada havia confessado ter negado a reinserção da reclamante após a alta previdenciária. Nesse ponto, a conduta da reclamada deveria ter sido outra (uma das três alternativas já esboçadas anteriormente, quais sejam permitir o retorno ao trabalho, restringindo determinada função; conceder licença remunerada ou rescindir o contrato sem justa causa, quando não se tratar de doença ocupacional). Mas de qualquer forma deveria a reclamada ter se curvado à decisão dotada de presunção de veracidade do INSS. Ao confessar que negou o retorno, a empregadora simplesmente admitiu que inobservou uma obrigação de fazer, conforme já discutido, diante do limbo previdenciário. A responsabilidade da empregadora foi estabelecida assim a partir de sua conduta ao descumprir a obrigação de fazer, e não em virtude da assunção dos riscos da atividade. Tanto é assim que se a conduta da reclamada não fosse de impedir o retorno ao trabalho diante do limbo previdenciário trabalhista, sua responsabilidade seria afastada conforme esse segundo entendimento. Nesse sentido, segue transcrição de trecho de acórdão proferido em outro caso de limbo:

....No caso, alegou a autora, na peça de ingresso, que, após permanecer afastada com auxílio-doença de março/2004 a maio/2008, não logrou êxito em conseguir novo afastamento a partir de então, retornando ao trabalho em outubro/2008. Ao final, consignou que “ante a negativa do INSS em conceder novo afastamento, a trabalhadora permaneceu de maio a setembro de 2008 sem receber benefício do INSS e sem salários da reclamada” (fl. 09). **Assim, não há na proemial qualquer menção a eventual resistência da empresa quanto ao retorno da autora ao trabalho ou mesmo ao dispositivo da CLT invocado, pelo que a referência a tais questões no presente apelo configura nítida inovação à lide. Na verdade, constata-se que a autora, na expectativa de ter acolhido seu pedido de renovação de afastamento previdenciário, optou por não retornar ao trabalho até outubro/2008, quando retomou suas atividades laborais regularmente sem qualquer oposição da ré. Nesse contexto, ante a ausência de trabalho no período de maio de setembro/2008, não há que se falar no pagamento de salário referentes a tal interregno...** (grifo nosso) Processo TRT 2ª Região, nº 0002300-31.2009.5.02.0068, 1ª Turma, Relatora Beatriz de Lima Pereira, data da publicação: 24/07/2014.

Outro acórdão também evidencia que se deve tratar o caso do limbo previdenciário trabalhista a partir da análise da conduta do empregador. Do acórdão proferido pela 4ª Turma do Egrégio TRT 2ª Região⁴⁷², constou expressamente “...A controvérsia cinge-se em saber se

⁴⁷² Processo nº 0000440-43.2011.5.02.0482, 4ª Turma, Relatora Maria Isabel Cueva Moraes, data de publicação: 10/10/2014.

a reclamada recusou o retorno do autor ao trabalho, após a alta médica previdenciária. E nesse, aspecto, a prova dos autos não favorece o empregador...”

Resta, ainda, perquirir o caso sob o aspecto da responsabilidade contratual ou extracontratual. Há quem critique a dualidade dessas classificações, uma vez que pouco importa os aspectos sob os quais se apresentam a responsabilidade, se contratual ou extracontratual, a consequência será a mesma. Todavia, há de se ressaltar importante distinção entre tais responsabilidades do ponto de vista processual: na responsabilidade contratual, o ônus da prova incumbe ao devedor, na medida em que somente não responderá se provar a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade, enquanto que na responsabilidade extracontratual, via de regra, ao lesado incumbe o ônus da prova da ocorrência do dano, culpa do ofensor e fato lesivo⁴⁷³. Ainda, é certo que a responsabilidade contratual atrai a aplicação do artigo 389 do CC, enquanto que a responsabilidade extracontratual, os artigos 186, 187 ou 927, parágrafo único, do mencionado diploma legal.

Estabelece o artigo 187 do Código Civil “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Prevê o mencionado artigo a idéia de “abuso de direito” que pode ser compreendido como o “exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral”⁴⁷⁴. Pelo que se infere de inúmeros acórdãos, os quais revêem os casos de limbo previdenciário trabalhista julgados em primeira instância, o fundamento utilizado para atribuição da responsabilidade do empregador é o enquadramento da sua conduta naquela tipificada no artigo 187 do Código Civil. Nesses termos, percebe-se que a conduta da reclamada ao impedir o retorno do trabalhador após alta previdenciária tem sido compreendida como abuso de direito no exercício de seu poder diretivo. Dessa forma, entendeu a 3ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PELA EMPRESA. IMPEDIMENTO DE RETORNO. APTIDÃO RECONHECIDA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ATO ILÍCITO. MARCO INICIAL PARA PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DEMAIS VERBAS. ALTA PREVIDENCIÁRIA. Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento para melhor análise do recurso de revista com fins de prevenir eventual violação do art. 187 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

⁴⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

⁴⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1. Parte Geral. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 466.

RECURSO DE REVISTA. CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PELA EMPRESA. IMPEDIMENTO DE RETORNO. APTIDÃO RECONHECIDA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ATO ILÍCITO. MARCO INICIAL PARA PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DEMAIS VERBAS. ALTA PREVIDENCIÁRIA. Recurso calçado em violação de dispositivo legal e constitucional. Atenta contra o princípio da dignidade e do direito fundamental ao trabalho, a conduta do empregador que mantém o empregado em eterna indefinição em relação à sua situação jurídica contratual, sem recebimento de benefício previdenciário, por recusa do INSS e é impedido de retornar ao trabalho. Não é possível admitir que o empregado deixe de receber os salários quando se encontra em momento de fragilidade em sua saúde, sendo o papel da empresa zelar para que possa ser readaptado no local de trabalho ou mantido em benefício previdenciário. O descaso do empregador não impede que o empregado receba os valores de salários devidos desde a alta previdenciária, ainda que a ação trabalhista não tenha sido ajuizada de imediato, já que decorre de sua inércia em recepcionar o trabalhador, o fato de ele ter reiterados pedidos de auxílio previdenciário antes de vir a juízo pretender a reintegração ao trabalho. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 187 do Código Civil e provido. RR 1557-64.2010.5.03.0098, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 19/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013.

Ademais, pelo que se infere do referido acórdão, o artigo 187 do Código Civil é tão relevante ao caso a ponto de ser indicado como violação de lei federal, perfazendo assim, um dos requisitos de conhecimento do recurso de revista⁴⁷⁵. No caso analisado pretendia o reclamante a reforma da decisão e consequentemente a condenação da reclamada por tê-lo impedido de retornar ao trabalho. Indicou, quando da interposição do recurso de revista, violação dos artigos 5º, II, LIV, 7º, XXIX e 22, I, da Constituição Federal e artigo 187 do Código Civil. O Tribunal de origem negou seguimento sob o fundamento de que não foram preenchidos os pressupostos intrínsecos do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, a 3ª Turma do TST conheceu do recurso após agravo de instrumento expressamente constando da decisão: “...Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento para melhor análise do recurso de revista com fins de prevenir eventual violação do art. 187 do Código Civil. Agravo de instrumento provido”. Dessa forma, infere-se que o artigo 187 do Código Civil tem sido utilizado para enquadrar a conduta da reclamada, considerando-a prática ilícita por abuso de direito. Consequentemente, diante de um ato ilícito, emerge responsabilidade civil nos termos do artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁴⁷⁵ Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

O ilícito praticado diante do limbo previdenciário trabalhista tem sido hábil, inclusive, a ensejar rescisão indireta, já que a conduta implica atraso contumaz no pagamento de salário, e por conseguinte, não estará o empregador cumprindo com suas obrigações do contrato nos termos do artigo 483, “d”, da CLT. Ainda, constou do acórdão proferido nos autos nº 59-31.2012.5.06.0145⁴⁷⁶, que não há de se cogitar chancela do trabalhador, pela sua inércia ou ausência de imediatidade, uma vez que o comportamento faltoso do empregador se agrava pela reiteração. Do mesmo acórdão, ainda, consta outro trecho, o qual evidencia que a responsabilidade embora decorra de um contrato de trabalho, não é a responsabilidade contratual, ou seja, aquela a qual deriva de uma vontade contratual. Nesse sentido, a responsabilidade do empregador diante do limbo previdenciário trabalhista surge a partir da infração de um dever legal e não contratual. Consequentemente, o ônus da prova é do trabalhador, que deverá provar que o empregador lhe impediu de retomar o trabalho:

...Ressalte-se que o atraso no pagamento dos salários claramente compromete a regularidade das obrigações do trabalhador, sem falar no próprio sustento e de sua família, quando houver, criando estado de permanente apreensão, que, por óbvio, compromete toda a vida do empregado. Tem-se, assim, que convergiu **para a Reclamante o ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito**, encargo do qual se desincumbiu a contento, uma vez que o Regional, examinando o conjunto probatório dos autos, concluiu pela configuração de conduta abusiva a ensejar a rescisão indireta. (grifo nosso). Processo: AIRR - 59-31.2012.5.06.0145 Data de Julgamento: 28/05/2014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014.

Conforme já foi salientado, a conduta da reclamada nos termos do artigo 187 do Código Civil, ao impedir o trabalhador de retomar a prestação de serviços após alta previdenciária poderá ensejar rescisão indireta. Tratando-se de requerimento de rescisão indireta, não poderia ser outra a conclusão ao estabelecer que cabe ao reclamante comprovar seu fato constitutivo⁴⁷⁷. Ainda que o reclamante não pleiteie rescisão indireta do contrato, mas sim sua reintegração na empresa, caberá a ele provar que foi impedido de retornar ao trabalho após alta previdenciária. Referida conclusão infere-se do seguinte trecho de acórdão proferido pela 4ª Turma do Egrégio TRT-2ª Região:

...Diante de tais elementos, não estava mesmo a recorrida obrigada a arcar com o pagamento dos salários do período vindicado pelo obreiro, na medida em que após a

⁴⁷⁶ Processo: AIRR - 59-31.2012.5.06.0145 Data de Julgamento: 28/05/2014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014.

⁴⁷⁷ Consoante os ensinamentos de Mauro Schiavi, ônus da prova pode ser compreendido como “um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus...”. SCHIAVI, Mauro Manual de Direito Processual do Trabalho. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 616.

alta médica estava apto e **não há comprovação de que a ré tenha impedido o retorno do autor ao serviço. Não houve incúria da ex empregadora, na situação em exame, pelo que não há que se falar em “limbo jurídico”. Tampouco há demonstração de que a reclamada tenha se recusado a oferecer treinamento ao empregado, para exercer nova atividade.** Necessário ainda acrescentar que, após o julgamento do feito, no qual foi reconhecido o **direito à reintegração no emprego**, indicou a reclamada o endereço no qual o reclamante deveria se apresentar (fls. 136). E, ao se manifestar, afirmou o recorrente que “aguarda o julgamento do referido Recurso por parte do E. TRT para, cumprir a decisão final”, ou seja, até o trânsito em julgado, conforme definido em primeira instância (fls. 139 verso). (grifo nosso) ANEXO B – Acórdão na Íntegra - Processo TRT – 2ª Região nº TRT/SP Nº 0002896-69.2012.5.02.0016, 4ª Turma, Relatora Erolde Ribeiro dos Santos Minharro, data da publicação: 06/03/2015.

A relevância da prova de que a reclamada impede o retorno do trabalhador à empresa é tamanha a ponto da 4ª Turma entender que não há limbo jurídico quando não provado o impedimento.

Pelo exposto, podemos concluir que a responsabilidade do empregador no limbo previdenciário trabalhista decorre do descumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja, inobservar a obrigação de permitir o retorno do trabalhador à atividade laboral. Trata-se, ainda, de responsabilidade objetiva para alguns juristas ou subjetiva para outros, e de responsabilidade extracontratual, cabendo ao reclamante o ônus da prova.

3.3. Requisitos da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista

Antes de adentrar os argumentos utilizados pela jurisprudência para estabelecer a responsabilidade do empregador ante o limbo previdenciário trabalhista, necessário ressaltar que se tratando de impor responsabilidade, é conclusão lógica que devem estar presentes os seus pressupostos. Deste modo, são pressupostos da responsabilidade civil: conduta omissiva ou comissiva; dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ressalta-se que conforme já estudado no capítulo anterior, referente à responsabilidade, o ato ilícito pode decorrer de culpa ou dolo ou ainda de abuso de direito. Nesses termos, tem parte da jurisprudência entendido que ao impedir o retorno do trabalhador à empresa, o empregador tem agido com excesso no seu poder de comando, caracterizando, por conseguinte, abuso de direito. Há de se ressaltar, ainda, que no tocante ao abuso de direito há duas teorias⁴⁷⁸. A teoria da emulação

⁴⁷⁸ MACHADO. Antonio Claudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 7ª edição. Barueri: Manole, 2008, p. 155.

⁴⁷⁸ Idem.

leva em conta a intenção do agente em lesar injustamente outrem, enquanto que a teoria objetiva, diversamente, entende caracterizada a responsabilidade independentemente da culpa ou dolo daquele que lesou⁴⁷⁹. O Conselho de Justiça em seu Enunciado 37 da Primeira Jornada de Direito Civil⁴⁸⁰ preferiu claramente a teoria objetiva. Tendo em vista a adoção da teoria objetiva, não há de se cogitar se houve ou não culpa na hipótese de abuso de direito. Diante das decisões trabalhistas afirmando o abuso de direito por parte do empregador, nem se discute sua culpa ou dolo. Trata-se de ato ilícito decorrente de abuso de direito.

No que tange ao segundo requisito da responsabilidade civil, ou seja, o dano, certamente ocorrerá face à ausência de pagamento de verba alimentar. Trata-se de grave problema de direitos fundamentais sociais, pois privará o cidadão de direitos básicos. Com efeito, assevera Cláudia Toledo⁴⁸¹:

Dentro dos direitos fundamentais a prestações, em sentido amplo, um problema de direitos fundamentais representará um problema de direitos fundamentais, sempre quando um indivíduo depender urgentemente da ajuda financeira ou material do Estado para exercer a sua liberdade jurídica. Típicos objetos são, por exemplo, assistência social, trabalho, moradia e educação.

Mediante os ensinamentos de Cláudia Toledo e trazendo seu raciocínio acima explicitado à situação do limbo previdenciário, podemos concluir que o Poder Judiciário, enquanto representante do Estado, ao estabelecer a responsabilidade do empregador no limbo previdenciário pretende resguardar não só o direito fundamental social ao trabalho, mas também outros que por meio deste são efetivados. A fonte de renda que decorre do trabalho, por vezes é a única da maior parte da população brasileira. Se o empregador impedir o trabalhador de retomar suas funções ou outras compatíveis, não só o direito ao trabalho será atingido, mas como a saúde, a moradia, a educação, dentre outros.

Por sua vez, o nexo de causalidade, terceiro requisito, também será facilmente constatado ao estabelecer-se o vínculo entre a conduta de impedir o retorno ao trabalho e a ausência da verba alimentar (dano).

Desta forma, pelo que infere de todo o exposto, para a justa responsabilização da empregadora diante do limbo, deverão estar presentes: a conduta mencionada no artigo 187 do Código Civil, correspondente à figura do abuso de direito, que restará caracterizada por

⁴⁷⁹ MACHADO. Antonio Claudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 7ª edição. Barueri: Manole, 2008, p. 155.

⁴⁷⁹ Idem.

⁴⁸⁰ Enunciado 37- “Artigo 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico.”

⁴⁸¹ TOLEDO, Cláudia. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.18.

impedir a retomada do trabalho, ou seja, descumprimento de obrigação de fazer; os pressupostos dano e nexo de causalidade.

Tratando-se de responsabilidade, há de se averiguar ainda eventuais excludentes de responsabilidade admitidas para limitar ou ainda excluir a responsabilidade do empregador ante o limbo previdenciário trabalhista.

3.4. Excludentes da Responsabilidade no Limbo Previdenciário Trabalhista

Impõe-se perquirir se é possível o empregador arguir excludentes de responsabilidade diante do limbo previdenciário trabalhista. Excludentes de responsabilidade são aquelas que impedem que se concretize o nexo causal, ou seja, rompem o nexo causal⁴⁸². São excludentes da responsabilidade a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e a cláusula de não indenizar, esta última atuando somente nos casos de responsabilidade contratual⁴⁸³.

Consoante raciocínio lógico, se ao empregador incumbirá permitir o retorno ao trabalho, dever correspondente competirá ao empregado. Nesses termos, deverá o reclamante tão logo seja indeferido o benefício previdenciário apresentar-se ao seu empregador para reinício do labor. Se, porventura, não for esta a atitude do trabalhador correrá o risco de ter seu contrato de trabalho rescindido por justa causa por abandono de emprego. Foi esta a decisão proferida pela 11ª Turma do Egrégio TRT – 2ª Região. Há de se ressaltar, que a referida decisão tomou a precaução de primeiro analisar se o trabalhador estava ou não incapacitado quando do momento em que deveria apresentar-se ao trabalho após alta previdenciária. Segue ementa:

EMENTA: Justa causa. Abandono. A ausência injustificada da empregada após o término do benefício previdenciário, por período superior a 30 dias, configura falta grave, a teor do que dispõe a Súmula nº 32 do C. TST. Processo TRT-2ª Região nº 0000401-59.2012.502.0434, 11ª Turma, Relatora Wilma Gomes da Silva Hernandes, data da publicação: 02/07/2014.

⁴⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58.

⁴⁸³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 4. Responsabilidade Civil. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 164.

No referido julgado, aduziu o reclamante que percebeu benefício previdenciário de março de 2006 a maio de 2008 e que após a alta, a reclamada teria negado reintegrá-lo em função compatível. Afirma, ainda, que diante da negativa da reclamada, ajuizou ação previdenciária, de cuja decisão de improcedência foi a reclamada cientificada em abril de 2012. Novamente, afirma o reclamante que pretendeu seu retorno à reclamada, todavia foi surpreendido com rescisão por justa causa em meados de abril de 2012. Requereu salários desde a alta previdenciária, de maio de 2008 até a dispensa ocorrida em abril de 2012. Em primeira instância, entendeu-se pela responsabilidade do empregador, condenando a reclamada ao pagamento dos salários do mencionado período. Em segunda instância, entretanto, entendeu o relator que não ocorreu “limbo”, uma vez que não provado que o empregador impediu o retorno à empresa. Explicita a MM^a. Juíza Relatora Wilma Gomes da Silva Hernandes:

...Não se trata aqui, de limbo jurídico, que ocorre nas hipóteses em que o empregado permanece em situação indefinida, ou seja, deixou de receber o benefício previdenciário e foi impedido de retornar ao trabalho. Não é o caso dos autos, fato que resta demonstrado pelos próprios termos da inicial. Incontroverso que a autora permaneceu afastada por auxílio doença até 16/05/2008, quando obteve alta médica. O laudo pericial de fls. 193/200, não infirmado por outros meios de prova, concluiu que não há incapacidade da reclamante, estando plenamente apta ao trabalho. ... A reclamante não produziu prova capaz de demonstrar que a empresa impediu seu retorno ao trabalho, após o término do benefício. E, tampouco há que se falar em readaptação, eis que não houve qualquer incapacidade laboral. Inexiste qualquer comunicado da Previdência Social, no sentido da readaptação noticiada. Da análise detida da inicial, nota-se que a reclamante não provou o impedimento quanto ao retorno ao trabalho, repita-se, bem como não provou que o telegrama de fl. 29 tenha sido entregue à empresa....Dessa forma, a empresa não teria como saber se a autora permanecia afastada, se teria ocorrido reconsideração do benefício, com efeito retroativo, que é usual ocorrer. No tocante à ação previdenciária, mais uma vez, não prospera a alegação de que a empresa agiu somente, após a ciência da decisão, pois, não sendo parte daquela ação, não poderia ter ciência do resultado. Frise-se ainda que, a ação foi julgada improcedente; vale dizer, a doença profissional não foi reconhecida, no âmbito de referida ação acidentária.. **O que resta evidente, na hipótese, é que a autora recebeu alta em 2008 e permaneceu em silêncio por longos 4 anos, sem retornar ao trabalho e sem produzir prova de que foi impedida de fazê-lo. Não pode, agora, pretender transferir à empresa a responsabilidade por sua omissão. Processo TRT 2^a Região nº 0000401-59.2012.502.0434, 11^a Turma, Relatora Wilma Gomes da Silva Hernandes, data da publicação: 02/07/2014.**

Pelo que se infere do julgado, a configuração do limbo previdenciário trabalhista, bem como sua prova, ou seja, de que o empregador impediu o retorno ao trabalho, é relevante a ponto de determinar a responsabilidade do empregador ou não. Com efeito, na decisão

relatada, a responsabilidade do empregador não se manteve diante da ausência de provas de que teria impedido a reinserção da trabalhadora.

