

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BÁRBARA PIMENTEL MARIM

**O LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO: A
TENSÃO ENTRE OS INTERESSES DA EMPRESA E A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO OBREIRO**

VITÓRIA
2018

BÁRBARA PIMENTEL MARIM

**O LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO: A
TENSÃO ENTRE OS INTERESSES DA EMPRESA E A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO OBREIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof. Mestre Francisca Jeane Pereira da Silva Martins.

VITÓRIA

2018

BÁRBARA PIMENTEL MARIM

**O LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO: A
TENSÃO ENTRE OS INTERESSES DA EMPRESA E A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO OBREIRO**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória
– FDV, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovada em ____, de _____, de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^ª. Mestra Francisca Jeane Pereira da
Silva Martins
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

AGRADECIMENTOS

Dentre as várias pessoas que me apoiaram e me auxiliaram na produção desse, de forma direta e indireta, o meu muito obrigada. Carrego comigo a certeza de que essa monografia só se deu pela ajuda de vocês.

Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer a minha avó, Dona Mailde. Minha tititi, obrigada por tudo. Pelas tardes de estudo, pelo carinho, pelos esporros, por ser a minha educadora e mentora desde que eu nasci. Se hoje eu escrevo e apresento esse trabalho de conclusão de curso, se hoje eu estou perto de concluir esse curso, devo a ela.

Pai, mãe o segundo lugar é de vocês em conjunto. Eu não estaria aqui se não fossem vocês dois de forma una, concisa e basilar. Ainda que separados, obrigada por insistirem em mim. A vocês dois, nos momentos em que eu desanimei, quando eu deixei de acreditar em mim, quando eu quis desistir, a todo esse incentivo, o meu muito obrigada.

Ao meu namorado, Rafael, a sua força, a sua vontade de lutar, a sua garra para progredir, me inspiram a ser uma pessoa melhor. Sempre se mostrou um parceiro amável e cuidadoso, além de compreensivo ao entender das horas e horas de dedicação que eu preciso ter com a faculdade, de pesquisas, de esforço de um modo geral. Te amo demais, pandassauero.

Agradeço ainda, a essa instituição que por muitas vezes tem sido casa, tem sido abrigo e tem sido fonte de apoio e de força. Me senti acolhida aqui de uma forma muito diferente das outras instituições as quais passei. Aprendi o real valor da dedicação e como a vida te recompensa por tê-la o momento certo e na hora certa.

Por último, mas não menos importante, à minha orientadora, pessoa iluminada por Deus, detentora de um amor e de um carinho inigualável. Dona de um coração e de um conhecimento indescritíveis. Nesses seis meses de proximidade maior, aprendi muito sobre ser luz com você. Obrigada por me brindar com sua amizade, com seu carinho e seu conhecimento. Espero ter mais uma eternidade com você, a fim de aproveitar tudo de bom que você tem a oferecer.

“ – É pecado sonhar?

- Não, Capitu. Nunca foi.

- Então por que essa divindade nos dá golpes tão fortes de realidade e parte
nossos sonhos?

- Divindade não destrói sonhos, Capitu.
Somos nós que ficamos esperando, ao
invés de fazer acontecer”.

Machado de Assis.

RESUMO

Esta pesquisa pretende estudar e traçar ponderações a cerca do limbo jurídico previdenciário-trabalhista de modo a apontar e demilitar o problema existente na ausência de regulamentação proveniente da alta concedida pelo INSS. Quando enfermo o empregado é encaminhado pelo empregador a Previdência a fim de começar a receber o benefício do auxílio-doença e melhorar da enfermidade que o acomete. Em determinado ponto, o INSS concede a alta pelo médico previdenciário e, dessa forma o segurado deve se dirigir ao empregador, para retornar a sua atividade laboral. Infelizmente, nem todas as altas ocorrem quando o segurado já se encontra recuperado. Quando assim, o empregador diagnostica que a doença ainda acomete o obreiro, esse não pode retornar a exercer seu labor, fazendo com que, entre o retorno do concedimento do benefício e a alta previdenciária, o empregado fique sem fonte de renda. O presente pretende explanar quanto ao posicionamento que a doutrina e a jurisprudência devem adotar a fim de sanar o limbo existente na ausência de regulamentação, e fazê-lo da melhor forma para assegurar os direitos do empregado.

