



E-ISSN: 2595-7414

RBDS

Revista Brasileira de Direito Social



V.6,
N.2 2023
Maio
Junho
Julho
Agosto

IEPREV
EDITORA

PRESIDÊNCIA DO IEPREV

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

EDITOR-CHEFE

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

EDITORAS-ADJUNTAS

ANA PAULA FERNANDES, UMSA, ARGENTINA

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

EDITORES-EXECUTIVOS

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

DÉCIO BRUNO LOPES, PUC-SP. SÃO PAULO/SP

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

CONSELHO CONSULTIVO

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPA/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

MIRIAN APARECIDA CALDAS, UNIVERSIDADE ESTADUAL
DO CENTRO-OESTE, UNICENTRO/PR

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA

RBDS	Belo Horizonte	v. 6	n. 2	p. 1-101	2023
------	----------------	------	------	----------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]:
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 6, n. 2
(maio/ago. 2023). – Belo Horizonte : Editora IEPREV, 2018-.

Modo de acesso: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/>>.
Quadrimestral.

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários
Trabalhistas e Tributários.

CDU, 2ª ed.: 349.3

SUMÁRIO

EDITORIAL	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
O LIMITE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS: ENTENDIMENTO E PERSPECTIVAS	05-16
Raphael Silva Rodrigues Rodrigo Almeida Magalhães Thiago Penido Martins	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VALORAÇÃO DAS PROVAS EM PROCESSOS JUDICIAIS DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE	17-33
Lucas Selau da Costa	
A PENSÃO POR MORTE E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019	34-44
Maria Eduvirges Borges Fortes da Costa Figueira	
O GERENCIAMENTO DE RISCOS PREVIDENCIÁRIOS NAS RELAÇÕES LABORAIS	45-56
Jaqueline Carla Sciascia Meireles	
RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NOS CASOS QUE ENVOLVEM EXPOSIÇÃO A AGENTES PREJUDICIAIS À SAÚDE E A INTEGRIDADE FÍSICA DO SEGURADO NO RGPS	57-72
Sheila Testoni da Rocha	
A REDUÇÃO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL	73-82
Marcelino Meleu Aleksandro Brasil Lopes Gabrielly Saiber Lopes	
O DIREITO À DESCONEXÃO E O TELETRABALHO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE CONCRETIZAÇÃO	83-101
Maria Fernanda Bonduki Marco Aurélio Serau Junior	

EDITORIAL

Com renovada alegria apresentamos ao público leitor e todos que se interessam e pesquisam os temas de direitos sociais a nova edição da RBDS – Revista Brasileira de Direito Social (V. 6, N. 2, 2023), que pode ser acessada integralmente e de forma gratuita através do site do IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários, entidade da sociedade civil voltada à difusão do conhecimento científico, em particular o campo dos direitos sociais.

A segunda edição de 2023 deste periódico abre com o artigo “O limite da base de cálculo das contribuições destinadas a terceiros”, do eminente tributarista, Professor Raphael Silva Rodrigues, em coautoria com Thiago Penido Martins e Rodrigo Almeida Magalhães.

O Processo Judicial Previdenciário, tema importante para a advocacia previdenciária e sempre presente nesta revista, aparece novamente, através dos textos “Considerações acerca da valoração das provas em processos judiciais de benefícios previdenciários por incapacidade”, de Lucas Selau Costa, e “Relativização da coisa julgada e a divergência de entendimento jurisprudencial nos casos que envolvem exposição a agentes prejudiciais à saúde e a integridade física do segurado no RGPS”, escrito por Sheila Testoni da Rocha.

“A redução da Pensão Por Morte na Reforma da Previdência: uma análise à luz da justiça social”, artigo de Marcelino Meleu, Aleksandro Brasil Lopes e Gabrielly Saiber Lopes trata desse sensível tema que foi drasticamente reformulado no âmbito da Emenda Constitucional 103/2019, alvo de inúmeras críticas doutrinárias.

O mesmo tópico é abordado também em “A Pensão por Morte e a Proibição do Retrocesso Social: Emenda Constitucional 103/2019”, produção científica de Maria Eduvirges Borges Fortes da Costa Figueira.

O Direito Previdenciário é umbilicalmente relacionado com o Direito do Trabalho, apesar de serem ramos distintos e autônomos do Direito. Esse tópico merece atenção no artigo “O Gerenciamento de Riscos Previdenciários nas Relações Laborais”, de autoria de Jaqueline Carla Sciascia Meireles.

Ainda no campo do Direito do Trabalho apresento o texto de minha orientanda de graduação na UFPR, Dra. Maria Fernanda Bonduki, aqui revisado e publicado em coautoria, a respeito do necessário tema do teletrabalho: “O direito à desconexão e o teletrabalho no sistema jurídico brasileiro: perspectivas de concretização”.

Com esse relevante conjunto de trabalhos científicos, desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

Belo horizonte, outubro de 2023.

Marco Aurélio Serau Junior

Editor-Chefe da Revista Brasileira de Direito Social

Diretor Científico do IEPREV

O LIMITE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS: ENTENDIMENTO E PERSPECTIVAS

Raphael Silva Rodrigues¹
Rodrigo Almeida Magalhães²
Thiago Penido Martins³

Resumo

Devido a afetação do Recurso Especial nº 1.898.532 à sistemática dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema Repetitivo nº 1.079), o presente artigo tem por objetivo analisar se o limite de 20 (vinte) salários-mínimos é aplicável à apuração da base de cálculo de contribuições parafiscais, nos termos do artigo 4º da Lei nº 6.950/1981, com as alterações promovidas em seu texto pelos artigos 1º e 3º do Decreto-Lei 2.318/1986.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; Custeio da Seguridade Social; Limitação da Base de Cálculo; Contribuições Parafiscais.

THE LIMIT ON THE BASIS FOR CALCULATING CONTRIBUTIONS TO THIRD PARTIES: UNDERSTANDING AND PROSPECTS

Abstract

Due to the allocation of Special Appeal No. 1.898.532 to the system of repetitive appeals by the Superior Court of Justice (Repetitive Theme No. 1.079), the purpose of this article is to analyze whether the limit of twenty (20) minimum wages is applicable to the calculation of the calculation basis of parafiscal contributions, pursuant to article 4 of Law 6950/1981, as amended by articles 1 and 3 of Decree-law 2318/1986.

Keywords: Social Security Law; Social Security Funding; Limitation of the Calculation Basis; Parafiscal Contributions.

1 INTRODUÇÃO

A contribuição social é a espécie tributária que mais vem ganhando relevância nas últimas décadas, sendo a sua instituição carregada de polêmicas no âmbito jurídico, político e social.

Do ponto de vista jurídico, doutrina e jurisprudência têm se debruçado para determinar os contornos da incidência de tal tributo, bem como envidando esforços para dirimir controvérsias sobre tais regras, havendo a publicação de diversos julgados com o

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Professor Universitário. Membro integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas. Advogado.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular do Centro Universitário Unihorizontes. Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

³ Doutor em Direito Privado pela PUC/MG. Mestre em Direito e Especialista em Direito pela FDMC/MG. Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte/MG. Foi Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (2016/2020). Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais.

intuito de pôr fim às lides entre os contribuintes e o Fisco.

Não há dúvidas de que a pandemia causada pelo Covid-19 vem gerando, até os dias atuais, relevantes impactos para as economias globais, incluindo o Brasil. Neste contexto, é importante que os gestores reavaliem as projeções e cenários econômicos futuros com o objetivo de optar por práticas tributárias que conduzam ao alcance da melhor eficiência financeira.

Com efeito, as empresas estão sofrendo os impactos da atual crise econômica que assola todo o País, o que vem afetando diretamente o seu fluxo de caixa e, por conseguinte, minando sua capacidade econômica.

Diante da ausência de caixa e de capital de giro, muitas empresas têm questionado perante o Poder Judiciário a possibilidade de recolhimento das contribuições de terceiros com a limitação, em relação à totalidade da sua folha de pagamento, da base de cálculo em 20 (vinte) salários-mínimos vigentes na forma da lei, de modo que esta forma de recolhimento da exação trará ao contribuinte (principalmente aqueles que possuem uma maior folha de pagamento) mais tranquilidade financeira para enfrentar momento no qual o seu faturamento tem sido drasticamente reduzido.

Com o advento da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais vinculadas ao INSS (art. 2º), bem como as contribuições destinadas a terceiros e fundos, tais como SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, a teor de expressa previsão contida no art. 3º, foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão da União, cuja representação, após os prazos estipulados no seu art. 16, ficou a cargo exclusivo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para fins de eventual questionamento quanto à exigibilidade das contribuições, ainda que em demandas que tenham por objetivo a restituição de indébito tributário.

Conforme será demonstrado, tal tese ganhou força no meio jurídico, principalmente, quando foi publicado o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.570.980⁴, reconhecendo a limitação da base de cálculo das contribuições parafiscais cobradas sobre a folha de salários a 20 (vinte) salários-mínimos, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/1981, ainda vigente apesar de sucessivas alterações legislativas.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO TEMÁTICA

Como visto, o artigo 149 da Constituição Federal de 1988⁵ elenca as três espécies de contribuições sociais, denominadas pelo STJ como *contribuições parafiscais recolhidas pelo INSS por conta de terceiros*, sendo elas (i) as contribuições sociais em sentido estrito (Salário-Educação), (ii) contribuições de intervenção no domínio econômico (INCRA) e (iii) contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas⁶.

⁴ Cf.: STJ, AgInt no REsp nº 1.570.980/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJ 03.03.2020.

⁵ “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.”

⁶ A verificação para quais as entidades se deve recolher e suas respectivas alíquotas de contribuição é feita através

As contribuições parafiscais de terceiros destinadas ao SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, “Sistema S” (SESI, SENAI, SESC SENAC, SENAT) e Salário-Educação sobre a folha de salários são submetidas às empresas vinculadas ao regime geral da previdência social.

Ocorre que a base de cálculo adotada pela Fisco para cálculo das contribuições de terceiros tem sido a totalidade da folha de salários das empresas, o que abarca todas as remunerações por ela suportadas em favor dos seus empregados segurados.

Todavia, as referidas contribuições, na forma do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/1981, deveriam ter a sua base de cálculo mensal limitada a 20 (vinte) salários-mínimos vigentes, restando indevida a atual base de cálculo adotada pela Receita Federal do Brasil na cobrança de tais exações.

A cobrança, sem a observância da limitação imposta pela Lei nº 6.950/1981, de um lado, onera de forma substancial os valores suportados pelos contribuintes e, de outro, proporciona o enriquecimento ilícito das entidades beneficiadas por tais contribuições.

Importante esclarecer que o referido art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/1981 não foi revogado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 2.318/1986, posto que este último disciplina exclusivamente as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social, o que não é o caso das contribuições em discussão, conforme será adiante explorado.

3 DA LIMITAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 20 SALÁRIOS-MÍNIMOS VIGENTES IMPOSTA PELA LEI Nº 6.950/1981

As contribuições destinadas a terceiros, no caso específico, as contribuições sociais destinadas ao SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, “Sistema S” (SESI, SENAI, SESC SENAC, SENAT) e Salário-Educação, são atualmente exigidas pela Receita Federal do Brasil sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas mensalmente pela empresa, a qualquer título, aos segurados empregados, sem qualquer limitação.

Ocorre que a Lei nº 6.950/1981, em seu art. 4º, parágrafo único, definiu que os valores máximos devidos pela empresa acerca das contribuições para terceiros, devem ser limitados a (20) vinte salários-mínimos, *in verbis*:

Art. 4º O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único – O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Ressalta-se que o referido dispositivo se encontra plenamente válido e vigente, não havendo motivos para que não seja observado pelo Fisco, sendo de rigor, portanto, o reconhecimento do direito de os contribuintes procederem ao recolhimento das exações mencionadas anteriormente com o referido limite da base de cálculo.

Importante esclarecer que o Decreto-Lei nº 2.318/1986, que em seu art. 3º passou

a atividade e código do estabelecimento obtido através do Fundo de Previdência e Assistência Social (“FPAS”).

a prever: “Art. 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981”, não revogou o limite de 20 (vinte) salários-mínimos para o cálculo das contribuições de terceiros previstas no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.950/1981.

Isto porque o art. 3º acima citado apenas se aplica às contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social.

Em reforço a tal conclusão destaca-se que a vigência da limitação das contribuições de terceiros pode ser conferida site do planalto, de modo que o sítio eletrônico oficial não traz qualquer revogação de dispositivo na Lei nº 6.950/1981 (BRASIL, 1981). Ou seja, o que o Decreto-Lei nº 2.318/1986 fez foi retirar os efeitos do art. 4º, caput, da Lei nº 6.950/1981, que limitava a base de cálculo das contribuições da previdência social.

O limite estabelecido pela lei para as contribuições de terceiro continua em vigor e não pode ser ignorado pelas seguintes razões fático-jurídicas:

- (i) uma lei se presume válida e em vigor até que outra a revogue expressamente ou tacitamente;
- (ii) toda a legislação regente do tema, claramente, distingue contribuições previdenciárias daquelas denominadas de terceiros ou parafiscais;
- (iii) a limitação de até 20 (vinte) salários-mínimos foi objeto de revogação por lei posterior, a qual, expressamente, somente se aplica em face das contribuições previdenciárias (art. 3º do Decreto-Lei nº 2.318/1986) e não em face das contribuições de terceiros;
- (iv) se há dispositivo legal que revoga expressamente determinado tema para uma contribuição, mas não a faz para as demais, significa dizer que não há revogação por extensão;
- (v) de outro lado, eventual revogação tácita pressuporia uma incompatibilidade entre os dispositivos legais, o que definitivamente não ocorre no presente caso entre o disposto no art. 4º, parágrafo único da Lei nº 6.950/1981 e no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.318/1986;
- (vi) as leis que estipularam a limitação da base de cálculo para contribuições de terceiros continuam em vigor, inexistindo menção de revogação (expressa ou tácita); e
- (vii) sendo uma temática específica sobre a limitação da base de cálculo para terceiros, somente uma revogação expressa ou tácita com clara mudança no regramento da base de cálculo poderia permitir a sua inaplicabilidade, o que inexistente até o momento.

Exatamente neste sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça diversas vezes, como por exemplo, no REsp nº 953.742/SC, cujo resumo do julgamento é a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. **LIMITE DO SALÁRIO-DE CONTRIBUIÇÃO**. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO §2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL.

1. Recursos especiais interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e por Seara Alimentos S/A, com fulcro na alínea “a” do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...]

Recuso especial do INSS:

[...]

3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário de contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros.

4. Apelo especial do INSS não provido.

Recurso especial da empresa:

[...]

5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não provido. (REsp 953.742/SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 10.03.2008, grifo nosso).

O STJ manteve o seu posicionamento favorável à limitação do pagamento das contribuições em questão no REsp nº 1.439.511, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, e no REsp nº 1.570.980, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Veja-se:

[...]

A irrisignação merece prosperar, pois **em caso semelhante esse Tribunal Superior entendeu que o art. 3º do Decreto-Lei 2.318/1986 não alterou o limite de 20 salários-mínimos do art. 4º, parágrafo único, da Lei 6.950/1981 (base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadas por conta de terceiros), pois esse artigo apenas dispõe sobre as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social.**

[...]

É o voto.

Cabível, portanto, o acolhimento do apelo, no ponto, **para afastar as**

contribuições sobre a remunerações pagas além do limite máximo do salário de contribuição.

Em face do exposto, NEGO provimento ao recurso especial do INSS.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, 1º - A do CPC, dou provimento ao Recurso Especial, e fixo, com base no art. 20, 4º, do CPC, os honorários advocatícios sem 5% sobre o valor da condenação. (STJ, REsp 1.439.511/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 25.06.2014, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO.**

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. (fls. 246).

2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa.

3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 3o. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 4º do DL 2.318/1986.

4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal.

5. É o breve relatório.

6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, segundo a base de cálculo das contribuições para fiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 4º da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 3º do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE- CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS

PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL.

[...]

3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros.

[...]

4. Apelo especial do INSS não provido.

5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 10.3.2008).

7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MARGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014.

8. Ante o exposto, **dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 4º da Lei 6.950/1981.** Invertem-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. (REsp 1.570.980/SP, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 02.08.2019, grifo nosso).

Nesta esteira, colaciona-se trecho da decisão monocrática proferida nos autos do REsp nº 1.241.362/SC:

[...] A autora visa, em suma, o reconhecimento judicial de que as contribuições devidas a título de salário-educação e ao INCRA devem ser recolhidas de acordo com a Lei nº 6.950, de 1981, com a correspondente anulação de Notificação de Lançamento de Débito Fiscal e de decisões administrativas proferidas em sentido contrário. **Bem andou o juiz singular quando fundamentou a questão no fato de que o Decreto-Lei 2.318/89 revogou apenas o caput do art. 4º da lei 6.950, de 1981, permanecendo íntegro o disposto no seu parágrafo único. Assim, aplica-se o limite de 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País para o salário de contribuição ao INCRA e ao salário-educação no período a que se refere o Lançamento que se discute. Isso porque, conforme se depreende do citado parágrafo único, estes tributos têm natureza jurídica de contribuição parafiscal.** Prevê o dispositivo em comento “Art. 4º – O limite máximo de salário-de-contribuição, previsto no artigo 5º da lei 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País.” (revogado pelo Decreto-lei 2.318/89) “Parágrafo único. O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.” (em pleno vigor a época do lançamento). (grifo nosso).

Este tem sido, inequivocamente, o entendimento jurisprudencial, conforme aresto que se transcreve na íntegra:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DEVIDA AO SENAI. Será calculada sobre a importância da contribuição geral devida pelos empregadores ao SENAI a contribuição adicional de 20%, na forma do art. 1º do Decreto-Lei 4048/42, a que se refere o art. 6º daquele diploma legal. II – **A contribuição geral, base de cálculo encontra-se regulada no art. 1º do Decreto nº 1867/81 e incide até o limite máximo das exigências das contribuições previdenciárias e este limite corresponde a 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 4º, Lei 6.950/81)** III – Apelação improvida, sentença confirmada.”

Cabível, portanto, o acolhimento do apelo, no ponto, para afastar as contribuições sobre as remunerações pagas além do limite máximo do salário-de-contribuição.

Em face do exposto, NEGO provimento ao recurso especial do INSS” No mesmo sentido, confira-se a decisão no REsp 1.439.511/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Dje de 25/06/2014.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao Recurso Especial.” (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.362/SC – 2011/0044039-2 – Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 08.11.2017, grifo nosso)

Ainda que a título ilustrativo, convém salientar que neste sentido também pode se encontrar acórdãos de diversos Tribunais Regionais Federais, os quais acolheram a tese de que o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81 é o dispositivo legal que estabeleceu o limite máximo para base de cálculo das contribuições para-fiscais, senão veja-se:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CARÁTER TRIBUTÁRIO DA EXAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE. BASE DE CÁLCULO. LIMITE. REVOGAÇÃO APENAS PARA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELAS EMPRESAS. CONTRIBUIÇÕES A TERCEIROS. LIMITE PRESERVADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] 7. No tocante à arrecadação, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, foi estabelecido limite máximo para base de cálculo das contribuições para-fiscais. No entanto, sobreveio o Decreto-Lei nº 2.318/86, com disposição que retirou o limite para o cálculo da contribuição da empresa. Assim, ocorreu expressa revogação do limite apenas para as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas, preservando-se o limite somente para as contribuições a terceiros. Neste sentido, correta a r. sentença apelada, ao ressaltar que, a Lei nº 9.426/96 constitui-se no diploma regulador específico do salário-de-contribuição, de modo que a Lei nº 6.950/81, que cuidava unicamente de alterar a legislação previdenciária, não

se pode sobrepor aos ditames da nova lei, posterior e específica, até porque suas disposições, na questão em foco, são eminentemente conflitantes com a nova regra.

8. A decisão monocrática recorrida encontra-se adrede fundamentada. De qualquer sorte a matéria debatida nos autos já foi devidamente dirimida, sendo, inclusive objeto da Súmula nº 732 do Supremo Tribunal Federal e do RE nº 660.993-RG (DJe 22/02/2012), apreciado no regime da repercussão geral. 9. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 10. Agravo interno improvido. (TRF3 – APELAÇÃO CÍVEL – 1917527/SP, 0009810-15.2011.4.03.6104, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, Data do Julgamento 13.12.2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11.01.2019, grifo nosso)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. **TETO DE VINTE SALÁRIOS-MÍNIMOS. COMPENSAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO INDÉBITO.** SUMCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Cinge-se a controvérsia a aferir se o parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/1981 - que aplicou o limite máximo do salário-de contribuição de vinte salários mínimos (estabelecido no caput) às contribuições parafiscais à conta de terceiros – foi revogado pelos termos do artigo 3º do Decreto-Lei 2.318/1986.

2. A prescrição do artigo 3º do Decreto-Lei 2.318/1986 não pretende a regência do recolhimento de contribuições parafiscais, mas, sim, modular a incidência do caput do artigo 4º da Lei 6.950/1981. Desta forma, o comando tão-somente destaca as contribuições patronais da regra geral anteriormente estabelecida, conforme ressalva expressa constante de seu texto.

3. A derrogação tácita pressupõe antinomia entre prescrições normativas, comumente solucionada pelo critério temporal. Sucede que o regramento específico do salário-de-contribuição, enquanto conceito de direito previdenciário, em nada conflita com a referência de seu anterior limite para regramento de matéria diversa, como o cálculo do teto contributivo de CIDE, assim entendida a contribuição ao INCRA.

4. Insubsistente a alegação de que a revogação do caput do artigo 4º importa a derrogação, por arrastamento, de seus parágrafos, incisos ou alíneas, por questões de linguagem e estrutura dogmática. É que não se pode tomar aprioristicamente a relação de subordinação orgânica – própria da validade desse tipo de raciocínio - entre o caput e a integralidade dos comandos a ele vinculados, pois, até mesmo pela dinâmica do processo legislativo, a observação empírica revela frequentes exceções. É o caso dos autos, em que o liame entre o caput e o parágrafo único (que, frise-se tratam de assuntos distintos), é de cunho meramente objetivo e funcional, pertinente tão-somente ao valor positivado, do que resulta a autonomia entre as disposições.

[...]

7. Apelo parcialmente provido. (TRF3, AC 0012994- 76.2011.4.03.6104, Relator Des. Fed. Carlos Muta, DJe 15.07.2016, grifo nosso)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LIMITE DA BASE DE CÁLCULO. HONORÁRIOS.

1. Os efeitos da coisa julgada atingem apenas os lançamentos administrativos objetos de apreciação judicial, não fazendo coisa julgada em relação a outros lançamentos, mesmo versando estes sobre a mesma matéria.

2. A base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas pelo INSS por conta de terceiros se submete ao limite de 20 salários-mínimos, por força do parágrafo único, do art. 4º da Lei 6.950/81. O art. 3º do Decreto-Lei n.º 2.318/86 não logrou alterar tal limite, pois dispõe apenas sobre as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social.

3. A fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor da causa implica redução da verba honorária arbitrada pelo Juízo a quo. Sentença mantida, sob pena de reformatio in pejus.” (TRF4, APELREEX 1999.04.01.049035-4, PRIMEIRA TURMA, Relator JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 22.09.2010, grifo nosso).

Tanto a jurisprudência do STJ, quanto dos Tribunais Regionais Federais, indica que o art. 3º do Decreto-Lei n.º 2.318/1986 destacou as contribuições da regra geral que fixa o limite das contribuições em 20 (vinte) salários-mínimos, mantendo-a, contudo, quanto às demais contribuições, aí incluídas aquelas destinadas a terceiros.

Assim, é possível concluir que o dispositivo legal que prevê o limite do salário de contribuição parafiscais encontra-se plenamente em vigor, vez que inexistente revogação expressa e grande parte da jurisprudência entende de modo favorável aos contribuintes, no sentido de haver limite expresso determinado pela Lei nº 6.950/81. Em outras palavras, não há que se falar em revogação do referido limite pelo advento do Decreto Lei nº 2.318/86, mas mera modulação.

Em razão do aumento considerável de casos envolvendo a matéria e devido à necessidade de unificação da controvérsia, o STJ afetou o Recurso Especial nº 1.898.532 à sistemática dos recursos repetitivos⁷, por meio do Tema Repetitivo nº 1.079.

Ressalta-se que, embora tenha havido a determinação de suspensão dos processos até julgamento final, tal fato não impede o ajuizamento de novas ações sobre a

⁷ Processual civil. Recurso especial. Código de processo civil de 2015. Aplicabilidade. Proposta de afetação como representativo da controvérsia. Tributário. “Contribuições parafiscais”. Base de cálculo. Apuração. Aplicação do teto de 20 (vinte) salários mínimos. Lei nº 6.950/1981 e Decreto-Lei nº 2.318/1986.1. Delimitação da questão de direito controvertida: definir se o limite de 20 (vinte) salários mínimos é aplicável à apuração da base de cálculo de “contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros”, nos termos do art. 4º da Lei nº 6.950/1981, com as alterações promovidas em seu texto pelos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei nº 2.318/1986. 2. Recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos, em afetação conjunta com o REsp n. 1.905.870/PR. (ProAfR no REsp 1.898.532/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 15.12.2020, DJe 18.12.2020).

matéria, especialmente com o objetivo de resguardar o direito de o contribuinte recuperar os valores pagos a maior nos últimos cinco anos, contados da data do ajuizamento da demanda.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do cenário ainda não definitivo da jurisprudência sobre a limitação imposta pelo artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81 para determinação da base de cálculo das contribuições de terceiros e enquanto não julgado o Recurso Especial nº 1.898.532, é considerável a chance de questionamento por parte do Fisco no caso de o contribuinte calcular essas contribuições com base no referido limite, por conta própria e sem o amparo de uma autorização judicial.

Sendo assim, pela análise empreendida para a elaboração do presente artigo e como medida de adoção de uma postura mais conservadora em sede de eventual judicialização da matéria, é possível alcançar as seguintes considerações finais:

- (i) o Decreto-Lei nº 2.318/1986 não revogou o dispositivo propriamente dito, mas apenas retirou os seus efeitos sobre determinadas contribuições;
- (ii) o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.950/1981, que trata das contribuições de terceiros, vigora com plenos efeitos, seja porque o Decreto-Lei nº 2.318/1986 não regulamenta referidas contribuições, seja em razão de inexistir revogação do *caput* do artigo, sendo impossível se falar em derrogação do parágrafo único;
- (iii) afirmar o contrário esbarraria em uma impossibilidade jurídica, a teor do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal de 1988, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona;
- (iv) isso porque o escopo do Decreto-Lei nº 2.318/1986 foi assim ementado: “*Dispõe sobre fontes de custeio da Previdência Social e sobre a admissão de menores nas empresas*”. Ou seja, não poderia referido ato do Poder Legislativo, que ingressou no plano normativo para dispor sobre o custeio da Previdência Social, estabelecer regramentos sobre contribuições que não guardam qualquer ligação com o objeto do ato;
- (v) pode-se afirmar, portanto, que é legítimo o recolhimento das contribuições parafiscais a terceiros destinadas ao SEBRAE, INCRA, APEX, ABDI, “Sistema S” (SESI, SENAI, SESC SENAC, SENAT) e Salário-Educação com a limitação da base de cálculo mensal em 20 (vinte) salários-mínimos vigentes sobre a totalidade da folha de pagamento do contribuinte, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/1981.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.138, de 30 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre as fontes de custeio da Previdência Social e sobre a admissão de menores nas empresas. Brasília, DF: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del2318.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.950, de 04 de novembro de 1981**. Altera a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, fixa novo limite máximo do salário-de-contribuição previsto na Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6950.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 10. ed. compl. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

Data de submissão: 09 mar. 2023. Data de aprovação: 02 ago. 2023

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VALORAÇÃO DAS PROVAS EM PROCESSOS JUDICIAIS DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

Lucas Selau da Costa¹

Resumo

O presente estudo foi realizado em virtude da constatação de que em muitos processos judiciais que têm por objeto a concessão de benefícios previdenciários por incapacidade, a prova médica apresentada pelo segurado não é devidamente analisada e valorada para alcance das conclusões do Perito médico judicial e do Julgador. A partir disso, foi iniciada pesquisa doutrinária e jurisprudencial para averiguar se tal conduta estaria ou não em consonância com o Direito, isto é, se existiria embasamento jurídico para simplesmente afastar as conclusões da prova médica autoral sem a devida fundamentação. O que se constatou foi que, na verdade, as normas e princípios incidentes sobre a temática impõem justamente o contrário do que é observado na prática judicial, significando que o cenário atual precisa ser modificado, com o enfrentamento do acervo probatório completo dos autos pelos atores processuais envolvidos na conclusão da lide (Perito médico e magistrado), sob pena de perpetuação de prejuízos aos segurados hipossuficientes e verdadeiro desvirtuamento da natureza protetiva do Direito previdenciário. No que se refere à metodologia, trata-se de pesquisa teórica, na qual foi utilizada análise bibliográfica e documental para enfrentamento da temática exposta.