Do acórdão supramencionado podemos concluir que caberá eventual alegação de culpa exclusiva da vítima, quando esta por exemplo, não retornar ao trabalho em até 30 dias da cessação do benefício previdenciário caracterizando abandono de emprego. Saliente-se que quando isso ocorre, na realidade, não se trata de limbo, já que não houve impedimento de retorno ao trabalho. Nesses termos, quando demandado em ação judicial que pleiteia verbas salariais afirmando o reclamante trata-se de limbo previdenciário trabalhista, poderá o empregador alegar culpa do empregado, se na realidade não houve negação de retomada do trabalho, mas sim o empregado deixou de comparecer dentro do prazo aludido na Súmula 32 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Afirma-se dessa forma que a negativa do reclamante em prestar serviços após alta previdenciária é excludente de responsabilidade do empregador no limbo previdenciário trabalhista. É medida esta que assegura o equilíbrio da relação envolvendo limbo previdenciário trabalhista: incumbe ao empregador permitir o trabalho, assim como cabe ao empregado dirigir-se à empresa. São, por conseguinte, deveres correspondentes.

Tanto é dever do empregado comparecer à empresa após alta previdenciária, que nesse sentido foi proferido acórdão pela 18ª Turma do Egrégio TRT-2ª Região, o qual condenou a reclamada, visto que o reclamante realizou a providência que lhe impunha, qual seja reapresentou-se ao serviço. Ainda restou fundamentado no acórdão que caso o reclamante se negasse a prestar serviços após alta previdenciária poderia ser demitido por justa causa (ANEXO C – Acórdão na Íntegra - Processo TRT 2ª Região nº 0000901-46.2013.5.02.0061, 18ª Turma, Relator Donizete Vieira da Silva, data da publicação: 24/03/2014).

Ainda, nesse mesmo sentido foi proferido acórdão pela 13ª Turma do Egrégio TRT-2ª Região consignando que se o trabalhador não se apresentar ao serviço, o empregador pode se utilizar de meios coercitivos para exigir seu retorno, tais como advertências, suspensões e em último caso a demissão por justa causa:

...Em linha com a jurisprudência que se forma sobre o tema, entendo que o contrato de trabalho só permanece suspenso durante a fruição do auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, nos exatos moldes do artigo 475 e 476 da CLT. A partir do momento em que ocorre a alta previdenciária, o contrato de trabalho retoma sua vigência plena, com exigibilidade do cumprimento das obrigações que cabe a cada uma das partes, inclusive quanto ao pagamento dos salários e prestação de serviços. Se o trabalhador, após receber alta do INSS, não se apresenta para o trabalho, a empresa pode se utilizar dos meios coercitivos previstos na legislação, exigindo o retorno em função compatível, sob pena de advertências, suspensões e, em último caso, demissão por justa causa, por abandono de emprego. Não lhe é dada, contudo, a possibilidade de permanecer na cômoda inércia, sem cumprir com sua obrigação remuneratória, na esperança que o reclamante um dia, por seus próprios esforços,

consiga nova concessão de benefício. Processo TRT 2ª Região nº 0000787-08.2012.5.02.0461, 13ª Turma, Relator Roberto Barros da Silva, data da publicação: 24/02/2015.

Tal entendimento é justo e promove equilíbrio ao caso, no entanto, poderá incentivar eventuais empregadoras a demitir por justa causa trabalhadores que efetivamente se encontram incapacitados, razão pela qual não se apresentam ao trabalho e ultrapassam o prazo de 30 dias da Sumula 32 do TST. Dessa forma, para aferir, se está diante de um caso que possibilita a rescisão por justa causa ou diante de um trabalhador que efetivamente encontrava-se incapacidade para o trabalho, aconselha-se realização de perícia técnica quando o empregado alegar doença, seja comum ou ocupacional. Trata-se de medida necessária somente para que não se confunda os casos de real justa causa por abandono de emprego com trabalhadores que efetivamente não se encontram capacitados para o trabalho, apesar da alta previdenciária e obrigação de retomar seus serviços junto à empregadora. Poderiam tais empregados ser dispensados, conforme se verá no item seguir, mas o motivo da ruptura contratual deverá ser dispensa sem justa causa. Difícil alegar neste caso que a reclamada age com má-fé, pois está exigindo serviços respaldada por uma decisão dotada de presunção de veracidade (laudo do INSS). Nesta situação, o trabalhador quando realmente está incapacitado, a despeito do laudo do INSS atestando sua capacidade, resta o mais prejudicado. Mas saliente-se: não há nesse aspecto requisitos de responsabilidade para afirmar que caberá à reclamada pagar salários até o trabalhador recuperar-se ou obter resposta de pedido de reconsideração de decisão junto ao INSS ou ainda de ação previdenciária para concessão de benefício previdenciária. A despeito desse entendimento, há decisões que afirmam a responsabilidade da empresa, ainda, quando o reclamante não possa retornar ao trabalho, conforme se verá mais adiante. A questão, conforme se denota é complexa.

Acrescenta-se, que ainda que o próprio trabalhador tenha requerido pedido de reconsideração ao INSS pleiteando que lhe seja deferido o benefício previdenciário, não poderá a reclamada alegar tal fato como excludente de responsabilidade, visto que o contrato efetivamente não está suspenso. Dessa forma, é o entendimento manifestado pelo acórdão da 3ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, cujo trecho segue:

Em sua exordial alega o reclamante que foi admitido pela ré em 03/07/2004, tendo sido dispensado sem justa causa em 01/12/2010. Salienta que ficou afastado em razão da concessão de auxílio doença e que após obter alta médica do INSS (12/04/2008) foi impedido pela ré de retornar a seu posto de trabalho, ficando até a data de sua dispensa sem receber salários. Sustenta a ré em sua contestação que o reclamante não comprovou sua alta médica junto ao INSS e a cessação do benefício previdenciário. Destaca que após a alta da autarquia o contrato de trabalho do autor permaneceu suspenso, uma vez que este pleiteava perante o INSS a manutenção de

seu afastamento e consequente recebimento de benefício previdenciário... Os fatos narrados na exordial restaram confirmados pela defesa. Apesar de afirmar não ter tomado conhecimento da cessação do benefício previdenciário, ao mencionar que o contrato de trabalho do autor permaneceu suspenso durante o período em que era pleiteada a manutenção do benefício previdenciário, a ré implicitamente confirma que tinha ciência da alta do reclamante junto ao INSS....Cessado o afastamento previdenciário incumbe à empregadora receber o trabalhador em seu antigo posto de trabalho (haja recurso administrativo ou não do trabalhador ou da empresa), ou, não sendo possível, providenciar uma atividade que seja compatível com as limitações do empregado. Também possui legitimidade para recorrer da alta médica do INSS. **O trabalhador não pode ficar a mercê do desfecho de recurso apresentado por ele ou pela própria empregadora na via administrativa para receber salário, caso contrário ficaria no denominado limbo jurídico previdenciário-trabalhista, pois não receberia nem o salário, nem o benefício previdenciário.** A pendência de recurso administrativo não autoriza o afastamento do serviço, mormente quando o INSS já declarou a capacidade laboral do empregado. (grifo nosso) **Processo:** AIRR - 170-24.2012.5.02.0372 **Data de Julgamento:** 17/09/2014, **Relatora Ministra:** Vania Maria da Rocha Abensur, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT19/09/2014)

Há, ainda, quem alegue o fato de terceiro, ou seja, conduta falha do INSS, como excludente de responsabilidade. Percebe-se que majoritariamente não é esse o entendimento dos tribunais trabalhistas. Não pode o empregador afirmar que não irá permitir o retorno do trabalhador, visto que o INSS atestou erroneamente a capacidade ao trabalho. Não tem sido o fato de terceiro considerado como excludente de responsabilidade na questão atinente ao limbo previdenciário trabalhista. Silvio de Salvo Venosa⁴⁸⁴ assevera que a questão de considerar ou não fato de terceiro como excludente de responsabilidade é realmente de difícil solução, mas afirma o jurista que na maioria das vezes os magistrados não o aceitam e alegam que nos termos do artigo 929 e 930 do Código Civil, poderá haver ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo.

Cumprе ressaltar, todavia, ainda quanto ao tema “fato de terceiro” que a jurisprudência não é pacífica, embora majoritariamente não se admita tal excludente. Consoante se depreende do acórdão, cujo trecho segue transcrito o MM. Relator, entendeu pela ausência de abuso da reclamada, reconhecendo que a situação vivenciada pelo reclamante foi fruto da resistência do Instituto Nacional de Seguro Social em reconhecer a incapacidade do trabalhador:

...Reconheço que a situação vivenciada pelo autor é delicada, visto que teve seu benefício previdenciário suspenso pelo INSS, porém, não percebeu sua remuneração, vez que permaneceu afastado de seu labor. Contudo, tal como o Juízo a quo, entendo que não deve ser imputado a reclamada o dever de arcar com a remuneração do obreiro se não deu causa a este evento. Conforme se observa dos autos, o reclamante, após o período de afastamento deferido pelo INSS, compareceu a reclamada. A reclamada atestou a incapacidade do reclamante e o encaminhou ao INSS para nova perícia, em 01/11/2011. O

⁴⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

reclamante recorreu da decisão da autarquia previdenciária em 16/11/2011. Após esta data, não há notícia quanto à decisão do INSS. O autor retornou ao trabalho em 14/06/2012, sendo considerado apto e foi dispensado sem justa causa em 15/06/2012. Ressalte-se que o ato da reclamada que, em um primeiro momento, atestou a incapacidade do autor e o encaminhou para nova perícia no INSS demonstra cautela em relação à saúde do reclamante, considerando a existência de laudo médico particular apontando a sua incapacidade laboral. Após, considerando-o apto, não havia impedimento para sua dispensa. É de se destacar, ainda, que a doença que acomete o autor não tem origem ocupacional. Logo, vislumbro que o transtorno causado ao autor foi fruto da resistência do INSS em reconhecer que a sua incapacidade para o trabalho não havia cessado em 16/09/2011, data da alta previdenciária. Não obstante, essa situação não pode ser imputada à reclamada, que para ela não concorreu. Desta feita, a sentença de origem deve ser mantida, tanto quanto ao indeferimento dos salários, quanto ao dano moral eventualmente decorrente. Nego provimento. Processo TRT -17ª Região 95200-88.2012.5.17.0010, Data de Julgamento: 25/11/2014, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamago Pertence, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014.

Nota-se que a decisão considera que houve cautela da reclamada ao impedir a retomada de trabalho pelo empregado, bem como ressalta que a doença que o acometia não era decorrente de doença ocupacional. Ressalta-se, todavia, que referida decisão foi reformada no Colendo Tribunal Superior do Trabalho, justamente porque conforme já se salientou a posição dominante é no sentido de responsabilizar a reclamada caso esta impeça o retorno do empregado. Os artigos indicados como violados, a fim de possibilitar o conhecimento do recurso de revista foram os seguintes: artigo 1º, inciso III, 170, inciso III, ambos da Constituição Federal e artigo 421 do Código Civil. Nos termos da referida decisão o ato ilícito da reclamada violou os princípios da dignidade da pessoa humana e função social do contrato e da propriedade (Processo RR-95200-88.2012.5.17.0010, data de julgamento: 25/11/2012, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamago Pertence, 5ª Turma, Data da Publicação: DEJT 05/12/2014.).

No que tange ao mérito da decisão, a reclamada foi condenada a pagar os danos materiais ao impedir o retorno do trabalhador à empresa após alta previdenciária, correspondentes justamente aos salários desde a mencionada alta até a data da rescisão do contrato de trabalho, bem como danos morais. O fundamento da condenação, ainda, ressalta a necessidade de averiguar se presentes os requisitos da responsabilidade, quais sejam ato ilícito, nexo de causalidade, culpa do agente e dano da vítima:

Conhecido o Recurso de Revista por violação literal dos arts. 1º, III e 170, *caput*, da Constituição Federal e 421 do Código Civil, seu provimento é medida que se impõe. O ato ilícito perpetrado pela Reclamada, conforme já exposto, gera o dever de reparar os danos materiais e indenizar os danos morais sofridos pelo trabalhador. No caso, o dano material consiste nas verbas salariais não adimplidas no período em que o Reclamante não percebeu benefício previdenciário e o contrato de trabalho ainda estava vigente, ou seja, de 03/10/2011 a 14/06/2012. **Por sua vez, há na**

hipótese a presença de todos os requisitos da indenização por danos morais, conforme a responsabilidade subjetiva, quais sejam, o ato ilícito, o nexo de causalidade, culpa do agente e o dano da vítima. A dignidade do Reclamante foi diretamente atingida pela omissão empresarial de lhe remunerar na vigência do contrato de trabalho, sem que aquele percebesse benefício previdenciário. Tal omissão gerou o dever de também indenizar o dano existencial sofrido pelo Reclamante. Considero razoável e proporcional o valor de R\$ 5.000,00 a título de indenização por danos morais. Ressalta-se que para a fixação do referido valor houve a consideração do caráter pedagógico da medida, da capacidade econômica do ofensor e da gravidade da culpa empresarial. Dou provimento ao Recurso de Revista para condenar a Reclamada ao pagamento das verbas salariais concernentes ao período de afastamento (03/10/2011 a 14/06/2012), conforme se apurar na fase de liquidação. Também condeno a Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Inverto os ônus da sucumbência. Mantido o valor arbitrado à condenação. (grifo nosso) **Processo:** RR - 95200-88.2012.5.17.0010, **Data de Julgamento:** 25/11/2014, **Relator Desembargador Convocado:** Marcelo Lamago Pertence, 5ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 05/12/2014.

3.5. Análise da questão do limbo a partir da conduta do trabalhador

Primeiramente incumbe ressaltar que conforme já esclarecido a solução ideal à questão do limbo previdenciário trabalhista esbarra na questão da competência estabelecida na Constituição Federal de 1988. Os aspectos atinentes à competência serão melhor analisados nos próximos itens deste capítulo, todavia, diante da redação atual da Constituição Federal impõe-se, definir algumas soluções válidas ainda que se considere a problemática da competência a mais grave para ser alcançada uma solução ideal. Dentro do contexto da situação atual, necessário distinguir duas hipóteses. Embora tais hipóteses não estejam muito bem definidas na jurisprudência, entendemos que diferenciá-las é medida de realização de justiça. Com efeito, pelo que se pode notar após alta previdenciária, há casos em que o trabalhador acata decisão do órgão previdenciário e pretende, ele mesmo, seu retorno à empresa, ainda que conforme orientação do INSS para restringir-se a realizar funções compatíveis com seu estado de saúde e há situações em que o próprio trabalhador, a despeito da decisão do INSS atestando sua capacidade, não tem condições de trabalho e não pretende retornar ao trabalho. É neste aspecto, que se entende que a questão dever ser melhor vislumbrada.

Conforme já esclarecido, diante do limbo previdenciário trabalhista, a empresa deve permitir o retorno ao trabalho, sob pena de incorrer em ato ilícito nos termos do artigo 187 do Código Civil. Por sua vez, ao trabalhador cabe se apresentar à empresa após a alta, observado

o prazo da Súmula 32 do C.TST, para retornar a prestação de serviços. Infere-se, daí que diante de caso em que o próprio reclamante curva-se à decisão da autarquia previdenciária e quer seu retorno ao trabalho, deverá a empresa tomar algumas das seguintes alternativas possíveis, sob pena de deixar o trabalhador no “limbo”.

A primeira das alternativas possíveis, já que o próprio reclamante pretende seu retorno, é a reclamada permitir o trabalho, resguardando o trabalhador em função compatível com seu estado de saúde a partir do laudo elaborado pelo seu próprio médico do trabalho e paralelamente recorrer via administrativa ou judicial para que o INSS conceda o benefício ao qual faz jus o trabalhador. Diante dessa opção, imaginemos a hipótese da reclamada ter de ajuizar ação em face do INSS para provar a incapacidade do trabalhador. Caso procedente a demanda, o trabalhador terá direito ao benefício previdenciário até a data definida pelo perito judicial. Entretanto, cabe ressaltar que comprovada a incapacidade do trabalhador, possivelmente haverá o reconhecimento das prestações vencidas decorrentes do benefício previdenciário que deveria ter sido concedido e não o foi na época adequada. Indaga-se diante da questão: quem faz jus aos retroativos: a empresa, a qual ajuizou ação e teve que pagar salários ao trabalhador ou o próprio trabalhador, o qual mesmo incapacitado teve de prestar serviços? Tratando-se de parcelas de benefício previdenciário e este sendo concedido ao trabalhador cabe afirmar que ele é o único legítimo a receber as parcelas retroativas.

A segunda das alternativas deverá ser tomada pela empresa se a conclusão do laudo de seu médico do trabalho for atestando a incapacidade e não tão somente necessidade de restringir determinadas funções. Trata-se de conceder licença remunerada. Tal qual na primeira alternativa, também nesta hipótese deverá a reclamada ajuizar ação para pleitear benefício previdenciário ao trabalhador. Procedente a demanda, imagina-se quem será o legítimo a receber os valores retroativos. Diversa deve ser a conclusão em relação a quem será legítimo a receber os retroativos. Isto porque comprovado que era o caso de concessão de benefício previdenciário e tendo a empregadora pago salários ao trabalhador durante todo o decorrer da ação previdenciária sem que o mesmo lhe prestasse serviços, caso os retroativos fossem pagos ao trabalhador ele teria percebido salários e benefício previdenciário, como se estivesse capacitado e incapacitado ao mesmo tempo. Ensejaria enriquecimento ilícito. Ademais, quem efetivamente arcou com os salários, durante o período em que na realidade o trabalhador encontrava-se incapacitado foi o empregador. Tratou o empregador de resguardar o trabalhador, pagando-lhe salários sem exigir contraprestação laborativa. Assumiu, portanto, uma responsabilidade que originalmente não lhe competia, visto que comprovado judicialmente que o trabalhador está incapacitado ao trabalho. Destarte, o empregador deverá

ser reparado pela autarquia previdenciária. Compreende-se que o empregador acatou a decisão do INSS naquele momento apenas por uma questão de presunção de veracidade da decisão da autarquia previdenciária, bem como não exigiu a contraprestação ao trabalhador movido pelos princípios da dignidade do trabalhador e prevenção e precaução do meio ambiente do trabalho. Vale destacar, o artigo 934 do Código Civil⁴⁸⁵, o qual estabelece que aquele que ressarcir o dano causado por outrem poderá reaver o que pagou.

Ademais a obrigação do INSS de ressarcir o empregador que pagou salários ao empregado que comprovadamente estava incapacitado ao trabalho, advém de uma construção lógica dos próprios artigos 934 do Código Civil e 120 e 121 da Lei nº 8.213/1991. Do artigo 120 da Lei 8.213/1991⁴⁸⁶ infere-se dever do Instituto Nacional de Seguro Social de ajuizar ação regressiva contra os empregadores responsáveis nos caso de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho. Destaca Fernando Maciel⁴⁸⁷:

O art. 120 da Lei n. 8.213/91 não criou um direito ressarcitório em prol do INSS, ao contrário, instituiu um dever de a Previdência Social buscar o ressarcimento das despesas suportadas em face da conduta culposa de terceiros. É o que se extrai do caráter imperativo do verbo contido no referido preceito legal (“a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”).