Palavras-chave: Previdência; Limbo; Trabalho; Trabalhador; empregador; enfermidade; auxílio-doença; Suspensão contratual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O AFASTAMENTO DO TRABALHADOR E OS EFEITOS PRODUZIDOS NO CONTRATO DE TRABALHO	10
1. 1 SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	10
1. 2 O ADOECIMENTO E AFASTAMENTO DO TRABALHADOR COMO HIPÓTESE DE SUSPENSÃO CONTRATUAL.....	12
1. 2. 1 Efeitos produzidos	15
1. 2. 2 Prazo para retorno	16
2 O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMO MEIO DE SUBSISTÊNCIA DO TRABALHADOR	17
2. 1 REQUISITOS PARA O RECEBIMENTO.....	17
2. 1. 1 As perícias médicas	18
2. 2 A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E A ALTA MÉDICA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL	20
3 ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA- PREVIDENCIÁRIO À LUZ DO ARTIGO 170, VIII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	23
3.1 A CARACTERIZAÇÃO DO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA- PREVIDENCIÁRIO	25
3. 2 DE QUEM É A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS NO PERÍODO APÓS A ALTA DO INSS?	26
3. 2. 1 Posicionamento jurisprudencial	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma omissão no que tange à regulamentação e a proteção do trabalhador, no período em que a alta médica previdenciária ocorre, após a concessão do benefício do auxílio-doença e, por conseguinte, tem suspenso o pagamento desse.

Quando enfermo, o empregado é encaminhado pelo empregador ao INSS, com a finalidade de começar receber o benefício previdenciário ao qual tem direito, qual seja o auxílio-doença. Insta salientar, que a alta médica previdenciária de trabalhadores segurados nem sempre representa a aptidão dos mesmos para o retorno a atividade laboral, o que implica na impossibilidade do empregador aceitar o empregado.

Sendo assim, o empregador não paga o salário, uma vez que o seu departamento médico diagnostica o empregado com uma enfermidade, impossibilitando o seu retorno a atividade laboral, bem como deixando de estabelecer uma outra função para o mesmo na empresa. Como consequência, o empregado fica desamparado e é encaminhado novamente ao INSS, pelo empregador.

Restando, dessa forma, evidenciada a infortúnia situação a qual o empregado se apresenta, vez que a ausência do provimento salarial e do benefício previdenciário estabelece um quadro com o qual o trabalhador não pode arcar, qual seja, a fonte de renda com a qual sustenta a si e a sua família, sendo algumas vezes, a única fonte de renda. Por esse viés, fica claro como o tema é controvertido.

A necessidade de regulamentação do tema é evidente, uma vez que o posicionamento jurisprudencial não é unânime, fazendo com que o empregado se coloque em uma constante insegurança jurídica, pois não existe previsão legal acerca de sua situação, bem como fazendo com que o empregador não saiba qual o posicionamento correto a ser tomado para agir mediante a legalidade.

Sendo assim, essa controvérsia doutrinária, pautada na inexistência de previsão legal para a situação do limbo jurídico existente no ordenamento, consiste na recusa, por parte do empregador, de proceder à readaptação funcional do empregado ainda incapacitados e que recebeu alta médica pela Previdência Social representa desrespeito ao art. 170, VIII da Constituição de 1988 ou seria, por outro lado, uma forma legítima de evitar futuras responsabilizações diante do agravamento do estado de saúde do obreiro que prestará serviços ainda incapacitado para o labor. Consiste no que esse Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) discute.

1 O AFASTAMENTO DO TRABALHADOR E OS EFEITOS PRODUZIDOS NO CONTRATO DE TRABALHO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao elencar em seu art. 7º os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tornou o direito ao trabalho um direito fundamental. Dessa forma, o contrato de trabalho quando firmado entre o empregador e o empregado, pauta-se no princípio da continuidade da relação de emprego, que consiste em um pilar para o Direito do Trabalho, e, por conseguinte gera a expectativa em ambos de estabilidade. (LEITE, 2017, p. 101)

No que tange à terminologia adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Vólia Bomfim Cassar explana que:

A legislação brasileira adotou terminologia própria (suspensão e interrupção) para denominar os períodos de sustação de algumas ou quase todas as cláusulas contratuais, abandonando os critérios da doutrina estrangeira, que subdivide a suspensão em: a) total (verdadeira suspensão) e; b) parcial (interrupção). Por isso, alguns autores, criticam as expressões utilizadas pela CLT, sob o argumento: o vocábulo interrupção não é adequado para substituir a expressão “suspensão parcial” (CASSAR, 2016, p. 951).

Ainda que o princípio da continuidade da relação de emprego seja basilar para reger a relação, a CLT regulamentou os dois institutos acima mencionados: a suspensão e a interrupção. Os quais serão conceituados e trabalhados abaixo.

1.1 SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A suspensão e a interrupção contratual são dois institutos, adotados pela legislação brasileira, que impedem, como regra geral, a extinção do contrato de trabalho, e, conseqüentemente, da relação de empregatícia.