Palavras-chave: Processos judiciais; Benefícios previdenciários por incapacidade; Perito médico judicial; Julgador; Provas; Valoração; Análise; Fundamentação.

CONSIDERATIONS ON EVIDENCE VALUATION IN LAWSUITS FOR SOCIAL SECURITY BENEFITS DUE TO DISABILITY

Abstract

The present study was carried out due to the observation that in many lawsuits whose object is the granting of social security benefits due to disability, the medical evidence presented by the insured is not properly analyzed and evaluated in order to reach the conclusions of the judicial medical expert and the Judge. Based on this, doctrinal and jurisprudential research was initiated to determine whether or not such conduct would be in line with the law, that is, whether there would be a legal basis for simply ruling out the conclusions of the plaintiff's medical evidence without proper justification. What was found was that, in fact, the norms and principles applicable to the subject impose exactly the opposite of what is observed in judicial practice, meaning that the current scenario needs to be modified, with the complete evidentiary collection of the file being faced by the procedural actors involved in the conclusion of

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. Especialista em Direito Ambiental pela UFPEL. Especialista em Direito Previdenciário pelo IEPREV. Advogado inscrito na OAB/RS 102.474. Sócio do escritório Selau, Andreazza & Bainy Sociedade de Advogados, sediado em Pelotas/RS.

the dispute (medical expert and magistrate), under penalty of perpetuating damages to hyposufficient insured persons and true distortion of the protective nature of the social security law. With regard to methodology, this is a theoretical research, in which bibliographic and documental analysis was used to face the theme exposed.

Keywords: Judicial processes; Disability benefits; Judicial medical expert; Judge; Evidences; Forensic report; Valuation; Analysis; Reasoning.

1 INTRODUÇÃO

A atuação advocatícia em processos judiciais que visam à concessão de benefícios previdenciários por incapacidade permite a constatação de que, nos laudos médicos produzidos em Juízo que apontam para a aptidão laborativa, afigura-se frequente a ausência de ponderação expressa do perito acerca das provas apresentadas pelo segurado.

Igualmente corriqueiro é que tais laudos sejam adotados como único fundamento para decisões de improcedência proferidas pelo Poder Judiciário, também sem adentrar no exame específico das provas autorais.

Trata-se de situações em que, mesmo após a apresentação de conjunto probatório idôneo e apto a demonstrar a veracidade das alegações do segurado, o perito médico designado, após a realização do ato pericial, define suas conclusões em sentido totalmente contrário, afirmando a inexistência de incapacidade ou redução de capacidade para o trabalho, mas sem explicitar as razões para afastamento das provas anexadas pelo autor, no que é seguido, em grande parte das vezes, pelo magistrado ou órgão colegiado, que igualmente deixa de se manifestar sobre as provas do segurado.

Em alguns desses casos, o caderno processual é composto por documentos médicos (atestados e laudos) que possuem, inclusive, declaração expressa dos médicos assistentes acerca da incapacidade ou redução da capacidade alegada pelo autor, os quais acabam, mesmo assim, não sendo mencionados pelo perito médico e pelo julgador, que deixam de expor a forma pela qual tais anexos foram avaliados e valorados para alcançar suas respectivas conclusões.

Ou seja, observa-se um cenário em que, não obstante os elementos trazidos pelo segurado ao processo, adota-se fundamentos diversos tanto para afastar suas alegações, quanto para, ao final, negar o pedido apresentado em Juízo.

Tal contexto, dado o nítido descompasso entre as constatações evidenciadas nas provas do autor e as conclusões do *expert* e do Juízo, causa grande perplexidade aos advogados que atuam em tais demandas, aos segurados que estão a postular em Juízo e, sobretudo, à sociedade como um todo.

Em vista de tais questões, e dada a importância dos direitos envolvidos em demandas judiciais dessa natureza, afigura-se relevante investigar se há fundamentos jurídicos a embasar a forma de análise e valoração das provas observada em relação aos peritos médicos e aos julgadores para fins de emissão do parecer e da decisão judicial, o que constitui o objetivo do presente artigo.

Nesse sentido, pretende-se verificar se tais laudos e decisões estão ou não em consonância com o direito, ou seja, se as normas e princípios do ordenamento jurídico impõem a análise, ponderação, menção e fundamentação quanto aos elementos de

prova elencados pelo segurado, ou se existe a possibilidade de adoção exclusiva do laudo pericial como fundamento para a negativa jurisdicional.

Para tanto, objetiva-se primeiramente analisar quais balizas o sistema processual brasileiro estipula para avaliação das provas em geral, para, posteriormente, perquirir sobre as nuances relativas especificamente ao laudo médico pericial produzido em Juízo, qual seu lugar e papel na legislação.

Após, visa-se avaliar as atribuições e funções dos peritos médicos que atuam no âmbito judicial, quais princípios, deveres e procedimentos que a eles se aplicam quando designados para trabalhar em processos que objetivam a concessão de benefícios por incapacidade.

Em um terceiro momento, pretende-se analisar a figura dos membros do Poder Judiciário, notadamente no que se refere à relação com a sistemática das provas no processo civil brasileiro, à valoração e utilização do conjunto probatório para formar a convicção necessária ao ato de julgamento.

Tudo isso para que, ao final, seja possível concluir pelo acerto ou não das práticas observadas atualmente nas demandas previdenciárias mencionadas e, em caso negativo, qual se demonstra o caminho correto a ser percorrido de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, o que se pretende com este artigo, em uma perspectiva geral, é estudar a sistemática atual de valoração das provas no âmbito dos processos judiciais de benefícios previdenciários por incapacidade, discutindo se há fundamentos jurídicos para que seja modificada.

No que se refere à metodologia, trata-se de pesquisa teórica, na qual foi utilizada análise bibliográfica e documental para enfrentamento da temática exposta.

Não se trata, obviamente, de um esgotamento do tema, mas sim a tentativa de início da discussão sobre tão importante assunto, objetivando que ele encontre eco nos demais atores que atuam na seara judicial previdenciária, visando a reflexão e o aprofundamento.

2 DO LAUDO MÉDICO PERICIAL: INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA OU TARIFAÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme a lição de Humberto Theodoro Júnior (2017), prova é aquilo que se destina a promover a certeza ou convicção do julgador a respeito de determinados fatos em litígio. Ou seja, o magistrado é o destinatário da prova.

Ambas as partes que estão a litigar em Juízo possuem o direito de produzi-la, a fim de demonstrar a veracidade de suas alegações. É o que foi salientado por Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros, da seguinte forma:

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato

que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 377).

Duas foram as principais soluções apresentadas nos sistemas processuais, ao longo da evolução histórica, quanto à forma de utilização das provas. Para uma, sua valoração resultaria da aplicação de critérios predeterminados em lei, enquanto, para outra, a atividade valorativa deveria ser realizada mediante a íntima convicção do julgador (ALMEIDA, 2014).

O primeiro sistema é o da chamada prova legal ou tarifada, que tem como ponto central a total ausência de liberdade do magistrado na valoração da prova, pouco importando seu convencimento no caso concreto, já que é obrigado a seguir aquilo que consta estabelecido em lei quanto à carga de convencimento das provas. Nele, cabe ao juiz a mera aplicação mecânica e automática, conforme hierarquia de provas legalmente instituída, da qual o resultado surge automaticamente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.73).

Ou seja, nesse antigo sistema processual, haveria uma hierarquia entre as provas, existindo maior carga valorativa de umas em relação às outras, sendo o juiz um mero aplicador dos julgamentos conforme o maior peso probatório alcançado por determinada parte. Essa, durante séculos, foi a lógica utilizada em muitos dos sistemas jurídicos da *civil law* para resolver os dilemas afetos à valoração das provas (TARUFFO, 2008, p. 133).

Em outro extremo, o sistema da convicção íntima, adotado em outras legislações ao longo da história, garantiria plena liberdade ao magistrado, sem a necessidade de justificar suas decisões, podendo até mesmo julgar de forma contrária à prova do processo (MENDES, 1961, p. 306).

Em meio aos dois esquemas processuais mencionados, consta o sistema do livre convencimento motivado do julgador, em que este detém liberdade na apreciação e valoração das provas, devendo, contudo, apresentar a fundamentação de suas decisões. Este, o sistema atualmente adotado no processo civil brasileiro (ALMEIDA, 2014).

Pode-se identificar que o sistema processual pátrio não se baseia na tarifação de provas, visto que não há lei que estabeleça uma hierarquia predefinida, elencando determinada modalidade como de maior valor ou carga probatória em relação a outra. É o que foi certificado por Daniel Amorim Assumpção Neves, nos seguintes termos:

Atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da **persuasão racional**, também conhecido pelo princípio do **livre convencimento motivado**, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas (NEVES, 2015, não paginado, grifo nosso).

Mesmo diante de tais considerações, que indicam a inexistência de hierarquia de provas em nosso sistema processual, é possível identificar, nas lides previdenciárias em que se postula benefício previdenciário por incapacidade laborativa, justamente uma sobreposição do laudo formulado pelo perito médico sobre todas as demais provas trazidas ao processo pelo segurado, como se tal elemento detivesse um peso maior do que os demais.

Tal fato foi assim observado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O problema é que permanecem às vezes no espírito dos juízes, nomeadamente em fatores de ordem cultural, resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sempre sobre os demais tipos de prova. Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral: tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e no contexto dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível (OLIVEIRA, 1999, p. 49).

Infere-se, a partir do Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105/2015), ao tratar de disposições gerais sobre o tema (Capítulo XII), que a perícia constitui apenas uma modalidade de prova dentre várias.

Nessa toada, possível se entender que o segurado tem o direito de produção de provas e que estas sejam devidamente observadas e valoradas pelo Poder Judiciário. Trata-se, em última análise, de respeito ao devido processo legal, não apenas em sentido estritamente processual, mas também material, como verdadeiro mecanismo de implementação e eficácia do processo, e impedimento de que sejam restringidos direitos fundamentais (SERAU JUNIOR, 2014).

A observância da ampla defesa e do contraditório, permitindo que as partes deduzam suas pretensões e defesas, por meio da realização de variados meios de prova, precisa ser real e efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com um contraditório meramente formal (NERY JUNIOR, 2000).

É nesse sentido o teor do CPC em seu artigo 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Ou seja, o convencimento do magistrado pode e deve ser buscado em todas as provas do caderno processual, pois, conforme o disposto na lei, todas as provas, desde que legítimas, podem servir para provar a verdade dos fatos, não apenas a perícia médica judicial, no que toca aos processos previdenciários de benefícios por incapacidade.

Tal conduta confere maior grau de confiabilidade e segurança jurídica em relação aos jurisdicionados, como observado por Kazuo Watanabe nos seguintes termos:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profun-

didade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada (WATANABE, 2005, p. 129-130).

Em outras palavras, entende a doutrina que a garantia de amplitude probatória do segurado, para que seja eficaz, não engloba apenas o direito de meramente produzir provas, mas igualmente a segurança de que será considerada e corretamente valorada pelo julgador (BEDAQUE, 1999).

Conforme asseverado por Marco Aurélio Serau Junior (2014), conquanto a incapacidade para o labor deva ser comprovada por meio da realização de perícia médica, é entendimento dos tribunais que o magistrado pode reconhecer a incapacidade para o trabalho não somente com fundamento no laudo pericial. Na seara previdenciária, é possível valer-se de outros elementos de prova para constatar, no caso concreto, a impossibilidade para retorno ao trabalho, pois o juiz não está restrito aos termos do laudo pericial, podendo se valer dos demais elementos dos autos.

Com efeito, existem fundamentos para se constatar que a perícia não tem valor intrínseco maior do que documentos do segurado, encontrando-se em um mesmo patamar, devendo ser sopesados todos os elementos no caso concreto, como observado por Luana Cristina Rodrigues de Andrade em artigo sobre o tema:

Conclui-se, outrossim, que no sistema processual brasileiro não há propriamente hierarquia de provas, de modo que o juiz examina o conjunto dos elementos instrutórios do processo, formando seu convencimento com liberdade (NCPC, art. 371). Ou seja, não mais se possibilita que a confissão, a prova pericial e até mesmo a testemunhal possa sobrepujar, em determinado caso concreto, a prova documental, se for o caso (ANDRADE, 2018).

Igualmente, o escólio de Rafael Stefanini Auilo (2021), para quem nenhuma prova pode ser rechaçada pelo Poder Judiciário, devendo todas ser analisadas em conjunto e de forma racional. No que tange à perícia, especificamente, em que pese se trate de uma prova técnica e mais objetiva, não significa que seja mais importante do que as outras.

Ademais, a inexistência de hierarquia entre os meios de prova já foi referendada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em mais de uma oportunidade, como um verdadeiro princípio de direito, como se verifica dos seguintes excertos:

O Tribunal de origem ao exigir a produção de prova documental para a comprovação da união estável no período que antecedeu o óbito da ex-servidora, desconsiderando valor probatório das provas testemunhais produzidas, está por violar o próprio princípio da inexistência de hierarquia das provas.²

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1536974 RJ 2015/0004472-5**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 15/12/2015, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 18/12/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

No sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado adotado pela Constituição Federal (CF, art. 93, IX), não há se falar em hierarquia entre os elementos probatórios, não sendo possível afirmar que uma prova testemunhal ostente menor valor probante que a de outra espécie, já que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação de todos os elementos de convicção alheados [...]³

Assim, com base em tais elementos, possível admitir que inexistente no processo civil brasileiro a ideia de tarifação ou hierarquia de provas, devendo todo o conjunto probatório dos autos ser objeto de necessária valoração no caso concreto, a fim de que se obtenha os elementos necessários para o adequado julgamento da causa.

3 DO PERITO-MÉDICO JUDICIAL: FUNÇÃO PÚBLICA E FUNDAMENTAÇÃO DAS CONCLUSÕES

De acordo com o CPC, o perito é um auxiliar da Justiça (art. 149), possui regramento próprio nos artigos 156 a 158 do mesmo diploma e está sujeito às mesmas causas de impedimento e suspeição dos magistrados (art. 148, II).

Trata-se de especialista designado para a realização de prova que exija conhecimento técnico específico. Sua função é propiciar a exata compreensão de determinados fatos, tendo em vista a impossibilidade de o juiz deter conhecimento pleno sobre todas as áreas (NEVES, 2015).

Objeto de sua atuação, a perícia é uma modalidade de prova que tem como finalidade prover ao magistrado esclarecimentos sobre questões técnicas que estão fora do campo de conhecimento do julgador, podendo estar situada em qualquer ramo do conhecimento humano, podendo-se destacar as áreas da engenharia, contabilidade, topografia e medicina (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Por conseguinte, a finalidade da perícia é a produção da prova, enquanto elemento demonstrativo de fatos, tendo o objetivo de contribuir com a revelação da existência ou não de um direito, dando ao magistrado a oportunidade de se aperceber da verdade e formar sua convicção (FRANÇA, 2000).

No que se refere, de forma específica, ao perito médico, o Conselho Federal de Medicina – CFM traz sua definição na Resolução nº 2.297/2021 como o profissional da Medicina que é designado por autoridade pública competente para lhe assistir naquilo que a lei determinar, sob o ponto de vista médico.

Por seu turno, perícia médica pode ser conceituada como “o conjunto de procedimentos técnicos que tem por finalidade a emissão de laudo sobre questões médicas, mediante exame, vistoria, indagação, investigação, arbitramento, avaliação ou certificação” (OPITZ NETO, 2011, p. 13).

GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500044725&dt_publicacao=18/12/201. Acesso em: 10 out. 2022.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no HC nº 614646 BA 2020/0246866-0. Relator Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 15/12/2020, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 18/12/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002468660&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 10 out. 2022.

Constitui ato médico no qual o profissional possui uma série de compromissos perante o paciente examinado, seu médico-assistente e o tratamento eventualmente prescrito, possuindo o dever de corresponder às expectativas sociais de justiça na aplicação de recursos coletivos e na aplicação de critérios expressos e socialmente legitimados (BISCAIA, 2017).

Nesse contexto, existem preceitos legais a serem observados pelo perito médico em sua atuação, tal como exemplificado no Parecer AJ nº 163/97 exarado pelo CFM, em conformidade com a Lei nº 3.268/57 e o Decreto nº 20.931/32, que norteiam a profissão médica, estabelecendo que:

O ato pericial é ato médico. O perito-médico-legista subjugase aos preceitos legais que regem a matéria a ser examinada. O perito médico-legista deve obediência aos preceitos éticos da medicina. O trabalho desempenhado pelo médico-legista é de natureza médico- pericial e não policial.

Com efeito, pode-se dizer que a perícia médica constitui elemento fundamental para a solução de demandas previdenciárias que tratam de benefícios por incapacidade, visando a comprovação de tal circunstância, tanto na via administrativa quanto judicial, devendo ser conduzida por médico que tenha domínio sobre a patologia em discussão, não sendo possível ao órgão julgador tomar a decisão sem permitir ao segurado a produção de tal prova em juízo (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2015).

Os benefícios previdenciários por incapacidade têm como principal escopo o de amparar os segurados, garantindo a dignidade do incapaz e de sua família, até que recupere a capacidade para seu labor habitual ou seja reabilitado para trabalhar em outra profissão (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2015).

Em razão disso, pode-se extrair que o exercício da função de perito-médico traz consigo o dever legal de fundamentação das conclusões. Nesse sentido é o teor da lei processual, ao tratar dos requisitos do laudo pericial:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

Pode-se pontuar que, no âmbito do próprio Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, é possível identificar orientação interna de que a perícia médica administrativa também deve emitir decisões fundamentadas sobre a existência de doença e

incapacidade, fixando as datas de início, de acordo com dados clínicos objetivos, exames complementares, atestados e outros elementos (Instrução Normativa – IN 77/2015, art. 304, §1º).

Nesse sentido, José Antônio Savaris argumenta que a fundamentação das conclusões não é uma faculdade do *expert*, antes um dever e pressuposto de idoneidade da prova, nos seguintes termos:

Quando a perícia judicial não cumpre os pressupostos mínimos de idoneidade da prova técnica, ela é produzida, na verdade, de maneira a furta do magistrado o poder de decisão, porque respostas periciais categóricas, porém sem qualquer fundamentação, revestem um elemento autoritário que contribui para o que se chama decisionismo processual (SAVARIS, 2021, NÃO PAGINADO).

Em concordância, ao defender as atribuições que devem ser necessariamente observadas por tais profissionais na realização do encargo pericial, a perita-médica Tereza Chedid elenca, dentre outras:

[...] jamais basear suas conclusões em suposições, probabilidades ou possibilidades. Na atividade médico-pericial não há lugar para o “eu acho que...”, “pode ser que...”. Fundamentar seu trabalho em fatos concretos, situações objetivas, não dando margem a interpretações duvidosas e/ou inconsistentes (CHEDID, 2012, p. 50).

Quanto a esse aspecto, outra circunstância observada por Júlio Cezar Meirelles Gomes (2012, p. 124) é a de que não se afigura suficiente a autoridade do perito para legitimar suas conclusões, antes, essas têm que ser bem fundamentadas para o controle de erros ou acertos de seu próprio raciocínio.

Tal entendimento também é encontrado no âmbito da jurisprudência pátria, no sentido de que:

Laudo pericial sem fundamentação é nulo, pois o documento não possui fatos e dados para auxiliar o juiz a formar sua convicção sobre o assunto e proferir uma decisão [...] Opinião pericial não fundamentada é tão inexistente (e nula) quanto decisão judicial não fundamentada [...] Decisão judicial baseada em laudo pericial nulo é também nula, ambos por falta de fundamentação [...].⁴

O laudo médico pericial é um ato administrativo, e, como tal, detém o poder de negar, limitar ou afetar direitos ou interesses. Assim, nos termos das normas emitidas pelo próprio CFM, deve ser motivado, de forma clara, expressa e congruente (JARDIM, 2013).

⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO). Terceira Turma. **Recurso Ordinário nº 0010743-13.2014.5.18.0015**. Relator: Mário Sérgio Bottazzo, Data de julgamento: 11/08/2015, Data de publicação: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/laudo-pericial-fundamentacao-nulo-pois.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

Portanto, vê-se que a fundamentação das conclusões do perito-médico designado para atuar no âmbito judicial, de acordo com as provas apresentadas em cada caso concreto, é circunstância que também encontra fundamento em meio à legislação, a doutrina e o CFM, enquanto órgão responsável pela fiscalização da categoria médica.

4 DO MAGISTRADO: SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

No Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), já constava previsão no sentido de que o julgador não se encontra vinculado às conclusões de laudo pericial ou de qualquer outra prova de maneira isolada, nos seguintes termos: “Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Embora com redação diversa, o mesmo sentido foi intencionado pela norma do CPC de 2015 (Lei nº 13.105), ao dispor que:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Por seu turno, o aludido artigo 371 veio a fixar que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nesse sentido, de acordo com José Miguel Garcia Medina, a correta exegese do art. 479 do CPC é no sentido de que, ao analisar a perícia judicial produzida em processo previdenciário, o Juiz deve observar os princípios estabelecidos para a apreciação das provas em geral (MEDINA, 2020).

Com isso, verifica-se que não há no sistema processual brasileiro nenhuma imposição sobre o magistrado quanto à forma como deva valorar determinada prova ou julgar determinados fatos.

Pelo contrário, o sistema adotado, inserido nos dispositivos mencionados, no teor geral do Codex e na Constituição Federal, é o do livre convencimento motivado, pelo qual o julgador possui liberdade na apreciação e valoração das provas, devendo, contudo, fundamentar suas decisões. Nesse sentido, a lição de Rui Portanova:

A CRFB/88 cria as fundações para o princípio do livre convencimento motivado ao asseverar na primeira parte do inciso IX do art. 93 que as decisões dos órgãos do poder judiciário deverão ser motivadas, sob pena de nulidade, tendo tal assertiva o nítido sentido de que se preserve a legalidade dos pronunciamentos judiciais, evitando arbitrariedades. Desse modo é importante entender que o presente princípio apresenta o fato de que todas as provas possuem valor relativo, não estando o juiz adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes, havendo liberdade de apreciação da prova quanto a produção da mesma (PORTANOVA, 1999, p. 246).

Tal sistemática se insere na questão relativa à atividade cognitiva do julgador, como observado por Kazuo Watanabe (2005, p. 41), ao defini-la como “o ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes”.

Na prática, o juiz deve valorizar todas as provas existentes, realizando suas ponderações, indicando a quais provas atribuiu maior valor e explicando os motivos para tanto, em vez de se ancorar em apenas algum elemento (por exemplo, o laudo da perícia médica judicial) em detrimento dos outros (SILVEIRA, 2018).

Pode-se dizer que a motivação das decisões judiciais é um direito fundamental do cidadão, constante da Carta Magna e da legislação infraconstitucional, sendo que a inobservância do princípio do livre convencimento motivado torna ineficaz o princípio do devido processo legal, insculpido na CF (art. 5º, LIV) e, como consequência, o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) (ALMEIDA, 2012, p. 2530-2531).

De acordo com Fabio Zambite Ibrahim (2015), o princípio do livre convencimento motivado não significa arbítrio, pois a decisão judicial deve encontrar sólido fundamento no direito vigente, sob pena de nulidade. Com efeito, no âmbito do processo previdenciário que trata de benefícios por incapacidade, a decisão pode sim ser contrária ao apontado em parecer médico, embora, nesse caso, o ônus argumentativo do julgador seja maior.

Por seu turno, André Luiz Moro Bittencourt (2021) pondera que constitui dever do Juiz, ao proferir decisão, não apenas levar em consideração todas as provas constantes dos autos, mas também realizar a ponderação e a valoração destas.

Em específico, ao tratar da questão relativa à análise do magistrado quanto ao laudo pericial e as provas do segurado, assim leciona o mesmo autor:

Logicamente, pode levar em consideração a prova pericial, porém, a sentença deveria levar em consideração as demais e explicitar o motivo pelo qual a prova pericial está sendo levada em consideração em detrimento de outros laudos, exames clínicos etc. (BITTENCOURT, 2021, não paginado).

Em complemento, Medina (2020, p. 720) leciona que “[...] o juiz não deve receber passivamente as conclusões estampadas no laudo pericial, mas deve examiná-lo criticamente, verificando a idoneidade do método empregado”.

Como consequência de tal raciocínio, é possível se concluir que a sentença não pode fazer menção única e exclusiva ao laudo pericial, sob pena de incorrer em omissão, passível de ser sanada por meio de embargos de declaração (BITTENCOURT, 2021).

Nesta senda, Frederico Amado (2017) observa que é raro, no âmbito previdenciário, o não acolhimento, pelo magistrado, das conclusões do laudo pericial, fato que conflita com todo o entendimento jurídico e as disposições legais mencionadas.

É o que também foi constatado por Liziane Gonçalves de Matos em pesquisa de campo realizada para fins de tese de doutorado, nos seguintes termos:

Apesar da fundamentação da causa apresentada (e representada) por estes agentes, é o parecer do médico perito judicial que o juiz federal acabará levando em consideração em suas decisões. Os defensores

com quem dialoguei durante o trabalho de campo na defensoria destacaram que dificilmente uma decisão baseada no laudo do perito judicial consegue ser revertida, sobretudo nas situações em que suas conclusões seguem a do perito do INSS. Isto porque, sendo este laudo um elemento importante do processo, é nele que juiz fundamenta sua sentença. Como me disse uma defensora certa vez: “o laudo (do perito judicial) já é a sentença” (MATOS, 2016, p. 84).

Tal conduta não encontra respaldo na legislação, pois a prova técnica, sopesada com os demais elementos de prova dos autos é que deve formar o convencimento do magistrado a respeito do caso (SAVARIS, 2021).

Como sublinhado por Bitencourt, tanto em sede administrativa, como em sede judicial, impõe-se uma reflexão com base em todas as provas carreadas nos autos, devendo em alguns casos também ser determinada a produção de prova de ofício, quando se percebe que o suprimento de determinada ausência será fundamental para se demonstrar a verdade e se efetivar o direito. Tal ponderação é medida necessária em homenagem ao livre convencimento motivado (BITTENCOURT, 2021).

Desse modo, vê-se que a inobservância da análise e valoração dos elementos de prova anexados pelo segurado ao processo pode representar a ausência de fundamentação das decisões judiciais e, por consequência, violação ao princípio do livre convencimento motivado, de caráter processual e constitucional.

5 CONCLUSÃO

Os pontos abordados ao longo do desenvolvimento deste trabalho demonstram que a ausência de valoração acerca das provas do segurado no laudo médico produzido em Juízo e nas decisões de improcedência, observada no âmbito de processos em que se postula benefícios por incapacidade, não se coaduna com as normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

O segurado que busca o Judiciário, em tais situações, encontra-se em condição de vulnerabilidade socioeconômica, sem conseguir trabalhar e, portanto, sem auferir recursos para a subsistência própria e de sua família. Os direitos envolvidos, portanto, são de natureza fundamental.

Daí é possível concluir que não devem ser afastadas as possibilidades de defesa do direito vindicado pelo segurado, com os meios e recursos disponíveis para tanto. Antes, devem ser garantidas em seu grau máximo, tornando efetivo, assim, o princípio constitucional insculpido no art. 5º, inciso LV da Carta Magna.