Por sua vez, o artigo 121 da Lei 8.213/1991⁴⁸⁸ da Lei 8.213/1991 expressamente prevê “responsabilidade civil da empresa ou de outrem”. A ação regressiva prevista no artigo 120 do mencionado diploma legal, bem como no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988⁴⁸⁹, tem por objetivos ressarcir, punir e prevenir. Acerca das mencionadas pretensões, esclarece Fernando Maciel:

O objetivo mais evidente da ARA, também denominado de objetivo explícito ou imediato, consiste no **ressarcimento das despesas** (vencidas e vincendas) relativas às prestações sociais concedidas em face dos acidentes do trabalho ocorridos por culpa dos empregadores⁴⁹⁰Em matéria de ARAS, a condenação ao ressarcimento dos prejuízos suportados pelo INSS também deve ser considerada como um castigo imposto aos empregadores que, por descumprirem as normas de saúde e segurança do trabalho, incorrem num ilícito que, dada a sua gravidade e os malefícios que acarretam para a vida e a integridade física dos trabalhadores, **merece receber a**

⁴⁸⁵ Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

⁴⁸⁶ Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

⁴⁸⁷ MACIEL, Fernando. Ações Regressivas Acidentárias. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 17.

⁴⁸⁸ “Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.”

⁴⁸⁹ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:... XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

⁴⁹⁰ MACIEL, Fernando. Ações Regressivas Acidentárias. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 57.

devida punição ⁴⁹¹ ...Apesar desse caráter distintivo entre as funções da responsabilidade civil, não se deve olvidar a relação instrumental existente nessa múltipla funcionalidade, pois é por meio da punição imposta ao agente infrator, representada pelo dever de reparar o dano, que a **função preventiva** produzirá seus efeitos ⁴⁹² (grifos nossos)

Podemos concluir, assim, que o mesmo fundamento que impulsionou a criação da ação regressiva contra o empregador, deve ser aquele que ampara a pretensão de ressarcimento do empregador em face do INSS na situação em que o primeiro paga licença remunerada ao empregado incapacitado, o qual deveria ter benefício previdenciário concedido no momento adequado. A prevenção de acidentes de trabalho, manutenção do meio ambiente laboral sadio, e o próprio direito ao ressarcimento estampado no artigo 934 do Código Civil são os fundamentos capazes de amparar o direito do empregador de ser ressarcido pelo INSS.

A terceira das alternativas possíveis à empresa diante do limbo previdenciário trabalhista é a dispensa sem justa causa. Ressalta-se que essa hipótese somente será permitida caso não se trate de incapacidade por acidente do trabalho ou por doença ocupacional, pois nesse caso o trabalhador faria jus à estabilidade provisória nos termos do artigo 118 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido os incisos I e II da Súmula 378 do TST:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no n no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Ainda, nessa mesma conjuntura foi proferido acórdão, o qual estabeleceu que o direito potestativo da reclamada de dispensar imotivadamente é mitigado pelo adoecimento do autor decorrente de doença ocupacional, conforme laudo pericial produzido nos autos. Segue trecho:

Conclui-se, pois, que o laudo pericial de fls. 802/811 seguiu com fidelidade, todos os procedimentos estabelecidos na Portaria nº. 3.214/78, tendo concluído que o Obreiro ainda encontra-se doente, inapto para o trabalho, sequer havendo previsão para sua melhora. Vale esclarecer que a conclusão esposada pela Perita do Juízo foi a mesma apresentada em perícia anterior (ver fls. 44/52), **evidenciando, desse modo,**

⁴⁹¹ Ibidem, p. 38.

⁴⁹² Ibidem, p. 39.

que a patologia apresentada pelo Obreiro possui, sim, origem ocupacional e que, até a data da perícia, não havia melhora no seu quadro médico detectado na época de seu primeiro afastamento do trabalho. Por outro lado, registre-se que o Recorrente/Demandado não produziu qualquer prova (seja oral seja documental) capaz de infirmar a conclusão a que chegou a Perita indicada pelo Juízo, sendo certo que a decisão do INSS de ter dado alta médica ao empregado não tem o condão de vincular o Julgador do feito. **Isso porque o laudo apresentado pela Autarquia Previdenciária deve ser considerado como mero elemento de prova e, como tal, pode ser desconstituído por outras provas em sentido contrário, tais como as conclusões esposadas pela Perita indicada pelo Juízo.** (grifo nosso) **Processo:** AIRR - 785-82.2012.5.05.0193 **Data de Julgamento:** 03/12/2014, **Relator Ministro:** Ronaldo Medeiros de Souza, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014.

Ressalvada a hipótese de estabilidade acidentária, não haveria, a princípio, óbice para rescindir o contrato. Esse é o entendimento manifestado em alguns acórdãos, que inclusive consignaram que a responsabilidade da reclamada no limbo previdenciário trabalhista advém de não permitir o retorno do trabalhador, deixando-o, consequentemente numa espécie de “limbo contratual”, situação que não ocorreria caso fosse dado prosseguimento ao contrato de trabalho ou então ocorrendo seu término:

Não pode a empregadora, depois da alta médica e após retorno ao trabalho, simplesmente declarar a inaptidão do recorrido, quando o INSS já lhe outorgara a alta médica de há muito. Uma vez cessado o afastamento previdenciário, o contrato de trabalho voltou a surtir seus efeitos, cumprindo à empregadora continuar a pagar os salários e demais consectários legais. A interrupção na prestação de serviços, por imposição das rés, não se presta a respaldar a ausência de pagamento dos salários. Não se afigura plausível que o empregado, sem outros meios de prover o sustento próprio e da sua família, aguarde indefinidamente a solução da controvérsia (criada pelas empresas), sem auferir o benefício previdenciário e tampouco os respectivos salários, arcando com os prejuízos decorrentes da situação. Cabia às recorrentes manter o posto de trabalho e reencaminhar o interessado ao INSS visando nova avaliação e eventual novo afastamento, circunstância que, reprise-se, não retira das mesmas o cumprimento das obrigações patronais e não configura suspensão do contrato. Poderiam, ainda, realocá-lo em outras tarefas e ao mesmo tempo solicitar ao órgão previdenciário esclarecimentos e orientações sobre o procedimento a adotar, inclusive a respeito do encaminhamento para readaptação, lembrando-se que o autor, na inicial, noticia que o INSS o encaminhou para reabilitação, alegação não especificamente impugnada. **Poderiam, também, rescindir o pacto laboral ao invés de simplesmente impedir a prestação de serviços.** Revela-se, assim, o limbo jurídico causado ao reclamante, eis que a empregadora tinha plena ciência da alta previdenciária e permitiu o retorno ao trabalho, sendo seu dever arcar com as obrigações decorrentes até solucionar a questão junto ao INSS. (grifo nosso). Processo TRT 2ª Região, nº 0000392-72.2013.5.02.0431, 7ª Turma, Relatora Sonia Maria de Barros, data da publicação: 11/07/2014.

Nesse sentido também foi proferido acórdão pelo Egrégio TRT- 16ª Região, cuja ementa segue transcrita, salientando-se que é possível ao empregador até mesmo dispensar o empregado sem justa causa, o que não se admite é deixá-lo no limbo:

INCERTEZA QUANTO À APTIDÃO DO RECLAMANTE PARA O TRABALHO. AFASTAMENTO. SALÁRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL. Se o empregador discorda da decisão do INSS que considerou seu empregado apto para o trabalho deve impugná-la de algum modo, **ou, até mesmo, romper o vínculo, jamais deixar o seu contrato de trabalho no limbo, sem definição.** Como, no caso em exame, a reclamada somente veio a despedir o reclamante um ano e nove meses após, incorreu em culpa, ensejando o pagamento de indenização por danos morais, bem assim dos salários devidos no respectivo período. Isso porque nos casos em que o empregado não apresenta aptidão para o trabalho e o INSS se recusa a conceder-lhe o benefício previdenciário, incidem os princípios da função social da empresa e do contrato, da solidariedade social e da justiça social, que asseguram o pagamento dos salários, ainda que não tenha havido prestação de serviço (grifo nosso) Processo TRT -5ª Região nº 0000565-04.2010.5.05.0016, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Dalila Andrade, data de julgamento: 05/07/2011.

Portanto, na hipótese do empregado pretender seu retorno à empresa, essa não deve de forma alguma impedir a retomada do trabalho a não ser que lhe conceda licença remunerada respaldada pelo princípio da precaução ambiental, conforme já explicitado. Isto porque, a jurisprudência tem compreendido tal conduta como abuso de direito da reclamada, no sentido de abuso de seu poder de comando, deixando o trabalhador, parte mais frágil de toda a situação sem alternativa diante de um contrato de trabalho ainda vigente, porém sem possibilidade de perceber a remuneração que lhe cabe. Ocorrendo tal conduta da reclamada e querendo retomar sua atividade no mercado de trabalho, poderá o reclamante ajuizar a correspondente ação postulando a reintegração na empresa, ou ainda, requerendo que seja declarada a rescisão indireta, nos termos do artigo 483, “d”, da CLT, ou ainda tais requerimentos de forma sucessiva, ou seja, não sendo possível a reintegração, que seja declarada a rescisão indireta.

Ainda, podemos concluir que se o INSS tiver concedido alta e o benefício previdenciário for decorrente de acidente do trabalho ou doença ocupacional, ainda que a empresa, na realidade não concorde com essa classificação do INSS (código do benefício concedido por doença acidentária), deverá observar o prazo referente à estabilidade acidentária. Por esse motivo, quando a empresa não concordar com o deferimento de benefício acidentário deverá recorrer administrativamente ou judicialmente. Encontramos na jurisprudência caso similar ao relatado, sendo que a trabalhadora tinha sido diagnosticada com transtorno mental decorrente de depressão grave. A despeito da doença não ter relação com o trabalho, o INSS concedeu benefício previdenciário acidentário (código 91). Após alta previdenciária, o empregador negou retorno ao trabalho afirmando que a empregada ainda apresentava sinais graves de depressão, considerando temerosa sua reinserção na empresa naquele momento. Não lhe pagou salários e não rescindiu o contrato, mantendo-a no “limbo”.

A empregada ajuizou ação competente requerendo rescisão indireta do contrato. Na primeira instância a ação foi julgada improcedente. Saliente-se o fundamento da MMª Juíza prolatora da sentença, a qual entendeu que a reclamante não comprovou que pretendeu seu retorno ao trabalho, bem como que a doença não tem nexos de causalidade com as atividades desenvolvidas na empresa:

A autora requer a rescisão indireta do contrato de trabalho, uma vez que a autora ao descer das escadas da reclamada, desmaiou e ficou afastada, sendo que o INSS concedeu alta em 13.02.2009. A autora afirma que o médico do trabalho da reclamada a considerou inapta e encaminhou-a ao INSS, sendo que este não a reintegrou no emprego. A reclamada afirmou que quando a autora retornou ao trabalho, o médico do trabalho constatou que a reclamante não tinha condições para retornar ao emprego, pois foi constatado problemas psiquiátricos. Neste momento, a reclamada forneceu outro CAT à demandante, a fim de requerer o benefício previdenciário. O autor não comprovou com testemunhas suas alegações. A reclamada não pode arcar com um custo que é do INSS. E sim, a mesma deve recorrer perante o órgão previdenciário. Não há como a reclamada reintegrar uma empregada sem condições físicas e psíquicas ao trabalho. O laudo médico constatou que a autora possui depressão grave acompanhada de fobia, sem nexos com o trabalho desempenhado (fls. 235/241 e 251). Diante disso, indefiro o pedido de rescisão indireta, dano moral e material. Processo TRT- 2ª Região nº 02817-0070-2010.502.0070, MMª Juíza Renata Curiati Tibério, data da publicação: 28/09/2012)

Em segunda instância, todavia, a ação foi julgada parcialmente procedente. Interessante, ainda, constatar que a empresa foi responsabilizada diante do limbo previdenciário trabalhista à indenização correspondente ao prazo da estabilidade acidentária, uma vez que a reclamante havia recebido benefício acidentário e depois de determinado período sem trabalho passou a laborar para outra empregadora. Ressaltou o MM. Juiz Relator Carlos Roberto Husek:

...Não obstante, entendo que o deferimento do pedido de auxílio doença de natureza acidentária (código 91) pelo órgão competente (f. 42/48), obriga o empregador a pagar-lhe salários pelo prazo do art. 118 da Lei de Benefícios Previdenciários, prestigiando a objetividade da lei. É certo que a empresa, comunicada da decisão do INSS (doc. 11) não intentou qualquer providência administrativa ou judicial para alterar essa constatação, com ela se conformando, pelo que não pode a ré fácil e comodamente não dar trabalho, nem pagar salário, isto é, simplesmente deixar a própria sorte o empregado que contratou e dele retirou sua força de trabalho, mas que, no curso do contrato de trabalho deixou de reunir as condições mínimas para desempenho de sua atividade laboral. Noutro giro verbal, as patologias que afligem a autora não têm origem ocupacional e a autora apresenta doenças psiquiátricas que requerem tratamento, não sendo o empregador compelido a assumir os riscos de manter em seus quadros trabalhador sem condições de exercer suas funções com segurança, o que é facilmente perceptível diante do comportamento da reclamante, por ocasião da perícia. Porém, o caso dos autos é um daqueles em que o Instituto Nacional de Seguridade Social entende que o trabalhador que gozou benefício previdenciário já está apto para trabalhar, enquanto que o médico da empresa considera que não, caindo no empasse da responsabilidade pelo pagamento dos salários. Ante o princípio protetivo que orienta o Direito do

Trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III, da Carta da República, ao menos pelo período a que faz referência o art. 118 da Lei 8.213/91, entendendo ser do empregador que se conformou com a classificação B-91 dada pelo INSS a obrigação de pagar os salários a partir do momento em que a trabalhadora obteve a alta previdenciária, ainda que esta não se encontre apta para a função em que foi admitida. (grifo nosso) Processo TRT- 2ª Região nº 02817-0070-2010.502.0070, 15ª Turma, Relator Carlos Roberto Husek, data da publicação: 25/06/2013.

Saliente-se que a referida decisão ainda consignou que não é o empregador “compelido a assumir os riscos de manter em seus quadros trabalhador sem condições de exercer suas funções com segurança”, entretanto em virtude da classificação do benefício previdenciário recebido pelo autor ser acidentário e em virtude da objetividade do disposto no artigo 118 da Lei nº 8.213/1991, o MM. Relator entendeu que o caso exigia a aplicação do referido artigo e consequentemente a condenação da reclamada à indenização correspondente.

Ainda, no que se refere a essa terceira alternativa à empregadora, qual seja rescindir o contrato sem justa causa, devemos reconhecer que não se mostra compatível com a garantia plena de emprego estabelecida no artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal. Entretanto, diante de uma situação, a qual poderá ser responsabilizada diante do limbo previdenciário trabalhista, a empresa que não deu causa à doença do trabalhador em decorrência das atividades nela desempenhadas, resta a alternativa “econômica” mais favorável e segura juridicamente diante das decisões atuais. Veja-se a situação da empregadora ao deparar-se diante de um trabalhador que é considerado apto ao trabalho pelo INSS, porém seu próprio médico ao observar as determinações e precauções constantes na Norma Regulamentadora nº 07, afirma que na realidade está incapacitado ao trabalho. Já não seria caso de permitir seu trabalho, pois incorreria no risco de ver-se diante de uma eventual responsabilidade pelo agravamento das doenças ou até um novo acidente do trabalho. Conceder uma licença remunerada ao trabalhador e tentar reverter essa situação posteriormente na Justiça, para a maioria das empresas brasileiras, micro ou pequenas empresas, mostra-se quase que economicamente impossível. Restará a demissão sem justa causa. Percebe-se, infelizmente, que a conclusão acaba sendo a demissão.

Temerosos de uma possível responsabilização caso o trabalhador adoecido retorne ao trabalho e se envolva em acidente de trabalho, bem como não sendo viável economicamente manter o funcionário em licença remunerada, frequentemente, as empresas acabam preferindo rescindir o contrato. Lamentavelmente, uma questão que poderia ser melhor dirimida através de uma correção na competência estabelecida na Constituição Federal, acaba, nos dias de hoje, estimulando demissões sem justa causa de trabalhadores, os quais podem estar, efetivamente, adoecidos. De certa forma estamos indo na contramão do que a própria

Constituição Federal pretendeu, ou seja, o pleno emprego. Uadi Lammêgo Bulos⁴⁹³ afirma que o inciso VIII do artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece como um dos princípios da ordem econômica a busca do pleno emprego é uma ilusão constitucional, pois não tem efetividade nos dias atuais. Traduz, no plano do dever ser, conforme entende o jurista, a mensagem de que a “ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, e, por isso, o labor configuraria a base do sistema produtivo”.

Discorreu-se até o momento acerca da hipótese do trabalhador pretender seu retorno ao trabalho após alta previdenciária. Quando, todavia, o próprio trabalhador não se vê em condições de retornar ao trabalho surge outra questão: haveria aí responsabilidade da empresa? Caso o empregado receba alta previdenciária do INSS e a empresa realizando seu exame médico entende que realmente o funcionário está apto ao trabalho, cabe ao funcionário também acatar a decisão do INSS e retornar ao trabalho. Se não retornar ao trabalho após 30 dias da alta previdenciária, o caso impõe solução com base na Súmula 32 do TST, qual seja rescisão por justa causa. E na situação, em que recebendo alta previdenciária o empregado não se vê possibilitado de trabalhar e vai até a empresa apresentando atestados de seu médico particular? Haveria, nesse caso, responsabilidade da empresa? Atualmente algumas decisões judiciais tem entendido que sim, tem responsabilidade ainda que o funcionário não queira seu retorno ao trabalho naquele momento. Baseiam as decisões nos princípios da função social, da valorização do trabalho e assunção dos riscos do negócio pela empregadora:

A reclamada, em contestação, rechaçou os pedidos do autor, sustentando que, ao contrário do alegado quanto a sentir-se apto ao trabalho após a alta previdenciária em 31/12/2006, na realidade o autor referia a impossibilidade de trabalhar, conforme comprovam os atestados médicos colacionados pelo próprio reclamante juntamente com a petição inicial. ...Acrescente-se, por se apresentar importante, que mesmo enquanto recorria junto ao INSS para restabelecer o benefício de auxílio-doença, o reclamante encaminhava à empresa os atestados médicos informando sua incapacidade, de sorte que a reclamada tinha ciência de sua condição, documentos que foram trazidos pela própria recorrida quando da apresentação de sua contestação, senão vejamos: O atestado de saúde ocupacional datado de 26/12/2013 consiga que o autor “*refere dores na região lateral da ACP Bilateral, dificuldade de deambulação*” (fl. 133), o mesmo ocorrendo no atestado de saúde ocupacional fls. 142, cujo exame ocorreu em 30/01/2007..., restou comprovado que o reclamante permaneceu sem receber salários durante o período de 04/02/2007 a 07/04/2010, com exceção do interregno compreendido entre 23/09/2008 e 06/11/2008, quando usufruiu do benefício de auxílio-doença, em virtude de ter realizado cirurgia de estômago. Tais fatos demonstram que o autor esteve, durante mais de três anos, no que se tem chamado de “limbo jurídico”, pois apesar de não afastado pelo INSS, com o contrato de trabalho que continuava em vigor, muito embora a empresa não permitisse o seu retorno, o trabalhador não podia prestar serviços, pela não aceitação da empresa ao seu retorno às atividades e, assim, não recebia contraprestação, o que certamente implicou em dificuldades na sua vida

⁴⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1264.

pessoal .**Não obstante, uma vez que considerado apto para o trabalho pelo órgão previdenciário e, portanto, cessada a suspensão do contrato de trabalho, era dever da empregadora pagar-lhe os salários a partir da cessação do benefício, tendo em vista que cabe a ela assumir os riscos do negócio.** Caso o autor apresentasse atestado orientando o seu afastamento por mais de 15 dias competia a ré encaminhá-lo novamente à Previdência Social ou, até mesmo, ainda que isso não ocorresse, não concordando a empresa com a alta dada pelo INSS poderia ter reencaminhado o trabalhador àquele órgão ou se insurgido judicialmente em face da decisão do órgão previdenciário. (grifo nosso) Processo TRT- 15ª Região nº 0000287-52.2012.5.15.0081, 4ª Turma, Relator a Dora Rossi Góes Sanches, data da publicação: 07/03/2014.