Ao tratar de suspensão e de interrupção, faz-se necessário expor que as figuras justrabalhistas cessam como um todo ou apenas em parte, ainda que provisoriamente, os efeitos das cláusulas presentes no contrato que vincula as partes. (DELGADO, 2016, p. 1176).

Ainda que o contrato permaneça em vigor, determinadas cláusulas ficam paralisadas. Essa paralisação, “[...] quando parcial, apenas a obrigação de prestar serviço torna-se inexigível, permanecendo reclamável a de pagar o salário, recebendo tal hipótese, por opção legal o nome de interrupção contratual” (MARTINEZ, 2016, p. 567).

Inicialmente, falar-se-á da interrupção do contrato de trabalho. Essa acontece quando o empregado se abstém da prestação de serviços, todavia a contraprestação paga pelo empregador é mantida de forma parcial (CASSAR, 2016, p. 967).

Quanto a previsão legal das hipóteses de interrupção contratual, são exemplos o art. 130 da CLT, que aborda quanto às férias e a Lei nº 605/49, que versa sobre os domingos e feriados (CASSAR, 2016, p. 967). Cabe ressaltar que o empregador não pode dispensar o empregado, em meio à interrupção a menos que a justa causa se justifique.

Em contrapartida, o outro período de sustação de algumas, ou todas as parcelas, denominado suspensão contratual, se conceitua e se caracteriza de maneira distinta da interrupção.

Em decorrência da suspensão contratual, o empregado deixa de prestar serviços temporariamente, e, por conseguinte, deixa de receber os pagamentos de seus salários ou contraprestações. O contrato para de produzir efeitos uma vez que suas principais cláusulas contratuais ficam paralisadas.

Ainda que a interrupção e a suspensão sejam institutos que inviabilizem a extinção do contrato de trabalho, ambos se diferenciam. Faz-se necessária não só a comparação, mas a explanação acerca de cada conceito. Nesse diapasão, Luciano Martinez difere ambos de maneira singular:

Na suspensão, apesar de mantido o vínculo contratual, há cessação da prestação dos serviços e do correspondente pagamento. Na interrupção, por outro lado, embora também esteja conservado o vínculo contratual e paralisadas as atividades (tal qual ocorre com a suspensão), mantém-se a outorga de quantia equivalente à

contraprestação. Perceba-se que as duas mencionadas figuras são espécies do gênero “suspensão contratual *lato sensu*” (MARTINEZ, 2016, p. 567).

Ou seja, como explana Martinez de maneira sucinta e precisa, a principal diferença dos institutos se dá pela manutenção ou não da contraprestação paga pelo empregador.

Delimitada a principal diferença, cabe abordar as quanto as numerosas circunstancias as quais se aplicam a suspensão contratual, que encontram previsão na CLT e por meio de leis esparsas no ordenamento jurídico. Verbi gratia, o mandato sindical, previsto no art. 543, §2º da CLT, o direito a greve, previsto na Lei nº 7.783/89 e o Auxílio-Doença, conforme art. 59 da Lei nº 8.213/91 c/c 476 da CLT (CASSAR, 2016, p. 958).

Ao tratar das causas de suspensão contratual, o presente trabalho pretende apresentar o auxílio-doença como uma dessas causas de suspensão, bem como na forma como se dá esse afastamento do empregado da sua atividade laboral.

1. 2 O ADOECIMENTO E AFASTAMENTO DO TRABALHADOR COMO HIPÓTESE DE SUSPENSÃO CONTRATUAL

Durante a vigência do contrato de emprego, o empregado e o empregador estão sujeitos a todo o tipo de infortúnio. Das greves e outros acontecimentos, sem deixar de passar pelas enfermidades que podem acometer qualquer um dos dois.

Todavia, antes de adentrar ao tema, insta explicar o que vem a ser o auxílio-doença. Esse consiste em um benefício, que todos os segurados têm por direito, desde que observado o prazo de carência de doze meses, bem como as exceções previstas no art. 26 da Lei nº 8.213/91 (TAVARES; 2005, p. 128-129).

No que tange à lei supracitada, o art. 59 da mesma, prevê quando o cabe a concessão do auxílio-doença ao segurado.

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.
Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao

Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (BRASIL, 1991).

Quando o empregado necessita de recuperação, em decorrência de uma incapacidade temporária, só será cabível a utilização do auxílio-doença como benefício para o afastamento, podendo esse ocorrer caso tenha cumprido o prazo de carência de 12 (doze) contribuições mensais, e tendo o dito afastamento ocorrido por mais de 15 dias (TAVARES; 2005, p. 128).