Para que tal princípio seja alcançado de forma real, é imprescindível que o perito-médico designado para atuar em processo judicial esclareça, se for o caso de entender pela capacidade do autor para o trabalho, os motivos pelos quais afastou as conclusões em sentido diverso constantes dos documentos por ele apresentados.

Isso porque o fato de a perícia ser realizada por um expert na área de discussão não ilide por completo o restante das provas apresentadas pelo segurado, o qual também tem o direito de influir na decisão judicial.

Da mesma forma, deve o julgador, ao proferir decisão de improcedência, explicar

de que maneira as provas autorais foram ou não consideradas para alcançar sua convicção, não se valendo exclusivamente do laudo pericial como razão de decidir, uma vez que não há hierarquia de provas em nosso sistema processual, não tendo a perícia, portanto, um peso maior do que os demais elementos probatórios.

Em outras palavras, o magistrado não se encontra subordinado às conclusões do laudo pericial, podendo (e devendo) firmar sua convicção de acordo com o conjunto de todas as provas do processo, que se encontram em um mesmo patamar, explicando de que forma cada uma delas foi avaliada para formatar sua decisão no caso concreto.

Somente dessa forma poderão ser tidos como fundamentados e, portanto, dotados de validade jurídica, os laudos médicos produzidos em Juízo e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Tal raciocínio certamente não representa uma tentativa de comandar o modo pelo qual as provas devam ser valoradas, mas tão somente que sejam valoradas de alguma forma para o alcance da solução do caso, pois em grande número de processos judiciais o perito desconsidera totalmente a opinião médica diversa oposta nos documentos do autor e, posteriormente, o Juiz adota o laudo pericial como único fundamento para a improcedência da demanda, sem que as provas do autor sejam sequer mencionadas.

Tal circunstância certamente importa em ausência de fundamentação e, conseqüentemente, nulidade dos atos processuais. Ademais, conduz à impressão de que os documentos do segurado simplesmente foram desconsiderados sem a devida ponderação sobre seu conteúdo, o que gera sensação de insegurança jurídica e descrédito com a Justiça.

Nesse cenário, pode-se concluir que a finalidade precípua do Direito Previdenciário, que é propiciar aos segurados e seus dependentes os meios indispensáveis à existência digna, somente pode ser alcançada se os membros do Poder Judiciário e seus auxiliares levarem em conta as provas a eles submetidas de maneira concreta, isto é, manifestando expressamente os motivos de concordância ou discordância e, assim, permitindo a concretização da mais ampla defesa, sem a qual não há possibilidade de efetivação da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, v. 1, n. 5, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

ALMEIDA, Vitor Luís de. **A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8428/1/A%20apreciação%20judicial%20da%20prova%20nos%20sistemas%20de%20valoração.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDRADE, Luana Cristina Rodrigues de. **Breves apontamentos acerca do sistema de provas no CPC/2015**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67293/breves-apontamentos-acerca-do-sistema-de-provas-no-cpc-2015#:~:text=Breves%20apontamentos%20acerca%20do%20sistema%20de%20provas%20no%20CPC%2F2015,-Luana%20Cristina%20Rodrigues&text=Publicado%20em%2006-%2F2018%20.,Elaborado%20em%2003%2F2018%20.&text=O%20presente%20ensaio%20objetiva%20a,de%20antecipa%C3%A7%C3%A3o%20da%20produ%C3%A7%C3%A3o%20probat%C3%B3ria>. Acesso em: 25 mar. 2022.

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. ed. Salvador: Jus Podvim, 2021.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. Garantia da amplitude da produção probatória. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). **Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.

BISCAIA, Leonardo. **Perícia médica – consulta rápida**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. Não paginado.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 4. ed. Curitiba: Alteridade, 2021. Não paginado.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 5.869/1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO). Terceira Turma. **Recurso Ordinário nº 0010743-13.2014.5.18.0015**. Relator: Mário Sérgio Bottazzo, Data de julgamento: 11/08/2015, Data de publicação: 21/08/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/laudo-pericial-fundamentacao-nulo-pois.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1536974 RJ 2015/0004472-5**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 15/12/2015, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 18/12/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_

registro=201500044725&dt_publicacao=18/12/2015. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC nº 614646 BA 2020/0246866-0**. Relator Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 15/12/2020, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 18/12/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002468660&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 10 out. 2022.

CHEDID, Tereza. O perfil do perito médico. In: RODRIGUES FILHO, Salomão *et al.* (Coord). **Perícia médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, 2012. P. 45-67.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Parecer nº 163/1997**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/despachos/BR/1997/163>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.297/2021**. Dispõe de normas específicas para médicos que atendem o trabalhador. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2297>. Acesso em: 26 mar. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao código de ética médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: G. Koogan, 2000.

GOMES, Julio Cezar Meirelles. Perícia judicial. In: RODRIGUES FILHO, Salomão *et al.* (Coord). **Perícia médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, 2012, p. 115-139.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. Não paginado.

JARDIM, Rodrigo Guimarães. O laudo médico-pericial como ato administrativo: a exigência de motivação. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 10 Dez. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37546/o-laudo-medico-pericial-como-ato-administrativo-a-exigencia-de-motivacao>. Acesso em: 28 fev. 2022.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luís; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática processual previdenciária administrativa e judicial**. 7. ed. Rev. Atual. Amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Não paginado.

MATOS, Liziane Gonçalves de. **Como se decide a (in)capacidade e a deficiência? Uma etnografia sobre moralidades e conflitos em torno da perícia médica previdenciária.** 267 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/168938>. Acesso em: 07 mar. 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno.** 5. ed. Rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil.** Lisboa: Edições Ática, 1961.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil:** de acordo com o novo CPC. 12. Ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. Não paginado.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Não paginado.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Problemas atuais da Livre Apreciação da Prova. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 47-49, 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70934/40275>. Acesso em: 23 mar. 2022.

OPITZ NETO, João Batista; BEPU JUNIOR, Paulo. **Perícia médica trabalhista.** São Paulo: Editora Rideel, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário.** 9. ed. Rev. Atual. Ampl. Curitiba: Alteridade, 2021. Não paginado.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Não paginado.

SILVEIRA, Mariana Garcia. **(Des)Necessidade da perícia médica no momento da concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade laboral.** Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/23477/>. Acesso em: 02 abr. 2022.

TARUFFO, Michele. **La prueba.** Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2005.

Data de submissão: 18 mar. 2023. Data de aprovação: 18 ago. 2023

A PENSÃO POR MORTE E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019

Maria Eduvirges Borges Fortes da Costa Figueira¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre o benefício de pensão por morte e as modificações trazidas pela sistemática de cálculos, que foram introduzidas pela Emenda Constitucional 103/2019, ocasionando um grande retrocesso social. É feita uma análise do benefício de pensão por morte, utilizando o método da pesquisa bibliográfica. Discorreremos sobre as modificações trazidas pela nova metodologia de cálculos introduzidos pela Emenda Constitucional 103/2019, e a problemática gerada pela novação legislativa.

Palavras-Chave: Retrocesso Social; Pensão por Morte; Benefício; Previdência Social.

THE SURVIVOR'S PENSION AND THE PROHIBITION OF SOCIAL SETBACK: CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/2019

Abstract

The present work aims to discuss the survivor's pension benefit and the changes brought about by the calculation system, which were introduced by the Constitutional Amendment 103/2019, causing a great social setback. An analysis of the survivor's pension benefit is made, using the bibliographical research method. We discuss the changes brought about by the new calculation methodology introduced by the Constitutional Amendment 103/2019, and the problems generated by the legislative novation.

Keywords: Social Regression; Survivor's Pension; Social Benefit; Social Security.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre o benefício de pensão por morte e as modificações trazidas pela sistemática de cálculos, que foi introduzida pela Emenda Constitucional 103/2019, ocasionando um grande retrocesso social.

No primeiro momento, detém-se em elencar os Princípios Constitucionais inerentes à pensão por morte e que se constituem essenciais para o ordenamento jurídico no âmbito da Previdência Social.

Com isso, são citadas produções doutrinárias de renomados autores, tecemos com conceitos que se fizeram necessários para um melhor entendimento das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, que afetaram substancialmente o

¹ Advogada, Bacharel em direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha, Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Meridional, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário da Região da Campanha, Membro da Comissão Especial de Seguridade Social da OAB/RS; autora de artigos publicados na Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.

benefício de pensão por morte.

Por outro lado, colaciona-se uma importante decisão da Turma Recursal da Justiça Federal de Sergipe, que declarou a inconstitucionalidade das disposições da pensão por morte na EC 103/2019, aplicando ao caso sob judice as regras anteriores.

A Emenda Constitucional 103/2019, trouxe mudanças que suprimiram direitos conquistados ao longo de décadas e que garantiam a proteção social que a Previdência Social conferia aos segurados e dependentes na cobertura do risco social, a proteção especial da família, (artigo 226 da CF de 1988) via concessão da pensão por morte.

O tema é importante, haja vista, que se observa um verdadeiro retrocesso Social, na fonte de subsistência dos dependentes em razão do evento inesperado morte, por este motivo nos detém-se em tecer considerações sobre o Princípio do Retrocesso Social.

Não há com isso, a respectiva pretensão de esgotamento do assunto, mas tão somente pesquisar, pois o tema é complexo e suscita muita dedicação e estudo, haja vista que muitos dos profissionais que atuam na seara previdenciária ainda não despertaram para a temática.

2 METODOLOGIA

A metodologia adotada para a produção do presente estudo, remete a integrativa de literatura, buscando evidências e encontrando resultados cientificamente comprovados sobre a temática ora proposta, pois estudo de revisão integrativa. (DIAS *et al.*, 2014).

A metodologia trata-se da descrição formal das técnicas e dos métodos os quais serão aplicados na pesquisa, determinando o caminho a ser percorrido, por meio de métodos de abordagem e métodos de procedimentos, instrumentos de pesquisa a serem utilizadas, delimitações do universo da pesquisa, delimitação e seleção de amostra (SANTOS, 2007).

O trabalho tem como base uma pesquisa bibliográfica, com vistas a atender os objetivos propostos. Segundo Santos (2007, p. 126) a pesquisa bibliográfica é a pesquisa que visa à aquisição do conhecimento de forma teórica, sem finalidade de utilização.

Tendo em vista a complexidade do objeto de pesquisa, em conjunto com o método bibliográfico, fora escolhido o método de pesquisa qualitativa, que ainda segundo os apontamentos de Minayo (2009) se ocupa de responder à questões muito particulares, imersa em um nível de realidade que não pode ser quantificado.

O tipo de pesquisa refere-se a uma pesquisa descritiva, que por sua vez, almeja refletir e analisar os fatos, acontecimentos e fenômenos que ocorrem ou ocorreram em determinado período sócio-histórico, buscando realizar sinalizações e aproximações com essa realidade.

Desde já é pertinente salientar que como técnica de coleta e análise de dados será utilizada o método de revisão bibliográfica, que, segundo Gil (2008, p.44), é aquele tipo de pesquisa que é desenvolvida com base em materiais já elaborados, constituído principalmente de livros e artigos científicos, e através de uma releitura ou revisão, busca aprofundar os conhecimentos e aproximar-se de tal realidade.

3 PRINCÍPIOS INERENTES AO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

A Constituição Federal de 1988, no artigo 201, I o legislador ordinário disciplina sobre o benefício de pensão por morte.

No artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal, estão dispostos os princípios constitucionais da Seguridade Social, quais sejam: princípio da universalidade dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade na base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, bem como o princípio da solidariedade, previsto no ordenamento jurídico, os quais conferem à Seguridade Social um perfil sistemático. (MIGUELI, 2019, p. 19).

Ainda, faz mister frisar que o art. 1º da Lei 8.212 repete os mesmos princípios constitucionais descritos no parágrafo único do art. 194 da Carta Magna.

3.1 Princípio da Solidariedade

É um dos princípios fundamentais da Seguridade Social.

A Carta Constitucional Brasileira estabelece em seu artigo 3º, inc. I, que um dos objetivos básicos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre justa e solidária.² O princípio da solidariedade Social é muito importante, confere proteção coletiva, responsável por gerar recursos suficientes para a proteção visando prevenir, assistir a sociedade diante das contingências, ou algum risco que tiveram a perda ou a diminuição de recursos para o seu sustento.

Neste sentido ensina Horvath Júnior (2014, p. 76): “solidariedade social significa a contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria”.

Conforme, Migueli (2019, p. 19), “É na solidariedade que se encontra a justificativa para a contribuição obrigatória ao sistema, pois os trabalhadores são coagidos a verter a cotização individual em prol da rede protegida, não sendo ele individualmente considerado”.

O Princípio da Solidariedade, como acima exposto, expressa o comprometimento, a responsabilidade de todos com o bem-estar individual e bem-estar coletivo.

O próprio “ato de Instituição da seguridade social, em si já é um ato de solidariedade”; já configura sua aplicação normativa, pois é o reconhecimento de que a ação individual não é suficiente para debelar as necessidades decorrentes das contingências sociais, razão da ação comum (solidária) de todos os membros da sociedade, no intuito de efetivar a proteção social em face das necessidades (MACEDO, 2001, p. 710).

² O princípio da solidariedade Social é uma das grandes notas da Constituição brasileira de 1988: está no preâmbulo, no inciso III do artigo 1º, nos quatro incisos do artigo 3º, no inciso IX do art. 4º, e vai por incontáveis dispositivos até chegar ao artigo 230, que cuida da responsabilidade da família que a família tem para com o idoso (MACEDO, 2001, p. 70).

3.2 Princípio da Universalidade e Cobertura de Atendimento

O princípio da universalidade de cobertura é a concretização do princípio da igualdade na seara previdenciária, protegendo a todos que necessitam. Assevera Wladimir Novaes Martinez (1995, p. 103), “a clientela protegida no seguro social é dos beneficiários, determinado na legislação e de seus dependentes”.

Importa salientar que o legislador infraconstitucional deve respeitar as normas constitucionais.

Por outro prisma, quanto à interpretação da norma o princípio da universalidade não admite retrocesso, isto porque os princípios previstos na Constituição são elevados como direitos fundamentais.

Ao legislar sobre proteção social, conforme dispõe o legislador, o artigo 22, inc., XXIII, da Carta Magna deve visar ao melhoramento do sistema com base no princípio da universalidade.

Por outro prisma, deve-se dizer que o princípio da universalidade não admite retrocesso os direitos sociais previstos na Constituição são consagrados como direitos fundamentais.

3.3 Princípio da Diversidade e Base de Financiamento

O financiamento da seguridade social deve ser feito da forma mais diversificada possível, de modo a não onerar somente um ou alguns segmentos da sociedade. Por outro lado, quanto maior a diversidade da base de financiamento, maior será a estabilidade financeira da seguridade social (DIAS; MACEDO, 2012).

3.4 Princípio da Irredutibilidade de Valor dos Benefícios

É uma aplicação do princípio da suficiência ou efetividade na medida em que prega que o valor dos benefícios não deve ser reduzido, sob pena de a proteção social deixar de ser eficaz e do beneficiário voltar a cair em estado de necessidade. Veda-se, assim, a redução do valor nominal dos benefícios.

Mas a proibição de redução do valor dos benefícios não garante totalmente a sua irredutibilidade. Assim, o legislador constituinte, no art. 201, §4º, da Carta Política, preocupado com a defasagem dos benefícios de natureza previdenciária em razão da corrosão inflacionária, determinou também a preservação de seu valor real, ao estabelecer que “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”. Consagra-se, assim, que a irredutibilidade na vertente previdenciária deve ser real, e não apenas nominal (DIAS; MACEDO, 2012).

4 A MORTE COMO RISCO SOCIAL

4.1 A proteção social

Reza a Constituição Federal vigente, em seu artigo 193, que a ordem social tem como primado o trabalho e como objetivo a busca do bem-estar e justiça social³.

Sendo assim, a definição da proteção social, qual seja a união de medidas passíveis de atender as necessidades de cada ser humano, procurando buscar a ordem social.

Colecionado para este efeito a lição de Celso Barroso Leite, a definição de proteção social:

Proteção Social, portanto, é o conjunto das medidas de caráter sociais destinadas a atender a certas necessidades; mais especificamente as necessidades individuais que não atendidas repercutem sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a sociedade. É, sobretudo nesse sentido, que podemos afirmar como afirmei que proteção social é uma modalidade de proteção individual. Resumindo, direi que a “proteção social” e “proteção individual” são a mesma coisa vista de ângulos diferentes; e que proteção social é o conjunto de medidas que a sociedade utiliza para atender a determinadas necessidades individuais. A proteção se preocupa, sobretudo, com os problemas individuais de natureza sociais assim entendidos aqueles que, não solucionados se refletem sobre os indivíduos e em última análise sobre a sociedade. Esta, então, por intermédio do seu agente natural, o Estado a eles, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social (LEITE, 1997, p. 26-27).

Assim, todos os e dependentes do segurado falecido possuem direito à proteção social, uma vez que os dependentes ficarão em uma situação de necessidade, pois haverá redução dos rendimentos, que muitas vezes eram custeados somente pelo chefe da família, o pai, o marido, a esposa.

4.2 Conceito de morte no Direito Civil

Antes de analisar o tema, ao qual se propõe, necessita-se ainda conceituar o evento morte, pois só haverá pensão se houver morte, e a existência de dependentes, que dependam economicamente do segurado falecido.

O conceito de morte no Direito Civil, também utilizado no Regime Geral da Previdência Social que é a extinção da personalidade natural.

Por conseguinte, a morte traz em seu escopo, diversos efeitos jurídicos na esfera do direito civil, como a extinção da personalidade civil, dissolução da sociedade conjugal, e transmissão dos bens aos herdeiros.

No Direito Civil a personalidade começa com o nascimento com vida, ficando resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme prevê o artigo 2º do Código Civil.

³ Art.193, CF “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça social”.

A Personalidade Civil não se confunde com Capacidade Civil. O artigo 1º do Código Civil dispõe que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres (NERY JUNIOR, 2014).

4.3 Da pensão por morte

A morte do segurado faz cessar a fonte de rendimentos daqueles que dependiam dele economicamente. O segurado com o seu trabalho sustenta a si e aos seus dependentes econômicos⁴.

A remuneração do trabalhador não só garante para si a sua subsistência, mas para seus dependentes.

Com a iminência da morte do provedor o sustendo da família terá uma sensível diminuição na renda familiar, para tanto deve ter a proteção social garantida pela Seguridade Social.

A tutela da Previdência Social deve ser suficientemente efetiva para defrontar todas as contingências advindas, tais como a idade avançada, as enfermidades e o evento “certo, e não sabido” a morte.

É a ocorrência do evento legalmente previsto, que faz nascer o direito subjetivo à proteção previdenciária para o segurado, no caso do dependente esta obrigação se efetiva se ocorrer à contingência da morte do segurado.

A pensão por morte está preceituada nos seguintes diplomas legais: artigo 201, inc. I da Constituição Federal, artigos 74 a 79 da Lei 8.213/91, bem como dos artigos 105 a 115 do Decreto 3.048/1999.

Igualmente, a Instrução Normativa 128/2022 do INSS, no artigo 365, estabelece os critérios para que os dependentes do segurado possam usufruir o benefício de pensão por morte:

Art. 365. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado do RGPS que falecer aposentado ou não, atendidos os critérios discriminados nesta Seção.

§ 1º A legislação aplicada à concessão do benefício de pensão por morte é aquela em vigor na data do óbito do segurado, independentemente da data do requerimento.

§ 2º A concessão do benefício está vinculada à comprovação da qualidade de segurado do instituidor e da qualidade de dependente na data do óbito, observado o disposto no art. 368.

§ 3º A data do início do benefício deverá ser fixada na data do óbito, devendo ser observado em relação aos efeitos financeiros as disposições contidas no art. 369 (BRASIL, 2022).

⁴ Art. 78 da Lei 8.213/91, “com efeito, a morte um evento certo, ainda que não se possa precisá-lo no tempo, a morte presumida é exatamente ao contrário, pois jamais haverá certeza absoluta sobre sua veracidade e nem haverá possibilidade de se alcançar a determinação exata do momento de sua presença” (LAZZARI; LUGON, 2007).

5 A REGRA DE CÁLCULO APLICÁVEL À PENSÃO POR MORTE PÓS EMENDA 103/2019

A pensão por morte é regida pela legislação da data do óbito, assim, os segurados falecidos após a vigência da EC 103/2019, a pensão será calculada mediante os termos da nova legislação. É importante salientar que as alterações nas regras de pensão por morte não se aplicam as pensões já instituídas até a data de 11/11/2019.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 trouxe profundas alterações, nas regras da pensão por morte, uma das alterações mais severas, diz respeito ao critério da nova fórmula de cálculo nas aposentadorias programadas na pensão por morte.

O artigo 23 da Emenda Constitucional (PEC 06/2019), muito semelhante à Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960, trouxe novamente a cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor recebido ou daquela que teria direito se fosse aposentado por incapacidade na data do óbito, e uma cota de 10% para cada dependente, limitada a 100%, caso um dependente tenha seu direito cessado, a sua cota não será reversível aos demais dependentes (§1º do artigo 23) remanescentes.

Neste sentido traz-se à colação o entendimento da Turma Recursal da Justiça Federal de Sergipe, nos autos do processo nº. 0509761-32.2020.4.05.8500, que entendeu serem inconstitucionais as disposições trazidas pela Ementa Constitucional 103/2019 referentes à pensão por morte.

A EC. Pretendeu fazer suprir direitos previdenciários construídos ao longo de décadas para a proteção de quem se sem a sua fonte de subsistência primária em razão do evento inesperado, ao restabelecer a regulação sobre pensão por morte que na Lei Orgânica de Previdência Social – LOPES, Lei nº 3.807/60, e com regramento sobre renda mensal inicial mais gravoso do que aquele mesmo depois dela ter sido revogada pela CF e pela Lei 8.213/91. E, o que é ainda mais esdrúxulo do ponta de vista da lógica do processo legislativo, disciplinado inclusive percentuais de cálculo de renda do benefício, questões normalmente deixadas para a legislação complementar ordinária.⁵

Assim, as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 103/2019 em relação ao benefício de pensão por morte trouxeram um verdadeiro retrocesso social, neste sentido o entendimento do professor Ingo Sarlet, segundo ele, as reformas devem preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e dos fundamentos do Estado democrático de Direito, *in verbis*:

Todavia por mais necessárias que sejam as reformas, deveriam obedecer – ao menos deveriam – a padrões formais e materiais mínimos do ponto de vista político-jurídico e que em qualquer caso se situem no âmbito dos princípios que regem um Estado Democrático, tal projetado nem sem observado – pela Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2017).

⁵ Justiça Federal de Sergipe, Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Sergipe, Juiz Relator Marcos Antônio Garapa de Carvalho, voto em 12/05/2021, processo nº 0509761-32.2020.4.05.8500.

6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Reforma da Previdência, que passou a vigorar a partir de 12 de novembro de 2019, afetou substancialmente os direitos dos segurados e dependentes, mormente as alterações referentes às mudanças no que toca a pensão por morte.

Neste sentido, a alteração estabelecida pela Emenda Constitucional 103/19, no que tange a pensão por morte viola os direitos e as garantias constitucionais, quando o Estado tem o dever de proteger e garantir a cobertura do evento morte.

A cota familiar do benefício de pensão por morte incidirá sobre o valor da aposentadoria que o segurado recebia em vida, ou no caso se não fosse aposentado, o valor do salário benefício será calculado com as mesmas regras do cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente.

A Lei 8.213/91 não fazia distinção entre o cálculo da aposentadoria por invalidez acidentária e previdenciária. A Emenda Constitucional 103/2019, estipulou cálculo diverso das aposentadorias por incapacidade, a depender do fato gerador, devendo ser analisada se a morte for em decorrência de acidente do trabalho ou doença profissional.

Para calcular o valor da pensão por morte, os salários de contribuição, com base na média aritmética simples, atualizados monetariamente, correspondente a 100% (cem por cento) do período contributivo desde julho de 1994, ou desde o início da contribuição posterior aquela competência.

A Lei 8.213/91 previa, em seu artigo 29, que a base de cálculo do salário de benefício seria feita com base na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, atualizados monetariamente, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior a aquela competência.

O valor do benefício de pensão por morte, que não tenha como fato gerador um acidente do trabalho, será calculado nos mesmos moldes do cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, ou seja, o valor da aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética explicada acima, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, conforme prescreve o art. 26, § 2º, III, da Emenda Constitucional (PEC 06/2019)

No caso de morte da mulher, o valor do benefício será calculado o acréscimo de 2% (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 15 anos de contribuição.

Se a morte tiver sido causada por um acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho, o seu cálculo deverá ser o mesmo da aposentadoria por incapacidade permanente acidentária, ou seja, corresponderá a 100% (cem por cento) da média aritmética acima estudada, nos termos do art. 26, § 3º, II da Emenda Constitucional (PEC 06/2019) (MIGUELI, 2019).

Mais uma vez, citamos o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, traz tal noção como premissa para o estudo e compreensão do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, uma vez que afirma, “não há como deixar de consignar que, em termos gerais, também no presente contexto importa ter sempre presente a premissa de que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação como a noção de segurança jurídica” (SARLET, 2009).

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social possui íntima relação com o princípio da Segurança Jurídica, com previsão expressa no art. 5º, caput da Constituição Federal Brasileira, essencial à própria existência do Estado Democrático de Direito.

As alterações das normas constitucionais e legais referentes a direitos fundamentais e sociais e econômicos devem, portanto, respeitar simultaneamente as seguintes condições:

- a) não acarretarem a erosão do nível de proteção existente para os referidos direitos, afetando a dignidade da pessoa;
 - b) não serem desproporcionais e injustificadas, nem acompanhadas, se for possível, de medidas compensatórias;
 - c) respeitarem as situações já constituídas e obediência ao princípio da segurança e da proteção social;
- [...] (NOVAIS, p. 197-198).

Sobre a letra “a” supra, tem-se o núcleo dos direitos fundamentais, o valor primeiro que se pretende tutelar, é a dignidade da pessoa. Proíbe o referido valor fazer da pessoa um objeto e desconsiderar sua individualidade e os pressupostos mínimos para a sua existência. Qualquer retrocesso que fira esse núcleo inatingível, portanto há de ser rechaçado.

Com referência à letra “b”, observa-se que qualquer reconfiguração da concretização de um direito fundamental que implique restringir seu alcance ou tornar mais gravosa a situação do cidadão necessita ser devidamente justificada. O legislador há de demonstrar que em virtude de um relevante valor (como a Justiça, por exemplo) ou de uma situação fática nova a concretização do alcance de um direito deve ser modificada. Tal modificação, porém, em atendimento do princípio da proporcionalidade, deve ser a menos gravosa possível. Diante dos fins de interesse público a serem atingidos devem ser buscados os meios menos onerosos para o cidadão.

A doutrina aponta como um dos limites do poder reformador o princípio do retrocesso Social.

Tal princípio visa conferir direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, estabilidade nas conquistas constantes na Constituição Federal, proibindo o Estado de retroceder, suprimir ou reduzir direitos sociais.

A proibição do retrocesso social funciona como um vetor para impugnar medidas que impliquem em redução dos direitos sociais.

Neste contexto, não se pode negligenciar a relevância do reconhecimento da proibição do retrocesso social, notadamente quando se pode constatar que a Emenda Constitucional 103/2019 supriu os direitos previden-

ciários de quem tem como fonte de subsistência primária em razão de um evento inesperado, ao restabelecer a regulação sobre a pensão por morte que a Lei Orgânica da previdência Social – LOPS, Lei 3.807/60, e com regramento sobre renda mensal, ainda mais gravoso do que aquele, mesmo após ter sido revogada pela Constituição federal e pela Lei 8.213/91.

As novas regras da Emenda Constitucional 103/2019 abrangeram expressamente o cálculo da pensão por morte, implicando na redução dos direitos dos dependentes, restando nítido um flagrante retrocesso dos direitos sociais e do direito adquirido.