A despeito das respeitáveis decisões no sentido de imputar à reclamada responsabilidade no limbo em virtude dos princípios da função social da empresa, da valorização do trabalho e da assunção dos riscos do negócio pela empregadora, não se mostra esse o entendimento mais apropriado diante da situação, afinal o próprio empregado não pretendia seu retorno ao trabalho. Não estão presentes os requisitos da responsabilidade, quais sejam conduta comissiva ou omissiva; dano e nexo de causalidade. Há definitivamente um dano, pois o empregado está sem benefício previdenciário e sem salário, porém é de se ressaltar que não houve uma conduta comissiva ou omissiva da empresa e nem um nexo de causalidade entre o dano e a conduta da empregadora. Não houve limbo, justamente, porque a empresa não “recusou” o retorno do trabalhador, ao contrário ele mesmo não pretendeu seu retorno. Se o trabalhador está incapacitado e não se sente efetivamente capacitado de laborar, não há como a empresa exigir seu trabalho para não ser responsabilizada diante do limbo, e ainda não há como exigir que pague salários, mantendo o funcionário em licença remunerada. Nesse sentido, foi proferido acórdão, o qual estabeleceu que o próprio reclamante não pretendeu seu retorno ao trabalho após alta previdenciária, não havendo que se falar em “resistência” da empregadora após alta previdenciária, e por conseguinte, não haveria que se falar em responsabilidade:

...No caso, alegou a autora, na peça de ingresso, que, após permanecer afastada com auxílio-doença de março/2004 a maio/2008, não logrou êxito em conseguir novo afastamento a partir de então, retornando ao trabalho em outubro/2008. Ao final, consignou que *“ante a negativa do INSS em conceder novo afastamento, a trabalhadora permaneceu de maio a setembro de 2008 sem receber benefício do INSS e sem salários da reclamada”* (fl. 09). **Assim, não há na proemial qualquer menção a eventual resistência da empresa quanto ao retorno da autora ao trabalho ou mesmo ao dispositivo da CLT invocado, pelo que a referência a tais questões no presente apelo configura nítida inovação à lide. Na verdade, constata-se que a autora, na expectativa de ter acolhido seu pedido de renovação de afastamento previdenciário, optou por não retornar ao trabalho até outubro/2008, quando retomou suas atividades laborais regularmente sem qualquer oposição da ré.** Nesse contexto, ante a ausência de trabalho no período de maio de setembro/2008, não há que se falar no pagamento de salário referentes a tal

interregno. Mantenho. Processo TRT 2ª Região, nº 0002300-31.2009.5.02.0068, 1ª Turma, Relatora Beatriz de Lima Pereira, data da publicação: 24/07/2014.

Ademais, há de se considerar também nesse caso os princípios da boa fé e da razoabilidade. Maria Helena Diniz⁴⁹⁴ compreende boa fé da seguinte forma:

norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa. Trata-se, portanto, da boa fé objetiva. A esse respeito, o Código Civil, no art. 422, reza que ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’, impondo que haja entre as partes uma colaboração no sentido de mútuo auxílio na tratativa negocial, na formação, na execução e na extinção do contrato, impedindo que uma dificulte a ação da outra.

Lecionam Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva⁴⁹⁵ que a boa-fé juntamente com a probidade oferece a segurança das relações jurídicas. Acrescentam, ainda, afirmando que tais princípios “dependam da confiança e respeito mútuos, da lealdade e da equivalência das prestações e contraprestações. A ausência desses princípios basilares torna o negócio jurídico viciado, pois deturpa o consentimento das partes.”

Conforme se verifica não há conduta abusiva da empresa quando o próprio trabalhador não pretende naquele momento retornar ao trabalho. No momento em que o trabalhador não pretendeu o retorno ao trabalho, a empregadora agiu com boa fé, ainda que não tenha adotado nenhuma das três alternativas acima esboçadas. Destaca-se também o princípio da razoabilidade. Maurício Godinho Delgado⁴⁹⁶ assevera que o referido princípio dispõe que “...as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação.” Vale destacar que não é razoável exigir pagamento de salários da empresa, ainda que o empregado não esteja à sua disposição (artigo 4º CLT). Diferente, é a situação quando o trabalhador pretendia seu retorno à empresa após a alta previdenciária e a empresa o impediu de retornar, pois nessa situação a jurisprudência entende que o trabalhador estava à disposição:

**LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA- PREVIDENCIÁRIO AFASTAMENTO
PREVIDENCIÁRIO POR DOENÇA. ALTA MÉDICA. TEMPO À**

⁴⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

⁴⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações 2ª parte. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

⁴⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 192.

DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. RECUSA DO EMPREGADOR EM FORNECER TRABALHO, SOB ESPEQUE DE INCAPACIDADE DO TRABALHADOR NÃO PROVADA POR PERICIA OFICIAL. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR PAGAR OS SALÁRIOS. INTELIGENCIA DO ARTIGO 1º, INCISO III e IV, da CF; ART. 59, § 3º, DA LEI 8213/91 E ARTIGO 4º, DA CLT. Nos termos do artigo 1º, incisos III e IV da Carta Federal a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são fundamentos da ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional). Deste modo, nos termos do artigo 59, §3º, da Lei 8213/91, o empregador é responsável pelo pagamento dos salários de seus empregados, afastados por motivo de doença, pelos primeiros 15 dias. Após tal período e, enquanto durar a causa incapacitante para o labor, faz jus o trabalhador ao correspondente benefício previdenciário, ficando suspenso o contrato de emprego até a alta médica. Após a alta médica o contrato de trabalho volta a produzir todos os seus efeitos legais, e o trabalhador é considerado à disposição do empregador aguardando ordens, com o respectivo cômputo do tempo de trabalho e direito aos salários e demais vantagens próprias do vínculo empregatício, tudo por conta do empregador (art. 4º, CLT). Ao empregador não é dado recusar o retorno do trabalhador às suas atividades, após a alta médica do INSS, sob o fundamento de que o médico do trabalho da empresa considerou-o inapto. Se a empresa não concorda com a alta médica previdenciária do trabalhador deve recorrer da decisão da autarquia previdenciária e, destruir a presunção de capacidade atestada pelo médico oficial, fazendo valer a posição do seu médico. Não pode o empregador ficar na cômoda situação de recusa em dar trabalho e, carrear aos ombros do trabalhador uma situação de limbo jurídico trabalhista-previdenciário, deixando-o à própria sorte, sem receber salários e tampouco benefício previdenciário. Tal conduta não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF). Processo TRT – 2ª Região nº 0002095-37.2012.5.02.0087, 4ª Turma, Relatora: Ivani Contini Bramante, data da publicação: 15/08/2014.

Entretanto, conforme já salientado, algumas decisões tem imputado à empresa responsabilidade ainda que o trabalhador não queira, ele próprio, seu retorno ao trabalho. É por tal motivo que hoje é comum a conduta das empresas de logo após a alta previdenciária, demitirem o funcionário sem justa causa, ele pretendendo seu retorno ao trabalho, conforme explicitado no início deste item, ou não pretendendo seu retorno, conforme logo acima explicitado. Ora tem os empregadores receio de uma eventual responsabilização se permitirem o retorno ao trabalho e se acidentarem ou tem receio de, ainda, que os próprios trabalhadores não retornem ao trabalho por vontade, se vejam diante de uma responsabilidade fundada na função social da empresa. A rescisão sem justa causa é a solução que as empresas tem adotado por questão de “segurança”.

Saliente-se, ainda, outra possível situação na prática: se o empregado quando receber alta previdenciária se apresentar perante a empresa esclarecendo que a despeito da decisão previdenciária não está apto ao trabalho, conforme exames e laudos médicos de seus médicos particulares, poderia a empresa demitir por justa causa após 30 dias baseando-se na Súmula 32 do TST? Não se mostra razoável nesse caso a empresa demitir por justa causa. Não se trata de abandono de emprego. O trabalhador tinha uma justificativa válida, ainda, mais quando a própria empresa constata através de seu próprio médico que ele estava realmente

incapacitado. Se o trabalhador diante dessa situação for demitido por justa causa, entende-se direito seu pleitear na Justiça do Trabalho a reversão da justa causa aplicada para rescisão sem justa causa. Provavelmente o deslinde da questão estará atrelado à perícia médica para averiguar se estava ou não incapaz quando da dispensa. Se é direito potestativo do empregador rescindir o contrato de trabalho, ao menos deverá rescindir baseando-se no real motivo da rescisão, ou seja, sem justa causa.

A questão do limbo previdenciário trabalhista, conforme se denota do exposto, é complexa e não apresenta decisões unânimes na jurisprudência. Conforme a distribuição de competências atual, a solução que parece mais justa e equilibrada é compreender que a responsabilidade do empregador no limbo previdenciário trabalhista ocorre quando este resiste à tentativa do trabalhador de retornar à empresa após alta previdenciária, agindo com abuso de direito nos moldes do artigo 187 do Código Civil. Em outra hipótese, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos da responsabilidade necessários para condenar o empregador ao pagamento de salários não estando o trabalhador à sua disposição (artigo 4º CLT).

3.6. Fundamentos das decisões para atribuir a responsabilidade no limbo previdenciário trabalhista ao empregador

Conforme exposto são distintos os entendimentos jurisprudenciais no que tange à responsabilidade no limbo previdenciário trabalhista. Algumas decisões atribuem ao empregador responsabilidade ainda que o próprio trabalhador não tenha pretendido seu retorno, outras somente quando há comprovação de resistência do empregador. Mas todas as decisões são quase que unânimes em ressaltar que a decisão do Instituto Nacional de Seguro Social é dotada de presunção de veracidade. Essa é uma das principais razões pelas quais deve o empregador permitir o retorno do trabalhador, ainda que pretenda reverter essa decisão da autarquia administrativa ou judicialmente. Nesse sentido foi proferido acórdão pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, cujo trecho segue:

Pois bem; da análise dos autos constata-se que a autora obteve, a partir de 12/12/2012, sucessivos afastamentos por motivo de saúde, em decorrência de dores no pé direito, tendo sido encaminhada pela empresa para o INSS em 25/12/2012 (fls. 20/31). Ocorre que a autarquia previdenciária considerou a reclamante apta para o labor, em perícia realizada em 25/2/2013, conclusão diversa da esposada pelo

médico da empresa em 26/3/2013. Ora, a situação vivenciada pela recorrida trata-se do fenômeno chamado de limbo-jurídico-previdenciário-trabalhista, em que o trabalhador tem alta médica oficial do INSS, ou mesmo o benefício indeferido, e a empresa não o recebe no posto de trabalho por considerá-lo inapto. Ora, *venia concessa*, não há como afastar a responsabilidade da reclamada no caso concreto. **É importante assinalar que a perícia da autarquia previdenciária goza de presunção de veracidade, de sorte que, após a alta médica ou indeferimento inicial do benefício, o contrato de trabalho volta a produzir todos os seus efeitos legais, e o trabalhador é considerado à disposição da empregadora, com o respectivo cômputo do tempo de serviço e direito aos salários e demais vantagens decorrentes do vínculo.** (grifo nosso) **Processo:** AIRR-513-48.2013.5.05.0195 **Data de Julgamento:** 17/12/2014, **Relator Ministro:** Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 19/12/2014..

Infere-se, portanto, que diante do limbo previdenciário trabalhista, o entendimento da jurisprudência tem se valido da aplicação do princípio da veracidade da decisão da autarquia previdenciária. Até pode o empregador tentar desconstituir a presunção de veracidade da decisão do INSS, mas ainda assim deverá permitir o retorno do trabalhador, conforme se depreende do trecho do seguinte acórdão proferido pela MM.^a Juíza Relatora Ivani Contini Bramante:

....Ao empregador não é dado recusar o retorno do trabalhador às suas atividades, após a alta médica do INSS, sob o fundamento de que o médico do trabalho da empresa considerou-o inapto. **Se a empresa não concorda com a alta médica previdenciária do trabalhador deve recorrer da decisão da autarquia previdenciária, e destituir a presunção de capacidade atestada pelo médico oficial, fazendo valer a posição do seu médico. Não pode o empregador ficar na cômoda situação de recusa em dar trabalho, e carrear aos ombros do trabalhador uma situação de limbo jurídico trabalhista previdenciário, deixando-o à própria sorte, sem receber salários e tampouco benefício previdenciário.** Tal conduta não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF). Há que se considerar, ainda, o princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, assim como o art. 2º da CLT, segundo o qual o empregador assume os riscos do contrato. (grifo nosso) **Processo** TRT – 2ª Região nº 0001760-70.2014.5.02.0435, 4ª Turma, data da publicação: 06/03/2015.

A presunção de veracidade do ato administrativo do Instituto Nacional de Seguro Social é um dos argumentos utilizados pela jurisprudência para propugnar pela responsabilidade do empregador no limbo previdenciário trabalhista. Ainda, são utilizados como argumento os seguintes: Convenção nº 161 da OIT; princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho; princípio da função social da empresa e do contrato; princípio da não discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal) e teoria do risco e da responsabilidade social.

Quanto à Convenção nº 161 da Organização Internacional do Trabalho, esta dispõe em seu artigo 1º, “a, ii”⁴⁹⁷, a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de saúde física e mental. A Convenção, portanto, tem sido utilizada como argumento para atribuição de responsabilidade à empregadora, principalmente quando recusa o retorno do trabalhador sob o argumento de que não é sua função reabilitar o empregado e fornecer a ele função compatível com seu estado de saúde. Nesse sentido, segue ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECUSA DA EMPRESA EM ACEITAR O EMPREGADO APÓS FINDO O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM RAZÃO DE ALTA DO INSS. ART.6º E ART. 7º, XXII E XXVIII, CF. CONVENÇÃO 161 DA OIT. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A presente lide envolve pedido de obrigação de fazer, qual seja, a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em atividade compatível com seu estado de saúde, cumulado com pedido de pagamento das verbas salariais devidas a partir da alta previdenciária. Consta do acórdão regional que a Reclamada se recusou a colocar o Reclamante em função compatível com sua capacidade física, permanecendo, assim, o vínculo de emprego, porém sem oferta de trabalho e sem pagamento de salário. O Regional manteve a determinação para que a Reclamada permita o retorno do Reclamante ao trabalho, em função compatível com seu estado de saúde, cabendo ao médico do trabalho da empresa avaliar as condições de saúde do trabalhador, sob pena de multa, em tutela antecipada. Além disso, condenou a Reclamada ao pagamento dos salários e consectários legais, desde a alta previdenciária até o seu efetivo retorno ao trabalho. A decisão recorrida, portanto, não merece reforma, pois está em conformidade com a ordem jurídica atual, que aloca o indivíduo em posição especial no cenário social, despontando nítido o caráter precursor do direito à dignidade da pessoa humana (1º, III, da CF) sobre todo o sistema constitucional. O texto celetista, concretizando os primados constitucionais ligados à saúde no meio ambiente laboral (art. 6º, 7º, XXII, XXVIII, 196, 200, VIII, CF), estipula obrigação do empregador na prevenção de doenças ocupacionais (art. 157). Ademais, a Convenção nº 161 da OIT impõe, como princípio de uma política nacional, “a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental”. Registre-se que é desnecessário que o Reclamante se submeta a processo de reabilitação profissional, junto ao INSS, para fins de readaptação no trabalho. Isso porque, segundo o ordenamento jurídico pátrio, o empregador também é responsável pela manutenção e respeito aos direitos fundamentais do Autor, devendo zelar pela afirmação de sua dignidade e integração no contexto social - e a readaptação de suas funções no processo produtivo de empresa faz parte deste mister. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. **Agravo de instrumento desprovido.- Processo:** AIRR - 304-05.2011.5.02.0431 **Data de Julgamento:** 19/06/2013, **Relator Ministro:** Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 21/06/2013.

⁴⁹⁷ Artigo 1. Para os efeitos do presente Convênio: a) a expressão serviços de saúde no trabalho designa uns serviços investidos de funções essencialmente preventivas e encarregados de assessorar o empregador, os trabalhadores e a seus representantes na empresa sobre: i) os requisitos necessários para estabelecer e conservar um meio ambiente de trabalho seguro e sadio que favoreça uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho; ii) a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, tendo em conta seu estado de saúde física e mental; b) a expressão representantes dos trabalhadores na empresa designa as pessoas reconhecidas como tais em virtude da legislação ou da prática nacionais.

Há, ainda, decisões que atribuem responsabilidade ao empregador valendo-se dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, da função social da empresa e do contrato, princípio da não discriminação e teoria do risco e da responsabilidade social. Apesar das respeitáveis decisões, entendemos que a atribuição da responsabilidade ao empregador somente será possível se presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a conduta comissiva ou omissiva, dano e nexo de causalidade. Vale ressaltar que desnecessário falar-se em culpa ou dolo, tendo em vista que o ilícito praticado é decorrente de abuso de direito nos termos do 187 do Código Civil. Não haverá limbo, portanto, se não houver por parte da empresa resistência contra a vontade do trabalhador de retornar ao trabalho. Dessa forma, foi proferido acórdão, cujo trecho segue transcrito:

O reclamante não fez nenhuma prova de que tenha sido impedido de retornar ao serviço, após o encerramento do benefício do INSS. Tampouco há prova de que o médico do trabalho da empresa tenha impedido o retorno às atividades, em virtude de eventual inaptidão para o exercício das funções habitualmente exercidas. De se ressaltar que, conforme observado na origem, o recorrente continuou tentando prorrogar o benefício ...Diante de tais elementos, não estava mesmo a recorrida obrigada a arcar com o pagamento dos salários do período vindicado pelo obreiro, na medida em que após a alta médica estava apto e não há comprovação de que a ré tenha impedido o retorno do autor ao serviço. Não houve incúria da exempregadora, na situação em exame, pelo que não há que se falar em “limbo jurídico”. Tampouco há demonstração de que a reclamada tenha se recusado a oferecer treinamento ao empregado, para exercer nova atividade. Necessário ainda acrescentar que, após o julgamento do feito, no qual foi reconhecido o direito à reintegração no emprego, indicou a reclamada o endereço no qual o reclamante deveria se apresentar (fls. 136). E, ao se manifestar, afirmou o recorrente que “aguarda o julgamento do referido Recurso por parte do E. TRT para, cumprir a decisão final”, ou seja, até o trânsito em julgado, conforme definido em primeira instância (fls. 139 verso). **Assim, pode-se concluir que, embora apto a desenvolver atividades profissionais, o autor não está interessado em retornar ao serviço. Por conseguinte, são inconsistentes os argumentos recursais, pelo que deve ser mantida a r. sentença, que bem avaliou as provas produzidas. (grifo nosso)** Processo TRT – 2ª Região nº TRT/SP Nº 0002896-69.2012.5.02.0016, 4ª Turma, Relatora Erolde Ribeiro dos Santos Minharro, data da publicação: 06/03/2015.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho; princípio da função social da empresa e do contrato; princípio da não discriminação (artigo 3º da Constituição Federal) e teoria do risco e da responsabilidade social são argumentos hábeis a ratificar a atribuição da responsabilidade da reclamada, quando preenchidos os requisitos da responsabilidade, mas não como argumentos que ensejariam a atribuição da responsabilidade por si só. Vale lembrar que conforme já exposto, a função social não deve ser compreendida como meio de realização de justiça social para as classes economicamente mais desfavorecidas. Se assim fosse, correríamos o risco de transferir ao empregador funções que

nem mesmo o próprio Estado consegue conferir. Dagoberto Lima Godoy⁴⁹⁸ ao discorrer acerca da legislação trabalhista brasileira, se rígida como alguns criticam ou passíveis de flexibilidades, conclui:

...é fácil compreender a enorme dificuldade em introduzir no ambiente brasileiro, alicerçado em uma arraigada cultura protecionista **e na tendência de exigir das empresas a proteção ao trabalhador em níveis que o próprio Estado não consegue sustentar. Não obstante, é preciso insistir na busca desse objetivo, a partir da convicção de que ele está no** cerne das mudanças estruturais indispensáveis ao desenvolvimento sustentável do Brasil. (grifo nosso)

Consoante o jurista é necessário uma mudança de paradigma no que diz respeito à responsabilidade do empregador, ou seja, substituir o princípio de “segurança no emprego” pelo de “segurança no mercado de trabalho”. Acrescenta, ainda: “Isto implica definir claramente os âmbitos da responsabilidade pela segurança do trabalhador, de forma que ela seja do empregador enquanto vigente o contrato de trabalho, e da sociedade, quando se trate de ampará-lo na busca de trabalho”.