Dessa forma, ponderam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro Macêdo, no que diz respeito ao afastamento do segurado de sua atividade laborativa habitual, por um prazo maior do que os quinze dias consecutivos, no sentido de que “o auxílio-doença será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, fica incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos.” (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 222).

Vale ressaltar que a incapacidade a qual o auxílio-doença se refere, é aquela que faz com que o empregado não consiga exercer a sua atividade laboral habitual por um período maior do que 16 dias.

Nesse sentido, vale ressaltar que quanto a essa incapacidade laborativa temporária, afirmam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo que a incapacidade no auxílio-doença “é para o trabalho e para a atividade que o segurado habitualmente desenvolvia; do mesmo modo, na aposentadoria por invalidez. [...] no auxílio-doença, essa incapacidade é temporária, o segurado tem perspectiva de recuperação” (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 222).

No que tange as enfermidades referentes ao empregado, a CLT em seu art. 475, versa em sua literalidade unicamente sobre o aposentado por invalidez, todavia, a situação abarca tanto a já mencionada, como o auxílio-doença (acidentário e previdenciário). Luciano Martinez ilustra melhor quando afirma,

O art. 475 da CLT somente trata de “empregado que for aposentado por invalidez”, mas, evidentemente, é aplicável a qualquer situação em que o empregado esteja em gozo de benefício previdenciário por incapacidade. Assim, sustenta-se a aplicabilidade do referido dispositivo tanto para casos de aposentadoria por invalidez quanto, obviamente, para casos de auxílio-doença (acidentário ou previdenciário). (MARTINEZ, 2016, p. 574).

Conforme o art. 59 da Lei nº 8.231/91 c/c art. 476 da CLT, são dois os efeitos que podem resultar do afastamento do obreiro: os 15 primeiros dias do afastamento acarretavam a interrupção do contrato. A partir do 16º dia, inclusive, a doença importava na suspensão do contrato, momento a partir do qual o empregador estava desonerado do pagamento dos salários, que permaneciam a cargo da Previdência (CASSAR, 2016, p. 958).

A redação do art. 60 da Lei nº 8.231/9, prevê, que caberá a concessão do auxílio-doença ao empregado “a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz”.

Pela nova redação o auxílio-doença passou a ser direito, e responsabilidade da previdência do décimo sexto dia em diante, ou seja, a incumbência do pagamento do salário fica em cargo do INSS. Com exceção do trabalho doméstico. Ocorre que, o auxílio-doença é situação tipificada como causa de suspensão contratual, segundo Delgado destaca,

É que, conforme se sabe esse período de afastamento não é remunerado pelo empregador (texto expresso do art. 476, CLT, combinado com art. 20 e seguintes, Lei Previdenciária nº 8.231/1991) – o que classifica tal lapso temporal com nítida suspensão do contrato. Porém, a ordem jurídica, por exceção, preserva, no curso do afastamento, algumas poucas obrigações econômicas empresariais em face de seu empregado (por exemplo, computava-se o período de afastamento para efeitos de indenização e estabilidade celetistas, se fosse o caso; igualmente, conta-se tal tempo para fins de depósito de FGTS; do mesmo modo, computa-se o tempo de afastamento inferior a 6 meses no período aquisitivo de férias do empregado). Em virtude dessas vantagens excepcionalmente mantidas em favor do obreiro, é que se instaura algumas controvérsias sobre o enquadramento da presente hipótese de afastamento. (DELGADO, 2016, p. 1196).

Vale ressaltar que o segurado terá direito (a) à licença não remunerada em qualquer das situações que se enquadre, a partir do decimo sexto dia de afastamento. Na suspensão do contrato de trabalho são “asseguradas ao empregado, afastado do emprego, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa” (CLT, artigo 471).

1. 2. 1 EFEITOS PRODUZIDOS

Afirma Carlos Henrique Bezerra Leite que,

Em rigor científico, contudo, não há suspensão ou interrupção do contrato, mas sim, dos seus efeitos, isto é, das obrigações atribuídas a cada uma das partes figurantes da relação de emprego. É por esta razão que melhor seria falar em suspensão e interrupção do trabalho, e não do contrato de trabalho, uma vez que este, em ambos os casos, continua vigendo e até produzindo efeitos. (LEITE, 2017, p. 488)

São dois os pontos polêmicos acerca dos efeitos produzidos por essa suspensão no 13º salário e nas férias. Quanto ao primeiro, o empregador não tem a obrigação legal de fazer o pagamento desse, no período de concessão do auxílio-doença. Sendo essa responsabilidade do pagamento, referente ao INSS (DELGADO, 2016, p. 1186).