7 CONCLUSÃO

Conclui-se que, a Emenda Constitucional nº 103, afetou substancialmente o benefício da Pensão por morte, visto que a nova regra modificou a sistemática de cálculos, causando um flagrante retrocesso social.

A legislação previdenciária, baseada em Princípios Constitucionais, inerentes ao benefício da pensão por morte, garantiu a proteção social da família.

Também não se pode afastar o olhar sobre a legislação infraconstitucional, sob pena de afronta à Carta Magna, e ferir outros pilares básicos que sustentam a segurança jurídica o direito adquirido, a irredutibilidade do valor real dos benefícios e a proibição do retrocesso social.

Os segurados, por vezes, contribuíram por longos períodos para garantir uma aposentadoria digna, e também deixar para os seus dependentes uma pensão por morte que possa garantir a sobrevivência econômica da sua família, para que seus dependentes possam viver com dignidade.

Por outro lado, negligenciar a relevância do reconhecimento da proibição do retrocesso social, ainda mais quando a Emenda Constitucional 103/2019, cria uma regra de cálculo, com o objetivo de diminuir a renda auferida nas continências da vida.

Tais considerações remetem ao enfoque, repita-se, da proibição do retrocesso Social. O Princípio da Proibição do Retrocesso reprime que, por razões econômicas, o Estado venha a sacrificar os direitos dos cidadãos.

Portanto, cabe a nós operadores do direito, postular junto ao Poder Judiciário a Declaração de Inconstitucionalidade das Novas Regras de Cálculo da Pensão por morte, e as do Benefício de Incapacidade permanente, para que os segurados e dependentes não fiquem eternamente clamando por JUSTIÇA.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022**. Brasília, DF: Presidência, [2022]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao->

normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446. Acesso em: 23 nov. 2022.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAZZARI, João Batista; LUGON, Luiz Carlos de. **Curso Modular de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1997.

MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Breves considerações sobre os princípios da Seguridade Social. **Revista de Previdência Social**, v. 25, n. 251, p. 709-717, 2001. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000608470. Acesso em: 11 out. 2023.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1995.

MIGUELI, Priscilla Milena Simonato de. **Pensão por morte e os dependentes do regime geral de previdência social**: atualizada de acordo com a reforma da previdência. Curitiba: Juruá, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: triunfo com a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 197-198.

SARLET, Ingo Wolfgang. Nada mais atual do que o problema da redação do retrocesso social. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 mar. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 75, n. 3, 116-149, 2009.

Data de submissão: 06 mar. 2023. Data de aprovação: 04 ago. 2023

O GERENCIAMENTO DE RISCOS PREVIDENCIÁRIOS NAS RELAÇÕES LABORAIS

Jaqueline Carla Sciascia Meireles¹

Resumo

A elaboração deste trabalho, cujo objetivo é analisar as mudanças ocorridas na NR-9 (PPRA) que culminou na criação de um programa de gerenciamento de riscos mais abrangente (PGR) do que o anterior, pela Comissão Tripartite do Ministério do Trabalho e Previdência, porque incluiu riscos essenciais à saúde do trabalhador, além de medidas que devem ser tomadas pela empresa com vistas a demonstrar a efetividade deste programa. É fundamental a compreensão dos pontos de mudança do PGR, considerando que a falta de sua implementação gera multas fiscalizatórias, aumento do percentual do FAP, com reflexos no SAT, bem como as sequelas dos empregados que, se constatada a culpa da empresa, geram ações regressivas movidas pelo INSS, além do pagamento de indenizações aos empregados na esfera cível. A NR-9 dispôs efetivamente os riscos físicos, químicos e biológicos e o PCMSO continua como coadjuvante do PGR, no controle da saúde dos empregados. Das várias etapas da implementação do programa de compliance, é possível antever os riscos e agir para extingui-los ou mitigá-los. A disposição acerca da saúde dos trabalhadores iniciou com a Constituição Federal de 1934, com a previsão da assistência médica e sanitária, seguindo até a Constituição Federal de 1988 que trouxe um artigo específico (art. 7º) resguardando os direitos dos trabalhadores acerca da saúde e segurança do trabalho. Atualmente, essas disposições demonstram a importância em preservar a saúde do empregado, visto que o exercício da sua função é um direito fundamental por resguardar a sua dignidade como ser humano e sua autonomia.

Palavras-chave: PPRA; gerenciamento de riscos; PGR; Compliance Previdenciário.

MANAGEMENT OF SOCIAL SECURITY RISKS IN LABOUR RELATIONS

Abstract

The preparation of this work, which aims to analyze the changes that occurred in NR-9 (PPRA) that culminated in the creation of a more comprehensive risk management program (PGR) than the previous one, by the Tripartite Commission of the Ministry of Labour and Social Security, because it included essential risks to workers' health, in addition to measures that must be taken by the company in order to demonstrate the effectiveness of this program. The understanding of the PGR's points of change is fundamental, considering that the lack of its implementation generates inspection

¹ Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (2010); Pós-graduada em Direito Processual Civil, pela mesma instituição de ensino (2015-2016); Pós-graduada em Direito Previdenciário – Regime Geral, pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Tributários e Trabalhistas – IEPREV (2019-2020); Pós-graduada em Compliance Previdenciário, pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Tributários e Trabalhistas – IEPREV (2020-2022); advogada militante na área da previdência social e cível, e ex-membro da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/SP.

finances, an increase in the FAP percentage, with repercussions on the SAT, as well as the employees' sequelae which, if the company's guilt is found to be at fault, generate regressive lawsuits filed by the INSS, besides the payment of indemnifications to employees in the civil sphere. The NR-9 effectively established the physical, chemical and biological risks and the PCMSO continues to be an adjunct to the PGR, in the control of the employees' health. From the various stages of implementation of the compliance program, it is possible to foresee the risks and act to extinguish or mitigate them. The provision about the workers' health began with the Federal Constitution of 1934, with the forecast of medical and sanitary assistance, following until the Federal Constitution of 1988, which brought a specific article (art. 7th) safeguarding the rights of workers about health and safety at work. Currently, these provisions demonstrate the importance of preserving the employee's health, since the exercise of their function is a fundamental right to safeguard their dignity as a human being and their autonomy.

Keywords: PPRA; risk management; PGR; Social Security Compliance.

COMPLIANCE

De acordo com o entendimento de Rodrigo de Pinho Bertoccelli:

[...] compliance é agir de acordo com a lei, uma instrução interna, [...] ou uma conduta ética, [...] é estar em conformidade com as regras internas da empresa, de acordo com os procedimentos éticos e as normas jurídicas vigentes. (BERTOCCELLI, 2021, p. 50).

Entretanto, esse conceito é mais amplo, como explica o referido autor:

[...] Seu alcance é muito mais amplo e deve ser compreendido de maneira sistêmica, como um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e de sustentabilidade corporativa, preservando a continuidade do negócio e o interesse dos *stakeholders* [...] (BERTOCCELLI, 2021, p. 51).

E continua com a explanação sobre a conformidade em relação às leis e a política interna empresarial:

A conformidade não se atinge tão simplesmente pela observância de leis. Se dá, também, por meio da adoção de um conjunto de disciplinas e estratégias voltadas a que se faça cumprir as normas legais e regulamentares a que se sujeita uma organização. Também se atinge a conformidade por meio do estabelecimento e cumprimento, *motu próprio*, de políticas e diretrizes de natureza procedimental e ética estabelecidas pela própria organização [...] é mais apropriado indicar que o compliance se refira, sobretudo, ao conjunto de esforços voltados a fazer com que uma organização, e seus membros, assumam comportamentos virtuosos e desejáveis (ARTESE, 2021, p. 501).

Portanto, no âmbito do direito empresarial, estar em conformidade é:

[...] considere fazer dentro das normas, dos procedimentos; das regras [...] é um sistema complexo e organizado, que depende de uma estrutura múltipla, considerando que possui diversos componentes ou pilares mínimos, de acordo com o *Federal Sentencing Guidelines* (item §8 B2.1.b) que inclui pessoas, processos, sistemas eletrônicos, documentos, ações e ideias (BERTOCCELLI, 2021, p. 50).

De acordo com o entendimento deste autor, existem “os pilares mínimos que são: a) suporte da alta administração; b) avaliação de riscos; c) código de conduta e políticas de *compliance*; d) controles internos; e) treinamento e comunicação; f) canais de denúncia; g) investigações internas; h) *due diligence*; i) monitoramento e auditoria”.

As principais legislações internacionais são: “Foreign Corrupt Practices Act (FCPA – Lei Americana) e a UK Bribery Act (Lei do Reino Unido)” que serviram de modelo do programa de compliance no Brasil.

É importante atentar nas certificações existentes no Brasil, a qual uma delas refere-se aos sistemas de gestão antissuborno, denominada como a ISO 37001. É uma “norma certificável e passível de acreditação. [...] mas, se limita ao escopo dos riscos do suborno.” (BITTAR, 2021, p. 315).

Existe, também “a ISO 19600 (Sistema de Gestão de Compliance) não é certificável [...] mas abarca riscos relativos a toda teia de obrigações da empresa (fiscal, trabalhista, ambiental etc).” (BITTAR, 2021, p. 315).

No âmbito previdenciário, estar em conformidade é adequar as atividades da empresa às leis trabalhistas, previdenciárias e tributárias juntamente com o código de conduta, a fim de padronizar a execução das atividades exercidas pelo departamento de recursos humanos cujo objetivo é preservar os valores intangíveis da organização como: “missão e valor”, com estratégias eficientes para eliminar custos desnecessários.

Desse modo, se evita os pagamentos de multas fiscalizatórias, o aumento do pagamento do seguro por acidentes de trabalho (SAT - 1%, 2% ou 3%, dependendo do grau de risco da atividade empresarial), para custear o pagamento da aposentadoria especial, devido ao aumento do FAP

(fator acidentário previdenciário), que é calculado no percentual de 6%, 9% ou 12% (considerando a falta de implementação de ações a fim de evitar os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, o percentual pode aumentar em até 1%), processos administrativos previdenciários, ações regressivas movidas pelo INSS, o passivo previdenciário, tributário e trabalhista (multa pela falta de registros de empregados, multa pela falta do pagamento das férias em época própria, etc.).

A implementação do programa de compliance previdenciário evita essas perdas porque age de maneira preventiva, considerando que parte significativa do lucro empresarial escoca com esses problemas (riscos) surgidos quando não há controle sobre essas rubricas, portanto, necessário padronizar a atividade do departamento de recursos humanos e saúde ocupacional e segurança no meio ambiente laboral dentro do estabelecimento empresarial, “para a boa tomada de decisão (BERTOCCELLI, 2021, p. 51).”

Todo diagnóstico de problemas realizado de maneira adequada e antecedente, minimiza os efeitos futuros, vez que os riscos são calculados e melhor gerenciados, desta forma, se evita o escoamento dos lucros da empresa, considerando que o empregado sadio produz com mais eficiência.

A importância de antever os riscos e ter a oportunidade de extingui-los ou mitigá-los, torna a atividade empresarial mais previsível e, portanto, mais segura contribuindo com a realização de novos negócios.

A atividade empresarial não tem uma finalidade em si, pois, referida atividade contribui com a economia do país, gerando empregos (garante a dignidade da pessoa humana, autonomia e há circulação de riquezas), pagando tributos, colocando em circulação produtos e serviços, colaborando com a concorrência, como dispõe o art. 170 da Constituição Federal.

Para Edmo Colnaghi Neves *et. al.*, a atividade empresarial, naturalmente possui riscos:

[...] cada atividade empresarial apresenta suas peculiaridades e riscos específicos [...] o importante é identificar a finalidade empresarial, [...] pois toda organização é criada para atingir os objetivos estabelecidos em seus atos constitutivos e que vão sendo aprimorados paulatinamente junto ao desenvolvimento de suas atividades (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 22).

A atividade empresarial é gerida pelo seu idealizador, o empresário.

O Código Civil dispõe no art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente **atividade econômica organizada** para a produção ou a circulação de bens ou serviços.” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Ante as informações colhidas, é possível adequar a fase de gerenciamento de riscos contido no programa de compliance ao âmbito trabalhista-previdenciário, principalmente no que tange aos acidentes de trabalho e doenças laborais.

GESTÃO DE RISCOS NO COMPLIANCE

Como toda e qualquer atividade empresarial oferece riscos ao empresário, como alude o autor mencionado, é importante, primeiro, analisar o perfil e a natureza da empresa para delimitar o que é possível fazer para extirpar ou minimizar os riscos.

Mapear, quais riscos são críticos à empresa e quais setores são prioridades, torna referidos riscos calculáveis “os quais devem estar sempre alinhados com os objetivos da empresa (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 22).”

Alan Bittar *et al.* (2021) conceitua os riscos como “todas as atitudes tomadas por parte da gestão que não dimensiona os prejuízos que a empresa pode experimentar [...]” (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 43).

O parâmetro de avaliação do risco converge com a identificação do resultado da atividade empresarial e a conformidade legal, com essa integração será possível criar uma padronização das atividades e, conseqüentemente, um controle efetivo do risco.

De acordo com o citado autor, “a identificação dos riscos é um processo crucial

durante a implantação de um modelo de gestão de riscos [...]” (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 29).

Por essa razão, o autor alude que esse inventário e/ou levantamento dessas informações devem ser documentadas, vejamos:

[...] essas etapas anteriores devem ser documentadas (escritas) e arquivadas para análise constante desses processos e, se preciso for, readequá-los à realidade empresarial após um período de implementação, que será definido pela diretoria ou pelo gestor de compliance [...] (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 41).

Convergindo com essa explicação, é importante mencionar um dos conteúdos da certificação ISO 31000, sobre gerenciamento de riscos:

[...] o gerenciamento de riscos é entendido como ‘o conjunto de componentes que fornecem as fundações (política, objetivos, mandato e comprometimento para administrar o risco) e os arranjos organizacionais (planos, relações, responsabilidades, recursos, processos e atividades)’ por desenhar, implementar, monitorar, revisar e melhorar continuamente as atividades coordenadas para direcionar e controlar uma organização no que se refere a riscos (BITTAR, 2021, p. 315).

Considerando que a saúde e a segurança dos trabalhadores é um ponto fundamental e inicial para o mapeamento de riscos no ambiente laboral, motivo pelo qual impede o empresário de obter lucros através dos infortúnios causados aos seus empregados e, caso isso ocorra, a empresa deve ser responsabilizada, e é, tanto pela esfera cível, quanto pela esfera previdenciária “(art. 120, I c/c art. 19, § 1º da Lei 8213/91)” com impactos significativos nos lucros e na imagem da empresa, inclusive entre os seus players (ROCHA, 2021, p. 672).

Outro ponto de atenção é o levantamento das informações acerca do absenteísmo por acidente de trabalho, considerando que o empregado mantém o contrato de trabalho suspenso, além de considerá-lo em licença não remunerada nesse período, como dispõe o art. 476 da CLT.

Sérgio Pinto Martins (2007) explica sobre o objetivo maior do direito do trabalho:

O Direito do Trabalho tem realmente uma característica protecionista em seu conjunto. [...] Não há dúvida de que nesse segmento o intervencionismo estatal é ainda maior, pois, é interesse do Estado dar proteção ao trabalhador e que este efetivamente venha a desfrutar dessa proteção, por ser parte mais fraca da relação do contrato de trabalho [...]. (Martins, 465-466).

O direito do trabalho possui a característica protecionista, considerando a hipossuficiência do empregado em relação as informações técnicas jurídicas e técnicas empresariais, desta forma, o Estado está em constante vigilância quanto aos efeitos

da negligência empresarial, sem falar na mudança da qualidade de vida desses empregados, quando da ocorrência dos infortúnios, tendo em vista que a função social deve ser exercida na prática empresarial e para concorrer no mercado de forma leal, é necessária a mudança desse paradigma.

PROGRAMA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS - PGR

O gerenciamento de riscos laborais não é recente, desde a Constituição Federal de 1934 dispunha sobre a assistência médica e higiênica do trabalhador; referidas disposições seguiram na Constituição de 1946, que inseriu a segurança do trabalho, continuou a disposição na Constituição de 1967 e seguiu referida previsão até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A CLT, nos artigos 154 a 201 tiveram nova redação determinada pela “Lei nº 6.514, de 22/12/77 que passou a oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho.” (MARTINS, 2007, p. 632)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o cuidado do constituinte de dispor de um artigo acerca dos direitos trabalhistas constitucionais (art. 7º e incisos), “considerados os principais: a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e o seguro contra acidentes de trabalho; sem excluir a indenização a que a empresa está obrigada quando incorrer em dolo ou culpa, pela qual deve ser interpretada convergindo com a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).”

No âmbito internacional, as principais convenções que o Brasil aderiu acerca do meio ambiente laboral foi a Convenção nº 155, de 1981, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17.3.92, e promulgada pelo Decreto nº 1.254, de 29.9.94, que estabelece regras para a segurança e a saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho e a Convenção nº 161, de 1985, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 86, de 14.12.89 e promulgada pelo Decreto nº 127, de 22.5.91, que versa sobre serviços de saúde do trabalho (MARTINS, 2007, p. 630-631).

No âmbito da legislação trabalhista, o art. 157 e 158 da CLT dispõem sobre a “obrigatoriedade das empresas cumprirem as normas de segurança e medicina do trabalho” e “adotar medidas preventivas para evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, bem como a disposição do art. 162, da CLT acerca da “obrigatoriedade das empresas manterem serviços especializados em medicina do trabalho”. (BRASIL, 1943).

Desta forma, a depender do número de empregados, a criação do departamento de Medicina do Trabalho pela empresa é obrigatória, nos termos do art. 156 da CLT; e a falta da criação desse departamento sujeita a empresa a sofrer fiscalizações e penalidades pelo descumprimento de tais regras.

Por outro lado, os empregados devem observar as instruções de precauções no local de trabalho e o uso do EPI, a fim de evitar acidentes ou doenças ocupacionais, visto que, se considera falta grave do empregado tanto a recusa da utilização do EPI que lhes são fornecidos pela empresa, de acordo com o art. 158 da CLT, quanto a não observância do código de conduta, sendo possível a elaboração de advertências a ser entregue ao empregado e pode evoluir para até uma despedida por justa causa.

O Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA, era previsto, originalmente pela Portaria MTb nº 3214/78, sob o título de “Riscos Ambientais”, que foi estabelecido pela Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, do Ministério do Trabalho, por meio da NR-9 “que definiu uma metodologia de ação para garantir a preservação da saúde e integridade dos trabalhadores face aos riscos existentes nos ambientes de trabalho [...]” (BRASIL, 2022).

A NR-9 era a diretriz para a implementação do PPRA, com o passar dos anos e com as novas tecnologias, a norma sofreu alterações importantes e se incluiu outros agentes nocivos à saúde em seus anexos, desta forma, de acordo com o Ministério do Trabalho e Previdência, “desde a sua publicação, a NR-09 passou por onze alterações, sendo três amplas revisões de conteúdo e oito alterações pontuais.” (BRASIL, 2022).

Com a necessidade de adequação das normas regulamentadoras, houve a necessidade de se incluir a ergonomia e riscos mecânicos, por essa razão, foi preciso elaborar um programa que iria dispor de todos os riscos laborais e não apenas os agentes químicos, físicos e biológicos.

Este programa era complementado com outras ações, também obrigatórias por parte da empresa, como por exemplo, o PCMSO que prevê sobre a periodicidade dos exames médicos do trabalhador, no entanto, referida NR não foi revogada com a mudança.

A revisão da NR-9 e a necessidade de adequar os fatores de riscos pela comissão tripartite, torna o PGR mais amplo e completo, agora com uma metodologia a ser aplicada para categorizar os riscos, considerando a matriz de risco: probabilidade e severidade dos acidentes, além da integração com a ISO 45001, que trata da gestão de SST.

Portanto, vislumbra-se a preocupação constante do legislador em resguardar a saúde e integridade física do trabalhador em detrimento do lucro gerado à empresa, com o intuito das empresas investirem cada vez mais na qualidade de vida do trabalhador, enquanto esse oferece a sua força de trabalho para a prosperidade da atividade empresarial.

Pois bem. O programa de gerenciamento de riscos – PGR, passou a vigorar em 03 de janeiro de 2022 e está previsto na NR-1 (item 1.5).

De acordo com o Ministério do Trabalho e Previdência:

O gerenciamento de riscos ocupacionais – GRO é o conjunto de ações coordenadas de prevenção que têm por objetivo garantir aos trabalhadores condições e ambientes de trabalho seguros e saudáveis. O GRO deve constituir um Programa de Gerenciamento de Riscos – PGR [...] O PGR é a materialização do processo de gerenciamento de riscos ocupacionais (por meio de documentos físicos ou por sistema eletrônico), visando a melhoria contínua das condições de exposição dos trabalhadores por meio de ações multidisciplinares e sistematizadas [...] (BRASIL, 2022).

De acordo com a NR-1, item 1.1.1 e 1.2.1.1., o PGR “tem o objetivo de estabelecer as disposições gerais comuns às normas regulamentadoras para o gerenciamento de riscos ocupacionais [...]” (BRASIL, 2023).

O PGR deve ser elaborado por engenheiro em segurança do trabalho ou pelo médico do trabalho, bem como mantê-lo atualizado e observar a sua periodicidade:

Como o PGR deve acompanhar continuamente as atividades da empresa por meio da execução das medidas previstas no plano de ação, deve ser revisto, no máximo, a cada dois anos, pois, deve refletir eventuais mudanças no ambiente de trabalho que alterem as características dos riscos ocupacionais. Contudo, para as empresas que possuam a certificação em sistema de gestão SST, esse prazo pode ser de até três anos. (BRASIL, 2023).

Porquanto, não é mais permitido que o técnico em segurança do trabalho e/ou o representante da empresa elaborar o PPRA, como era permitido anteriormente.

Existem exceções que dispensam a empresa dessa obrigação, conforme o item 1.8.1 da NR-1(PGR):

O microempreendedor individual e as microempresas e empresas de pequeno porte, graus de risco 1 e 2, que no levantamento preliminar de perigos não identificarem exposições ocupacionais a agentes físicos, químicos e biológicos em conformidade com a NR-9 e declararem as informações digitais na forma do subitem 1.6.1.

As empresas que estão desobrigadas a implementar o PGR, “possuem o dever de gerenciar os riscos ocupacionais existentes.”

O PGR exige dois documentos: a) o inventário de riscos e, b) plano de ação, considerados a base para o gerenciamento de riscos.

De acordo com Alan Bittar et.al. (2021), o mapeamento (inventário) de risco elabora-se com um “planejamento [...] que estabelece objetivos mensuráveis, com prazos e ações bem definidos [...] a fim de antecipar os possíveis obstáculos”. (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 22).

Os riscos podem ser inventariados de varias maneiras como: entrevistas com os funcionários, observação da execução das atividades destes, análise das informações constante do sistema do departamento pessoal quanto o absenteísmo por acidente ou doença do trabalho que geraram incapacidade, quais doenças tem maior incidência naquela atividade empresarial, quais os custos para a empresa daquele empregado afastado, relatórios de auditoria, relatórios de processos judiciais, notas fiscais da manutenção de maquinário utilizado pelos empregados, enfim, tudo o que contribuir para identificar os riscos e permitir ao empresário ter uma visão organizada do risco para a tomada da melhor decisão.

Além disso, o risco pode ser medido de forma qualitativa e quantitativa, de acordo com a atividade empresarial.

Essa avaliação qualitativa, “visa avaliar a probabilidade do risco se é baixo, médio ou alto e o impacto que os riscos terão na empresa, caso se concretizem (pequeno, médio ou grande). (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 35)”.

Para mensurar essas informações, é necessário estabelecer um método para

referida avaliação que se denomina a matriz de risco que compõe a probabilidade e a severidade dos riscos.

Somente depois de definida a matriz de risco é que se poderá elaborar o plano de ação, em consonância com as demais normas regulamentadoras e observando a prioridade de qual setor da empresa será implementado o PGR primeiro.

Ainda, nesse tema de gestão de SSMA:

[...] tais como o OHSAS 18001, para Saúde Ocupacional e Segurança do Trabalho ou NBR ISO 14001 [...] são comprovadamente a maneira mais eficaz para a organização buscar o atingimento de *compliance*, além de reduzir substancialmente seu potencial de riscos e perdas; são estruturados de acordo com o modelo de ciclo de melhoria contínua de Deming, são baseados no método de quatro passos PDCA (Plan-Do-Check-Act) ou equivalente [...] A aprovação e divulgação de uma política clara, com responsabilidades definidas para compliance de SSMA, também é uma atividade-chave). (TARAGANO; BORN, 2021, p. 203)

A avaliação da implementação do PGR deve seguir o ciclo de melhoria contínua de Deming PDCA, “considerando as medidas de prevenção implementada, se houve a eliminação do risco ou a mitigação desse risco”. (NEVES; FIGUEROA; FERNANDES, 2021, p. 37).

As situações que determinam a revisão da elaboração do PRG são: a) após a avaliação de riscos residuais; b) após inovações e modificações nas tecnologias, ambientes, processos, condições, procedimentos e organização do trabalho que impliquem em novos riscos ou modifiquem os riscos existentes; c) quando identificadas inadequações, insuficiências ou ineficácias das medidas de prevenção; d) na ocorrência de acidentes ou doenças relacionadas ao trabalho; e) quando houver mudança nos requisitos legais aplicáveis.

CONCLUSÃO

Verificou-se nesse trabalho a importância do gerenciamento dos riscos ocupacionais, sendo uma das etapas mais importantes do programa de compliance previdenciário, motivo pelo qual o empresário tem a oportunidade de avaliar os riscos da sua atividade e definir quais são os riscos críticos, quais os impactos para os custos e lucros da empresa e quais os impactos desses riscos na vida dos trabalhadores.

A implementação do PGR em conjunto com o setor de Medicina Ocupacional, visa criar estratégias e procedimentos para evitar acidentes ou doenças ocupacionais, a fim de extinguir ou mitigar o absenteísmo gerado pelos afastamentos e dar ao empregado a oportunidade de ser valorizado em setor diferente do qual habitualmente prestava serviços, quando das sequelas que impedirem a sua atividade habitual, com vistas a preservar o salário e colaborar com o orçamento familiar, além da garantia da saúde mental, por se sentir valorizado dentro da organização.

Ademais, houve a oportunidade de constatar que o planejamento das ações, cujo fim é evitar referidos acidentes, não é um custo à empresa e sim um investimento, tendo

em vista que o retorno virá da produtividade do empregado saudável e da segurança das negociações.

Portanto, quando o setor de medicina ocupacional realiza a inspeção das instalações do ambiente de trabalho, do uso dos equipamentos de proteção individual, avalia as condições de trabalho dos empregados que exercem funções perigosas e insalubres, fiscaliza a certificação de EPI's e maquinários e promove ações efetivas para minimizar referidos riscos para garantir um ambiente de trabalho saudável e sem riscos com vistas à execução das atividades habituais, envolve a comunicação e engajamento de todos os setores da empresa desde a alta administração.

Por fim, o empresário que investe na saúde dos empregados, colabora com o lucro da empresa, traz mais segurança e conforto para as relações negociais, abre frente para outras oportunidades de negócios, além de cumprir com a sua função social, considerando que o custo da não implementação do PGR é mais caro em longo prazo, principalmente pelo pagamento das indenizações cíveis, ações regressivas, ações trabalhistas e multas fiscalizatórias.

Garantir condições salutaras de trabalho, com instalações adequadas, resguardar a saúde dos empregados e monitorar os efeitos da execução do trabalho está intimamente ligado à cultura empresarial, seus valores e a sua missão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTESE, Gustavo. *Compliance* digital e privacidade. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 501-526.

BITTAR, Alan. Certificação e aderência em *compliance* nas organizações. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 307-320.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 49-68.

CARVALHO, Itamar; ABREU, Bruno Cesar Almeida; TAKAKI Eloá Buzatto Takaki. Programas de *Compliance*: o programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 97-118.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. **Programa de Gerenciamento de Riscos**. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Previdência, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/pgr>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. **Norma Reguladora No 1 (NR-1)**. Disposições Gerais de Gerenciamento de riscos Ocupacionais. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e emprego, publ.: 22 out. 2020, atual.: 24 fev. 2023, [2023]. Disponível em: <http://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-01-atualizada-2020.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEROA, Caio Cesar; FERNANDES, Nelson Ricardo. Gestão de riscos. *In*: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 21-48.