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco⁴⁹⁹ lecionam que o princípio da isonomia, dentro e fora do processo, observa exatamente o princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual os desiguais, visando atingir a igualdade substancial. Todavia, a tarefa de reequilibrar as partes litigantes no processo, não deve criar privilégios a pretexto de remover desigualdades. Consoante José Eduardo Gibello Pastore⁵⁰⁰ o princípio da proteção remete ao princípio da isonomia. Esclarece:

O princípio da proteção, remete ao princípio da igualdade, emergindo o princípio da isonomia. Pode-se dizer que a busca da igualdade real é o mote do Direito do Trabalho, que sem pré se debruçou nestes aspectos. Uma igualdade objetiva, profundamente identificada com a desigualdade fática daquele que atua em ambiente que lhe é naturalmente hostil e, porque não considerar, injusto e opressor, o empregado. Sim, pois a inserção do trabalhador no sistema econômico capitalista implica impingir-se uma situação de desigualdade. Quase, por assim dizer, uma desigualdade natural. Diante do inexorável poder econômico, representando por aquele que detém o capital, representado por aquele que detém o capital, não pode o empregado entender-se no mesmo pé de igualdade, nem em direitos nem tampouco em deveres. E o Direito do Trabalho, alicerçado fortemente na doutrina Cristã e, posteriormente, em organismos internacionais sensíveis a esta questão, especialmente a OIT, não silencia: ao contrário, procura, a fim de promover sua missão medular, espalhar a justiça social no contexto do trabalho e naturalmente

⁴⁹⁸ GODOY, Dagoberto Lima. O que está demasiado na legislação trabalhista do Brasil: rigidez ou flexibilidade. In: PATORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 50.

⁴⁹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

⁵⁰⁰ PASTORE, José Eduardo Gibello. A Crise do Direito do Trabalho. In: PATORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p.160

desigual, tratando desigualmente situações desiguais e igualmente situação iguais – considerando, para tal, também os aspectos econômicos advindos desta condições.

Diante do exposto, ao utilizar o princípio da proteção, devemos fazê-lo nos limites determinados na lei, sob pena de transferir ao empregador funções que o próprio Estado não consegue realizar, conforme bem explicitou Dagoberto Lima Godoy. Por esta razão, defende-se que o entendimento mais adequado e justo é considerar que o limbo previdenciário trabalhista ocorre quando o empregador realiza conduta que pode ser definida como abuso de direito nos moldes do artigo 187 do Código Civil. Quando, todavia, o próprio trabalhador não se considera capacitado ao trabalho e não pretende seu retorno, ao menos naquele momento, não há resistência da empresa. Deverá, portanto, ajuizar demanda contra aquele que poderá fornecer a prestação que pretende, ou seja, ajuizar ação em face do Instituto Nacional de Seguro Social visando concessão de benefício previdenciário.

Cumpre-nos, salientar que quando o Estado transfere aos particulares funções que cabia a ele originalmente, se distancia do modelo de Estado Social desenvolvido para concretizar os direitos fundamentais. Se ao empregador é atribuído a assunção dos riscos do empreendimento, cabe lembrar que ao Estado por intermédio do “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”, incumbe adotar medidas positivas a fim de assegurar que a Ordem Social efetivamente tenha por base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e as justiça sociais (artigo 193 da CF). Ressalta-se que a Seguridade Social, como um sistema que almeja tutelar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social está integralmente relacionada às políticas sociais. Especificamente, no que tange à Previdência Social, esta foi criada pretendendo dar cobertura às conseqüências oriundas de continências. Trata-se de seguro social, o que pressupõe, portanto, recolhimento de tributo, mais especificamente contribuição previdenciária, para dar cobertura ao segurado quando incapacitado para o trabalho. Quando na situação do limbo previdenciário, nos deparamos com um trabalhador que a despeito do INSS tê-lo considerado apto, se vê impossibilitado de trabalhar afirmando não ter condições de saúde, incumbe demandar contra o “responsável originário”, qual seja o INSS. Não cabe o argumento de que a empresa assumiu os riscos do negócio ou que ante os princípios da função social do contrato de trabalho incumbe a ela o pagamento de salários ao trabalhador que não se considera capaz de retornar. Tais argumentos servem como argumentos para confirmar a responsabilidade do empregador quando resiste a

tentativa de retorno do trabalhador à empresa, mas não são hábeis a transferir ao empregador uma função que incumbe originalmente ao Instituto Nacional de Seguro Social.

Leciona Wagner Balera⁵⁰¹ que no estudo da seguridade social se destacam três valores, quais sejam dignidade da pessoa humana, trabalho e justiça social. Explicita que o primeiro é pressuposto de toda reflexão jurídica, o segundo é a chave essencial para o deslinde da questão social e o terceiro é o objetivo último para o qual tendem todas as estruturas jurídicas⁵⁰². Se toda estrutura jurídica tende a realizar a justiça social, o conjunto integrado consistente na Seguridade Social também deve ser formulado visando assegurar a tutela dos trabalhadores incapacitados, ainda que num primeiro momento o INSS o considere incapacitado. É importante, ainda, que o meio para que o trabalhador atinja tal tutela não seja demasiadamente burocrático. Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵⁰³ apontavam para a necessidade de assegurar mecanismos especializados para garantir direitos relativamente “novos” das pessoas desprovidas de poder em face dos comerciantes, poluidores, empregadores, locadores e inclusive burocracia governamental⁵⁰⁴. Devemos reduzir a burocracia governamental para garantir o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Imputar ao empregador a responsabilidade quando o trabalhador não pretende seu retorno à empresa, ainda, que fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, Justiça Social, assunção dos riscos da atividade econômica, retira do Direito Previdenciário a função que incumbe a ele, qual seja cobrir as conseqüências das contingências sociais. Vejamos a situação na qual o empregador é condenado a pagar salários ao empregado que por não se considerar apto, não retornou ao trabalho. Após o trabalhador ajuizar ação para concessão de benefício previdenciário perante a Justiça Federal ou Estadual, a ação é julgada procedente conferindo a ele o benefício correspondente. Ao menos durante a tramitação da ação, não há como negar que a empresa exerceu a função de competência à Previdência Social, transformando-se em um seguro. Atentamos, ainda, para outro problema. Quando nos deparamos com decisão atribuindo referida responsabilidade à empresa de grande porte, ainda que não presentes os requisitos da responsabilidade civil conforme já salientado, os efeitos práticos parecem não chocar tanto face à capacidade econômica da mesma. Entretanto, em uma economia onde a maioria das empresas são micro ou pequenas, a imputação de tal responsabilidade por vezes interfere na manutenção da empresa perante o

⁵⁰¹ FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). *Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 361.

⁵⁰² *Idem*.

⁵⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 133.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 132.

mercado, vez que abala sua saúde financeira. Nesse sentido, aponta José Eduardo Gibello Pastore⁵⁰⁵ :

Quanto maior a capacidade econômica em cumprir as premissas geradas pelo princípio protetor do Direito do Trabalho, menor a incidência, inclusive, de ações trabalhistas. É por esta razão que se nota a dificuldade do cumprimento das normas trabalhistas pela micro, pequenas e médias empresas e sua maior exposição a Justiça do Trabalho

Conclui o jurista afirmando que “o princípio protetor do Direito do Trabalho está profundamente ligado à sua viabilidade econômica. Esta deve ser a percepção do moderno direito trabalhista : trata-se de um fenômeno socioeconômico e não apenas social”.

José Eduardo Gibello Pastore defende, portanto, que trata-se da hipossuficiência da empresa e não só do empregado⁵⁰⁶:

Se deseja ver o seu elemento essencial presente no mundo real e não só formal deve o Direito do Trabalho espalhar-se, **ampliando o sentido do princípio protetor, compreendido no campo da incidência para a pessoa física do empregado e também sobre a pessoa jurídica da empresa, já que naturalmente se projeta sobre ambos...**Terá, inapelavelmente, que arcar com os custos da contratação, manutenção e desligamento dos trabalhadores. Quando o custo do trabalho se torna insuportável, provocando o afastamento da incidência das normas trabalhistas, **então seu caráter protetor se fragmenta.** (grifo nosso)

Ressalta o jurista, que alguns estudiosos asseveram que o excesso de intervencionismo, legal e jurisprudencial, provoca efeito contrário ao pretendido, qual seja proteger o trabalhador. Dessa forma, consideram que “quando se protege muito se protege pouco”⁵⁰⁷. Acrescenta José Eduardo Gibello Pastore⁵⁰⁸ que referidos juristas defendem que a solução para o dilema é proteger de forma diferente, ou seja, levando as proteções legais existentes no Brasil para o campo da abordagem socioeconômica:

A oportunidade de inserção de um maior número de trabalhadores no mercado dito formal de trabalho, passaria, assim, pela flexibilização da leis do trabalho, permitindo o aumento do universo de trabalhadores devidamente protegidos e, consequentemente, a inclusão da massa de trabalhadores que se encontram no mercado informal. A empregabilidade, portanto, passaria pelo caminho oposto trilhado pelo Direito do Trabalho positivo no Brasil. Em vez de enrijecer, as leis do trabalho precisariam ser mais flexíveis.

⁵⁰⁵ PASTORE, José Eduardo Gibello. A Crise do Direito do Trabalho. In: PASTORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p.160 .

⁵⁰⁶ PASTORE, José Eduardo Gibello. A Crise do Direito do Trabalho. In: PASTORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p.171.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 164.

⁵⁰⁸ Idem.

Os argumentos do jurista são direcionados para o estudo da viabilidade ou não da flexibilização das leis trabalhistas no Brasil, mas evidentemente que as conclusões podem ser transferidas ao estudo do presente tema. Não caberia, assim, imputar à empresa responsabilidade de manter os salários do trabalhador quando este não pretende o seu retorno, haja vista que em primeiro lugar não há pressupostos de responsabilidade civil; segundo estaria sendo transferido ao empregador função que incumbe ao Estado; e terceiro a proteção demasiada poderia levar ao efeito contrário, atingindo a saúde financeira das empresas de médio e pequeno porte, as quais são responsáveis pela criação de inúmeros empregos formais no Brasil. Estaria, assim lamentavelmente, “protegendo muito e ao mesmo tempo pouco” tendo em vista as consequências de ordem socioeconômica.

3.7. Problemática acerca da competência

A solução ideal para a questão objeto da presente dissertação seria mesmo uma alteração da competência definida na Constituição Federal a fim de que uma só esfera do Poder Judiciário decidisse acerca da capacidade ou incapacidade do trabalhador, chamando no pólo passivo aqueles a quem incumbiriam eventuais responsabilidades diante do caso, quais sejam o empregador e o INSS. Impõe essa mudança, pois, com efeito, embora todas as soluções anteriormente apresentadas pela jurisprudência resolvam o problema principal do limbo, que é justamente deixar o trabalhador sem fonte de renda, as soluções, ainda assim não são inteiramente adequadas ora porque atentam contra o princípio da precaução ambiental, ora porque impõe a empresa obrigação demasiadamente onerosa com risco de transferir ao empregador função que compete ao Estado, ora porque estimulam, de certa, forma, demissões sem justa causa, indo na contramão da pretensão ao “pleno emprego” estabelecida na Constituição. Ademais, acrescentam-se aos argumentos a insegurança jurídica para as empresas, bem como possibilidade de decisões contraditórias quando várias esferas da Justiça analisam uma mesma questão, sem falar nos custos de ambos os processos.

Vejamos, primeiramente, porque a distribuição atual de competência atenta contra o princípio da precaução ambiental. Conforme já salientado a distribuição atual de competência não permite que o empregador e o INSS figurem, simultaneamente, no mesmo pólo passivo a fim de esclarecer a situação da capacidade ou incapacidade do trabalhador. Diante do entrave, o entendimento jurisprudencial majoritário tem sido no sentido de afirmar a obrigação do

empregador de permitir o retorno do trabalhador após a alta previdenciária. Permitindo o retorno do empregado ao trabalho, certamente se correrá o risco de agravar seu estado de saúde, caso incapacitado a despeito da decisão do INSS. Dessa forma, não há como o empregador impedir a ocorrência de possível ameaça à saúde de seu trabalhador a não ser que conceda licença remunerada ou promova a rescisão do contrato sem justa causa. Resta prejudicado, portanto, o princípio da precaução ambiental, que conforme lecionam Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani “consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança”⁵⁰⁹

Tanto é prova que a divisão atual de competência atenta contra o princípio da precaução ambiental, que há entendimento jurisprudencial no sentido de afastar a responsabilidade da empregadora que impeça o retorno do trabalhador após alta previdenciária quando afirma que o empregado não está capacitado ao trabalho. Referido entendimento defende que o empregador, nesse caso, observou o princípio da precaução ambiental. Nesse sentido, segue trecho de acórdão proferido pela 6ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

No presente caso, o autor alegou que não possuía condições de trabalho quando o benefício previdenciário foi encerrado, o que pode ser muito bem percebido pelas declarações na perícia de fls. 21/23, a despeito do resultado contrário do perito. Ainda, o reclamante apresentou diversos atestados médicos indicando a inaptidão para o trabalho, razão pela qual não se pode entender que o empregado estava à disposição do empregador. Logo, o art. 4º da CLT não pode ser utilizado para embasar a condenação do réu. Tampouco os atestados de saúde ocupacional de fls. 100 e 109 podem ser utilizados para embasar a condenação. Dos referidos documentos nota-se que o empregador atendeu à determinação contida na NR 7 do MTE (norma concretizadora da previsão dos art. 7º, XXII, da CF c/c art. 200 da CLT). **O exame médico era obrigatório por força do item 7.4.3.3 da referida norma e deveria obrigatoriamente constar a indicação do histórico médico do autor (item 7.4.4.3, alínea "c"). Assim, tem-se por razoável a determinação do médico da empresa ao atestar a inaptidão, diante dos demais atestados médicos trazidos pelo reclamante e as queixas de dores apresentadas. Trata-se de medida que visa concretizar o princípio da precaução ambiental em matéria trabalhista, visando evitar que as possíveis lesões do reclamante sejam agravadas pelo trabalho prestado.** Logo, entendo que a conduta da empresa foi irretocável no caso em exame. **O insucesso do reclamante na seara previdenciária não modifica essa conclusão, não sendo possível impor à empresa o ônus da decisão do autor de buscar o restabelecimento do benefício previdenciário. Essa solução poderia ser modificada se as provas dos autos corroborassem a causa de pedir, qual seja: que o reclamante postulou o retorno para o trabalho, se sentindo apto, mas a empresa negou injustificadamente o retorno, causando a situação jurídica do autor.** Todavia, depreende-se do extenso material probatório que o reclamante não buscou o efetivo retorno ao serviço no início de 2010. Por consequência, entendo que o fato de restar configurada a aptidão para o trabalho já naquela data não gera, automaticamente, a responsabilização da ré. Assim, entendo

⁵⁰⁹ LTr LEGISLAÇÃO DO TRABALHO. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, LTr, Ano 76, outubro/2012.

que a reclamada não possui o dever de remunerar o período em que o reclamante esteve afastado do trabalho, não havendo se falar em tempo à disposição (art. 4º da CLT). (grifo nosso). **Processo:** AIRR - 1515-73.2012.5.09.0002 **Data de Julgamento:** 01/10/2014, **Relator Ministro:** Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, 6ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 03/10/2014.

No que tange à concessão de licença remunerada, entende-se solução demasiadamente onerosa às micro e pequenas empresas, bem como não há fundamento jurídico para tal exigência. A função social do contrato de trabalho não pode servir de argumento para ensejar a responsabilidade a tal ponto, ainda, mais porque conforme já se salientou não pode servir de meio de realização da justiça social para as classes economicamente desfavorecidas. Ao se reconhecer a função social do contrato, deve-se ater a necessidade de considerá-la sob o ponto de vista da “coletividade” e não sob o ponto de vista das classes desfavorecidas⁵¹⁰. A função do contrato é social e não assistencial. Cabe lembrar que uma das características do Direito do Trabalho é o coletivismo, o que impõe dizer que o interesse coletivo deve prevalecer sobre qualquer interesse individual⁵¹¹. A proteção demasiada aos trabalhadores através da afirmação da responsabilidade das empresas em concederem licença remunerada ocasionaria um problema socioeconômico, atingindo a saúde financeira das empresas e consequentemente o mercado de trabalho. Evidentemente é melhor termos empresas economicamente fortes e hábeis a gerar mais empregos, garantindo as necessidades da coletividade, ao invés de atribuir às empresas mais um encargo respaldado na “função social do contrato de trabalho”. Marco Aurélio Marsiglia Treviso ressalta a relevância do contrato de emprego para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual é tão importante a manutenção da saúde financeira das empresas :

Por meio deste pato o trabalhador é contratado para prestar serviços de natureza pessoa a outrem. Também é por meio dele que a pessoa humana receberá seu salário, que pode resumidamente ser definido como a contraprestação para pelo empregador por força dos serviços prestados ou pelo tempo que o trabalhador se encontra à sua disposição, aguardando ou recebendo ordens.

Ainda, a adoção da alternativa de rescindir sem justa causa o contrato vai de encontro à garantia do pleno emprego. O empregado efetivamente incapacitado que teve seu contrato rescindido sem justa causa é sem dúvida nenhuma o mais prejudicado nessa hipótese. Isto porque, se o INSS tivesse concedido o benefício previdenciário quando do momento

⁵¹⁰ FONSECA, Rodrigo Garcia da. A Função Social do Contrato e o Alcance do Artigo 421 do Código Civil. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 57.

⁵¹¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.46.

oportuno, o trabalhador não teria sido demitido haja vista que seu contrato de trabalho estaria suspenso. Há quem sustente que a dispensa, ainda que sem justa causa poderá ser declarada nula por força da suspensão do contrato com efeitos *ex tunc*⁵¹², trazendo à tona, portanto, mais um problema, qual seja a insegurança jurídica para a empresa.

De todo o exposto acerca da questão complexa do limbo previdenciário nos moldes como hoje é encarada, ainda, podemos concluir: ficam prejudicados os princípios da precaução ambiental, segurança jurídica, garantia do pleno emprego e duração razoável do processo.

Nesses termos, impõe-se, consoante os ensinamentos de Marco Aurélio Marsiglia Treviso uma “nova interpretação das normas constitucionais em busca da plena competência da Justiça do Trabalho”⁵¹³. O referido jurista propugna pela possibilidade do trabalhador ajuizar demanda única, contra o empregador e o INSS, que será processada e julgada pela Justiça do Trabalho por força da Emenda Constitucional nº 45/2004. Dessa forma para Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁵¹⁴ o disposto no artigo 109, I, da Constituição Federal⁵¹⁵ não impede o trabalhador de demandar contra o INSS perante a Justiça do Trabalho. Esclarece:

...para solucionarmos o problema apresentado, é preciso adotar uma postura que analise a situação concreta vivenciada pelas partes envolvidas, buscando soluções que visem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, além da duração razoável do processo, à luz do novo regramento constitucional trazido pela EC 45/04, notadamente no que diz respeito à norma contida no artigo 114, inciso I da Carta Magna. A Constituição, atualmente, precisa ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, cujo papel central é estabelecido pelos ideais de justiça e da realização dos direitos fundamentais.

Os argumentos de Marco Aurélio Marsiglia Treviso ao afirmar que não há empecilho em demandar na Justiça do Trabalho em face do empregador e do INSS baseiam-se nas seguintes conclusões: é inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para apreciar algumas matérias de natureza eminentemente previdenciárias, como por exemplo, o reconhecimento incidental do acidente de trabalho para fins de concessão da estabilidade

⁵¹² TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 529.

⁵¹³ Ibidem, p. 523.

⁵¹⁴ Ibidem, p. 528.