Já o segundo, quando em gozo do auxílio-doença, o empregado não poderá iniciar a fruição de férias, vez que ambos não podem acontecer simultaneamente. Em contrapartida, acometendo à moléstia no período em que o empregado estiver em gozo de férias, estas não se interrompem. Caso a incapacidade decorrente da doença persistir após o retorno das férias, o empregador deverá seguir a regra geral e pagar os primeiros 15 dias de afastamento (DELGADO, 2016, p. 1186).

O trabalhador que recebe auxílio-doença (previdenciário ou acidentário) não pode ser dispensado durante o período em que estiver afastado de suas atividades, em gozo do benefício.

Vale ressaltar que, após a alta do INSS, o segurado que recebia o auxílio-doença acidentário continua com estabilidade no emprego por mais 12 meses, entretanto, a pessoa que recebia o auxílio-doença comum, pode ser demitida pela empresa após o retorno a atividade laboral (DELGADO, 2016, p. 1186).

1. 2. 2 PRAZO PARA RETORNO

Findadas as razões e a necessidade do afastamento, o empregado deve voltar a empresa a fim de retomar as suas funções habituais, uma vez que o contrato de trabalho volta a vigorar em todas as suas cláusulas. Quando o empregado não volta para o trabalho, enseja em justa causa, conforme disposto no art. 482, i, CLT (DELGADO, 2016, p. 1188).

Como consiste em dever do empregado retornar à empresa, quando o empregado não o faz, questiona-se quanto ao prazo máximo para esse retorno. No que tange ao prazo, a lei é lacunosa. A fim de sanar essa lacuna, o Tribunal Superior do Trabalho elabora a súmula 32, que considera abandono de emprego o fato de o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário sem justificativa, ou retorne à atividade laboral.

Nesse sentido, fica clara a necessidade do retorno do empregado nos 30 (trinta) primeiros dias após o término do benefício, caso não ocorra, restará caracterizado o abandono de emprego. Sobre o tema, Vólia Cassar ainda elucida quanto o cabimento da justa causa e sobre as penalidades que podem incidir sobre o empregado:

O prazo para retornar ao serviço é de 30 dias a contar da data que cessou a causa da suspensão das cláusulas contratuais. Passados os 30 dias o empregador poderá aplicar a justa causa ao empregado – o abandono de emprego, rescindindo o contrato. Esta penalidade impede de convocações para o trabalho, pois é obrigação do empregado retornar ao serviço e não do empregador pedir para ele voltar ao serviço (CASSAR, 2016, p. 952).

Sendo assim, o prazo para o retorno do empregado consiste no lapso temporal da data a qual ocorre a alta do INSS e os trinta dias seguintes. Caso não haja retorno, abre-se a possibilidade para se aplicar a punição máxima ao obreiro, qual seja, justa causa por abandono de emprego, nos termos da Súmula 32 do TST.

2 O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMO MEIO DE SUBSISTÊNCIA DO TRABALHADOR

O empregado que, durante o seu contrato de trabalho, adoece, faz jus a concessão do benefício previdenciário. Ocorre que o adoecimento faz com que o contrato seja suspenso, o empregado encaminhado para o INSS a fim de receber o benefício que faz jus, o auxílio doença.

O supracitado benefício tem caráter remuneratório, uma vez que tendo o INSS concedido a contraprestação o contrato de trabalho que vigorava entre empregado e empregador fica suspenso até a cessação do benefício previdenciário.

Diante do exposto, a conclusão que é possível chegar, é a de que o auxílio-doença passa a ser a fonte de renda daquele segurado, visto que o salário proveniente de atividade laboral se restringe ao período o qual ele está exercendo a mesma.

Sendo assim, para melhor esclarecer quanto ao recebimento do benefício pelo segurado, abordar-se-á quanto as formas pelas quais essa aquisição se dá.

2. 1 REQUISITOS PARA O RECEBIMENTO

O empregado enfermo que requisitar o benefício temporário do auxílio-doença, deve se enquadrar em alguns requisitos para que o esse possa ser concedido. Via de regra, para que o recebimento do benefício por parte do enfermo aconteça, existe uma carência de doze contribuições mensais.

Assim como na aposentadoria por invalidez, não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão. Também, à semelhança da aposentadoria por invalidez, será devido auxílio-doença, independentemente de carência, aos segurados obrigatório e facultativo, quando sofrerem acidente de qualquer natureza (IBRAHIM. 2014. p. 653).

O benefício é concedido incide numa renda mensal de 91% do salário-de-benefício, sem o fator previdenciário, tem seu início contado do 16º do afastamento da atividade laboral, excluído o trabalhador doméstico. Conta-se também, a data em que a incapacidade se iniciou, para os demais segurados. E ainda, a data de entrada do requerimento, quando feito após o 30º dia do afastamento da atividade, para todos os segurados.