NÓBREGA, Marcos; ARAÚJO, Leonardo Barros Corrêa de. Custos do não *compliance*. CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 665-694.

OLIVEIRA, Aristeu. **Prática Trabalhista e Previdenciária**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OPITZ NETO, João Batista. **Programa DGA**. Disponível em: <https://instagram.com/joaoopitzneto?!igshid=YmMyMTA2M2Y=>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 19. ed. rev. atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2021.

SOARES, Jairo; ROQUE, Pamela Gabrielle Romeu Gomes. Auditoria independente. *In*: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 261-292.

TARAGANO, José; BORN, Maurício. Saúde, segurança e meio ambiente. *In*: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. (Coord.). **Manual de Compliance**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021. p. 193-210.

Data de submissão: 13 mar. 2023. Data de aprovação: 12 ago. 2023

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NOS CASOS QUE ENVOLVEM EXPOSIÇÃO A AGENTES PREJUDICIAIS À SAÚDE E A INTEGRIDADE FÍSICA DO SEGURADO NO RGPS

Sheila Testoni da Rocha¹

Resumo

O segurado intenta uma ação alegando ter sido exposto a um determinado agente nocivo e, conseqüentemente, requer a concessão do benefício de aposentadoria especial. O pedido é julgado improcedente. Posteriormente, ele propõe uma nova demanda, alegando exposição a um agente diverso daquele que foi objeto de indeferimento no processo anterior. Surge a primeira dúvida: esse novo agente pode ser considerado uma nova causa de pedir, e, portanto, não estaria abarcado na eficácia preclusiva da coisa julgada? Indo além, e se esse agente não era considerado como nocivo pela jurisprudência em vigor na época do ajuizamento da primeira demanda, mas houve revisão de entendimento pelo Tribunal, estaria caracterizada a nova causa de pedir na segunda demanda? O objetivo desse artigo é responder a essas questões, analisando, ao fim, um caso concreto submetido ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do método hipotético-dedutivo e com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Conclui-se que o novo agente não pode ser considerado uma nova causa de pedir, especialmente se o caso envolve a mudança de entendimento do Tribunal, pois o fato do agente não constar expressamente na documentação apresentada na primeira demanda não levaria a entendimento diverso do julgador. Por fim, ainda que se admita a reanálise, deve ser conduzida pelo órgão julgador da primeira demanda, a fim de preservar a integridade do Judiciário.

Palavras-Chave: Aposentadoria especial; Exposição a agentes nocivos; Coisa julgada. Entendimentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da Turma Nacional de Uniformização.

RELATIVIZATION OF RES JUDICATA AND THE DIVERGENCE OF JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING IN CASES INVOLVING EXPOSURE TO HARMFUL AGENTES TO HEALTH AND PHYSICAL INTEGRITY OF THE INSURED IN THE RGPS

Abstract

The insured files a lawsuit claiming to have been exposed to a certain harmful agent and, consequently, requests the granting of a special retirement benefit. The claim is dismissed. Later, the insured brings a new lawsuit, alleging exposure to a different agent than the one that was the subject of denial in the previous case. The first question arises: can this new agent be considered a new cause of action and, therefore, not be encompassed by the preclusive effect of res judicata? Furthermore, what if this

¹ Procuradora federal desde 2004, especialista em Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

agent was not considered harmful by the prevailing jurisprudence at the time the first lawsuit was filed, but there has been a revision of understanding by the Court? Would a new cause of action be established in the second lawsuit? The purpose of this article is to answer these questions, analyzing, in the end, a specific case submitted to the Honorable Regional Federal Court of the 4th Region, through the hypothetical-deductive method, based on doctrinal and jurisprudential research. It is concluded that the new agent cannot be considered a new cause of action, especially if the case involves a change in the Court's understanding, as the fact that the agent is not expressly mentioned in the documentation submitted in the first lawsuit would not lead to a different understanding by the judge. Finally, even if a reevaluation is allowed, it should be conducted by the adjudicating body of the first lawsuit in order to preserve the integrity of the Judiciary.

Keywords: Special retirement; Exposure to harmful agents; Res judicata; Rulings of the Regional Federal Court of the 4th Region and the National Uniformity Panel.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido a respeito da relativização da coisa julgada no processo previdenciário em razão da apresentação de provas novas, fundamentadas em um agente nocivo diverso daquele que foi objeto de indeferimento no processo anterior, fornecendo uma nova causa de pedir.

O exemplo clássico é uma ação judicial movida em face do INSS em decorrência da exposição ao agente ruído, que foi julgada improcedente por ter sido constatado que a exposição estava abaixo do limite de tolerância. Uma nova demanda é proposta com base em agentes diversos, como o hidrocarboneto, por exemplo.

Refletindo sobre a aplicação dessa tese, e considerando que uma nova demanda será julgada, este artigo tem como objetivo responder à seguinte pergunta: como pode surgir um novo agente nocivo, se segurado deve intentar a lide previdenciária somente quando estiver munido de toda a documentação da empresa corretamente preenchida?

E mais, e se não há novo agente, ou seja, o fato não mudou, mas a qualificação jurídica sobre o mesmo fato? Ou seja, e se jurisprudência que passou a considerar como nocivo um agente que antes não era considerado, e por isso não constava na primeira documentação apresentada pela empresa, esse agente pode ser considerado uma nova causa de pedir e justificar a nova demanda?

2 CONTROVERSIA SOBRE O TEMA

A decisão de improcedência da demanda levanta dúvidas quanto à abrangência às causas de pedir não alegadas no processo. Entra em discussão a mitigação da coisa julgada pelo mecanismo da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Diversas demandas estão chegando no Tribunal Regional da 4ª para apreciação e os excelentíssimos Desembargadores apresentam muita controvérsia sobre o tema. Estamos assistindo nas sessões de sustentação oral desse Tribunal muitas lições

importantes, que nos levam a reflexão².

Recentemente foi publicado o artigo “Atividade especial em matéria previdenciária: coisa julgada e ajuizamento de nova ação com fundamento em agente nocivo diverso” pelo ilustre Desembargador Celso Kipper (2022).

O renomado desembargador fez uma didática exposição sobre a temática, enfatizando que a divergência de entendimentos pela jurisprudência se dá em dois aspectos principais: a) quanto à caracterização precisa da causa de pedir para individualização das ações e b) quanto ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada³.

Com relação ao primeiro aspecto, o desembargador destacou que a apresentação de um agente nocivo diverso pode ser considerado uma causa de pedir diferente, o que alteraria o fato e possibilitaria a repetição de demanda. Já em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no artigo 508⁴ do Código de Processo Civil, o desembargador ressaltou que ela se aplica somente às alegações e às defesas apresentadas na ação idêntica, ou seja, naquelas com o mesmo pedido e causa de pedir, não se estendendo a demandas com causa de pedir diferentes.

A rigor, em uma demanda em que há o pedido de reconhecimento da especialidade de uma determinada atividade laboral em razão da sujeição do segurado a agentes agressivos à sua saúde, haverá tantas causas de pedir quantos forem tais agentes nocivos e, sob esse aspecto, embora transitada em julgado decisão de improcedência com relação a um destes agentes, demanda posterior que se fundamente em outro agente não constitui repetição de demandas. Considerando, ademais, a posição majoritária de que a eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no artigo 508 do CPC, só se aplica às alegações e às defesas que poderiam ter sido deduzidas em ação idêntica – isto é, com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir –, não se estendendo a demandas com causa de pedir diversa, conclui-se que inexistente o óbice da coisa julgada na nova ação em que se pleiteia a especialidade de uma mesma atividade laboral, exercida na mesma empresa e no mesmo período da atividade indicada em ação anterior, desde que, nesta segunda demanda, seja indicado agente nocivo diverso, ou seja, desde que seja fundamentada em nova causa de pedir.

Cita ainda o ilustre Desembargador que a doutrina defende majoritariamente que à eficácia preclusiva da coisa julgada aplica-se apenas às alegações e às defesas relativas à causa de pedir deduzida, conforme o magistério de Barbosa Moreira, os doutrinadores Medina (2016. p. 822) e Porto, (2012, p. 101).

² Nesse sentido, julgamento do processo nº 5002223-04.2021.4.04.7129/RS, sessão ordinária de 09/05/2023. (BRASIL, 2023).

³ Há doutrinadores que entendem que a eficácia preclusiva da coisa julgada é, em termos conceituais, a própria coisa julgada. A coisa julgada acarreta a indiscutibilidade da questão decidida, tornando preclusa a possibilidade de discussão com base em qualquer argumento que possa afetar a questão que foi decidida. (NERY, 2002. p. 101-111).

⁴ Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Nessa linha Bonato (2018) ensina que na doutrina brasileira prevalece o entendimento de que a eficácia preclusiva da coisa julgada “não abarca as causas de pedir omitidas” ou não alegadas, ao contrário, por exemplo, do direito italiano, que tende a aplicar a eficácia preclusiva, no âmbito da mesma relação jurídica, para apanhar também causas de pedir ou pedidos não formulados no primeiro processo.

Qualquer variação, numa segunda ação judicial, no âmbito da causa de pedir ou do pedido, levaria ao afastamento da coisa julgada (e do seu efeito preclusivo) formada no primeiro processo, com a admissibilidade da realização de novo julgamento no segundo processo.⁵

Assim, considerando que o pedido se identifica pela causa de pedir e de acordo com a teoria da substanciação, adotada pelo Código de Processo Civil, se a parte alegar uma outra *causa petendi* a demanda será diferente e deverá ser julgada no mérito.

Os defensores da tese argumentam ainda que é necessário garantir a efetiva proteção dos direitos dos direitos fundamentais sociais em juízo e opor defesas jurídicas contra as sentenças injustas que privam os mais vulneráveis do mínimo de proteção social (SCHUSTER; SAVARIS; VAZ, 2019).

Os que são contrários à tese argumentam primeiramente que não há nova causa de pedir, pois entende-se que a rediscussão da especialidade de uma mesma atividade, no mesmo lapso de tempo, ainda que sob a ótica de um agente nocivo diverso do analisado na primeira ação, não configura uma nova causa.

Sendo os agentes nocivos argumentos e alegações, a circunstância de não terem sido mencionados em ação judicial anterior inviabiliza que, diante da mesma causa de pedir (atividade exercida em determinado período e especialidade daquela atividade) e pedido (reconhecimento da especialidade, com ou sem sua conversão), sejam novamente veiculados.

Excepcionam-se os efeitos da coisa julgada diante da existência de circunstância nova ou fato superveniente capaz de constituir uma nova causa de pedir da demanda posteriormente ajuizada.

De acordo com Marinoni (2015), nas relações continuativas, mencionadas no art. 505-I do CPC, existem elementos de caráter perene e outros de caráter temporário. Assim, nas relações continuativas há (a) circunstâncias que se alteram; e (b) circunstâncias que se mantêm. No primeiro caso (a), a coisa julgada apresenta feição temporária, enquanto

⁵ Cf., por exemplo, TALAMINI (2005, p. 86-87); MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (2015, p. 637-638); MESQUITA (2004, p. 65-88). Na jurisprudência: “A eficácia preclusiva da coisa julgada não possui a aptidão de alcançar causas de pedir não veiculadas pela parte autora, mas tão somente os argumentos em torno de uma causa de pedir que, por uma razão qualquer, não tenham sido utilizados pelo autor ou pelo réu na discussão da causa” (REsp 1.217.377/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.11.2013, DJe 29.11.2013). Hipótese em que, malgrado a coincidência entre as partes e os pedidos deduzidos nos incidentes confrontados, não se vislumbra a identidade das respectivas causas de pedir, consoante exige o § 2º do artigo 337 do CPC de 2015 (§ 2º do artigo 301 do CPC de 1973).” (STJ, AgInt no REsp 1.738.629/SP, 4ª T., j. 24.08.2020, rel. Min. Luis Felipe Salomão.) Assim, a jurisprudência vem fixando o entendimento de que “o art. 474, CPC, não pode alcançar jamais causas de pedir estranhas ao processo em que transitada em julgado a sentença de mérito. Apenas as questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do art. 474, CPC. Tal entendimento já foi encampado pelo STJ (MS 14.891/DF, Terceira Seção, DJe 19.4.2016)”. (STJ, MS 20.682/DF, 1ª S., j. 14.12.2016, rel. Min. Herman Benjamin.)

no segundo caso (b), há estabilidade da coisa a coisa julgada.

Na situação em apreço, não se verificariam circunstâncias novas ou fato superveniente hábil a constituir nova causa de pedir.

A exposição a outro agente nocivo não surge no mundo dos fatos apenas na nova demanda. Essa exposição já existia muito antes da primeira ação ajuizada, mas não constou na documentação previdenciária apresentada.

A questão que se coloca é: por que esse agente não constou na documentação apresentada na primeira documentação?

A resposta a essa questão irá envolver um bastante complexo que afeta aqueles que trabalham com a temática da aposentadoria especial: a legislação determina que o rol de agentes nocivos para a concessão dos benefícios é exaustivo. No entanto, o Judiciário o interpreta como exemplificativo.

A matéria é regulada pelos artigos 57⁶ e 58⁷ da Lei de Benefícios, e a classificação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde, ou à integridade física, bem como o tempo de exposição considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, constam do Anexo IV do Decreto n° 3.048/99⁸.

Assim, a empresa preenche esses documentos de acordo com essa relação de forma taxativa⁹.

No entanto, o Judiciário aplica a Súmula 198 do TRF¹⁰ e considera que as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde são exemplificativas.

Sendo assim, podem “aparecer” novos agentes na documentação não porque não foram identificados anteriormente no ambiente de trabalho, mas sim porque, embora não sejam previstos na legislação como nocivos, a jurisprudência passou a considerá-los dessa forma.

Nesse sentido, na Justiça do Trabalho, já está consolidado o entendimento no sentido de que cabe reclamatória trabalhista para retificação do PPP com o objetivo de incluir a periculosidade no ambiente de trabalho para fins de prova junto à Previdência Social¹¹.

⁶ Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei n° 9.032, de 1995)

⁷ Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 1997)

⁸ O rol com a classificação dos agentes nocivos - físicos, químicos e biológicos-, além da associação de agentes, constou dos Decretos n.º 53.831/64, Decreto n.º 83.080/79, Decreto n.º 2.172, de 05.03.1997 e, depois disso, do Decreto n.º 3.048, de 06.05.1999.

⁹ Conforme artigo 276, V. da IN 128 DE 28/03/2022, o LTCAT deve ser preenchido com a identificação do agente prejudicial à saúde, arrolado na Legislação Previdenciária.

¹⁰ Súmula 198 Do extinto TFR: É possível o reconhecimento da especialidade da atividade com exposição ao agente nocivo frio, exercida após a edição do Decreto n° 2.172, de 05.03.1997, desde que a exposição e a agressividade do agente estejam comprovadas por perícia judicial ou laudo técnico.

¹¹ “De acordo com o entendimento desta Corte, a obrigação de o empregador fornecer ao empregado o formulário Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é devida não apenas nos casos em que há

E com relação a perigosidade, o caso clássico é o da eletricidade, em que o E.STJ mudou claramente de entendimento e passou a considerar esse agente como nocivo à integridade física do trabalhador.

As primeiras decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a temática, eram no sentido de que a exposição à eletricidade não mais autorizava qualificação da atividade como especial, após 05/03/97: “O agente agressivo eletricidade (acima de 250 volts) teve enquadramento no Decreto 53.831/64 até 5/3/97, data da edição do Decreto 2.172, que não mais o relacionou entre os agentes nocivo”¹².

No entanto, a orientação da Terceira Seção do STJ – a quem competia o julgamento de matéria previdenciária, até o advento da Emenda Regimental 14, de 5/12/11 – modificou-se no sentido de considerar o rol de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física descritas pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 como meramente exemplificativo, e não taxativo. Portanto, atividades que não estiverem ali elencadas podem ser reconhecidas como especiais, desde que devidamente comprovadas por outros meios de prova.

Assim, em uma reviravolta de entendimento, que pode ser extraída especialmente do julgamento do tema 534¹³, a orientação da corte passou a ser no sentido de possibilitar o enquadramento por periculosidade, mesmo após a vigência do Decreto nº 2.172/1997, desde que devidamente comprovada a exposição aos fatores de risco à integridade física de modo permanente, não ocasional, nem intermitente.

Restou definido que legislação reguladora do exercício de atividade especial não é exaustiva na definição das hipóteses ensejadoras da contagem diferenciada de tempo de serviço, abrangendo também as atividades perigosas, com fundamento na Súmula 198 do TFR.

Portanto, a orientação do STJ alterou-se no sentido de considerar como meramente exemplificativo, e não taxativo, o rol de agentes nocivos considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física descritos pelos Decretos previdenciários.

Na ocasião, restou decidido ser cabível a aplicação analógica da legislação trabalhista, considerando que o próprio Decreto 2.172/97, em seu art. 66, § 1º, estabelecia que as dúvidas quanto ao enquadramento dos agentes nocivos seriam resolvidas pelo Ministério do Trabalho e pelo Ministério da Previdência e Assistência Social¹⁴.

trabalho em condições insalubres, mas, também, quando demonstrada a existência de periculosidade nas atividades desenvolvidas pelo reclamante, com o conseqüente deferimento do adicional de periculosidade em juízo, como no caso dos autos.” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 3118-84.2013.5.02.0086, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília: 10 Ago., 2018).

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Resp nº992.855, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília: 06 Nov. 2008).

¹³ Tema 534 - Discute-se a possibilidade de configuração do trabalho exposto ao agente perigoso eletricidade, exercido após a vigência do Decreto 2.172/1997, como atividade especial, para fins do artigo 57 da Lei 8.213/1991. Tese firmada: As normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 1306113/SC, Número único 0004116-12.2006.4.04.7204 Rel. Min. Herman Benjamin Brasília: 14 nov. 2012 julgado em 14/11/2012).

¹⁴ Em que pese essa legislação ter sido revogada em 06/05/99, o Decreto nº 3.048, manteve a redação no

Sendo assim, na grande maioria dos casos envolvendo essa temática, o que se tem é o mesmo fato em discussão: trabalho com exposição a agentes nocivos, que de acordo com o entendimento do juízo são qualificados como nocivos para fins de caracterização de atividade especial ou não.

Tome-se, as lições de Wambier (2015) exemplificando um caso em que não haveria coisa julgada, porque a causa de pedir seria diferente:

Relevante distinguir bem as causas de pedir de meros argumentos que giram em torno do pedido. Assim, “se A intentar ação indenizatória em face de B, por acidente de veículos, alegando que o veículo de B, por este dirigido, colidiu com o seu (de A), porque B estava bêbado e em excesso de velocidade e perder a ação, não pode propor posteriormente ação contra B, alegando, agora, que chovia, por ocasião do acidente, que o carro de B estava com revisão por fazer e com pneus ‘carecas’. Isto porque não se estará, aqui, diante de outra causa de pedir, mas de argumentos que gravitam em torno da mesma causa de pedir: conduta culposa de B. Portanto, todos aqueles argumentos se reputam como tendo sido utilizados, embora não o tenham sido, efetivamente.

Esse cenário muda caso a ação posterior movida tenha como centro outra causa de pedir, sendo o que se dá, por exemplo, no caso de “ação de despejo, tida por improcedente, quando fundada em desvio da finalidade do contrato locatício. Mais tarde, pode o mesmo locador A intentar ação de despejo em face do mesmo locatário B, baseada na falta de pagamento de aluguéis, ainda que esta causa de pedir tenha ocorrido concomitantemente (no tempo) ao desvio de finalidade do contrato locatício. Ainda assim, o não pagamento dos aluguéis não deixa de ser ‘causa de pedir’, por ser *ratio* que, por si só, autorizaria a procedência do pedido”.

Conforme bem explica a doutrinadora, esse outro fato autorizaria a procedência do pedido, e, por isso, seria outra causa de pedir.

Contudo, o que se discute é um fato que não levaria a outra conclusão na primeira demanda e por isso, não seria uma nova causa de pedir, pois na época da prolação da primeira demanda não era classificado seja pela legislação, seja pela jurisprudência, ao menos majoritária, como agente prejudicial à saúde ou integridade física para fins de caracterização de atividade especial.

Assim, exposição a agentes que não eram considerados como nocivos à saúde ou integridade física pela jurisprudência em vigor, anteriormente ao ajuizamento da primeira demanda, estão compreendidos na causa de pedir invocada pelo autor.

É importante ainda considerar que existe a possibilidade de o agente ser considerado como nocivo pela legislação previdenciária, desde a primeira demanda,

art. 68 e parágrafos, bem como a Lei de Benefícios, em seu art. 58, § 1º. Contudo, na legislação atualmente em vigor, Decreto nº10.410, de 2020, não consta mais essa previsão, dado que a redação atual dispõe no que a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia promoverá a elaboração de estudos com base em critérios técnicos e científicos para atualização periódica do disposto no Anexo IV.

mas não constar na documentação previdenciária.

Nesse caso, poderia se dizer que é uma causa de pedir não alegada, ou seja, a causa de pedir não deduzida, omissa.

Contudo, ainda nesse caso, o segurado tinha conhecimento da relação empregatícia e de todos os agentes nocivos aos quais estava exposto em seu ambiente de trabalho. Os fatos poderiam ter sido alegados na primeira demanda, mas não foram. Portanto, a preclusão incide sobre eles, inviabilizando o exame do mérito na segunda demanda.

Essa alegação é um componente da mesma questão que foi formulada pelo segurado na demanda anterior. Qualquer tema não analisado é coberto pela eficácia preclusiva.

Assim, mesmo que o óbice da coisa julgada seja retirado, ainda haveria a questão da eficácia preclusiva.

A eficácia preclusiva amplia os limites objetivos do julgado, o que impede que as questões que poderiam ter sido levantadas na época da ação anterior não possam mais ser utilizadas em novas ações (NERY JUNIOR, 2014).

Nesse sentido, defendendo que o óbice ao julgamento decorreria não apenas da coisa julgada, mas da eficácia preclusiva da coisa julgada que impede a reanálise da demanda, criando uma armadura para a decisão (DIDIER JÚNIOR, 2016), vem decidindo o ilustre Desembargador Federal Dr. Osni Cardo Filho (BRASIL, 2023), citando os ensinamentos de Araken de Assis (p. 1.459):

O propósito manifesto da eficácia preclusiva consiste em aumentar a proteção conferida à regra jurídica concreta formulada na sentença. O vínculo especial derivado da autoridade da coisa julgada impede o juiz de apreciar, outra vez, o objeto litigioso anteriormente julgado, individualizado por seus três elementos - as partes, a *causa petendi*, e o pedido - considerando as questões suscitadas, debatidas e decididas.

E prossegue:

Ora, a eficácia (ou função) negativa da coisa julgada, ou o veto à discussão e julgamento da repetição do autor, em primeiro lugar revela-se insuficiente para garantir a segurança jurídica do réu vitorioso. Pouca ou quase nenhuma utilidade ostentaria a coisa julgada, estabilizando a regra jurídica concreta formulada pela autoridade judiciária em benefício da paz social, limitando-se a obstar a reprodução de demanda idêntica em processo ulterior (art. 337, §4º). O autor reabriria o conflito, invocando *causa petendi* preexistente ao julgado - não há dúvida de que a coisa julgada não alcançará fatos supervenientes à última oportunidade de alegação no processo antecedente - e, poderia fazê-lo paulatinamente, submetendo o réu a investidas periódicas, sob o pretexto da falta de identidade total das pretensões. Eis o motivo por que não é aceitável, em princípio, a tese segundo a qual todos os fatos constitutivos concebíveis não constituem premissa necessária do juízo de improcedência.

No mesmo sentido, a lição do ilustre doutrinador Nelson Nery (2006), discorrendo que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança: (a) as questões de fato, bem como as de direito efetivamente alegadas pelas partes ou interessados, hajam ou não sido

examinadas pelo juiz na sentença; (b) as questões de fato e de direito que *poderiam ter sido alegadas* pelas partes ou interessados, mas não o foram; (c) as questões de fato e de direito que deveriam ter sido examinadas *ex officio* pelo juiz, mas não o foram.

Reconhece-se, assim, que o “tema da eficácia preclusiva da coisa julgada” é normalmente relacionado aos seus limites objetivos”, mas podem ser apresentadas diferenças relevantes entre ambos, tais como: i) os limites objetivos da coisa julgada são designados pelo que foi discutido e debatido pelas partes no processo e constitui matéria-prima normalmente transportada para a sentença; ii) por outro lado, para o tratamento das matérias (alegações ou defesas) omitidas pelas partes e, por isso, ignorados pelo juiz, é que se engendrou a eficácia preclusiva da coisa julgada (ANDRADE, 2022).

Certamente a coisa julgada não é absoluta e permite, em casos extremos de gravidade, hipóteses de rescindibilidade da sentença. De toda forma, nos dizeres de Moreira (2011): “Torna-a, porém imune, em linha de princípio, às dúvidas e contestações que se pretenda opor ao resultado do processo findo, mesmo com base em questões que nele não hajam constituído objeto de apreciação. Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou.”

3 A ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

É inegável que entre o julgamento do primeiro e o segundo processos pode ter decorrido um longo período de tempo, durante o qual o órgão julgador pode ter modificado o seu entendimento acerca de uma questão fática.

Assim, admitindo que o novo agente seria uma nova causa de pedir e não seria abarcado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, como deve ser julgada a nova demanda? Com base nos entendimentos existentes na época da primeira demanda judicial e do Tribunal em que tramitava a primeira demanda ou com base nos entendimentos atuais do novo Tribunal que está julgando a segunda demanda?

E mais, poderia outro Tribunal julgar essa nova demanda?

Isso porque é perfeitamente possível que a primeira demanda tenha tramitado no Juizado Especial Federal e a segunda demanda tenha sido proposta perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

E ainda, considerando que o fundamento sociológico da corrente é revisão de sentenças injustas, questiona-se:

Uma decisão pode ser considerada injusta se a jurisprudência modificou o seu entendimento? Ou ainda, uma sentença pode ser considerada injusta se a decisão foi proferida por Tribunal que possui entendimento contrário ao segurado, sendo que outro Tribunal, que está apreciando a nova demanda, possui entendimento favorável?

Importante destacar que não se tratam de casos em que a norma foi declarada inconstitucional, mas de entendimentos distintos acerca da nocividade de um determinado agente, para efeitos de concessão de aposentadoria especial. Ou seja, interpretação distinta da norma previdenciária.

Não são poucos os entendimentos divergentes entre os Tribunais que julgam matéria previdenciária, especialmente no que se refere à atividade especial, principalmente entre os Juizados Especiais e os Tribunais Federais.

Essa discussão foi intensificada com o julgamento sobre a coisa julgada tributária, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Aguarda-se a publicação do acórdão que julgou os Recursos Extraordinários 949.297 e 955.227 (Temas 881¹⁵ e 885¹⁶).

Marinoni (2023) ensina que a alteração da jurisprudência, ou da interpretação da lei, evidentemente não representa “modificação do estado do direito”, para fins de cessação da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Esclarece o doutrinador que:

A alteração da jurisprudência ou da interpretação faz parte do modo de ser do sistema de distribuição de justiça, de modo que, caso a eficácia temporal da coisa julgada houvesse de cessar em razão de mera mudança interpretativa, a coisa julgada, à partida, jamais poderia alcançar o seu escopo ou tutelar a segurança jurídica.

Essa segunda demanda, portanto, não pode excluir da coisa julgada sua função nuclear, qual seja, a estabilização do que foi decidido.¹⁷

¹⁵ Tema 881: Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.

¹⁶ Tema 885 - Efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado.