⁵¹⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho...

prevista no artigo 118 da Lei 8.213/1991⁵¹⁶; a relação previdenciária possui a sua origem na relação empregatícia, visto que a simples formalização do vínculo de natureza empregatícia automaticamente gera a inscrição do trabalhador no sistema previdenciário⁵¹⁷; a causa de pedir entre as demandas em face do empregador e do INSS são as mesmas, ou seja, existência ou não de incapacidade laborativa⁵¹⁸ e aplicação do princípio da unidade da convicção. Acerca desse último argumento, cabem as seguintes conclusões de Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁵¹⁹:

A relação previdenciária, portanto, possui a sua origem na relação empregatícia. **Tornar-se plenamente possível, neste compasso, entender que a responsabilidade do INSS (autarquia federal responsável pela concessão dos benefícios previdenciários) e do empregador são, em um paralelismo, os dois lados da mesma moeda.** Assim, quando o empregado encontra-se perfeitamente apto ao desenvolvimento de suas atividades laborativas, receberá do empregador a devida contraprestação; porém, se no curso deste contrato de emprego, vier a ser constatada eventual incapacidade, passará aquele mesmo trabalhador a perceber o benefício previdenciário tipificado em lei...**Tudo isso decorre do já conhecido princípio da unidade de convicção. Assim, quando um mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo juízo. Em outras palavras: incumbe atribuir ao mesmo órgão do Poder Judiciário os fatos decorrentes da mesma relação jurídica base,** nesta caso, a eventual (in)capacidade laborativa do trabalhador, **por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre inteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça.** Este princípio, que é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, parte do pressuposto de que a cisão de competência não favorece a aplicação da justiça, além do fato de que a possibilidade de divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação jurídica base, por força de solução adotada por órgãos jurisdicionais distintos, causa impacto perverso para o jurisdicionado e para a credibilidade do Poder Judiciário.

Envolvidos, portanto, em uma mesma relação jurídica base, poderiam integrar o mesmo pólo passivo perante a Justiça do Trabalho. Com efeito, a perícia determinada na Justiça do Trabalho, quando a ação corre contra o empregador e a da Justiça Federal ou Estadual, quando demanda em face do INSS, apresentam o mesmo objeto, ou seja, verificar a capacidade ou incapacidade do trabalhador. Evidente, ainda, que o reconhecimento da responsabilidade do INSS ou da empresa, se excluam mutuamente.

Marco Aurélio Marsiglia Treviso exemplifica como se daria a demanda perante a Justiça do Trabalho ajuizada pelo trabalhador em face do empregador e do INSS⁵²⁰,

⁵¹⁶ TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 526.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 528.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 530.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 528/529.

⁵²⁰ Ibidem, p. 532.

afirmando que caberia em sede de tutela antecipada a determinação de concessão de benefício previdenciário:

O trabalhador poderá, assim, em curto espaço de tempo, recuperar a sua dignidade, seja voltando ao labor, seja recebendo o benefício previdenciário correspondente, não precisando recorrer aos caminhos da informalidade. Além disso, por força da sua vinculação à previdência social, poderá o trabalhador, muito bem, no curso do processo, ser agraciado com a concessão da benesse previdenciária. O Juiz do Trabalho, de posse do laudo exarado pelo médico da empresa, poderá antecipar os efeitos da tutela, determinando o restabelecimento do benefício suprimido.

Vale destacar que já se encontram decisões na jurisprudência, as quais deferem a antecipação dos efeitos da sentença para determinar ao empregador, inclusive órgãos públicos, o pagamento de salários ao trabalhador, visando, justamente, impedir o “limbo” e a privação de direitos básicos do mesmo:

DA REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Sem razão a reclamada. Ainda que o caso apresente, em tese, um conflito de leis aplicáveis, não podem prevalecer os entendimentos esposados nas razões recursais. De fato, a não concessão da tutela antecipada – cujos efeitos, ao fim, foram confirmados pela sentença guerreada – manteria o empregado na injusta e insustentável situação de não conseguir receber salário algum e, assim, estar privado de qualquer forma de sustento para si e para seus dependentes, vez que não conseguia habilitar-se perante a autarquia previdenciária, que o considerava apto para o trabalho e, ao mesmo tempo, era impedido de trabalhar pela ré, por que esta o considerava inapto para o labor. Ou seja, o reclamante estava relegado a um “limbo previdenciário”, como reconhecido pela origem. Sem qualquer dúvida, estavam presentes os requisitos do art. 273 do CPC, vez que os fatos estão documentalmente provados e, especialmente, não há como negar o perigo real de danos irreparáveis, ou de difícil reparação, ao trabalhador e à sua família...Portanto, mesmo reconhecendo que a ré é empresa equiparável à Fazenda Pública e, dessa forma, que faz jus a diversos privilégios e isenções processuais, prevalece a antecipação dos efeitos da tutela regularmente deferida, pois a origem fundamentou a decisão no princípio constitucional fundamental do respeito à dignidade da pessoa humana. Processo TRT – 15ª Região nº 0001028-35.2012.5.15.0003, Relatora: Maria Ines Correa de Cerqueira Cesar Targa, data da publicação: 04/10/2013).

Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁵²¹ questiona: O que ocorreria na demanda única se fosse deferida tutela antecipada para que o INSS conceda o benefício previdenciário durante a ação e ao final do processo fosse constatado que o trabalhador estava de fato capaz? Esclarece o jurista:

A solução é simples, senão vejamos: a) prolata-se a decisão de mérito, neste sentido, reconhecendo a aptidão do trabalhador; b) condena-se a empresa então, a efetuar o pagamento dos salários, desde a alta médica até o efetivo retorno ao trabalho; c) solicita-se que o INSS, na fase de liquidação de sentença, traga aos autos um simples extrato, demonstrando os valores pagos ao trabalhador a título de benefício

⁵²¹ TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 532.

previdenciário; d) determina-se, então, a dedução dos valores devidos pelo empregador ao trabalhador, com vistas a se evitar enriquecimento indevido; e) com a condenação do empregador, efetua-se a devolução do INSS dos valores percebidos pelo trabalhador; f) havendo valores remanescente em favor do autor da demanda, passa-se à fase da execução da empregadora.

Percebe-se a preocupação em evitar que o trabalhador seja privado de seus direitos básicos, motivo pelo qual já estão sendo deferidas antecipações dos efeitos da sentença. Dentro dessa conjuntura, a proposta de demanda única também se revelaria uma boa saída, uma vez que propiciaria um processo mais célere atendendo assim ao princípio da duração razoável do processo. Consoante os ensinamentos de André Nicolitt⁵²² a duração razoável do processo é direito que corresponde a um dever jurídico do Estado:

É este que tem o dever jurídico, ou seja, quem está obrigado a prestar jurisdição em tempo razoável. Ainda que os órgãos do Poder Judiciário sejam os responsáveis imediatos relativamente a este direito subjetivo à prestação jurisdicional em tempo razoável, todos os poderes públicos (Executivo e Legislativo) também se encontram de forma mediata e, vale dizer, diretamente obrigados, já que é o Estado o responsável civil por eventual violação. Na realidade brasileira este aspecto ganha relevo na medida em que a Constituição assegura o mesmo direito em relação aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII). Ademais, vale dizer ainda que o Legislativo é responsável pela legislação processual, o que lhe dá a incumbência de produzir direito atendendo aos reclames de garantia e celeridade.

Dentro dessa “nova interpretação das normas constitucionais” proposta por Marco Aurélio Marsiglia Treviso no sentido de ampliar a competência da Justiça do Trabalho, permitindo, assim a demanda única do trabalhador em face do empregador e INSS, podemos refletir na hipótese de concessão de tutela antecipada para determinação de pagamentos de salários pelo empregador até que a prestação jurisdicional definitiva seja entregue quando o empregador deu causa a acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. Claudia Salles Vilela Vianna⁵²³ esclarece que desde 01 de abril de 2007, a perícia do INSS caracteriza o acidente de trabalho sempre que reconhece o nexo entre o trabalho e o agravo, por meio de aplicação da do Anexo II do Decreto nº 3028/1999, o qual traz uma lista de atividades econômicas (Código CNAE) relacionada com uma lista de enfermidade e doenças (Código CID). Acrescenta a jurista: “Os peritos médicos não são obrigados a utilizar a caracterização presumida, mas se não o fizerem, deverão justificar as razões que os levaram à não aplicação das disposições contidas no Decreto.” Poderia, assim, o Anexo II do Decreto nº 3028/1999 ser utilizado como pressuposto de “verossimilhança da alegação” para concessão da antecipação dos efeitos da sentença na demanda única.

⁵²² NICOLITT, André. *A Duração Razoável do Processo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

⁵²³ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: Custeio e Benefícios*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014, p. 449.

No que tange às vantagens da demanda única, Marco Aurélio Marsiglia Treviso afirma que propiciaria o contraditório já que o laudo pericial exarado pelo médico do INSS poderá ser objeto de questionamento judicial, evitaria decisões contraditórias e permitiria ao trabalhador recuperar a sua dignidade em curto espaço de tempo, seja retornando ao labor, seja recebendo benefício previdenciário⁵²⁴. Para o empregador, Marco Aurélio Marsiglia Treviso⁵²⁵ assevera que a vantagem seria a segurança jurídica e ao INSS contribuiria para a facilitação do ajuizamento da demanda regressiva em face do empregador, caso comprovado que este agiu com culpa nos casos de acidente de trabalho e doenças ocupacionais⁵²⁶:

a instrução processual contribuirá para que o INSS, posteriormente, tenha os elementos jurídicos necessários para o ajuizamento da demanda regressiva em face do empregador, postulando o ressarcimento dos valores pagos a título de benefício previdenciário ao erário público, na esteira do que expressamente dispõe o artigo 120 da Lei 8.213/91. E, nesta demanda de caráter regressiva, movida pelo INSS, dificilmente haverá a possibilidade de novos questionamentos sobre os fatos discutidos na ação principal, uma vez que todos os envolvidos (o empregado, o empregador e INSS) produziram as provas que reputarem necessárias para o julgamento da lide movida pelo trabalhador, sempre em atenção aos princípios, também fundamentais, da ampla defesa e do contraditório.

Conclui-se que caso a nova interpretação das normas constitucionais proposta por Marco Aurélio Marsiglia Treviso fosse reconhecida, a despeito da redação literal do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, não haveria mais a necessidade de questionar acerca da resistência ou não da reclamada em permitir o retorno do trabalhador, pois a questão principal, qual seja capacidade ou incapacidade, seria decidida e atribuída a responsabilidade para quem de direito, empregador ou Instituto Nacional de Seguro Social, dependendo do caso. A medida, ainda, assegura a observância dos princípios da precaução ambiental, tutelando efetivamente o trabalhador, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, e ainda os valores da dignidade e direito ao “pleno emprego”.

⁵²⁴ TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 532.

⁵²⁵ Idem.

⁵²⁶ Ibidem, p. 534/535.

CONCLUSÃO

Perceptível que a questão do limbo previdenciário trabalhista é uma das mais complexas e graves enfrentadas atualmente no Judiciário. Isto porque, envolve três figuras, quais sejam o empregado, o empregador e o Instituto Nacional de Seguro Social, unidas por uma mesma relação fática e controversa. Quando se discute acerca do tema, a capacidade ou incapacidade do trabalhador é sempre abordada. Percebe-se, entretanto, que não é essa a questão que irá definir a atribuição de responsabilidade decorrente do limbo ao empregador. Embora, o empregador ao ser demandado nas reclamações trabalhistas afirme a incapacidade do trabalhador, os tribunais trabalhistas tem mantido a responsabilidade pelo pagamento de salários desde o momento da alta previdenciária até o momento da rescisão contratual ou efetivo retorno ao trabalho.

Do entendimento jurisprudencial majoritário, percebe-se que a atribuição de responsabilidade ao empregador decorrente do limbo previdenciário trabalhista se justifica com a recusa em permitir o retorno do trabalhador à sua atividade laborativa. Não há, portanto, a análise acerca do quadro de saúde do trabalhador. A decisão do Instituto Nacional de Seguro Social é dotada de presunção de veracidade, motivo pelo qual, o argumento do empregador de que seu empregado está incapacitado não será hábil a excluir sua responsabilidade. Diante dos casos, portanto, em que o próprio trabalhador pretende o seu retorno ao trabalho, o mero impedimento do empregador já lhe colocará como o responsável pela ausência de fonte de renda ao seu empregado. Compreende-se, nessa situação, que o empregador, abusou de seu poder de comando, deixando o trabalhador, parte mais vulnerável da relação sem qualquer possibilidade de resolução da questão. Por vezes, na prática, se observa que após o empregador recusar o retorno do trabalhador, este último se vê sem alternativa, ajuizando ação contra o INSS para tentar reverter a questão e voltar a perceber benefício previdenciário. Revela-se importante a evolução do entendimento jurisprudencial ao afirmar que o empregador é responsável pela situação vivenciada pelo trabalhador quando pretender seu retorno ao trabalho e for impedido. Almeja o referido entendimento prevenir condutas discriminatórias dos empregadores diante de um funcionário que já foi acometido de algum mal de saúde ou necessita de readaptação. Não podem os empregadores simplesmente negar o retorno afirmando a incapacidade do trabalhador. Nesse aspecto, as decisões mencionam a função social da empresa no tocante à readaptação do trabalhador, o princípio da não discriminação, entre outros argumentos. A conduta do empregador enquanto

configurada como abuso de direito nos termos do artigo 187 do Código Civil requer que o Judiciário trabalhista reconheça a responsabilidade decorrente do limbo como medida capaz de reparar o trabalhador impedido de retornar ao labor e que durante certo período ficou sem qualquer fonte de renda.

Outra situação envolvendo as mesmas figuras do empregado, empregador e Instituto Nacional de Seguro Social, deve ser vislumbrada. Embora muito similar à situação acima exposta, dela se diferencia. Quando o trabalhador pretende o retorno ao trabalho e o empregador não o permitir, podemos configurar a conduta como abuso de direito. Todavia, quando o próprio trabalhador não pretende seu retorno, não há conduta comissiva ou omissiva do empregador apta a ensejar responsabilidade pelo pagamento de salários durante o interstício temporal durante o qual a autarquia federal deixou de conceder benefício previdenciário. A responsabilização do empregador não pode decorrer da eventual falha do Instituto Nacional de Seguro Social. Se o trabalhador não pretendeu seu retorno ao trabalho, e portanto, não cumpriu com seu dever de prestar serviços após a alta previdenciária, possivelmente pode ter ocorrido falha do sistema previdenciário. Não há conduta do empregador, nem a título comissivo e nem omissivo na situação que lhe possa atribuir responsabilidade. Nesse caso não houve recusa do empregador em permitir o trabalho, porque simplesmente o trabalhador não pretendeu o retorno. Vale destacar que não se considera razoável atribuir responsabilidade fundamentando unicamente no princípio da função social da empresa, pois não foi criado como instrumento para favorecer as classes mais desfavorecidas. O objetivo do princípio não foi esse, mas sim atingir uma decisão que represente o interesse de toda a coletividade. Há quem afirme que a conduta omissiva do empregador estaria em não exigir a contraprestação laborativa, mas ressalte-se: não há como exigir a prestação de serviços de quem não está apto ao trabalho e não quer retomar suas atividades. Tal fato poderia provocar agravamento do quadro de saúde. Há também aqueles que afirmam que a conduta omissiva estaria em não rescindir o contrato com o empregado. Todavia, estando o empregado incapaz, não se mostra compatível com o princípio da dignidade, a rescisão de seu contrato, ainda, mais porque se o INSS falhou, o contrato deveria estar suspenso impedindo, por conseguinte, a rescisão contratual.

Os direitos previdenciários, como um dos direitos a serem assegurados pela Seguridade Social, devem ser adequadamente prestados pelo Estado, caso contrário, estaremos indo na contramão do objetivo do Estado Social quando pretendeu a concretização dos direitos fundamentais. A atribuição de responsabilidade em qualquer situação ao empregador, ainda que este possa valer-se posteriormente de ação regressiva contra o INSS,

revela que está ocorrendo uma espécie de transferência mesmo que momentânea da função precípua da previdência social. Cabe ressaltar que a previdência social foi criada buscando tutelar os cidadãos das contingências sociais. O artigo 201, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que a previdência social atenderá, nos termos da lei, a cobertura do evento doença e invalidez. Atribuir ao empregador o dever de pagar salários quando o próprio trabalhador não pretende o retorno ao labor, vez que se considera incapaz, equivale a transferir responsabilidade do Estado ao empregador. Ressalta-se: incumbe à Previdência Social garantir três valores primordiais: a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a justiça social.

Consoante se pode verificar, a solução não é simples e impõe análise de cada caso concreto a fim de constatar responsabilidade do empregador ou do Instituto Nacional de Seguro Social. Mas, ainda assim conclui-se que a solução ideal ao caso impõe uma alteração da Constituição Federal, permitindo o alargamento da competência da Justiça do Trabalho. Estando reunidas em uma mesma demanda as três partes interessadas, se poderia averiguar quem é o real responsável pela situação vivenciada pelo trabalhador. Caso constatada dúvida razoável acerca do estado de saúde do trabalhador, perícia poderia solucionar a questão e melhor justiça faria às partes. Dessa forma, em uma única demanda se constataria a capacidade ou incapacidade do trabalhador e a correspondente responsabilidade do empregador ou Instituto Nacional de Seguro Social, respectivamente.

.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil Contratual. 1ª edição. São Paulo: Saraiva: 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014.

DARCANCHY, Mara; DIAS, José Cabral da Silva. Inclusão e Responsabilidade Social nos Direitos Constitucionais Trabalhistas. In: DARCANCHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição, São Paulo: LTr, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Brasileiro. Volume 1- Teoria Geral do Direito Civil. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Curso de Direito Brasileiro. Volume 7 - Responsabilidade Civil. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Curso de Direito Brasileiro. Volume 2 - Teoria Geral das Obrigações. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Curso de Direito Brasileiro. Volume 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Leandro. Dupim Social. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

FOLMAMNN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (coords). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba, Juruá, 2009.

GODOY, Dagoberto Lima. O que está demasiado na legislação trabalhista do Brasil: rigidez ou flexibilidade. In: PATORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1. Parte Geral. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Civil Brasileiro Vol. 4. Responsabilidade Civil. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LAMANTTINA CECILIA. Silvana Louzada. Responsabilidade do Empregador por Danos à Saúde do Trabalhador. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LTr LEGISLAÇÃO DO TRABALHO. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, LTr, Ano 76, outubro/2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória Individual e Coletiva. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Direito do Trabalho, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2008.

MELO. Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2013.

MENDANHA. Marcos Henrique. Medicina do Trabalho e Perícias Médicas: aspectos práticos (e polêmicos). 3ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

MEZZOMO, Clareci. Introdução ao Direito. Caxias do Sul, Educs, 2011

MONACO, Mariana Del; ROCHA, Daisy Nunes da. Responsabilidade Civil: Conceito, Espécies e Modalidades. In: FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (coord). Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 39ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLITT, André. A Duração Razoável do Processo. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Maira Moura. Responsabilidade Civil e Social. In: DARCANHY, Mara (coord.) Direito, Inclusão e Responsabilidade Social. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2014.

PASTORE, José Eduardo Gibello. A Crise do Direito do Trabalho. In: PATORE, José Eduardo Gibello (coord.). Uma Reflexão sobre as Relações do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume I. Parte Geral. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008.

STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOLEDO, Cláudia. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia. O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: Uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados Magistratura do Trabalho. 1ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. A Relação de Emprego e os Impactos Decorrentes dos Benefícios Previdenciários. 2ª edição, São Paulo: LTr, 2010.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência Social: Custeio e Benefícios. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2014.

ANEXO A – Acórdão na Íntegra

Processo TRT/SP nº 019900-76.2008.5.02.0462, 14ª Turma, Acórdão no 20111554190, Rel. Juiz Marcio Mendes Granconato, Publicado no DOE em 07/12/2011.