Para fins de esclarecimento, para o segurado empregado os quinze primeiros dias são de custeio do empregador, como já explicado, direito esse que não é estendido aos empregados domésticos.

O que falta aos profissionais do direito é a análise do custeio necessariamente conjugada com o benefício, além da eterna busca do equilíbrio financeiro atuarial. Os demais segurados, incluindo o empregado doméstico, caso solicitem o benefício em 30 (trinta) dias, tem direito ao pagamento a contar da incapacidade, e não a partir do 16º dia. Este ponto costuma gerar confusão, pois induz a raciocínio equivocado: o segurado não receberia os 15 (quinze) primeiros dias, já que o benefício só é devido a partir do 16º dia (IBRAHIM. 2014. p. 654).

Vale lembrar também que o auxílio doença do segurado que exercer mais de uma atividade laborativa abrangida pela Previdência Social, ainda que a incapacidade seja apenas para o exercício de uma das funções, o auxílio será devido. Sendo assim, o benefício será concedido em relação a atividade que o mesmo tiver exercendo, considerando-se para finalidade de carência unicamente as contribuições referentes a essa atividade (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 768).

A concessão do benefício do auxílio doença se sujeita a comprovação da incapacidade laborativa, essa comprovação ocorre por meio de exame realizado em perícia médica realizada pela Previdência Social.

2. 1. 1 AS PERÍCIAS MÉDICAS

A constatação da incapacidade para o exercício da atividade laboral do segurado administrativa ou judicialmente, é fundamental para a concessão do benefício. Sendo assim, a

prova pericial produzida por um médico com especialidade na patologia em questão indispensável, vez que não pode o órgão julgador decidir sem as provas necessárias.

Quando a perícia judicial não cumpre os pressupostos mínimos de idoneidade da prova técnica, ela é produzida, na verdade, de maneira a furtar 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, 2011. p. 29).

Ressalta-se quanto a falta de qualidade das perícias judiciais realizadas, e as recomendações provenientes pelos Fóruns Previdenciários Interinstitucionais, onde são abordadas possibilidades de melhorias quanto a disponibilidade de tempo do médico-perito, para obter respostas de forma fundamentada e completa (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 772).

A perícia técnica procura analisar o nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades que o segurado prestava no labor. Diante disso, o profissional deve observar as diretrizes traçadas na Resolução n. 1.488/98 do Conselho Federal de Medicina, que versam sobre as normas específicas para o atendimento do trabalhador.

Em meio do disposto na supracitada Resolução, se faz mister explanar quanto a pontos específicos, dentre eles, a não diferenciação entre a perícia realizada por médicos da empresa ou do órgão previdenciário (prevista no art. 10, inc III, da Resolução), faz-se necessária a realização de uma vistoria no local a fim de observar o causador da patologia (conforme art. 2º, inciso II, da Resolução). Importante frisar quanto o direito à privacidade do segurado, que a ele é imposto a liberação da ficha médica completa.

A menção da resolução se faz fundamental, para a compreensão da jurisprudência atual, que desconsidera os laudos periciais em desconformidade com o disposto acima, vez que se encontram incompletos e insuficientes para sanar o dilema, qual seja, a proveniência da enfermidade (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 774).

Notório é que o INSS não tem o corpo de peritos suficiente para atender as demandas dos segurados nesses quesitos exigidos pela Resolução, e ainda, as perícias realizadas produzem laudos inconclusivos no que tange as condições do segurado enfermo.

Se o laudo pericial não é conclusivo, se o perito admite a probabilidade de que as lesões resultaram na atividade laborativa, impõe-se a anulação do processo para que o laudo seja complementado, ou realizada nova perícia, e, ainda, para que tenha o segurado oportunidade de produzir outras provas (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 777).

Não obstante, a função da prova pericial não é alcançada, fazendo com que essa frustrasse seu fim, devendo, portanto, ser refeita. Resta, portanto, evidenciada a necessidade de uma perícia conclusiva, bem como fundamentada e completa.

2. 2 A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E A ALTA MÉDICA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O benefício do segurado será mantido até que esse seja devidamente reabilitado ou habilitado para exercer uma nova função que lhe garanta a subsistência, ou, constatando-se a incapacidade definitiva, for aposentado por invalidez. Vale ressaltar as hipóteses em que o empregado exerça duas atividades simultaneamente, e em apenas uma seja constatada a incapacidade, conforme elucidam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Nas hipóteses de exercício de atividades concomitante, e em apenas uma ou algumas delas seja considerado incapaz, se destaca a incapacidade advier a insuscetibilidade de recuperação da incapacidade laborativa para algumas delas, será pago o auxílio-doença indefinidamente, até que o segurado venha a ser aposentado ou a falecer. Não se pode conceder a aposentadoria por invalidez, uma vez que o segurado, caso esteja exercendo outra atividade, não pode ser declarado totalmente incapaz. A saída legal é, portanto, o pagamento do auxílio-doença até que sobrevenha a incapacidade para todo e qualquer trabalho, ou falecimento do segurado, quando não será paga a pensão aos eventuais beneficiários do segurado (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 786).