¹⁷ Segundo a jurisprudência do STJ, a alteração jurisprudencial não autoriza sequer a desconstituição da coisa julgada em ação rescisória:(...) 1. Discute-se, na presente ação rescisória, a incidência do prazo decadencial de dez anos previsto no caput do art. 103 da Lei n.8.213/1991 (introduzida pela MP n. 1.523/1997, convertida na Lei n.9.587/1997), nas revisões de benefício previdenciário concedidos pelo INSS em época anterior a essa modificação legislativa (antes de 28/6/1997).2. No caso concreto, o decisum rescindendo, proferido pela Sexta Turma do STJ, assentou-se no fundamento de que o prazo decadencial, inovado pela MP n. 1.523/1997, não poderia alcançar situações pretéritas já consolidadas, com lastro na jurisprudência que se encontrava pacificada na Terceira Seção sobre a questão.3. Posteriormente, após o julgamento do acórdão que se busca rescindir, a Primeira Seção do STJ, nos julgamentos dos Recursos Especiais ns. 1.326.114/SC e 1.309.529/PR, pelo rito dos Recursos Repetitivos, é que houve a pacificação do tema no STJ. A matéria também foi objeto de exame constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 626.489/SE, submetido a julgamento no Plenário sob o rito da repercussão geral (Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 23/9/2014), consagrando-se, em ambas as Cortes superiores, tese oposta àquela acolhida na decisão rescindenda. Com base nesse entendimento busca o INSS a rescisão do julgado.4. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que «não cabe ação rescisória para interpretação mais recente pela Suprema Corte, a partir do julgamento do RE n. 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014, sob o rito do artigo 543-B do CPC;1973, pacificou entendimento segundo o qual “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”, sendo irrelevante a natureza da discussão posta no feito rescindendo (se constitucional ou infraconstitucional) para a observância do enunciado da Súmula STF n. 343. (...) (AR 5.178/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/02/2020, DJe 20/02/2020) a alteração de julgados com fundamento em posterior consolidação jurisprudencial da matéria em sentido diverso, mesmo que resultante de julgamento realizado sob o rito de resolução de recursos repetitivos ou no controle difuso de constitucionalidade” (AgInt nos EREsp n. 1.717.140/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 27/8/2019).5. A Súmula 343/STF não deve ser afastada de pronto em casos nos quais o pedido rescisório se apoie em alteração jurisprudencial, não

4 CASO CONCRETO

Um exemplo que ilustra a discussão trazida por este artigo é o contato com o agente químico cimento pelo segurado que exerce a atividade de pedreiro.

No âmbito do Juizado Especial Federal, deve ser observado o entendimento da Turma Nacional de Uniformização, vertido na súmula nº 71:

“O mero contato do pedreiro com o cimento não caracteriza condição especial de trabalho para fins previdenciários”.

Entende-se que o cimento em seu *“estado final, que é considerado pó inerte, amorfo, isto é, sem estrutura cristalina, não apresentando sílica livre e não provocando silicose”* (TRR 3ª Região, 4ª Turma, RO nº 1.909/93, Rel. Juiz Carlos Alves Pinto, DJU 02.12.95), não provoca cicatrizes permanentes nos pulmões pela inalação de pó de sílica (sílica livre ou pó de quartzo).

Portanto, se um segurado que exerce essa profissão propuser, seja hoje ou há 10 anos atrás, uma demanda judicial no Juizado Especial Federal instruída com um Perfil Profissional Profissiográfico preenchido com o agente “cimento” e requerer o reconhecimento do período como atividade especial, o pedido será julgado improcedente.

Por outro lado, se o mesmo segurado propuser atualmente essa mesma demanda perante o TRF 4ª Região, o pedido será julgado procedente¹⁸.

Isso porque o TRF 4ª Região modificou seu entendimento com relação a essa matéria e passou a decidir que o cimento em seu estado final pode se caracterizar como um agente nocivo químico devido à presença de álcalis cáusticos, como previsto no Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78¹⁹.

Apenas abrindo um parêntese, é preciso dizer que nem mesmo o TST²⁰, a quem compete apreciar os casos de insalubridade, julga dessa forma. De acordo com a Sociedade Brasileira de Engenharia e Segurança - SOBES, a alcalinidade do cimento não é devida a álcalis cáusticos, os quais, inclusive, não estão presentes no cimento,

sendo a mudança jurisprudencial argumento suficiente para a admissibilidade da ação rescisória, sob pena de violar a garantia constitucional da coisa julgada e da segurança jurídica. (AgRg na AR 5.556/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Dje 17/12/2015).6.

¹⁸ Conforme julgamentos: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 6ª Turma. Apelação Cível nº 5016227-40.2019.4.04.9999, Rel. João Batista Pinto Silveira, data:20/08/2020, Brasil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5ª Turma. Apelação Cível nº5084817-41.2016.4.04.7100, Rel. Gisele Lemke.

¹⁹ Extrai-se desse julgamento do ano de 2009, que o contato com o agente não era considerado nocivo à saúde do trabalhador: “Da mesma forma, tanto o código 1.2.10 do Decreto 53.831/64 quanto o código 1.2.12 do Decreto 83.080/79 deixam claro que as poeiras minerais que possibilitam o reconhecimento da atividade especial se referem aos trabalhos de extração de minérios ou, no caso do cimento, à sua própria fabricação, e não à mera utilização desses produtos”. Brasil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5ª Turma APELREEX nº 20017114000772, data. 23.03.2009.

²⁰ “As atividades realizadas por pedreiro, relacionadas ao preparo e transporte de argamassa e concreto, que utilizam cimento, areia e brita, não são consideradas insalubres, visto que essas atividades não se amoldam à classificação estabelecida no Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78, nem podem ser classificadas como de fabricação e manuseio de álcalis cáusticos” (Brasil, Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, Recurso de Revista nº 456/2004-461-04-00, Rel. Min. Lélío Bentes Correa, unânime, DJU 08.02.2008).

mas, sim, aos alcalino-terrosos, que não têm enquadramento no Anexo 13 da NR 15. Nesse sentido:

‘[...] segundo a Sociedade Brasileira de Engenharia de Segurança - SO-BES, o cimento é classificado como uma poeira inerte. A ação do cimento é resultante da alcalinidade de silicatos, aluminatos e sílico aluminatos que o constitui. Essa alcalinidade, que não chega a ser agressiva, é que propicia sinergicamente as condições para instalação de um processo de sensibilidade, ou seja, uma condição alérgica. Frisa que esta alcalinidade não é devida aos álcalis cáusticos, propiciadores de insalubridade e representado pelos hidróxidos de cálcio e potássio, que não estão presentes no cimento. Os alcalino-terrosos, esses sim presentes no cimento e dos quais decorre sua alcalinidade média ou fraca, em função de seu grau de ionização, não estão contemplados como insalubres nas normas legais (NR 15 anexo 13). Assim, constata-se ser indevido o adicional de insalubridade ao pedreiro, pois eventuais respingos de cimento ou argamassa não são suficientes para causar danos à saúde do empregado’. Aliás, nesse mesmo sentido os seguintes precedentes: RR-525764/1999, DJ 7/5/2004, Min. Gelson de Azevedo; RR-640701/2000, DJ 19/11/2004, Min. José Luciano de Castilho Pereira; RR-459211/1998, DJ 25/10/2002, Juiz Conv. Márcio Eurico Vitral Amaro (TST-RR-584/2003-004-04-00.8, 4ª Turma, DJU de 10/3/2006, Relator Ministro Barros Levenhagen)’.

Logo, a TNU não admite e não admitiu no passado que o *contato do pedreiro com o cimento caracterize condição especial de trabalho para fins previdenciários. Por outro lado, o TRF 4ª Região modificou o seu entendimento, passando a admitir o enquadramento do contato com cimento como agente nocivo.*

Feitas essas considerações, imagine o seguinte caso: um segurado que exerce a profissão de pedreiro entra com uma primeira demanda judicial no Juizado Especial Federal no ano de 2010, requerendo o reconhecimento da especialidade de um determinado período. A documentação previdenciária estava preenchida apenas com o agente nocivo ruído, que estava abaixo do limite de tolerância. O pedido é julgado improcedente e a decisão transita em julgado.

O patrono do segurado, no ano de 2022, insiste com o empregador que preencha um novo Perfil Profissional Profissiográfico (PPP) para seu cliente com o agente nocivo cimento.

O pedido causa certa estranheza ao empregador, pois esse agente não estava preenchido no primeiro PPP por uma questão muito simples: a lei não estabelece a obrigatoriedade de citar como fator de risco o cimento, pois não é um agente nocivo químico arrolado nos decretos previdenciários e, como vimos, sequer o TST entende que é devido o adicional de insalubridade, ainda que exista exposição.

De toda forma, o empregador preenche um novo PPP com esse agente.

Logicamente, o contato com o cimento sempre existiu na atividade de pedreiro, sendo ínsito ao desenvolvimento de sua atividade.

Portanto, esse agente químico, que não estava descrito no primeiro PPP, “surge”

no segundo PPP e o patrono do segurado propõe nova demanda, mas perante o TRF 4ª Região, alegando que o segurado estava exposto a agente nocivo diverso do que foi julgado na demanda anterior.

Note-se a sutileza da questão: se essa mesma demanda fosse ajuizada novamente no Juizado, independentemente do entendimento do julgador sobre a ocorrência da coisa julgada, em razão do “novo” agente nocivo, o pedido seria julgado improcedente, diante da Súmula 71.

E mais, se segunda demanda ainda estivesse tramitando em 2010, época do ajuizamento do primeiro processo, ainda que no TRF-4ª Região, de acordo com os entendimentos da época, é bastante possível que o pedido também fosse julgado improcedente, em razão da exposição ao cimento.

Veja-se que não é o caso de se concluir que o Juizado Especial Federal não concedeu uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada, pois o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a questão da validade do reconhecimento judicial de trabalho em condições especiais, pela efetiva exposição aos agentes nocivos à saúde ou integridade física, para fins de concessão ou revisão de aposentadoria especial ou para converter tempo de serviço, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991, tem natureza infraconstitucional.²¹

Portanto, não existe qualquer mudança legislativa, ou entendimento inconstitucional, mas diferença de entendimento jurisprudencial.

Assim, no caso em questão, na primeira demanda, não houve julgamento pela improcedência em decorrência da ausência de provas, mas sim pelo entendimento esposado pelos julgadores à época acerca da impossibilidade da contagem especial pretendida, o que difere frontalmente da decisão do Tema 629 do STJ²².

Logo, se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acolher a tese e assegurar a pretensão do autor é o mesmo que admitir que o segurado pode tentar a sorte em outro juízo. Aliás, vai de encontro, inclusive, com a tese defendida no sentido da existência de uma prova nova, com outro agente nocivo, apta ao julgamento favorável na primeira demanda judicial.

Desse modo, o que se constata é que já houve o trânsito em julgado de uma decisão que se baseou em um precedente vigente ao tempo de sua prolação.

Portanto, não existe uma nova causa de pedir, como requisito para o julgamento da segunda demanda, pois o fato de um agente não ter sido mencionado nos documentos relacionados no primeiro processo, não leva a conclusão, ao menos imediata, de que o processo poderia ter sido julgado de outra forma, caso o agente tivesse sido mencionado.

²¹ Tema 852. A questão da validade do reconhecimento judicial de trabalho em condições especiais, pela efetiva exposição aos agentes nocivos à saúde ou integridade física, para fins de concessão ou revisão de aposentadoria especial ou para converter tempo de serviço, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.

²² Tema 629 – STJ - A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito.

5 CONCLUSÃO

A possibilidade de tudo ser revisto, e ainda por outro Tribunal, mediante o ajuizamento de nova ação, mitiga a eficácia de qualquer provimento jurisdicional.

Sempre estarão abertas as portas para que se apresente um novo documento, com novo agente nocivo e alegue nova causa de pedir, especialmente em razão da modificação de entendimentos judiciais sob um mesmo tema.

A tão festejada desjudicialização precisa ser buscada por todos os operadores do direito.

Como vimos, na grande maioria dos casos que envolvem a exposição a agentes e nocividade a questão não é que o novo agente apenas “surgiu” na segunda demanda como nocivo à saúde do trabalhador ou a sua integridade física, pois a exposição sempre existiu no caso concreto. O que modificou foi a orientação jurisprudencial sobre a sua nocividade entre o primeiro processo e o segundo processo.

Assim, não há uma nova causa de pedir, pois a exposição ao agente não autorizaria a procedência do pedido na primeira demanda.

Além disso, na época da propositura da demanda a parte deveria ter articulado todos os argumentos cabíveis a sustentar a sua pretensão.

A previsibilidade das decisões judiciais se caracteriza pela uniformidade da interpretação das normas pelo Judiciário, uma vez que na atividade jurisdicional, quando se firma um entendimento acerca de uma questão jurídica se assegura a previsibilidade da jurisdição, possibilitando o real conhecimento do ordenamento jurídico pela sociedade.

A decisão do TRF4, modificando um entendimento sobre determinada matéria e favorecendo a parte autora, não pode configurar prova nova. O que está em jogo é a integridade do Judiciário.

Como visto, há decisões diversas sobre o mesmo tema, da TNU e do TRF4, ambas válidas e coerentes com o ordenamento jurídico.

Questiona-se qual é a confiança depositada pelo INSS na decisão da TNU? Porque a decisão da TNU tem menor valor e o TRF 4ª Região poderia revisá-la?

O princípio da segurança jurídica e aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima impedem a aplicação do entendimento do Tribunal Regional Federal da Quarta Região a esse caso concreto.

A confiança na orientação da jurisprudência é fundamental para que o Judiciário cumpra a sua pedagógica função de efetuar a pacificação social, com a redução dos litígios.

Nos dizeres do Excelentíssimo Ministro Ricardo Levandowski (2018): “Contudo, não se pode olvidar que o processo de evolução jurisprudencial deve ser revestido de segurança jurídica, a fim de assegurar-se direitos, resguardar comportamentos até então reconhecidos em conformidade com o direito e salvaguardar valores ou princípios constitucionais relevantes”.

Aliás, a decisão do Supremo converge com a recente alteração promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (2018).

O art. 23 do referido diploma estabelece que a decisão judicial que alterar interpretação de lei, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quanto à sua aplicação. A norma resguarda, de um lado, a

possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial, sem descuidar, de outro, da segurança jurídica, da estabilidade das situações já consolidadas e da proteção ao princípio da confiança.

Consentâneo a essa necessidade, o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 927, § 3º determina que na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e com vistas a resguardar a segurança jurídica.

Nos dizeres de Marinoni (2004): “O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.”

Por fim, ainda que se admita, por hipótese, a tese debatida, é certo que quem deve apreciar a segunda demanda é o órgão julgador da primeira demanda judicial, na mesma lógica do que vigora nas ações rescisórias.

REFERÊNCIAS

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no novo Código de Processo Civil: limites objetivos e eficácia preclusiva. *In*: DIDIER JÚNIOR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 200-203.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de Abril de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 53.831, de 25 de Março de 1964**. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d53831.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/99, de 06 de Maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de Agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1960]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/99, de 06 de Maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Instrução Normativa Pres/INSS Nº128, de 28 de Março de 2022.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5ª Turma Recursal. **Apelação Cível 5002223-04.2021.4.04.7129/RS.** Rel. Juiz Federal Francisco Donizete Gomes, data: 09/05/2023, Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_

Data de submissão: 15 jun. 2023. Data de aprovação: 02 ago. 2023

A REDUÇÃO DA PENSÃO POR MORTE NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA JUSTIÇA SOCIAL

Marcelino Meleu¹
Aleksandro Brasil Lopes²
Gabrielly Saiber Lopes³

Resumo

A abordagem das capacidades considera as oportunidades reais que cada ser possui para realizar aquilo que valoriza, modificando o foco da distribuição equitativa da economia para a vida do ser humano visando a concretização da justiça social. Por outro lado, a Reforma da Previdência de 2019 modificou o benefício da pensão por morte, alterando o importe a ser auferido e os requisitos para percepção. O presente artigo estabelece como objetivo central, ante o método hipotético dedutivo, analisar a redução da pensão por morte decorrente da reforma da previdência à luz da justiça social e da abordagem das capacidades de Amartya Sen. Ao final, conclui-se pela impossibilidade de sustentar a Reforma da Previdência meramente em questões econômicas, porquanto não considera as oportunidades reais de cada indivíduo, havendo necessidade de uma análise mais ampla para a concretização da justiça social.

Palavras-chave: Reforma da Previdência; Pensão por Morte; Justiça Social.

THE REDUCTION OF THE DEATH PENSION IN THE PENSION REFORM: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF SOCIAL JUSTICE

Abstract

The capabilities approach considers the real opportunities that each being has to realize what they value, changing the focus from the equitable distribution of the economy to the life of the human being aiming at the realization of social justice. On the other hand, the 2019 Social Security Reform modified the death pension benefit, changing the amount to be earned and the requirements for perception. The present article establishes as its central objective, in view of the hypothetical deductive method, to analyze the reduction of the death pension resulting from the pension reform in the light of social justice and the approach of Amartya Sen's capabilities. In the end, it is concluded that it is impossible to sustain the Pension Reform merely on economic issues, as it does not consider the real opportunities of each individual, and there is a need for a broader analysis for the realization of social justice.

Keywords: Welfare Reform; Death Pension; Social Justice.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor da Universidade Regional de Blumenau - FURB.

² Mestrando em Direito Constitucional pela FURB, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Alfamérica (2020). Atuou como professor de medicina legal e ética.

³ Mestranda pela Universidade Regional de Blumenau - FURB.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma da Previdência de 2019, efetuou alterações na pensão por morte, reduzindo o importe a ser adimplido pelo benefício e ampliando os requisitos para sua aquisição, em contrapartida, Amartya Sen disciplina que a abordagem das capacidades analisa as vantagens individuais sob a perspectiva das oportunidades para a concretização da justiça social.

À vista disso, o presente artigo visa analisar, sob a luz da justiça social entabulada por Amartya Sen, a possibilidade de sustentar a preponderância da economia para a redução do benefício da pensão por morte ou se essa opção fere a abordagem das capacidades e a justiça social.

Este artigo possui como objetivo geral, analisar a reforma da previdenciária social, delimitando, em especial, o trecho legal que trouxe uma nova forma de cálculo que ocasionou a redução da pensão por morte, sob a luz da justiça social, e como objetivos específicos, estudar a pensão por morte no ordenamento jurídico brasileiro e compreender a justiça social e a abordagem das capacidades com base nos entendimentos de Amartya Sen.

Ademais, o presente trabalho se justifica, pela necessidade de análise da redução da pensão por morte perante a justiça social, uma vez que o referido benefício, especialmente para a população dos estratos mais carentes é fundamental para garantir a subsistência dos dependentes do trabalhador, sendo que, ao reduzir esse benefício, corre-se o risco de aprofundar as desigualdades sociais e acentuar a exclusão dos grupos mais marginalizados.

Denota-se ainda a relevância deste trabalho porquanto se enquadra no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10, o qual aborda sobre a redução das desigualdades tanto no interior do país quanto em relação aos demais países, possuindo como metas “Empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra” (10.2), “Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito” (10.3) e “Adotar políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade” (10.4).

Outrossim, o desenvolvimento restou efetivado a partir do método hipotético dedutivo com utilização da pesquisa bibliográfica como procedimento, no qual a análise é baseada em determinados conjuntos de proposições hipotéticas, compreendidas como respostas provisórias para o problema analisado, e que serão submetidas a um processo de falseamento, mediante corroboração e refutação, objetivando analisar a sua consistência. Desse modo, ao final, após a finalização do processo de falseamento, a hipótese obtém a condição provisória de validade como uma teoria científica.

Para tanto, o primeiro subtítulo denominado de “A pensão por morte no ordenamento brasileiro” apresenta a explanação acerca da Previdência Social e do benefício da pensão por morte, bem como o contexto em que ocorreram as alterações legislativas que modificaram a pensão por morte, notadamente a Emenda Constitucional nº 103/2019.

O segundo subtítulo intitulado “Justiça social de Amartya Sen” aborda acerca da conceituação da liberdade e das capacidades, bem como quanto a relevância e as maneiras de utilização da abordagem das capacidades para a concretização da justiça social entabulada por Amartya Sen.

Ao final deste trabalho, compreende-se, sob a ótica da abordagem das capacidades e da justiça social, a impossibilidade de sustentar a Reforma da Previdência meramente em questões econômicas, porquanto não considera as oportunidades reais que os seres humanos possuem para a concretização de seus anseios e de sua liberdade. Desse modo, as instituições deveriam ter efetuado discussões públicas e deliberações com um foco informacional amplo e com diferentes pontos de vista, para a análise da melhor solução para a concretização da justiça social.

2 A PENSÃO POR MORTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 representa um marco importante na história da previdência social no Brasil, estabelecendo direitos e garantias fundamentais para os segurados e dependentes, com a sua promulgação, restou instituída a Seguridade Social no art. 194, podendo ser compreendida como um conjunto de ações visando garantir a saúde, a previdência e a assistência social.

Conforme pontuado por Amado (2016), a Seguridade Social, concebida a partir da referida Constituição, visa proteger o povo brasileiro contra riscos sociais capazes de ocasionar miséria e desestabilização social. Trata-se de um marco significativo do Estado Social de Direito, o qual deve intervir com o propósito de efetivar direitos fundamentais de segunda dimensão.

A Previdência Social, um dos pilares fundamentais da Seguridade Social, foi criada com a proposta primordial de fornecer proteção aos segurados e seus dependentes diante dos riscos sociais, possuindo como finalidade, por intermédio de contribuição, garantir aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, em decorrência de diversas situações como incapacidade, idade avançada e tempo de serviço (art. 1º da Lei nº 8.213/1991).

É importante ressaltar uma característica peculiar da Previdência Social em relação aos demais direitos que compõe a Seguridade Social, a Saúde e a Assistência Social, consoante art. 201 da Constituição Federal, é o seu caráter contributivo, ou seja, para ter direito aos benefícios previdenciários, o indivíduo necessita ser contribuinte e ter qualidade de segurado.

Ademais, a Constituição Federal estabeleceu somente princípios e diretrizes gerais, cabendo à legislação infraconstitucional regulamentar os detalhes e os critérios específicos acerca da Previdência Social, sendo assim, leis posteriores, como a Lei nº 8.213/1991, foram responsáveis por disciplinar de forma mais precisa os requisitos e os procedimentos relacionados aos benefícios contemplados pela Previdência.

A Previdência Social possui a pensão por morte como um dos benefícios previstos tanto no Regime Geral de Previdência Social, que abrange a maioria da população, quanto no Regime Próprio de Previdência Social, que abarca os servidores da administração pública direta e indireta. Abarcada pelo rol dos benefícios previdenciários, a pensão por morte foi incluída pela Constituição Federal, estando contemplada no art. 201, V,

demonstrando o reconhecimento da importância desse benefício para a proteção social e do bem-estar das famílias brasileiras.

A pensão por morte preconizada pelo art. 74 da Lei nº 8.213/1991, consiste em um benefício direcionado à proteção dos dependentes do segurado, com o objetivo de proteger os dependentes da extinção ou da diminuição inesperada da fonte de sustento da família (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015), sendo concedida em caso de falecimento do segurado, e, para o recebimento do benefício da pensão por morte, é necessário que os dependentes comprovem sua qualidade como tal no momento do falecimento do segurado, evento em que surge o direito ao benefício.

Assim, com a comprovação da qualidade de dependente e o atendimento dos requisitos legais, o dependente adquire o direito de receber o referido benefício, com fulcro no art. 26, I da Lei nº 8.213/1991, verifica-se que a pensão por morte será concedida aos dependentes do segurado que falecer, independentemente de carência, desde que observados os requisitos entabulados em lei.

Ao longo das reformas previdenciárias realizadas no Brasil a pensão por morte sofreu alterações, essas reformas tiveram como objetivo principal satisfazer o sistema previdenciário às demandas sociais em constante evolução, buscando garantir a sustentabilidade financeira. No âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a pensão por morte está sujeita a alterações frequentes, influenciadas por taxas de mortalidade, aspectos sociais, econômicos e avanços científicos (ANSILIERO; COSTAZINE PEREIRA, 2014).

No final de 2014, se iniciou uma série de transformações na Previdência Social, notadamente, por intermédio da Medida Provisória nº 664 que posteriormente foi convertida na Lei nº 13.135/2015, que implementou alterações no benefício, incluindo normas mais rígidas quanto a concessão do benefício, especialmente a necessidade de comprovação de existência de casamento ou união estável por no mínimo dois anos e a restrição da vitaliciedade da pensão por morte apenas aos cônjuges ou companheiros que possuírem mais de 44 anos, tendo, os mais jovens, direito de recebimento do benefício por um período variável de 3 a 20 anos conforme a idade (art.77, §2º, V, alínea c).

O sistema previdenciário brasileiro enfrenta desafios como o aumento da expectativa de vida, o envelhecimento da população e as mudanças nas relações de trabalho, fatores que foram utilizados como justificativa para promover ajustes nos critérios de concessão da pensão por morte.

As reformas previdenciárias buscaram estabelecer critérios mais rigorosos para a concessão da pensão por morte, como a definição de requisitos mais estritos para a comprovação da dependência econômica em relação ao segurado falecido e a limitação do tempo de recebimento para os jovens beneficiários (Emenda Constitucional nº 20/1998), bem como foram implementadas medidas para evitar fraudes e abusos no acesso ao benefício, promovendo uma análise mais criteriosa dos casos e uma maior fiscalização.

Não obstante, as reformas visaram a modificação das regras de cálculo e duração do benefício, incluindo a definição de critérios de proporcionalidade, estabelecendo que a pensão por morte poderia variar em relação à quantidade de dependentes e ao tempo de contribuição do segurado falecido. Essas mudanças foram implementadas com o propósito de garantir a sustentabilidade financeira do sistema previdenciário, equilibrar

os custos e a capacidade de financiamento da previdência.

Posteriormente, a Reforma da Previdência de 2019, por intermédio da Emenda Constitucional nº 103, trouxe novas mudanças na pensão por morte. Dentre as principais alterações, destacam-se a instituição de uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria do segurado falecido, acrescida de cotas individuais de 10% por dependente, limitadas a um total de 100%.

Antes da Emenda Constitucional nº 103/2019, a Constituição Federal havia garantido o valor integral da aposentadoria que o segurado recebia ou teria direito de receber na data do óbito aos cônjuges, companheiros(as) e demais dependentes dos beneficiários, consoante o art. 40, §7º, sendo irrelevante o número de dependentes, contudo, sob a nova regra somente é possível o auferimento do benefício no montante integral caso o segurado tenha deixado 6 dependes, como, por exemplo, a esposa e cinco filhos.

Destarte, notável que a alteração procedida na Previdência Social que efetuou a redução do valor do benefício da pensão por morte, restou embasada somente em critérios econômicos, desconsiderando fatores sociais e as garantias constitucionais, de modo que pode ocasionar a ampliação da desigualdade já verificada na sociedade.

3 JUSTIÇA SOCIAL DE AMARTYA SEN

Divergindo das abordagens utilitaristas, entabuladas inicialmente por Jeremy Bentham, em que é considerada principalmente a felicidade individual da própria pessoa, bem como das abordagens acerca dos recursos, nas quais restam avaliadas as vantagens provenientes de fatores econômicos que o ser humano possui, a abordagem das capacidades preconizada por Amartya Sen possui como fundamento basilar a liberdade, analisando a capacidade que uma pessoa detém para exercer atividades que ela considera como relevantes (SEN, 2011).

Para Sen (2011), a liberdade é fundamental para permitir a escolha de cada pessoa acerca do modelo de vida que deseja seguir, fator que contribui consideravelmente para o bem-estar, o qual não deve ser o único objetivo almejado, uma vez que “as realizações sociais são avaliadas com relação às capacidades que as pessoas de fato têm, e não com relação a suas utilidades ou sua felicidade” (SEN, 2011, p.36).

À vista disso, para que seja plenamente possível exercer essa liberdade, Sen (2011) visualiza a necessidade de oportunidades da liberdade, assim, Sen (2011) preconiza que a vantagem que uma pessoa possui é analisada a partir das oportunidades reais de exercer aquilo que ela deseja, ou seja, a abordagem das capacidades têm como ideia central a liberdade de atuação de cada indivíduo, valorizando a individualidade de cada ser em definir aquilo que almeja.