PROCESSO TRT/SP N.º 0199900-76.2008.5.02.0462

ORIGEM: 2.ª VARA DO TRABALHO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

RECURSO ORDINÁRIO

1.º RECORRENTE: BASF S/A

2.º RECORRENTE: VALMIR ALVES DE MORAIS

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO AO EMPREGADO. INAPTIDÃO PARA O TRABALHO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. É responsabilidade da empresa, por ser seu o risco do empreendimento e também por conta de sua responsabilidade social, efetuar os pagamentos dos salários (art. 170, caput, da CF). Não lhe é dado suspender o contrato de trabalho unilateralmente e deixar o empregado sem salário por longos meses, sabendo que esta é sua única fonte de sustento. Se o empregado não tem condições de trabalhar e o INSS não lhe fornece o benefício previdenciário correspondente, é obrigação da empresa realizar o pagamento dos salários até que o trabalhador esteja saudável novamente ou obtenha aquele direito por parte da autarquia. O que não se pode admitir é que o empregado fique meses a fio sem pagamentos, porque isso fere sua dignidade enquanto ser humano. É da empresa os riscos do empreendimento (art. 2.º, caput, da CLT) e, entre esses riscos, está o chamado (impropriamente) capital humano

Inconformadas com a r. sentença de fls. 281/288, que julgou procedente em parte o pedido inicial, as partes apresentaram Recursos Ordinários, requerendo a reforma do julgado.

Custas e depósito recursal às fls. 304/306. Contrarrazões às fls. 316/326.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Por satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, os recursos são conhecidos porque contém matéria prejudicial ao exame do mérito.

RECURSO DO RECLAMANTE Preliminar de cerceamento defesa

Alega o recorrente que houve cerceamento de defesa porque não obteve os esclarecimentos que requereu do Sr. Perito e não teve deferido seu pedido de realização de nova perícia por médico especialista em oftalmologia.

Da análise do que aconteceu durante a instrução processual, verifica-se que foi assegurado ao reclamante o contraditório e a ampla defesa de que tratam o art. 5.º, LV, da Constituição Federal.

Apresentado o laudo pericial de fls. 233/241, o Sr. Perito da confiança do MM. Juízo *a quo* respondeu aos quesitos formulados pelas partes e também aos quesitos suplementares ofertados pelo autor posteriormente, como se vê às fls. 251. Após, foram produzidas provas orais e a instrução processual foi encerrada.

Em outras palavras, tudo transcorreu dentro dos limites da legalidade e a todo o momento foi concedido às partes a oportunidade de manifestação acerca do processado, de tal sorte que não ocorreu qualquer cerceamento ao direito de defesa capaz de ensejar a nulidade pretendida pelo autor, ora recorrente.

Acerca do pedido de substituição do Sr. Perito, por faltar-lhe especialidade na área de oftalmologia, equivoca-se o recorrente. O Médico do Trabalho é profissional apto para a realização de perícias que envolvam supostos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, como se infere da leitura do art. 195 da CLT, não sendo demais acrescentar que, havendo necessidade, esse profissional pode se valer de outros colegas de profissão para complementar seu trabalho (art. 429 do CPC).

No mais, tem-se que a r. sentença já afastou de forma acertada os argumentos reiterados pelo recorrente, fazendo-o quando da análise das “considerações iniciais”, não merecendo reforma alguma seu entendimento.

Não há nulidade a ser declarada.

Mérito

Doença do trabalho

O recorrente afirma que a r. sentença de primeiro grau deve ser reformada na parte em que acolheu a conclusão do laudo médico pericial e indeferiu os pleitos de indenizações por danos morais e materiais. Sustenta que há nexos causal entre a doença que o acometeu e o trabalho realizado na empresa, impugnando a validade da prova técnica e asseverando que sempre trabalhou exposto a produtos químicos.

De acordo com a petição inicial, o reclamante trabalhou para a reclamada exposto a vários agentes químicos. Desde a admissão até 1992, seu posto de trabalho foi o almoxarifado da empresa, local em que manuseava produtos químicos como acrilato de butila, querosene, formol, água raz, acetato de vinila, amoníaco e cloreto férrico, dentre outros. Entre as tarefas do autor, ainda segundo a causa de pedir, estavam as de colocar esses produtos em tambores, receber caminhões e conferir os materiais. Aconteceu que no ano de 1989 um pó

químico chamado *cellosize qp 1000* “espirrou” em seu olho direito, o que, também de acordo com o autor, “(...) *pode ter contribuído para a perda de sua visão.*”

O problema médico que acometeu o autor foi relatado na petição inicial. Trata-se de uma doença chamada uveíte, doença essa que, segundo ele, poderia ser adquirida pela exposição a agentes químicos, dentre outras causas que também são capazes de provocá-la, como alergias, infecções e traumatismos nos olhos. Em virtude dessa doença, o reclamante passou por diversos tratamentos no olho direito, até que veio a perder a visão, seu globo ocular teve que ser extraído e foi necessário realizar o implante de uma prótese.

A reclamada contestou os fatos alegados pelo reclamante, descreveu as atividades que ele exerceu na empresa e declarou que nunca houve trabalho em local capaz de causar a moléstia indicada na petição inicial. Segundo a contestação, não havia contato direto com produtos químicos, pois as embalagens manipuladas sempre estavam fechadas e o autor lidava com produtos acabados. No mais, a ré impugnou a suposta relação entre a uveíte e o trabalho realizado, pugnando pela improcedência dos pedidos.

Realizada perícia médica pelo assistente admitido pela reclamada (fls.229/2320), este concluiu que “(...) *o reclamante perdeu a visão do olho direito causado por uveíte unilateral não ocupacional. Não apresenta incapacidade para o trabalho ou para sua atividade habitual.*” Ainda segundo o assistente técnico da reclamada, a doença que atingiu o reclamante tem várias causas, sendo as mais freqüentes de origem sistêmica, como doenças auto-imunes, colites ulcerativas, artrite reumatóide, doença de Kawasaki e, principalmente, de origem infecciosa, como histoplasmose, tuberculose, citomegalovírus e toxoplasmose, sendo esta última a causa mais freqüente, que se caracteriza por causar a uveíte unilateral. O parecer foi além e também informou que se a lesão do autor fosse mesmo ocasionada pelo ambiente de trabalho, haveria comprometimento bilateral, ou seja, dos dois olhos.

Também o laudo pericial ofertado pelo Sr. Perito da confiança do MM. Juízo *a quo* chegou à conclusão similar (fls. 233/241). Veja-se: “*o reclamante é portador de visão monocular devido à perda total da visão do olho direito em função de complicação de processo inflamatório (uveíte) e descolamento de retina; na evolução houve atrofia do globo ocular com evisceração e colocação de prótese. A doença não tem relação com o trabalho.*” O *Expert* deu como causa para a doença (etiologia) uma série de outras doenças: espondilite anquilosante, Síndrome de Reiter, artrite reumatóide juvenil, uveíte granulomatosa de pars plana, toxoplasmose, infecção por citomegalovírus, necrose retiniana aguda, toxocaríase, coroidopatia, histoplasmose, tuberculose, sífilis, Síndrome de Behçet, oftalmia simpática, Síndrome de Vogt-Koyanagi-Harada, sarcoidose e sarcoma ou linfoma. Nas respostas aos quesitos formulados pelo reclamante, o Sr. Perito ainda acrescentou que a exposição a produtos químicos também poderia ser uma causa da uveíte, desde que ocorresse intoxicação (ingestão).

Nos esclarecimentos que apresentou às fls. 251, o Sr. Perito ratificou suas conclusões anteriores, deixando evidente que o contato externo com o produto químico não causaria a uveíte, que a doença não poderia ser provocada pelo *cellosize qp 1000* e os problemas pós-operatórios do reclamante ocorreram devido ao contato da mucosa da órbita com poeira.

Por ocasião da audiência de fls. 272/273, o reclamante não logrou comprovar a ocorrência do acidente de trabalho descrito na causa de pedir. Com efeito, o autor declarou que no período da tarde de certo dia transportava 15 kg de *cellosize qp 100* para o

setor de resina quanto um vento bateu sobre a embalagem, que estava aberta, e levou parte do produto aos seus olhos, apesar do uso de óculos de proteção. Aconteceu que a testemunha Epaminondas declarou que o acidente aconteceu na parte da manhã e quando o produto foi colocado no chão pelo autor. A testemunha ainda relatou, contrariando o que havia dito o reclamante em depoimento, que não presenciou o fato e que soube do ocorrido por parte deste.

Como se vê, não há prova nos autos do suposto acidente de trabalho que teria atingido os olhos do reclamante e, por outro lado, a prova médico-pericial em nada auxilia a tese vestibular, porque dá como causas para o mal que o acometeu outros motivos.

Todo esse conjunto revela que a r. sentença de primeiro grau não merece reparo algum na parte em que indeferiu os pedidos de indenizações por danos materiais e morais, porque não há nexos causal entre a doença do autor e o trabalho por ele desenvolvido na reclamada.

Majoração dos danos morais

Pretende o recorrente o aumento da condenação por danos morais fixada na r. sentença de primeiro grau. Entende o autor que a quantia de R\$ 10.000,00 que lhe foi deferida é baixa diante do porte da reclamada e dos prejuízos sofridos por conta dos atos praticados por esta.

A condenação no pagamento de indenização por danos morais ocorreu porque a r. sentença entendeu que a reclamada atingiu o patrimônio ideal do autor ao considerá-lo inapto para o trabalho, após a alta médica pelo INSS, e parar de pagar seu salário.

A situação em que se encontrou o reclamante depois da alta médica pelo INSS foi lamentável, porque ao retornar ao trabalho foi impedido de assumir suas atividades e viu-se absolutamente abandonado num momento em que precisava de auxílio porque estava convalescendo. Depois de longos anos de trabalho para a ré, o autor ficou sem trabalho e salário, simplesmente porque a empresa, uma multinacional de porte invejável, entendeu que não era sua obrigação pagar salário para quem julgava doente. Ora, essa posição da empresa é inaceitável, porque se afasta do valor que merece a pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como se olvida que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal.

Como bem destacou a r. sentença *a quo*, se a reclamada pretendia acolher o parecer de seu médico, deveria ter colocado o autor em licença remunerada até que houvesse uma solução do fato junto ao INSS. Como isso não foi feito, restou o prejuízo todo nas mãos do reclamante, que ficou sem trabalho, sem benefício previdenciário e sem salário, ou seja, sem condições de sobreviver.

Esse estado de coisas certamente transmitiu ao reclamante os riscos do negócio, importou num ilícito civil, atingiu o patrimônio ideal do trabalhador e não pode ser admitido em hipótese alguma.

Ora, considerando-se o porte da reclamada, a natureza do dano e o momento em que os fatos se deram, ou seja, logo após uma circunstância que atingiu a saúde do trabalhador,

que havia perdido um dos olhos, tem-se que o valor arbitrado em primeiro grau mostra-se, *data venia*, módico.

A necessidade de atenuar a dor da parte ofendida e de imprimir ao ofensor uma punição capaz de desestimular práticas como a que se verificou acima, impõe a majoração da condenação para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia essa que deverá ser corrigida monetariamente a contar da publicação desta decisão, com juros de mora desde a distribuição do feito.

Multa do art. 477, § 8.º, da CLT

O reclamante pretende que os reflexos do aumento deferido pela r. sentença alcancem também a multa do art. 477, § 8.º, da CLT. Acontece que a guia TRCT de fls. 36 não contém pagamento a esse título. O documento faz menção à “Multa – Idade”, que segundo o próprio recorrente está prevista na norma coletiva da categoria. Não procede a reforma pretendida.

RECURSO DA RECLAMADA Salários de fevereiro a maio de 2008

As alegações da reclamada buscando a reforma da r. sentença na parte em que a condenou no pagamento dos salários de fevereiro a maio de 2008 não podem ser admitidas. Como já foi dito por ocasião da apreciação do pedido de indenização por danos morais, era responsabilidade da empresa, por ser seu o risco do empreendimento e também por conta de sua responsabilidade social, efetuar os pagamentos dos salários. Não lhe era dado suspender o contrato de trabalho unilateralmente e deixar o empregado sem salário por longos meses, sabendo que esta era sua única fonte de sustento.

Se o empregado não tem condições de trabalhar e o INSS não lhe fornece o benefício previdenciário correspondente, é obrigação da empresa realizar o pagamento dos salários até que o trabalhador esteja saudável novamente ou obtenha aquele direito por parte da autarquia. O que não se pode admitir é que o empregado fique meses a fio sem pagamentos, porque isso fere sua dignidade enquanto ser humano. É da empresa os riscos do empreendimento (art. 2.º, *caput*, da CLT) e, entre esses riscos, está o chamado (impropriamente) *capital humano*.

Fica mantida a r. sentença no tocante aos salários deferidos.

Indenização por danos morais

Os pedidos de indenização por danos morais e sua correspondente quantificação já foram abordados quando da análise do recurso interposto pelo reclamante.

Face ao exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 14.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região em **REJEITAR** a preliminar argüida pelo reclamante, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao seu recurso, para majorar a condenação por danos morais para R\$ 20.000,00, observados os parâmetros de atualização contidos na fundamentação, e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da reclamada.

Custas sobre o novo valor da condenação, ora arbitrado em 30.000,00, no importe de R\$ 600,00.

Juiz **MÁRCIO GRANCONATO**

ANEXO B – Acórdão na Íntegra

ANEXO B – Acórdão na Íntegra - Processo TRT – 2ª Região nº TRT/SP Nº 0002896-69.2012.5.02.0016, 4ª Turma, Relatora Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro, data da publicação: 06/03/2015.

**PROCESSO TRT/SP Nº 0002896-69.2012.5.02.0016 – 4ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO**

RECORRENTE: ALMIR DIAS DE CARVALHO

RECORRIDO: INTERATIVA SERVICE LTDA **ORIGEM:** 16ª
VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

Acidente do Trabalho. Alta médica do INSS. Inexistente prova de que a reclamada tenha obstado retorno do empregado ao trabalho. Salários do interregno indevidos.

RELATÓRIO

Inconformado com a r. sentença de fls. 128/129, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente ação, interpõe o reclamante recurso ordinário (fls. 131/134). Pugna pela reforma do julgado quanto ao indeferimento do pedido de salários do período de afastamento. Juntou documento (fls. 135/135 verso).

Não houve contrarrazões.

Recurso tempestivo.

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade. A fls. 144/147 houve a juntada de novos documentos.

É o relatório.

VOTO**SALÁRIOS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO**

Na inicial, afirmou o reclamante que foi admitido em

17.08.2011 e que sofreu acidente do trabalho (não especificou a data). Aduziu ainda que a partir de então afastou-se do serviço até “meados” de 2012 e que foi impedido de retornar à reclamada, nada obstante alta médica do INSS.

Em primeira audiência, realizada em 18.07.2013, colocou a ré o emprego à disposição. Na ocasião, afirmou o reclamante que: “...seu médico pediu novos exames e aguarda a realização desses (sic)” (fls. 60).

Nessa mesma oportunidade, aditou a ré a defesa, reconhecendo o acidente do trabalho. Sustentou ainda que o infortúnio ocorreu por culpa exclusiva do empregado e que a empresa emitiu o CAT (aditamento à defesa, fls. 60).

De fato, é incontroverso que o reclamante sofrera acidente do trabalho. Por outro lado, não há prova de que o demandante tenha agido de forma descuidada para ocasionar o acidente

Por conseguinte, a reclamada foi condenada pelo Juízo de primeira instância a reintegrar o autor no emprego (fls. 128 verso).

Porém, quanto aos salários do período do afastamento (da alta médica até efetiva reintegração do autor), objeto do recurso, não lhe assiste razão.

O reclamante não fez nenhuma prova de que tenha sido impedido de retornar ao serviço, após o encerramento do benefício do INSS. Tampouco há prova de que o médico do trabalho da empresa tenha impedido o retorno às atividades, em virtude de eventual inaptidão para o exercício das funções habitualmente exercidas. De se ressaltar que, conforme observado na origem, o recorrente continuou tentando prorrogar o benefício, mediante ação ajuizada em face do INSS, sem sucesso, ao menos até o momento.

Suposições acerca de que seria tratado de forma inadequada em caso de retornar ao serviço (fls. 105) não merecem considerações vez que inseridas em âmbito meramente subjetivo.

Em suma, muito embora a reclamada, em primeira audiência, tenha oferecido ao reclamante o retorno ao serviço, o obreiro não esboçou nenhuma vontade em retornar ao trabalho, limitando-se a dizer que aguardaria os novos exames (fls. 60), exames estes que não vieram aos autos. Vale acrescentar ainda que o autor, juntamente com a manifestação de fls. 103/105, colacionou apenas a petição inicial e o laudo elaborado pelo perito nomeado por outro Juízo (ação motiva em face do INSS), que concluiu: “...não há incapacidade laborativa ou demanda por maior esforço” (fls. 119).

Diante de tais elementos, não estava mesmo a recorrida obrigada a arcar com o pagamento dos salários do período vindicado pelo obreiro, na medida em que após a alta médica estava apto e não há comprovação de que a ré tenha impedido o retorno do autor ao serviço. Não houve incúria da ex- empregadora, na situação em exame, pelo que não há que se falar em “limbo jurídico”. Tampouco há demonstração de que a reclamada tenha se recusado a oferecer treinamento ao empregado, para exercer nova atividade.

Necessário ainda acrescentar que, após o julgamento do feito, no qual foi reconhecido o direito à reintegração no emprego, indicou a reclamada o endereço no qual o reclamante deveria se apresentar (fls. 136). E, ao se manifestar, afirmou o recorrente que “aguarda o julgamento do referido Recurso por parte do E. TRT para, cumprir a decisão final”, ou seja, até o trânsito em julgado, conforme definido em primeira instância (fls. 139 verso).

Assim, pode-se concluir que, embora apto a desenvolver atividades profissionais, o autor não está interessado em retornar ao serviço.

Por conseguinte, são inconsistentes os argumentos recursais, pelo que deve ser mantida a r. sentença, que bem avaliou as provas produzidas.

Os documentos de fls. 144/147 não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa e, não se tratam de documentos novos no sentido jurídico do termo (documentos novos não são aqueles feitos recentemente, mas aqueles que já existiam à época dos fatos e sobre os quais as partes não tinham acesso quando da propositura da ação). Pelos motivos supra, tais documentos não podem ser considerados.

Nada a reformar.

DISPOSITIVO

Isto posto, Acordam os magistrados da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: NEGAR PROVIMENTO ao recurso do reclamante.

EROTILDE RIBEIRO DOS SANTOS MINHARRO

Juíza Relatora Convocada

ANEXO C – Acórdão na Íntegra

(ANEXO C – Acórdão na Íntegra - Processo TRT 2ª Região nº 0000901-46.2013.5.02.0061, 18ª Turma, Relator Donizete Vieira da Silva, data da publicação: 24/03/2014).

18ª TURMA

Processo TRT/SP nº. 0000901-46.2013.5.02.0061

RECURSO ORDINÁRIO DA 61ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

1. RECORRENTE: GIUSEPPINA BISCARDI

**2. RECORRENTE: BANCO SANTANDER BRASIL S.A.
RECORRIDOS: OS MESMOS**

Inconformadas com a r. sentença de fls. 89/93, cujo relatório adoto e que julgou PROCEDENTE EM PARTE a pretensão, recorrem as partes.

A reclamante, às fls. 95/102, pleiteia a condenação do réu ao pagamento de salários e reflexos, cesta alimentação no período de 28/05/2008 (data em que recebeu alta do INSS) a janeiro/2010 (data em que foi reativado seu contrato de trabalho), ao argumento de após a cessação do recebimento do auxílio doença a empregadora não a convocou a retornar ao trabalho. Por tais razões, ressalta também ser devida indenização por danos morais. Pugna pelo recebimento de multa por infração à Convenção Coletiva de Trabalho, da multa prevista no art.

477 da CLT e de honorários advocatícios. Finalmente, destaca que apenas o reclamado deve arcar com os recolhimentos fiscais e previdenciários.

O demandado sustenta a exclusão das condenações ao pagamento de indenização substitutiva (referente à estabilidade pré-aposentadoria) e de multa normativa.

Contrarrazões do réu (fls. 123/129) e da autora (fls. 130/132).

É o relatório.