Obriga-se o segurado que recebe o auxílio-doença, a submeter-se à perícia médica a cargo da Previdência Social, independentemente de sua idade, sob pena de suspensão do benefício. A reabilitação profissional a qual o beneficiário precisará passar, além de ser prescrita, será custeada pelo INSS, com o tratamento gratuito, excetuando a transfusão de sangue e procedimentos cirúrgicos, sendo esses facultativos (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 786).

Insta salientar quanto à necessidade de um aprimoramento do serviço de reabilitação, a fim de melhor atender as demandas provenientes de segurados, para que esses consigam retornar as

suas atividades habituais, por meio do tratamento de saúde e uma reabilitação adequada (CASTRO, LAZZARI. 2014. p. 787).

Após a reabilitação do segurado, resta ao INSS a alta a fim de que o empregado possa voltar a exercer a sua atividade laboral na função que já exercia, ou em nova.

Sendo assim, o auxílio-doença tem fim quando o segurado recupera a sua capacidade para exercer as atividades habituais, pela conversão em aposentadoria por invalidez ou ainda, auxílio-acidente, independentemente de sua natureza, tendo a capacidade para o trabalho habitual sido reduzida.

Tratando-se de benefício por incapacidade, obsta-se o retorno ao trabalho. Se, inadvertidamente, o segurado o faz, tem alta técnica, o pagamento das mensalidades é susado e, na hipótese de ter voltado ao trabalho sem informar o órgão gestor, recebeu indevidamente e está obrigado a restituir (MARTINEZ, 2011, p. 846).

O Decreto nº 5.844 de 2006 insere no regulamento da Previdência a já adotada administrativamente, alta programada, que tem por intuito reduzir a quantidade de perícias médicas. Nesse, o perito que atende o segurado em sua primeira perícia estipula um prazo para a reabilitação e retorno do empregado ao trabalho, com base em sua experiência profissional. (IBRAHIM. 2014. p. 657).

Há situações em que o empregado discorda da alta dada pelo INSS, afirmando ainda se encontrar em estado de incapacidade. Nesses casos, a previsão legal disposta no art. 78, §2ª, RPS solicitando a realização de nova perícia médica.

Notável expor a inadequação da norma. Ainda que possua o intuito de buscar a eficiência do procedimento administrativo, muitas incapacidades não se enquadram no prazo estipulado pelo profissional, fazendo com que a dita alta-programada não atenda no caso concreto, e deixe desamparados empregados ainda enfermos.

A sistemática da alta programada somente pode ser admitida se limitada a incapacidades de menor gravidade e, adicionalmente, àquelas situações nas quais a medicina, com razoável certeza, possa apontar a duração média da incapacidade. Ademais, o pedido de prorrogação deve ser facilitado ao segurado, devendo ser prontamente reavaliado. (IBRAHIM. 2014. p. 658).

Nesse sentido, fica clara a necessidade de reavaliação da forma com a qual as perícias médicas são realizadas pelo INSS, bem como seu enquadramento na realidade fática de cada caso concreto de cada segurado.

3 ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO À LUZ DO ARTIGO 170, VIII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O art. 170 da Constituição de 1988 trata sobre a ordem econômica constitucional e financeira, todavia, antes de abordar de forma incisiva sobre o tema, cabe a menção de algumas noções sobre “ordem econômica”.

Ordem econômica conceitua-se como uma estrutura que tem por finalidade ordenar os preceitos da constituição e os parâmetros fixados pelo legislador quando formulando a norma, correlacionados com os fundamentos econômicos e a valorização do trabalho. Logo, uma ordem jurídica da economia.

Ordem econômica e financeira, nos parâmetros fixados pelo constituinte, significa organização de elementos ligados à distribuição efetiva de bens, serviços, circulação de riquezas, uso da propriedade, evidenciando, também, aquelas relações de cunho monetário, travadas entre indivíduos e destes com o Estado (BULOS, 2012, p. 1344).

Diante do exposto, observamos que a ordem econômica constitucional consiste no conjunto de normas que realizam uma ordem econômica específica no sentido concreto, versando quanto a forma econômica adotada por aquele país.