Nessa toada, as capacidades possuem sua definição derivada dos funcionamentos, em que restam incluídas todas as possibilidades de escolha de funcionamentos que uma pessoa pode exercer, de modo que o conjunto de funcionamentos escolhido para almejar está abarcado pelas combinações iniciais. Dessarte, Amartya Sen disciplina que “a capacidade na qual estamos interessados é nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar” (SEN, 2011, p.199).

Todavia, considerando que a determinação do valor do conjunto capacitário perante a combinação de funcionamentos efetuada ocasionaria uma sobrecarga nas realizações efetivas, bem como que a abordagem das capacidades abarca termos informacionais em caráter mais amplo, Sen (2011) disciplina a necessidade de avaliação quanto aos funcionamentos sob o foco informacional mais geral, porquanto além de analisar as realizações efetivas “também permite o uso de outras prioridades em matéria de avaliação, atribuindo importância às oportunidades e escolhas” (SEN, 2011, p.201).

Não utilização do foco informacional mais restrito, pode ser compreendido pela exemplificação de um cenário em que duas pessoas estão passando fome e desnutridas, mas que a primeira realiza o jejum de forma voluntária em decorrência de questões religiosas ou políticas e a segunda pessoa se encontra desnutrida por ter possibilidade de acesso aos alimentos, assim, apesar de ambas realizarem o mesmo funcionamento a pessoa que jejua pode ser dotada de mais capacidade do que a segunda pessoa (SEN, 2011).

Desse modo, a abordagem das capacidades é capaz de abarcar essas distinções, por estar voltada para a liberdade e as oportunidades que cada ser humano possui ao escolher o modelo de vida que deseja do que centrar nas consequências da escolha. Por conseguinte, a abordagem das capacidades possui a vida humana como foco central de análise, dispersando de questões relacionadas a critérios econômicos como renda ou posses, que estão relacionadas notadamente com análises econômicas acerca do sucesso humano (SEN, 2011).

Nesse sentido, efetua uma modificação do foco do meio de vida para as oportunidades fáticas que sejam capazes de alcançar os fins almejados e a liberdade substantiva para a concretização dos fins, sendo necessário analisar o total de capacidades que uma pessoa é capaz de usufruir, uma vez que, por estar relacionada com a liberdade substantiva, possibilita a compreensão da aptidão real da pessoa em exercer o que ela valoriza (SEN, 2011).

Não obstante, apesar de a renda geralmente ser colocada em um patamar superior para verificar o êxito obtido pelo ser humano, a abordagem das capacidades, ao propor a alteração do foco de análise para a vida humana, tem como objetivo a mudança dos padrões usados pela economia e pelas ciências sociais, bem como o afastamento do foco dos bens primários para a análise acerca da divisão equitativa da teoria da justiça de John Rawls (SEN, 2011).

Os bens primários são pertinentes para alcançar finalidades como a riqueza, poder e para fins primordiais aos seres humanos, sendo utilizados na análise de Rawls como indicadores acerca da distribuição equitativa, todavia, diante da identificação de que “os meios para a vida humana satisfatória não são eles mesmos os fins da boa vida” (SEN, 2011, p.216) a abordagem das capacidades visa ampliar o abarcamento da análise (SEN, 2011).

Sen (2000) explana que apesar da prosperidade no quesito econômico contribuir na ampliação da quantidade de opções e de conquistas pessoais, a educação e a saúde de qualidade são fatores que possuem grande influência nas liberdades efetivas a serem desfrutadas pelas pessoas, devendo ser visualizado que os cidadãos não são apenas meios para produção econômica, mas principalmente a finalidade do processo.

Ademais, as oportunidades oriundas da conversão da renda ou de outros bens

primários no modelo de liberdade almejada ou em atributos da boa vida podem ser diferentes conforme as características do próprio indivíduo e do local em que habita, de modo que a relação existente entre os recursos e a condição financeira da pessoa é variável e interligada com o cenário vivenciado (SEN, 2011).

Sen (2011) pontua desvantagens, como idade e doenças, capazes de reduzir a aptidão da pessoa no auferimento de renda e na conversão dessa renda em capacidade, uma vez que quanto mais inábil a pessoa for maior pode ser sua necessidade de renda para a conclusão dos mesmos objetivos, desta feita, a pobreza real sob a ótica das capacidades pode ser deveras superior àquela constatada na análise acerca da renda.

À vista disso, manter o foco central da distribuição equitativa no sistema de distribuição de renda implica em adversidades na análise social, porquanto, não constata as dificuldades oriundas das desvantagens da conversão em razão das inaptidões, bem como não compreende as implicações morais e políticas dela originadas (SEN, 2011).

Sen (2011) ressalta a demasiada relevância da abordagem das capacidades na análise das desigualdades sociais e denota a positividade dos resultados obtidos, na qual são analisadas as vantagens individuais sob a perspectiva das oportunidades, ressaltando que não resta fixado um padrão a ser seguido pela sociedade nem sequer são apresentadas fórmulas específicas para sanar os conflitos.

Pelo contrário, aponta a importância da utilização de um foco informacional que esteja centrado nas capacidades para que possa ser visualizado, sob a análise da sociedade, quais decisões precisam ser tomadas e em qual ótica devem ser analisadas as políticas públicas, utilizando o modelo correto de informações, visto que a influência gerada pela ideia central analisada é muito grande na sociedade e nas instituições (SEN, 2011).

Ademais, visualiza que a abordagem das capacidades possui como objeto de estudo a ampla gama de características variadas inerentes na vida de cada indivíduo, uma vez que as realizações serão diferentes, conforme o cenário em que o indivíduo vive, visto que as preocupações acerca da qualidade de vida e das capacidades se concentram no modo como as pessoas vivem e no potencial que cada um detém (SEN, 2011).

Sen (2011) compreende que a realização de discussões públicas e deliberações podem ser mais frutíferas para compreensão acerca do significado, da abrangência e do valor do funcionamento específico de forma isolada e em suas combinações, além de ressaltar a relação existente entre a argumentação pública e a ponderação das capacidades na análise social.

Assim, compreende que para a promoção da justiça “há uma necessidade fundamental de uma reflexão racional pública, envolvendo argumentos oriundos de diversos quadrantes e perspectivas divergentes” (SEN, 2011, p.319), entretanto, é prescindível para a tomada de decisão a conciliação de todas as razões conflitantes apresentadas (SEN, 2011).

Não obstante, denota-se a necessidade de compreensão acerca da existência da pluralidade de razões que podem ser constatadas durante o processo avaliatório, que, em um cenário de divergência, podem ocasionar julgamentos incompatíveis e que demandem conclusões verossímeis após serem compulsados todos as vertentes de argumentos (SEN, 2011).

Dessarte, diante da pluralidade de razões, a teoria da justiça necessita abarcar a variedade de objetos que ela considerada como relevantes, bem como possibilitar a compreensão de novas considerações divergentes, assim, “os juízos sobre a justiça precisam assumir a tarefa de acomodar vários tipos de razões e considerações avaliatórias” (SEN, 2011, p.322).

Cumprе ressaltar que a adoção de considerações em dissonância daquelas aderidas pela teoria não implica em uma situação de incoerência, uma vez que o uso de parâmetros diferentes gera rankings de alternativas divergentes por possuírem prioridades diferentes, resultando em uma ordenação parcial, capaz de ocasionar a hierarquização de algumas alternativas em desfavor de outras. Consoante Sen (2011), esses rankings parciais oriundos de diferentes razões de justiça devem ser utilizados como fundamento basilar da teoria da justiça, em decorrência do amplo alcance e de sua validade.

Portanto, possível compreender que a abordagem das capacidades prioriza as possibilidades de escolhas dos seres humanos, tendo como objetivo central a análise das oportunidades reais para a concretização de seus desejos, assim, modifica o foco central da economia para a vida humana preconizando a necessidade de compreender de forma ampla as demandas para permitir que cada indivíduo tenha liberdade e capacidade para alcançar seus ideais.

Ademais, para que seja possível a compreensão eficaz das lacunas a serem preenchidas, é necessária a realização de discussões públicas e deliberações com um foco informacional amplo e com diferentes pontos de vista, para a formação de rankings parciais em que é efetuada a análise da melhor maneira para a concretização da justiça social.

4 CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional n.103/2019 efetuou alterações na Previdência Social, inclusive, modificando os valores a serem auferidos quando da concessão do benefício da pensão por morte, que passou a compreender uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria do segurado falecido, acrescida de cotas individuais de 10% por dependente, limitadas a um total de 100%, bem como trouxe critérios mais exigentes, dificultando o acesso ao benefício.

A abordagem das capacidades possui como ideia central a liberdade do indivíduo, valorizando a possibilidade de escolha do modelo de vida que deseja seguir, analisando as oportunidades reais de cada ser em exercer aquilo que almeja, desse modo modifica o foco de análise para a vida humana ao invés de questões meramente econômicas.

Cumprе ressaltar que na Reforma da Previdência de 2019, foram consideradas questões meramente econômicas, relevando questões sociais e garantias constitucionais para a tomada de decisão de alteração da legislação. Desse modo, possível visualizar que sob a ótica da abordagem das capacidades, em que o foco migra do viés econômico para a vida humana, é insustentável a justificativa baseada apenas em critérios econômicos, porquanto, a análise meramente econômica não demonstra as reais oportunidades que os indivíduos possuem para alcançar seus objetivos e exercer sua liberdade de escolha.

Dessarte, as modificações perpetradas pela Reforma da Previdência deveriam ter sido analisadas em discussões públicas e deliberações que possuíssem um foco

informacional amplo e com diferentes pontos de vista, para que fosse possível a formação de rankings parciais oriundos de compreensões diferentes acerca das razões de justiça, a partir dos quais efetua-se a análise da alternativa com que mais possibilite a concretização da justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, Rogério; PEREIRA, Eduardo da Silva. A pensão por morte no âmbito do regime geral de previdência social: tendências e perspectivas. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 42, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3626/4/PPP%20n42%20Pensao.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.135, de 17 de junho de 2015**. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, 17 de jun. de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 18 mai. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014**. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. Brasília, 30 dez. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Cartilha Medidas Provisórias nº 664 e nº 665**. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 2015. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2015/04/cartilha_pergresp.pdf. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Data de submissão: 13 jul. 2023. Data de aprovação: 29 ago. 2023

O DIREITO À DESCONEXÃO E O TELETRABALHO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE CONCRETIZAÇÃO

Maria Fernanda Bonduki¹
Marco Aurélio Serau Junior²

Resumo

O presente trabalho busca compreender como o direito à desconexão se comporta na ordem jurídica brasileira, especialmente a partir do recorte temático do teletrabalho. Ademais, diante das alterações legislativas promovidas em 2022 pela Lei nº 14.442, fez-se uma análise das perspectivas de concretização do direito à desconexão no teletrabalho, de modo a identificar se o ordenamento jurídico brasileiro é suficiente no amparo do direito à desconexão ou se haveria outras medidas de efetivação a serem tomadas. Foram, nesse sentido, analisados os conceitos de teletrabalho e direito à desconexão, buscando a relação entre ambos, bem como o reconhecimento das formas de efetivação desse direito na ordem constitucional-trabalhista.

Palavras-chave: Direito à desconexão, teletrabalho, medidas de efetivação.

Abstract

The present work seeks to understand how the right to disconnection behaves in the Brazilian legal system, especially from the thematic perspective of teleworking. In addition, in view of the legislative changes promoted in 2022 by Law nº 14,442, an analysis was made of the prospects for implementing the right to disconnection in telework, in order to identify whether the Brazilian legal system is sufficient to support the right to disconnection or if there would be other enforcement measures to be taken. In that regard, the concepts of teleworking and the right to disconnection were analyzed, seeking the relationship between both, as well as the recognition of the ways of realizing this right in the constitutional-labor order.

Keywords: Right to disconnect, telework, measures to implement.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.442/2022, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.108/2022, trouxe alterações significativas ao texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, em especial no que se refere ao capítulo do teletrabalho.

Embora essa modalidade de trabalho não seja tão nova, a pandemia da COVID-19, experimentada mundialmente em 2020, promoveu a efervescência das discussões no que tange ao teletrabalho, haja vista a necessidade do isolamento social e a consequente adoção do *home office*, uma de suas espécies, por muitos empregadores.

O contexto pandêmico, desse modo, parece ter sido o solo fértil para o desenvolvimento das normativas trazidas pela MP nº 1108/2022 e, sequencialmente,

¹ Advogada, formada pela UFPR – Universidade Federal do Paraná.

² Professor na UFPR – Universidade Federal do Paraná. Diretor Científico do IEPREV. Advogado e Consultor. Doutor e Mestre pela USP.

pela Lei nº 14.442/2022, as quais já estavam sendo aguardadas com grande expectativa pelos críticos da Reforma Trabalhista, desde 2017.

À vista disso, a temática do teletrabalho suscita questionamentos ao direito do trabalho, notadamente no que tange à preservação dos direitos trabalhistas conquistados às custas da classe trabalhadora. O teletrabalho, nesse sentido, é capaz de atenuar a separação entre a vida privada e a vida profissional do trabalhador, levando-o a estar conectado ao trabalho sem pausas.

Fala-se, a partir desse contexto, em um direito à desconexão, o que se traduz na preocupação com a preservação dos momentos de descanso e lazer do trabalhador.

Souto Maior utilizou o termo “direito à desconexão” para fazer referência ao não trabalho, de modo a identificá-lo como um bem da vida, cuja preservação pudesse se dar, em concreto, por uma pretensão dedutível em juízo (2003, p. 297). Para ele, a concreção do direito à desconexão se desdobra em aspectos não só relacionados às jornadas extenuantes, mas também à vida privada e a fatores de resgate da natureza humana (SOUTO MAIOR, 2003, p. 310-311).

Ante as alterações legislativas promovidas em 2022 e a ebulição da temática relativa ao teletrabalho, o presente trabalho busca examinar se o sistema jurídico constitucional-trabalhista abriga o direito à desconexão. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, a partir do cotejo com a legislação brasileira.

Dessa forma, na primeira parte deste trabalho, buscou-se entender o direito à desconexão, a partir, especialmente, do referencial teórico de Jorge Luiz Souto Maior, bem como analisar de que forma o direito à desconexão encontra subsídio no ordenamento jurídico brasileiro.

Na segunda, examinou-se o teletrabalho e as discussões suscitadas nessa temática, de modo a relacionar com o direito à desconexão. Ou seja, tendo como referencial o teletrabalho, buscou-se responder quais elementos traduziriam uma preocupação prática com o direito à desconexão, sem a pretensão de exaurir a temática.

Por fim, na terceira parte, fez-se uma análise dos dispositivos legais acerca do teletrabalho e da jornada laboral, a fim de identificar avanços e lacunas na concretização do direito à desconexão no Brasil.

2 O DIREITO À DESCONEXÃO

2.1 Conceito: o direito ao não-trabalho

O jurista Jorge Luiz Souto Maior, referencial teórico no que tange ao direito à desconexão no Brasil, revela que a preocupação com a desconexão do trabalho é, em verdade, uma preocupação com o não-trabalho. A fim de desenvolver o conceito, o autor expõe que falar em “desconexão” demanda uma análise acerca do mundo moderno, que se pauta em um paralelo entre a tecnologia e o trabalho humano (2003, p. 296).

Ocorre que, para o autor, essa relação entre trabalho humano e tecnologia, essencial ao ideal de desconexão, revela ideais paradoxais, demonstráveis por quatro contradições.

A primeira delas se encontra, justamente, na preocupação com o não-trabalho em

um mundo que tem como traço marcante a preocupação com o desemprego (2003, p. 296). Ou seja, questiona-se como o não-trabalho, marca do direito à desconexão, poderia ser importante diante de uma realidade social na qual o desemprego é tão latente.

A bem da verdade, poder-se-ia ter observado um cenário mais otimista desde o momento histórico no qual o autor teorizou acerca do direito à desconexão, contudo, o que se observou, desde então, foi um retrocesso ainda maior na temática do desemprego. Salienta-se, inclusive, que a pandemia de Covid-19, experimentada em 2020, foi capaz de acentuar as taxas de desemprego no Brasil, que ultrapassou 15 milhões, segundo os dados do IBGE (2022).

Embora a taxa tenha retrocedido em alguma medida, chegando a 9,5 milhões no primeiro trimestre de 2022, é inegável que a preocupação com o número de desempregados permanece viva, de modo que a contradição apontada pelo jurista permaneça em igual medida.

A segunda contradição se relaciona ao fato de que, por um lado, diz-se que o avanço tecnológico está substituindo o trabalho humano, mas, por outro, que a tecnologia tem escravizado o homem (2003, p. 296). Nesse ponto, o autor busca questionar o fato de que o homem cria uma dependência da tecnologia, que, por sua vez, tende a destroná-lo dos postos de trabalho.

Em terceiro plano, Souto Maior indica a contradição entre o aspecto benéfico de haver a possibilidade infinita de informação e atualização em face da escravização pela necessidade de estar sempre informado e atualizado. O autor explica:

[...] revela notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho (2003, p. 296).

Por fim, indica o jurista que o tema sugere, ainda, que o trabalho, de acordo com as concepções filosóficas, dignifica o homem. Contudo, sob outro ângulo, o trabalho retira a dignidade do homem à medida que avança sobre sua intimidade e sua vida privada, dado o uso da tecnologia para tanto (2003, p. 296).

É sobre o paradoxo entre o trabalho humano e a tecnologia, portanto, que se estabelece o direito à desconexão. Vencido esse pressuposto, esclarece o autor que o direito à desconexão não se confunde com a concepção filosófica de não trabalhar, mas corresponde a um bem da vida, o do não-trabalho, sob a perspectiva técnico-jurídica, cuja preservação possa se dar pela via judicial (2003, p. 297).

Em vista disso, o não-trabalho não significa deixar trabalhar completamente, mas, sim, trabalhar até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde. O direito à desconexão, desse modo, consiste na garantia do trabalhador aos seus momentos de descanso fora da jornada de trabalho, proporcionando um desligamento total em relação ao trabalho (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2020, p. 450).

O trabalhador tem, dessa forma, o direito de não trabalhar no período não compreendido por sua jornada de trabalho, assim como de não ser interrompido durante

seu horário livre, de modo a garantir o descanso, o lazer, a manutenção de atividades pessoais, tempo com a família ou qualquer outra atividade de seu interesse. À vista disso, sob a perspectiva técnico-jurídica defendida por Souto Maior, o “não trabalho”, como bem da vida, poderia ser demandado judicialmente.

Nesse sentido, cumpre estabelecer se o direito à desconexão encontra amparo na ordem jurídica brasileira.

2.2 Análise do direito à desconexão no sistema jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que o direito à desconexão está implícito na ordem constitucional, sendo deduzido a partir da interpretação conjunta de alguns de seus dispositivos.

Nessa ótica, o direito à desconexão decorreria da interpretação conjunta do artigo 1º, III e IV, no qual são protegidos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana; do artigo 5º, X, em que se dá a proteção da intimidade e da vida privada; do artigo 6º, no qual são garantidos a saúde e o lazer como direitos sociais; e do artigo 7º, XIII e XXII, que versa sobre a duração do trabalho e a saúde do trabalhador (BRAGA, 2015, p. 12).

Ademais, importante também mencionar o artigo 170, da Constituição, que dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (BRAGA, 2015, p. 12).

Dessa forma, afirma-se que o direito à desconexão, pautado nas noções de desligamento, descanso e não-trabalho, encontra sustentáculo na própria Constituição, de sorte que se apresenta como uma decorrência lógica de uma série de outros valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o direito ao lazer e à saúde, a valorização do trabalho humano e a justiça social.

Para elucidar, notadamente, o direito à desconexão encontra pressupostos na ordem constitucional, entre os quais está a proteção à saúde do trabalhador. Nesse sentido, Gabrielle Sarlet e Franciele Rieffel demonstram:

Outro aspecto digno de nota é que, a depender do uso, a tecnologia pode escravizar o Homem aos meios de informação, transformando o prazer em necessidade de estar informado e, nessa medida, sempre atualizado para se manter no mercado de trabalho. O direito à desconexão seria, pois, dentre outras, uma derivação direta do direito à saúde e do direito à integridade física e psíquica, pautado em uma principiologia constitucional em que se destaca a dignidade da pessoa e a garantia aos valores sociais do trabalho (2018, p. 127-128).

A garantia e a preservação dos momentos de desconexão do trabalho revelam uma preocupação com a saúde do trabalhador, haja vista a necessidade fisiológica de descanso e lazer. Tem-se observado, cada vez mais, uma preocupação não só com a saúde física, mas também psíquica do trabalhador, observada especialmente pelos casos da Síndrome de Burnout, conhecida como síndrome do esgotamento profissional.

Nas relações de trabalho, a proteção da saúde do trabalhador, para José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, apresenta uma dupla perspectiva:

[...] há que se considerar que a proteção à saúde dos trabalhadores, como qualquer direito fundamental, envolve dois aspectos, um negativo e outro positivo, o primeiro relacionado a abstenções tanto do Estado quanto do empregador, e o segundo aglutinando inúmeras prestações que se pode exigir diante de um e de outro. Daí que a saúde do trabalhador se trata de um direito humano fundamental de natureza negativa e positiva, exigindo tanto do empregador quando do Estado não somente a abstenção de práticas que ocasionem enfermidade física ou mental do trabalhador, mas também uma positividade, ou seja, a adoção de medidas preventivas de doenças e acidentes (2013, p. 79).

Por um lado, a proteção à saúde do trabalhador demanda, sob o aspecto negativo, abstenções tanto do Estado quanto do empregador, a fim de que sejam afastadas as condutas prejudiciais à saúde e à integridade física do empregado e, por outro, sob o aspecto positivo, uma série de medidas que buscam a evitação de acidentes, doenças ou de qualquer outro mal à sua saúde.

Como consectário da proteção à saúde do trabalhador, poder-se-ia dizer que o direito à desconexão também comporta uma vertente negativa, assinalada por uma abstenção, bem como uma vertente positiva, evidenciada por medidas e prestações por parte do empregador.

Somado a isso, o direito à desconexão também se relaciona à garantia de limitação do tempo de trabalho, que, historicamente, se apresenta como uma das principais demandas da classe trabalhadora. A concessão de tempo de descanso diante do tempo de trabalho é eficiente ao garantir a recuperação física e mental do trabalhador e, assim, garantir sua saúde (SILVA, 2013, p. 37).

A limitação da jornada também se justifica na medida em que o trabalhador necessita de condições para aproveitar sua vida fora do trabalho, de modo que se realize, integralmente, como ser humano (BRAGA, 2015, p. 110). O direito à desconexão, desse modo, também se realiza na limitação da jornada de trabalho, como garantia fundamental prevista no artigo 7º da Constituição.

O direito à desconexão é demonstrável, ademais, na imprescindibilidade do pleno desenvolvimento da personalidade do trabalhador e da necessidade conciliação de seu trabalho com a vida privada, razão pela qual se pauta em uma série de preceitos constitucionalmente garantidos (BRAGA, 2015).

A garantia do direito à desconexão é resultado, ainda, dos princípios que regem a aplicação do direito do trabalho, os quais visam à proteção do trabalhador em face assimetria da relação do trabalho, na qual o empregador se coloca como detentor do poderio econômico (PONZILACQUA; SILVA, 2022, p. 206).

Esse conjunto de normas das quais decorrem o direito à desconexão colocam-no como um direito distante da abstração e inaplicabilidade, mas próximo do campo prático e da possibilidade de demandá-lo judicialmente.

De acordo com o que sustenta Souto Maior, tendo em vista que o trabalho é

visto como “fator dignificante da pessoa humana” e como “elemento de socialização do indivíduo”, torna-se um grande desafio pensar em um direito ao não-trabalho, ainda mais sob a ótica de proteção jurídica desse bem (2003, p. 298).

Em vista disso, Braga sustenta que, conquanto seja o trabalho um aspecto existencial do ser humano, não deve ser o único a ser observado:

O trabalho, vale enfatizar, é elemento fundante do homem. Essa realidade, contudo, não enseja, em absoluto, conclusão de que ele deva ser o único aspecto da existência humana que merece atenção. Aliás, fosse ele o único aspecto existencial digno de atenção, terrível seria o destino do homem, mormente quando se sabe que o trabalho comporta, também, na sociedade capitalista, vários pontos negativos (2015, p. 110).

É preciso considerar, diante da análise acima feita, que tanto o trabalho quanto o não-trabalho devem ser observados sob a égide de uma perspectiva constitucional e de dignidade. O direito à desconexão, marcado pelo não-trabalho, desenvolve-se a partir de uma série de elementos que constituem o núcleo duro da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito do trabalho, razão pela qual emana, igualmente, de tal princípio.

A respeito da acepção jurídica do direito à desconexão, Eduardo Braga assume que este deve, assim, ser concebido como um direito subjetivo fundamental, que obriga o Estado e os particulares (BRAGA, 2015, p. 12). De forma complementar, Souto Maior, sob uma perspectiva mais coletiva, defende que o direito à desconexão não tem como titular apenas o trabalhador, mas, igualmente, a própria sociedade e a própria família (2003).

Sob essa ótica, tem-se que o direito à desconexão encontra subsídio no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não é possível dizer que ele se manifesta de forma unívoca, tratando-se, pois, de um direito complexo, dados seus desdobramentos e acepções jurídicas.

Em seguida, resta analisar de que forma o direito à desconexão tem sua eficácia consolidada diante da situação do teletrabalho, isto é, busca-se observar como o instituto se comporta diante das nuances enfrentadas pelo uso de meios telemáticos para a prestação dos serviços.

3 O DIREITO À DESCONEXÃO E O TELETRABALHO

3.1 A relação de emprego no teletrabalho: vantagens e desvantagens

Antes que se possa adentrar a questão da eficácia do direito à desconexão em matéria de teletrabalho, serão pinçados alguns pontos relevantes no que se refere a esta modalidade laboral, de modo a destacar conceitos e aspectos relevantes a respeito da matéria.

A concepção jurídica, ainda que não específica, acerca do teletrabalho é existente desde 2011, quando a Lei nº 12.551/2011 alterou o artigo 6º da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O referido artigo reconheceu o uso de meios telemáticos e informatizados para a prestação do trabalho, bem como a possibilidade de subordinação por tais meios, como requisito essencial à própria existência da relação de emprego. Foi, assim, assentido que a relação empregatícia, marcada, também, pela subordinação, poderia ser desempenhada à distância e mediante o uso das tecnologias de comunicação.

A partir dos aspectos cunhados pelo referido artigo, entende-se que o teletrabalho é gênero do qual são espécies “todas as formas de trabalho realizado fora das dependências do empregador, especialmente a partir do uso de ferramentas tecnológicas que facilitam a continuidade da subordinação jurídica, mesmo à distância” (SERAU JÚNIOR; IANTAS, 2020, p. 74).

Para Renzetti, a possibilidade do teletrabalho se dá em razão do uso da *internet*, recurso absolutamente inserido no contexto social, tendo como marca a conexão mesmo fora do estabelecimento do empregador (2017, p. 136).

Dentre as espécies de teletrabalho, há, conhecidamente, o *home office*, caracterizado pelo teletrabalho prestado do ambiente doméstico, bem como outras formas de trabalho remoto, como, por exemplo, aquele prestado em pontos de apoio do empregador ou em ambientes de *coworking*.

Embora o teletrabalho já ocupasse as discussões na seara do direito do trabalho, foi apenas com a Reforma Trabalhista, instrumentalizada pela Lei nº 13.467/2017, que a Consolidação das Leis do Trabalho ganhou capítulo específico disciplinando a matéria. Foi, assim, incluído o Capítulo II-A, “Do teletrabalho”, abrangendo os artigos 75-A a 75-F.

Das normativas, salienta-se o artigo 75-B, em cuja redação foi apresentada a definição de teletrabalho ou trabalho remoto como sendo “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 1943).