V O T O

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO dos apelos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

1. DO PAGAMENTO DE SALÁRIOS APÓS A CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA

Em sua exordial relatou a autora que trabalhou para o reclamado entre 01/04/2003 e 18/04/2011 e que nos períodos de 03/04/2007 a 16/05/2007 e de 03/10/2007 a 28/05/2008 ficou afastada de suas atribuições, recebendo benefício previdenciário.

Relata que depois da segunda alta previdenciária apresentou-se ao trabalho e o empregador não aceitou seu retorno, encaminhando-a novamente ao INSS para buscar novo benefício. Salaria que por diversas vezes compareceu ao reclamado e que este, sem qualquer motivação, não a convocava a retornar a suas atribuições, nem tampouco a remunerava.

Destacou que em janeiro/2010 voltou a receber sua remuneração e ficou em sua residência aguardando ser convocada para trabalhar, uma vez que, por orientação do setor de Recursos Humanos do réu, não existia setor e funções compatíveis com suas restrições. Em 18/04/2011 foi dispensada sem justa causa.

Pugnou pela condenação do demandado ao pagamento de valores devidos entre 28/05/2008 e jan/2010 (salários, 13º, FGTS e respectiva multa, dobra de férias acrescidas com o 1/3 constitucional e DSR).

O banco reclamado negou as alegações constantes da inicial e afirmou que a autora não se apresentou para trabalhar após a alta da autarquia previdenciária e que a obreira tentava prorrogar o recebimento de seu benefício. Alegou que em várias ocasiões convocou a reclamante para fazer exame médico de reavaliação e que esta, sem qualquer justificativa, não comparecia.

Sobreveio sentença julgando improcedente o pedido no tocante a este tópico, entendendo a Magistrada singular que a autoria não logrou êxito em comprovar haver procurado o réu para retornar ao trabalho após a alta médica.

Apela a demandante pugnando pela reforma do julgado, de acordo com as alegações lançadas na inicial.

Com razão.

Restou incontroverso dos autos que entre 03/10/2007 e 28/05/2008 a autora ficou afastada de suas atividades recebendo benefício previdenciário e que esta, inconformada com a alta do INSS, ingressou com pedido de reconsideração na autarquia (fls. 58, 61 e 63/64 do volume de documentos da reclamante em anexo).

Pois bem.

Para o deslinde do feito mister verificar se após a cessação do auxílio-doença a autora reapresentou-se ao empregador para retornar às suas atividades, providência que lhe competia, conforme se verifica do aresto a seguir colacionado:

RECURSO ORDINÁRIO. ALTA NO INSS. REAPRESENTAÇÃO NA EMPRESA. ÔNUS DA PROVA. Após receber alta do INSS o empregado deveria procurar a empresa para retornar suas atividades, haja vista que o seu contrato de trabalho se encontrava suspenso. Se o empregado alega que foi à empresa, mas essa não lhe concedeu o retorno, deve, então, provar os fatos constitutivos de seu direito conforme inteligência do art.

818 da CLT e o art. 333, I, do CPC.

*RELATOR(A): MARCELO FREIRE GONÇALVES,
PROCESSO Nº: 00026379120125020463 TURMA: 12ª,
DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/10/2013*

Em sendo a resposta negativa, não há que se falar em pagamento dos salários devidos após 28/05/2008. Na hipótese de a laborista ter comparecido à empresa e de esta não ter procedido à realocação da trabalhadora dentro de seu quadro de pessoal, mostra-se pertinente a condenação, pois o empregador não pode recusar o retorno da obreira após a alta previdenciária, ainda que o médico da empresa tenha considerado a trabalhadora inapta para o trabalho.

Acaso a empresa não concordasse com a alta médica previdenciária da trabalhadora deveria ter recorrido da decisão da autarquia previdenciária, não encaminhá-la novamente ao INSS, ainda que a obreira solicitasse novo afastamento à empregadora.

In casu, logrou êxito a reclamante em comprovar que após a alta médica do INSS compareceu ao empregador (à época, ABN AMRO Real S.A), pois consta de seu prontuário (fl. 87 do volume de documentos da autora em apartado) que em 10/06/2008 (ou seja, apenas 12 dias depois da cessação de seu benefício previdenciário) dirigiu-se à empresa, ainda que fosse para solicitar afastamento. Restou comprovado que a demandante, na mesma data, apresentou recurso à junta de recursos da Previdência Social (fl. 63).

Do documento acostado pela reclamante à fl. 76 dos autos em anexo verifica-se que o reclamado tinha ciência de que a autora, em 18/08/2009, estava há mais de um ano sem qualquer remuneração e que sabia que o INSS a considerava apta para o trabalho.

Cumpria ao reclamado, diante do pedido da autora, informá-la que deveria assumir imediatamente suas atribuições (com a devida realocação), pois após a alta previdenciária seu contrato de trabalho não mais se encontrava suspenso e informar-lhe que comitadamente ao retorno ao trabalho

seria possível requerer a reconsideração da decisão da autarquia. Aliás, o próprio empregador poderia readaptar a obreira e recorrer da decisão que cancelou seu benefício.

Acaso a laborista se negasse a voltar ao trabalho, observados os requisitos legais, poderia o empregador dispensá-la por justa causa.

Todavia, não foi esta a providência tomada pelo demandado, pois dos citados documentos verifica-se que o empregador limitou-se a encaminhar a demandante à autarquia previdenciária para que apresentasse pedido de reconsideração, mas em nenhum momento cogitou realocá-la nas suas funções ou em outra que fosse compatível com o seu estado de saúde.

Vale destacar que o próprio reclamado confirma em sua defesa que a autora em diversas ocasiões após a alta médica voltava informando não se encontrar apta para o trabalho e que “concedia o afastamento” (atribuição exclusiva da autarquia previdenciária), ao invés de realocá-la, como deveria fazer. Veja o que diz a defesa no segundo parágrafo lançado à fl. 64:

“Em 09.06.2008 em função de queixas da Autora de insônia, crise de ansiedade e ausências, transtorno de pânico quando saia de casa ou se via na multidão, pediu novamente seu afastamento por mais 40 dias (fls. 62 do vol. I de documentos) e assim, sucessivamente, os atestados médicos foram se renovando até 20.01.2010, quando teve alta definitiva, sem restrições.

A postura do recorrido mostrou-se totalmente equivocada, pois permitiu que a autora ficasse em uma situação de total insegurança denominada “limbo jurídico trabalhista-previdenciário”, sem receber salários e tampouco benefício previdenciário.

Não realocando a autora após o término da suspensão do seu contrato de trabalho, assumiu o banco reclamado o risco de sua decisão – pois o risco do empreendimento é dele, e não da obreira –, sendo de rigor considerar que desde sua apresentação ao trabalho (16/06/2008) a laborista permaneceu à disposição do empregador no aguardo de ordens (art. 4º, CLT).

Nesse sentido encontra-se lançada iterativa jurisprudência deste E. Tribunal, como atestam os arestos a seguir:

OBTIDA ALTA PREVIDENCIÁRIA E ESTANDO À DISPOSIÇÃO DA EMPREGADORA, DEVE O TRABALHADOR PERCEBER SALÁRIOS - Havendo conflito entre o laudo do perito do INSS que atesta a capacidade do trabalhador e as conclusões do médico do trabalho que afirma o contrário, compete à empregadora

proceder à realocação do trabalhador dentro de seu quadro de pessoal, de forma a permitir o exercício de funções compatíveis com a sua limitação física. Assim não tendo feito, deve arcar com o pagamento de salários do período de afastamento, consoante artigo 4º da CLT. RELATOR(A): ROSANA DE ALMEIDA BUONO, PROCESSO Nº: 00014685820115020090 TURMA: 3ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 02/12/2013

LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA - PREVIDENCIÁRIO AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO POR DOENÇA. ALTA MÉDICA. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. RECUSA DO EMPREGADOR EM FORNECER TRABALHO, SOB ESPEQUE DE INCAPACIDADE DO TRABALHADOR NÃO PROVADA POR PERICIA OFICIAL. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR PAGAR OS SALÁRIOS. INTELIGENCIA DO ARTIGO 1º, INCISO III e IV, da CF; ART. 59, parágrafo 3º, DA LEI 8213/91 E ARTIGO 4º, DA CLT. Nos termos do artigo 1º, incisos III e IV da Carta Federal a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são fundamentos da ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional). Deste modo, nos termos do artigo 59, parágrafo 3º, da Lei 8213/91, o empregador é responsável pelo pagamento dos salários de seus empregados, afastados por motivo de doença, pelos primeiros 15 dias Após tal período e, enquanto durar a causa incapacitante para o labor, faz jus o trabalhador ao correspondente benefício previdenciário, ficando suspenso o contrato de emprego até a alta médica. Após a alta médica o contrato de trabalho volta a produzir todos os seus efeitos legais, e o trabalhador é considerado à disposição do empregador aguardando ordens, com o respectivo cômputo do tempo de trabalho e direito aos salários e demais vantagens próprias do vínculo empregatício, tudo por conta do empregador (art. 4º, CLT). Ao empregador não é dado recusar o retorno do trabalhador às suas atividades, após a alta médica do INSS, sob o fundamento de que o médico do trabalho da empresa considerou-o inapto. Se a empresa não concorda com a altamédica previdenciária do trabalhador deve recorrer da decisão da autarquia previdenciária e, destruir a presunção de capacidade atestada pelo médico oficial e, fazer valer a posição do seu médico. Não pode o empregador ficar na cômoda situação de recusa em dar trabalho e, carrear aos ombros do trabalhador uma situação de limbo jurídico trabalhista- previdenciário, à própria sorte, sem receber salários e tampouco benefício previdenciário. Tal conduta não se coaduna com os princípios

constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF).

RELATOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE, PROCESSO Nº: 00009684720125020028 TURMA: 4ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 14/11/2013

Finalmente, destaco que as alegações do reclamado no sentido de que por inúmeras vezes a recorrente foi convidada a fazer o exame médico de reavaliação estão desprovidas de qualquer comprovação.

Desta feita, reformo a r. sentença para condenar o demandado ao pagamento dos valores devidos à autora da cessação do auxílio doença (28/05/2008) até a data em que voltou a pagar os vencimentos da obreira (20/01/2010), quais sejam, salários, 13º salários, FGTS e respectiva multa de 40%, férias em dobro (observando-se o disposto no inciso IV e §1º do art. 133 da CLT).

2. DO AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA POR INFRAÇÃO À CLÁUSULA 15ª DAS CONVENÇÕES COLETIVAS

Requer a reclamante seja o réu condenado ao pagamento de cesta alimentação no período da alta previdenciária até a data em que voltou a receber seus vencimentos. Fundamenta-se na cláusula 15ª da Convenção Coletiva de sua categoria.

Sem razão

Não prospera a irresignação, pois não comprovado que entre cessação do benefício previdenciário e a data em que voltou a receber seus vencimentos havia Norma Coletiva impondo o pagamento de cesta alimentação. Consequentemente, não há que se falar em pagamento da multa por infração à Cláusula 15ª das CCTs 2010/2011 e

2011/2012.

3. DA MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT

Pugna a demandante pela condenação do réu ao pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT, ao argumento de que este não arcou corretamente com o pagamento das verbas rescisórias.

Sem razão.

O fato gerador da aplicabilidade da multa esculpida no artigo 477, §8º da CLT é a quitação das verbas rescisórias incontroversas fora dos prazos legais, o que ocorreu na hipótese dos autos.

A existência de eventuais diferenças, mormente aquelas oriundas da procedência parcial dos pleitos autorais, por si só, não gera a imputação da indigitada multa, tendo em vista o pagamento dos haveres rescisórios de forma tempestiva.

Nesse sentido, transcrevo a lição da Doutrinadora

Vólia Bomfim Cassar:

“Se o empregador pagou tempestivamente as parcelas que entendia devidas, o fato do Judiciário reconhecer o direito do empregado às diferenças de parcelas resilitórias, seja qual for o motivo, não enseja o pagamento da penalidade prevista no art. 477, §8º da CLT” (in CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro Impetus, 2011. p. 160).

Nada a reformar, portanto

4. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A indenização por dano moral tem respaldo nas disposições legais do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, caracterizando-se pela violação de direitos individuais como intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa. Para o seu reconhecimento é necessária a comprovação de grave ofensa ao patrimônio moral da pessoa.

Certo, também, que a responsabilidade civil do empregador pela indenização por dano moral, bem como material, pressupõe a existência de três requisitos cumulativos: a prática de ato ilícito ou com abuso de direito (culpa/dolo); o dano (prejuízo material ou o sofrimento moral); e o nexo causal entre o ato praticado pelo empregador ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador.

Pondere-se, por oportuno, que não é qualquer incômodo, contrariedade ou adversidade vivida pelo empregado que gera o dano moral, sob pena de banalização do instituto, o que não pode ser ratificado pelo Poder Judiciário.

No caso em testilha, não logrou êxito a autora em comprovar as alegações lançadas na inicial no sentido de que “se viu em estado de pobreza enorme, residindo de favor e sobrevivendo de doações de cesta básica de instituições religiosas e auxílio dos amigos” e que a situação, além de agravar sua saúde, a colocou perante a sociedade numa situação vexatória e inclusive perante seus colegas de trabalho.

Não é demais registrar que, sem dúvida, o reclamado, após a alta previdenciária da obreira, errou ao não realocá-la e deixar de pagar seus salários. Entrementes, a legislação vigente já prevê as penalidades para recompensar a autora pelas perdas materiais sofridas, as quais, sublinhe-se, foram impostas ao réu, bem como a aplicação da correção monetária e a incidência de juros de mora, os quais se prestam a reparar os prejuízos advindos da ausência do pagamento tempestivo dos haveres contratuais.

5. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na Justiça do Trabalho, a questão acerca dos honorários advocatícios encontra-se especificamente disciplinada pela Lei 5.584/1970, constituindo faculdade do autor o exercício do *jus postulandi*, sendo incompatível com o Processo do Trabalho a aplicação do art. 404 do Código Civil.

Registra-se que a nova redação dada ao artigo 1061 do Código Civil de 1916 não alterou o entendimento fixado na Justiça do Trabalho, mantendo o Colendo TST a vigência de suas Súmulas 219 e 329.

Neste sentido é a jurisprudência do Colendo TST, como se depreende de recente decisão proferida pela 6ª Turma daquela Corte, a seguir transcrita:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO DE GASTOS DO RECLAMANTE COM ADVOGADO. O eg. Regional afirmou indevida indenização de gastos do reclamante com honorários (perdas e danos), porque constitui, na verdade, disfarce para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, incabíveis na espécie em face de não se configurar a assistência sindical. Os arestos apresentados no recurso de revista refletem o que pensa este relator a propósito de ser necessária nova reflexão a propósito dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, sobretudo após o advento do art. 389 do Código Civil, mas é certo que contêm entendimento superado pela jurisprudência sumulada deste Tribunal (Súmula 219), o que faz incidir o obstáculo de que fala a Súmula 333 do TST. Ademais, a OJ 305 da SBDI- 1/TST é explícita ao registrar que na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato , o que demonstra mais uma vez a superação das teses confrontadas, por evidente incompatibilidade. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 477 DA CLT. A atual jurisprudência da SBDI-1/TST – que terminou por ensejar o cancelamento da OJ 351 (Resolução 163/2009) – além da que emana desta eg. Sexta Turma, abraça a tese de que a única hipótese de ser indevida a multa em apreço se configura quando é o empregado quem dá causa ao atraso no

pagamento. Recurso de revista conhecido e provido.” TST RR – 167500-43.2007.5.02.0462, DEJT07/05/2010, Ministro Relator Augusto Cesar de Carvalho.

Mantenho a sentença.

6. DOS RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Os critérios de apuração dos recolhimentos previdenciários e fiscal devem ser aqueles previstos pelas Leis

8.212/1991 e 8.620/1991, e consagrados pela Súmula 368, II e III, do Colendo TST, cabendo também ao reclamante arcar com sua participação, cuja responsabilidade não foi excluída pelo fato de o empregador não ter efetuado o desconto na época devida.

Mantenho.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO

1. DA ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA

Pugna o réu pela exclusão da condenação ao pagamento de indenização referente à estabilidade pré aposentadoria, por entender que a autora não preencheu os requisitos constantes da cláusula 25 da Convenção Coletiva 2010/2011.

Assiste razão ao recorrente.

A Convenção Coletiva 2010/2011 tratou da estabilidade postulada pelo reclamante em sua cláusula 25, alíneas “e”, “f” e “g” e parágrafo 1º nos seguintes termos (fls. 167 e 168 do volume de documentos da autora em apartado):

Gozarão de estabilidade provisória no emprego, salvo por motivo de justa causa para demissão:

(omissis)

e) pré-aposentadoria: Por 12 (doze) meses imediatamente anteriores à complementação do tempo para aposentadoria proporcional ou integral pela previdência social, respeitados os critérios estabelecidos pela Legislação vigente, os que tiverem o mínimo de 5 (cinco) anos de vinculação empregatícia com o banco;

f) omissis

g) pré-aposentadoria: Para a mulher, será mantido o direito à estabilidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses

imediatamente anteriores à complementação do tempo

para aposentadoria proporcional ou integral pela previdência social, respeitados os critérios estabelecidos pela Legislação vigente, desde que tenha o mínimo de 23 (vinte e três) anos de vinculação empregatícia ininterrupta com o mesmo banco;

(omissis)

Não se enquadrava a reclamante na alínea “f” por não possuir mais de 23 anos ininterruptos de vínculo empregatício com o reclamado, mas na alínea “e”, pois seu contrato de trabalho com o demandado contava com mais de cinco anos.

Ocorre que para os empregados que estivessem compreendidos na alínea “e” a Norma Coletiva estabeleceu outro requisito para a concessão de estabilidade provisória pré aposentadoria. Veja-se o que diz o parágrafo primeiro do mesmo artigo:

Quanto aos empregados na proximidade de aposentadoria, de que trata esta cláusula, deve observar-se que:

I- aos compreendidos na alínea “e”, a estabilidade provisória somente será adquirida a partir do recebimento, pelo banco, de comunicação do empregado, por escrito, devidamente protocolada, sem efeito retroativo, de reunir ele as condições previstas, acompanhada dos documentos comprobatórios, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, após o banco os exigir.

II- (omissis)

Parágrafo segundo - (omissis)”

Na hipótese dos autos a autora demonstrou que faltavam apenas 11 meses e 5 dias para poder se aposentar proporcionalmente, cumprindo o disposto na alínea “e” da cláusula 25 transcrita acima. Todavia, não logrou êxito em comprovar o preenchimento do requisito estampado no parágrafo 1º da mesma cláusula, pois não foi acostada aos autos a comunicação ao empregador mencionada no dispositivo.

Diante do exposto, reformo a r. sentença para excluir a condenação do réu ao pagamento de indenização substitutiva da estabilidade provisória pré aposentadoria.

2. DA MULTA NORMATIVA – CLÁUSULA 25 CCT

2010/2011

Excluída a condenação do reclamado ao pagamento de indenização referente ao período estabilitário previsto na cláusula 25 da CCT 2010/2011, não há que se falar no pagamento de multa normativa pela infração a citado dispositivo.

Reformo, para excluir a condenação do empregador ao pagamento de multa por ofensa à clausula 25 da CCT 2010/2011.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho em: **CONHECER** dos apelos e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da reclamante para condenar o réu a pagar-lhe os valores devidos da cessação do auxílio doença (28/05/2008) até a data em que voltou a pagar os vencimentos da obreira (20/01/2010), quais sejam, salários, 13º salários, FGTS e respectiva multa de 40% e férias em dobro e **DAR PROVIMENTO** ao apelo do réu para excluir a condenação ao pagamento de indenização substitutiva da estabilidade provisória prevista na cláusula 25 da CCT 2010/2011 e da multa por infração ao citado dispositivo. Custas e valor da condenação rearbitrados para, respectivamente, R\$ 1.000,00 e 50.000,00.

As partes atentarão ao art. 538, parágrafo único, do CPC, bem como aos artigos 17 e 18 do mesmo diploma legal, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão. Nada mais.

DONIZETE VIEIRA DA SILVA

Desembargador Relator