A CLT, com a adição do artigo 75-B, trouxe uma distinção importante, qual seja entre trabalho externo e teletrabalho. Nesse sentido, o trabalho externo é aquele que, por sua própria natureza, é incompatível com a realização nas dependências da empresa, não havendo a necessidade de se empregar as tecnologias de informação e comunicação, além de ser, ainda, incompatível com o controle de jornada e, necessariamente, ser anotado na Carteira de Trabalho do empregado. Por outro lado, o teletrabalho demanda o uso das tecnologias de informação e comunicação e comporta atividades que poderiam, sem qualquer prejuízo, ser exercidas nas dependências do empregador.

Ao analisar a prestação de serviços característica do teletrabalho, ou seja, aquela mediada por tecnologias de informação e comunicação, aponta vantagens e

desvantagens. Destaca-se, entre as vantagens, uma maior flexibilidade de horários para a conjugação da vida profissional com a vida pessoal (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 47). A preocupação com uniforme ou outras vestimentas e a diminuição do tempo de deslocamento também aparecem como vantagens do teletrabalho.

João Paulo Lucena, em estudo realizado para a Revista do Tribunal Regional da 4ª Região, elencou algumas das vantagens apresentadas no teletrabalho, as quais, a depender do modo como o teletrabalho é empregado, transformam-se em desvantagens, a partir do ponto de vista do empregado, do empregador e, ainda, da sociedade.

Do ponto de vista do empregado, cita como aspectos positivos, além das já mencionadas, a maior autonomia e responsabilidade, adequação das tarefas ao biorritmo e maior concentração no desempenho de tarefas. Tais vantagens, para o autor, podem se transformar nos seguintes aspectos negativos: isolamento social, dificuldade de separação entre a vida privada e profissional, controle de produtividade exacerbado, supervalorização do conhecimento tecnológico, doenças psíquicas com ênfase no estresse e depressão e vida mais sedentária (LUCENA, 2015, p. 54-55).

Sob a ótica do empregador, alguns dos aspectos positivos elencados foram a flexibilidade organizacional, a redução de custos com infraestrutura, as maiores possibilidades de recrutamento, a diluição do risco de paralisação de atividades da empresa em situações de força maior. Por outro lado, o empregador corre o risco de ver essas vantagens se transformarem em desvantagens, caso teletrabalho seja tomado de forma indevida, as quais podem corresponder ao aumento do risco quanto à segurança de dados, segredos do negócio e *know how* próprio da empresa; aumento de custos com infraestrutura de conexão de dados, softwares e comunicação para o teletrabalhador; exposição à concorrência devido à dificuldade no controle de exclusividade; ausência de convivência para o compartilhamento de ideias e experiências; e dificuldade de integração ao trabalho em equipe (LUCENA, 2015, p. 55).

Por fim, Lucena elenca, ainda, as vantagens e as desvantagens observadas pela sociedade no que se refere ao teletrabalho. Como vantagens, apontou a maior inclusão social, menores gastos de energia e combustível, redução dos congestionamentos e redução do impacto ambiental (2015, p. 55-56).

Denise Fincato e Julise Lemonje salientam, nesse contexto, a preocupação com mobilidade urbana e a urgência em promover ações visando à mitigação de impactos ambientais, de modo que o teletrabalho se apresente como medida eficaz para tanto, tendo em vista a diminuição do uso de combustíveis fósseis na atmosfera (2019, p. 120).

Como desvantagens para a sociedade, Lucena lista o incremento do potencial de fraude ao contrato de emprego, retrocessos nas garantias trabalhistas, precarização das relações laborais e adoecimento psíquico com repercussão no sistema público de saúde e previdência.

De fato, a relação de teletrabalho é marcada por um maior isolamento do empregado, pela diluição dos limites entre sua vida privada e sua vida profissional e pela busca da produtividade, facilitada e potencializada com o advento e incremento da tecnologia no ambiente laboral. A preocupação com a precarização das relações de trabalho está, à vista disso, em evidência quando se fala de teletrabalho.

A ordem jurídica, como forma de proteção ao trabalhador, deve impedir que o empregado em regime de teletrabalho permaneça ininterruptamente ligado às atividades laborais, sem garantir momentos de descanso e, mais, de desconexão.

3.2 O direito à desconexão nas relações de teletrabalho

Nesse ponto, resta observar de que forma o direito à desconexão, presente na ordem constitucional, desenvolve-se nas relações de teletrabalho.

Como se viu, o desenvolvimento das relações de trabalho decorrentes do uso das tecnologias de informação e comunicação tem consequências práticas na dinâmica constitucional da relação trabalhista, que é, essencialmente, assimétrica. Dessa forma, não se pode deixar de lado a máxima do Direito do Trabalho no que se refere à proteção do trabalhador e ao trabalho pautado na dignidade da pessoa humana, não marcado pela precariedade.

Nas relações de teletrabalho, o empregado está sujeito a dividir seu espaço privado com seu espaço laborativo. É comum, nesse âmbito, que o teletrabalhador se veja conectado ao seu trabalho na integralidade de seu dia, mesmo nos períodos destinados ao descanso.

A partir de uma análise conjuntural, o teletrabalho é resultado das modificações da sociedade e das mudanças na relação entre as pessoas e a tecnologia, cenário em que a técnica assume maior importância diante da perda de valores de cunho coletivo, segundo expõe Eduardo Braga. O uso do ferramental técnico disponibilizado pela tecnologia, “a um só tempo, detém potencial de libertação e de opressão” (2015, p. 87).

É nesse cenário que o direito à desconexão se insere. Pascal Lockie explicita que a visão clássica do trabalho, em que a fronteira entre a vida pessoal e profissional era assegurada por uma referência do tempo e do local de trabalho, dá lugar à técnica (*apud* PONZILACQUA; SILVA, 2022, p. 199). Nesse contexto, o referencial de tempo e espaço não mais se vincula ao local de trabalho, à vista do empregador.

Trabalhar a todo tempo, quando a fronteira entre o âmbito pessoal e o profissional é sensivelmente mitigada, torna-se um hábito, uma vez que as tecnologias permitem a fragmentariedade da prestação de serviços. O acesso ao ambiente virtual de trabalho é possível a partir de qualquer lugar e a qualquer momento do dia, inclusive nos momentos de descanso, desde que haja conexão.

A partir do momento em que se observa a diluição da fronteira entre o espaço privado e o profissional, a fragmentariedade da prestação de serviços, o distanciamento da visão clássica de trabalho, demandando outros referenciais de tempo e espaço que não os do local de trabalho, o problema que se instaura é a hiperconexão do trabalhador, que se vê em seu trabalho a todo tempo.

As novas formas de trabalho não justificam o abandono do arcabouço de direitos conquistados na seara trabalhista, de modo que o Direito precisa estar atento às transformações, a fim de evitar retrocessos.

À vista da hiperconexão, o trabalhador vê prejudicados seus momentos de descanso, lazer, convívio familiar, sua saúde e, até mesmo, sua prática de cidadania perante a sociedade. Nesse sentido, Souto Maior, com a perspicácia que lhe é característica, defende que o direito ao não-trabalho, à desconexão, não representa apenas um direito individual do trabalhador, mas da sua família e da própria sociedade (2003, p. 311).

Além disso, há que se falar que o potencial cognitivo do empregado sofre com a falta de descanso, sob o aspecto psicológico e físico.

O excesso de jornada, sob essa ótica, não pode ser ignorado quando se está

diante do problema da hiperconexão no teletrabalho, uma vez que essa modalidade de trabalho tende a provocar confusão entre o momento de trabalho e de não-trabalho.

A visão clássica de trabalho tinha como referencial do tempo a permanência nas dependências do empregador, de modo que a construção do direito à duração razoável do trabalho se deu com base nessa visão.

Com o desenvolvimento do teletrabalho, não é possível suprimir as normativas de duração do trabalho em nome de uma falaciosa impossibilidade de aferição do tempo, sob pena de esvaziamento dos princípios e regras que visam à proteção do trabalhador.

Nesse sentido, para Souto Maior, o direito à desconexão no teletrabalho está sensivelmente ligado à ideia de fixação de jornada, bem como ao controle:

Uma vez configurada a relação de emprego, o efeito concreto a se produzir, sob o prisma do direito ao não-trabalho, é o da declaração do direito à limitação da jornada de trabalho também nesses serviços, tornando efetivo tal direito com a fixação do pressuposto de que cabe ao empregador estabelecer o limite da jornada a ser cumprida.

Não se pode barrar a ideia do direito ao limite da jornada com o argumento das dificuldades de se qualificar, sob o prisma da prova, a jornada trabalhada. Esta é uma dificuldade instrumental que não interfere na declaração, em tese, do direito. De todo modo, o avanço tecnológico apresenta também o paradoxo de que ao mesmo tempo em que permite que o trabalho se exerça à longa distância possibilita que o controle se faça pelo mesmo modo, pelo contato “on line” ou outros meios [...] (2003, p. 306-307).

Para a concretização do direito à desconexão no teletrabalho, o autor considera que devem ser estabelecidos dois parâmetros jurídicos: “o empregado tem direito ao limite de jornada” e “o encargo de tal prova compete ao empregador”. Afirma, ainda, que é falsa a presunção de que, estando longe dos olhos do empregador, o trabalho remoto não esteja sujeito à limite de jornada.

É inegável que o direito à desconexão, verticalizado nas relações de trabalho, encontra resguardo na observação e fixação das regras de jornada, a fim de que o trabalhador possa ter seus períodos de trabalho e descanso preservados.

Contudo, embora a fixação de jornada represente um passo adiante para a observação do direito à desconexão e diminuição dos efeitos da hiperconectividade, há outros fatores que devem ser considerados.

Para Morel, pesquisadora francesa, a hiperconexão é reflexo de um problema ainda maior, que é a carga de trabalho. A autora parte do pressuposto de que deve haver compatibilidade entre a jornada de trabalho e a carga de trabalho atribuída ao empregado (*apud* PONZILACQUA; SILVA, 2022, p. 203).

Dessa forma, embora a fixação de jornada seja fundamental quando se fala em direito à desconexão, não se pode deixar de observar a questão da sobrecarga laboral.

A Era Digital proporcionou a efervescência do ideal de empreendedorismo de si e acentuou a cobrança por produtividade. Com a prestação do serviço longe dos olhos do empregador, característica do teletrabalho, há uma desconfiança depositada no

empregado, podendo gerar sobrecarga laboral, uma vez que, com a finalidade de manter o trabalhador totalmente ocupado durante sua jornada, o empregador acentua a carga de trabalho.

Apesar da fixação e do controle de jornada, a atribuição de tarefas de forma desproporcional à duração do trabalho acentua a hiperconexão, posto que o empregado, como participante de uma relação essencialmente assimétrica, busca a entrega a qualquer custo em nome da manutenção do emprego. Não há desconexão, nesse sentido, sem a atribuição proporcional de tarefas ao tempo de trabalho.

Ponzilacqua e Silva defendem que a concretização do direito à desconexão depende da adequação da carga de trabalho ao tempo de trabalho, a fim de que haja uma boa articulação entre a vida privada e a vida profissional do empregado (2022, p. 205).

Tem-se, portanto, que o direito à desconexão, que encontra sustentáculo no ordenamento jurídico brasileiro, impõe uma clarividente separação entre o trabalho e o não-trabalho, a conexão e a desconexão. No teletrabalho, o desenvolvimento de um direito à desconexão não se desvincula do estabelecimento de uma jornada de trabalho, bem como da adequação entre carga de trabalho e jornada.

A questão que se apresenta, diante disso, é se o sistema jurídico brasileiro é compatível com a realização do direito à desconexão nas relações de teletrabalho. Para tanto, serão analisadas as principais normativas que circundam o tema, a fim de verificar se as leis brasileiras estão em consonância com o direito à desconexão, especialmente com a Reforma Trabalhista, instrumentalizada pela Lei nº 13.467/2017, e com a conversão da MP nº 1.108/2022 na Lei nº 14.442/2022.

4 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O DIREITO À DESCONEXÃO ENCONTRA SUBSÍDIO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL?

4.1 O teletrabalho da reforma trabalhista à Lei nº 14.442/2022

No que se refere ao teletrabalho, a Reforma Trabalhista, havida em 2017, além de inserir um capítulo específico para a temática, promoveu a inclusão dos “empregados em regime de teletrabalho” no rol de exceções às regras a respeito da jornada de trabalho, presente no artigo 62, da CLT, de modo que, ao lado dos trabalhadores externos cuja atividade é incompatível com a fixação de horário e dos chamados altos empregados, os teletrabalhadores também não fariam jus ao recebimento de horas extras, adicional noturno, intervalos legais, entre outros (BRASIL, 1943).

A consolidação da incompatibilidade do regime de teletrabalho com as regras de fiscalização e regulação da jornada laboral pela Reforma Trabalhista foi objeto de críticas por parte da doutrina. Isso porque, em contrapartida à presunção inserida na CLT em 2017, as tecnologias e os meios telemáticos permitem, sim, a fiscalização e o controle da jornada do trabalhador. Sendo assim, o poder diretivo e fiscalizatório do empregador não seriam impedidos (AFONSO, 2017, p. 722-723).

Nas lições de Maurício Godinho Delgado, o poder diretivo e o poder fiscalizatório do empregador podem ser assim definidos:

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidiana no que tange à prestação do serviço.

[...]

Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle (*apud* AFONSO, 2017, p. 722-723).

Sob esse aspecto, o poder diretivo está essencialmente ligado à organização da estrutura empresarial, enquanto o poder fiscalizatório está associado à possibilidade que tem o empregador, como aquele que sustenta o risco da atividade, de vigiar a acompanhar a prestação do serviço do empregado. Tais prerrogativas, especialmente no que se refere ao controle de jornada, são plenamente factíveis no teletrabalho, tendo em vista a disponibilidade de meios para tanto, como, por exemplo, o uso de *softwares* com mecanismo de senhas de *logon e logoff*.

Conquanto a autonomia do empregado possa parecer *prima facie* uma constante no teletrabalho, a partir de uma análise mais profunda, como já se viu, é falaciosa. Segundo o entendimento de Manuel Estrada, a possibilidade de constante fiscalização, somada à imposição de metas e tarefas por parte do empregador, que sempre espera produtividade, leva à conclusão de que a visão de teletrabalhadores livres é equivocada (2014, p. 34-35).

Nesse sentido, também teorizam Cháris Telles Martins da Rocha e Fernanda Spanier Amador:

[...] demonstra-se que tal modalidade de trabalho tende mais à flexibilização do que à autonomia. A autonomia pressuposta no teletrabalho em relação ao tempo e espaço muitas vezes não representa real controle dos trabalhadores, uma vez que são submetidos a grandes exigências de produtividade, adaptabilidade, precisão, inovação etc. Em substituição ao olhar do gestor e controle do tempo de trabalho, os trabalhadores veem-se compelidos a desenvolver técnicas de autocontrole e autodisciplina, de modo a dar conta das muitas exigências de produção imaterial. Mesmo os profissionais liberais altamente qualificados, que teoricamente conquistariam com o teletrabalho um alto grau de autonomia, podem estar situados em certa lógica de submissão, uma vez que têm de gerir seu desempenho pautados pela lógica do mercado (2018, p. 157).

Diante da insubmissão dos teletrabalhadores às regras a respeito da jornada proporcionada pela Reforma Trabalhista, Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges, por exemplo, sustentaram uma interpretação mais restritiva da norma, haja vista ser maléfica ao empregado (2017, p. 35).

Ante as críticas e proposições apresentadas como reações ao detalhamento do teletrabalho trazido pela Lei nº 13.467/2017, é possível observar sua insuficiência no atendimento das demandas do direito do trabalho. A inserção dos empregados no rol do artigo 62 parece ter ignorado, inclusive, questões fáticas, posto que a possibilidade de controle de jornada por meios telemáticos é uma realidade.

Sustentar o oposto parece estar em desacordo não só com a realidade paradigmática das tecnologias e das novas, ou não tão novas, formas de trabalho, mas também aos próprios princípios e regras que disciplinam o direito do trabalho.

No que tange ao direito de desconexão, a Reforma Trabalhista esteve em descompasso com a preocupação a respeito da hiperconectividade. Ao deixar de impor ao empregador um dever de fiscalização da jornada e, mais, a observância de um limite de jornada, o efeito concreto do direito à desconexão no teletrabalho, segundo Souto Maior, deixou de ser aferido (2003, p. 306-307).

É possível dizer, assim, que o direito à desconexão não encontrou claras delimitações na CLT pós Reforma Trabalhista.

Mais tarde, porém, foi editada a Medida Provisória nº 1.108/2022, convertida na Lei nº 14.442/2022, que trouxe uma série de alterações nas normativas sobre o teletrabalho, presentes na Consolidação das Leis Trabalhistas.

A lei em comento parece ter “atendido às preces” daqueles que, conforme exposto, teceram duras críticas à inserção de todos os teletrabalhadores nas exceções às regras de jornada presente no artigo 62, da CLT.

Sob esse aspecto, a MP nº 1.108/2022, convertida na Lei nº 14.442/2022, alterou a redação do artigo 62, da CLT, de modo a excluir das exceções às regras de jornada aqueles teletrabalhadores que não prestam serviços por produção ou tarefa, *in verbis*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa (BRASIL, 1943).

O teletrabalho, dessa forma, atraiu as normativas a respeito da fiscalização e controle de jornada, o que significa, em termos práticos, que os teletrabalhadores por jornada passaram a fazer jus a horas extras, adicional noturno, intervalos legais, entre outros.

Por outro lado, os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa continuam excluídos das regras de jornada, de acordo, também, com

o § 3º, do artigo 75-B, da CLT, considerando que a remuneração, total ou parcial, vincula-se, essencialmente, a unidades de produção ou resultado.

Além da alteração mencionada, a Lei nº 14.442/2022 trouxe mais uma série de detalhamentos a respeito do teletrabalho, dos quais destaca-se, por exemplo, o § 1º, do artigo 75-B, que reconhece a modalidade híbrida de trabalho, sem que o teletrabalho ou trabalho remoto reste descaracterizado, *in verbis*:

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

Ademais, a nova legislação possibilitou, expressamente, no § 6º do mesmo artigo, a adoção do regime de teletrabalho para estagiários e aprendizes, bem como adicionou o artigo 75-F, segundo o qual os empregadores devem dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

Das mudanças observadas, outra que merece destaque é o § 5º, do artigo 75-B, segundo o qual:

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 1943).

O dispositivo determina que, mesmo nas hipóteses em que o empregado estiver fazendo o uso dos equipamentos fora da jornada regular de trabalho, não será configurado o sobreaviso ou prontidão, a menos que haja previsão em acordo individual ou convenção coletiva. Na prática, o diploma leva a crer, por exemplo, que o empregador pode permanecer enviando mensagens, tarefas ou e-mails relacionados ao trabalho fora da jornada regular, a partir dos meios telemáticos, sem que o empregado seja obrigado a corresponder.

Desse modo, conforme o ensinamento de Eduardo Braga, nesta hipótese, o empregado poderia ser importunado com questões afetas a seu trabalho sem que isso impusesse algum dever a seu empregador, seja pecuniário ou não (2015, p. 126).

Superadas as observações a respeito de algumas das alterações promovidas pela Lei nº 14.442/2022, sublinha-se que a lei em análise, de fato, possibilitou um maior detalhamento do teletrabalho.

De um lado, a submissão dos empregados em regime de teletrabalho que não prestam serviço por produção ou tarefa às regras de controle de jornada representa um avanço em prol do trabalhador, de sorte que a sobrejornada passa a ser aferível e

devidamente remunerada. De outro, é preciso ter em mente e observar em qual medida se espera do teletrabalhador uma capacidade autorregulatória, a fim de preservar seus períodos de descanso (MELO, 2016, p. 246).

Diante disso, tem-se que a alteração legislativa certamente concretiza a possibilidade do controle de jornada, afastando uma presunção que, antes, por força do artigo 62, da CLT, atuava em favor do empregador, bem como estabelece outros regramentos.

No mesmo sentido, observa-se que a submissão dos teletrabalhadores por jornada às regras de fixação de jornada estabelecidas na CLT está de acordo com o que se espera de efetivação do direito à desconexão no sistema legal brasileiro.

Com o deslocamento dos teletrabalhadores por jornada para o campo de incidência das regras de jornada da CLT, especialmente no Capítulo II, tem-se que o teletrabalhador passou a ter direito ao limite de jornada e que, assim, o ônus da prova quanto a isso, na esfera judicial, recai, em um primeiro momento, sobre o empregador.

Tal alteração contribuiu, sem dúvidas, para o desenvolvimento do direito à desconexão no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a limitação da jornada, somada à necessidade de fiscalização, torna, no que tange ao tempo, claro o limite entre trabalho e não-trabalho.

A demanda pela inclusão do teletrabalhador às regras de jornada já era evidente desde a lacônica Reforma Trabalhista no que se refere ao tema, contudo, resta dizer se foi suficiente ou se o caminho para a concretização do direito à desconexão do teletrabalho ainda encontra alguns quilômetros à frente.

4.2 A (in)suficiência da legislação atual na concretização plena do direito à desconexão: outras práticas de efetivação

Notadamente, há uma correspondência entre o direito à desconexão e a fixação de jornada no teletrabalho, observada na Lei nº 14.442/2022. Contudo, conforme já exposto, a observância da jornada de trabalho deve estar atrelada à carga de trabalho, a fim de que o direito à desconexão possa ser aferido nas relações de emprego.

É evidente que o estabelecimento de critérios práticos para a adequação da carga de trabalho à jornada parece ser irreal, mas a questão deve ser, nas relações de emprego, observada tendo como parâmetro teleológico a preservação do tempo de não-trabalho. Braga sustenta que “o empregador tem a obrigação de passar a seus empregados uma quantidade de serviço possível de ser realizada dentro de uma jornada normal de trabalho, sem extrapolações” (2015, p. 142).

A exclusão dos teletrabalhadores por jornada do rol do artigo 62 representa um avanço na concretização dos direitos trabalhistas, principalmente diante das demandas da Era Digital. No entanto, o direito à desconexão não se esgota no controle de jornada do teletrabalho.

Não se mostra razoável fechar as portas aos avanços legislativos diante da resposta ao problema da falta de respaldo do controle de jornada no teletrabalho, mas resta esmiuçar, ainda que de forma exemplificativa, outros caminhos a serem adotados na efetivação do direito à desconexão.

Embora a Lei nº 14.442/2022 tenha assegurado o limite na duração do trabalho

dos teletrabalhadores por jornada, deixou de impor ao empregador um dever de não importunar o empregado fora do horário de trabalho com informações e solicitações de serviços a serem realizados em momento posterior. Mesmo que o empregado possa realizar a tarefa em sua próxima jornada, a desconexão só poderá ocorrer se o empregador respeitar a cisão entre a vida privada e profissional do trabalhador (BRAGA, 2015, p. 143).

A exemplo disso, Eduardo Braga cita a medida tomada pela Volkswagen na Alemanha. No final de 2011, a empresa proibiu o envio de e-mails a seus empregados fora da jornada de trabalho (2015, p. 143).

Sob esse aspecto, Ponzilacqua e Silva também defendem:

[...] o empregador tem o dever de não interferir de nenhuma forma na esfera da vida privada do empregado, abstendo-se de enviar mensagens cujo conteúdo seja relativo ao trabalho, sob pena de se caracterizar o abuso de direito e sujeitar o responsável ao pagamento de indenização por danos morais ou existenciais (2022, p. 210).

Ademais, Luiz Marcelo Góis propõe a existência de um “adicional de desconexão” especialmente nos casos de trabalho intelectual, pela simples potencialidade que tem o trabalhador de estar conectado mesmo fora da jornada de trabalho (2015, p. 5).

Braga cita, ainda, como medida de concretização do direito à desconexão, a possibilidade de se determinar o cancelamento do acesso ao sistema informatizado das empresas após o decurso das horas da jornada ou após o horário estipulado (2015, p. 142).

Nesse sentido, a submissão às regras de jornada, expressamente trazida pela Lei nº 14.442/2022, mostra-se como uma das práticas de efetivação do direito à desconexão. Entretanto, é necessário, ao lado de tal medida, demandar uma série de comportamentos do empregador, os quais devem ser compatíveis com a ordem constitucional e trabalhista de proteção ao direito à desconexão.

O direito à desconexão se realiza, também, quando o empregador passa a ser obrigado a não interferir, de forma alguma, nos momentos de não-trabalho do empregado.

É preciso salientar, diante disso, que as medidas apontadas não exaurem a temática do direito à desconexão no teletrabalho, de sorte que o tema se apresenta de forma ampla e complexa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Era Digital, sem dúvidas, fez surgir uma série de questionamentos a respeito da relação entre o ser humano e a tecnologia, os quais se desdobram nas relações trabalhistas. O teletrabalho, como decorrência dos avanços das tecnologias de comunicação e informação, trouxe a preocupação com a manutenção dos direitos trabalhistas em face de uma realidade tão distinta do paradigma clássico.

O direito à desconexão, nesse contexto, revela uma preocupação do Direito do Trabalho característica de um momento em que a conexão, em sua acepção referente à internet, parece ser uma constante. O não-trabalho deve, assim, ter tanta importância

quanto o trabalho.

Ante as alterações legislativas promovidas recentemente, a partir das quais os teletrabalhadores por jornada foram sujeitos às regras de controle e fiscalização de jornada, o sistema jurídico parece ter dado um passo à frente no sentido da manutenção dos direitos trabalhistas. No entanto, é preciso dizer que a concretização do direito à desconexão encontra um longo caminho adiante.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Kleber Henrique Saconato. Teletrabalho: escravidão digital e o dano existencial por lesão ao lazer e convívio familiar. **Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2IDJC6b>. Acesso em: 17 jan. 2022.

AIDAR, Letícia; RENZETTI, Rogério; LUCA, Guilherme de. (org.). **Reforma Trabalhista e reflexos no direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2023.

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

CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho & Direito: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face aos avanços tecnológicos**. Curitiba: Juruá, 2014.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Claudio Janotti da; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. O direito à desconexão e o dano existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, São Paulo, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/

direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 18 jan. 2022.

FINCATO, Denise Pires; LEMONJE, Julise Carolina. **A telemática como instrumento de labor**: teletrabalho e hiperconexão. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, p. 119-136, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63698>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GÓIS, Luiz Marcelo. **Adicional de desconexão**: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa. Suplemento Trabalhista LTr, São Paulo, n. 106, 2015. Disponível em: https://www.bmalaw.com.br/arquivos/clipping/suplemento_trabalhista_img_106.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: **Desemprego**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 18 jan. 2022.

LUCENA, João Paulo. O teletrabalho e o controle do teletrabalhador à distância. **Revista Eletrônica da Escola Judicial Tribunal Regional da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 11, n. 187, p. 50-64, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/81744>. Acesso em: 24 jan. 2023.

MELO, Camila Barbosa Almeida. O teletrabalho e o direito à desconexão. **Revista da Esmam**, São Luís, v. 10, n. 10, p. 231-249, jan./dez. 2016.

MIZIARA, Raphael. A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil. **RJLB**, v. 4, n. 6, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_1007_1030.pdf. Acesso em: 18 jan. 2022.

PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira; SILVA, Luana Graciana. O direito à desconexão do trabalho francês: perspectivas de implementação no Direito brasileiro. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 2022.

ROCHA, Cháris Telles Martins; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **FGV Cadernos EBAPE.BR**, v. 16, n. 1, Rio de Janeiro, 2018.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; RIEFFEL, Franciele Bonho. As novas tecnologias de informação e de comunicação (TIC) e o direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Salvador, v. 4, n. 1, 2018.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; IANTAS, Isabel Ceccon. O abuso de teletrabalho a partir da legislação emergencial da pandemia Covid-19. **Revista de Direito UnB**, Brasília, v. 4,

n. 2 (Tomo II), 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador**: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003.

Data de submissão: 10 jul. 2023. Data de aprovação: 09 out. 2023

Para submeter seu artigo para avaliação, acesse:

rbds.ieprev.com.br/rbds

 **IEPREV**
 **EDITORA**

www.editoraieprev.com.br

 **EDIÇÕES ANTERIORES**

www.editoraieprev.com.br/rbds