Feitos os esclarecimentos acerca do conceito de ordem econômica, se faz mister aprofundar quanto a previsão constitucional da mesma, que se encontra exposto art. 170 da CF, o qual salienta que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VIII - busca do pleno emprego;

Vale ressaltar, que os fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Devendo esses serem os preceitos observados ao interpretar a exegese constitutiva (BULOS, 2012, p. 1344).

Todavia, fundamentar a ordem econômica na valorização do trabalho do homem, bem como na livre iniciativa significa afirmar que o constituinte, além de prestigiar a economia do mercado capitalista, valoriza o labor como superior em relação aos demais valores referentes a economia de mercado, e ainda, com relação a intervenção do estado na economia, deve haver respeito a dignidade da pessoa humana (BULOS, 2012, p. 1346).

Nesse sentido, a busca pelo pleno emprego se mostra controvertida e contraditória em meio a sociedade atual, vez que nem todos os que tem capacidade e aptidão para exercer a atividade laborativa, conseguem, de fato, fazê-lo.

O tema se insere em um contexto maior de discussão, sendo esse o da efetividade dos direitos sociais e da necessidade de se reinserir na sociedade. Direitos esses, previstos pela Constituição em seu artigo 6º, conforme disposto abaixo.

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

A busca pelo pleno emprego, bem como a garantia do trabalho como direito social, enfatizam a necessidade de que um trabalhador, principalmente em estado de enfermidade, tenha seus direitos não só resguardados constitucionalmente, mas garantidos e respeitados no plano material.

Assegurar ao empregado os direitos constitucionalmente concedidos se faz ímbar em uma situação tão enfadonha. O obreiro e seu empregador, a fim de agirem da melhor forma possível um com o outro e fazerem valer tanto os direitos como os deveres os quais possuem, carecem de regulamentação, no que tange a questão abarcada pelo presente.

O limbo jurídico trabalhista-previdenciário, que consiste na recusa, por parte do empregador, de proceder à readaptação funcional do empregado ainda incapacitados e que recebeu alta médica pela Previdência Social representa desrespeito ao pleno emprego previsto no art. 170, VIII da Constituição de 1988.

3.1 A CARACTERIZAÇÃO DO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO

Um limbo se caracteriza, por se encontrar na orla, ou na borda, como afirma Aurélio em sua primeira conceituação do termo em seu dicionário:

Limbo. Sm. 1 Orla, borda. 2 Rebordo do disco de um instrumento de medição sobre o qual é marcada a graduação angular. 3. Lugar onde, segundo a teologia católica, estão as almas mortas sem batismo. (PEREIRA, 2002, p. 426)

Partindo dessa definição, o limbo jurídico, como sendo algo que se encontra na borda, pode ser considerado uma ausência de regulamentação a borda do direito do trabalho, bem como a borda do direito previdenciário.

Ainda sem solução juridicamente constituída, o limbo jurídico trabalhista-previdenciário é configurado pelo período em que o segurado recebe alta médica previdenciária e retorna a atividade e o empregador, após a avaliação do médico do trabalho da empresa, dispensa o empregado após a constatação da incapacidade.

A situação a qual se encontra o obreiro é delicada, vez que ambos – empresa e previdência – não cumprem a sua obrigação, qual seja, arcar com os custos provenientes do afastamento do mesmo, e o trabalhador, incapacitado, fica sem ter de onde tirar a sua fonte de renda. Nesse sentido, a parte mais frágil do trinômio (empresa, previdência e empregado), acaba por ficar sem fonte de renda, sem ter de onde prover sua família.

A caracterização do limbo se dá pela ausência de regulamentação devida, visto que as normas que regem a relação contratual, bem como as normas que regem o afastamento do obreiro enfermo, não são claras, fazendo com que a responsabilidade de arcar com as verbas de direito não seja definida.

Essa ausência de regulamentação cria uma situação desconfortável e temerosa para o obreiro, para a previdência e para o empregador, vez que esse trinômio não sabe como se portar mediante a questão.

3. 2 DE QUEM É A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS NO PERÍODO APÓS A ALTA DO INSS?

Após a alta dada pelo INSS, ocorre a recusa, por parte do empregador, de proceder à readaptação funcional do empregado ainda incapacitado. Nesse diapasão, o cerne da questão gira em torno de saber de quem seria a responsabilidade de arcar com o pagamento dos salários, bem como das demais verbas trabalhistas referentes ao obreiro.

A dúvida existe vez que nesse limbo, o empregado encontra-se afastado de sua função laboral, porém incapacitado pelo médico da empresa, todavia sem direito a receber o benefício previdenciário devido, já que a alta médica previdenciária lhe foi concedida, ainda que indevidamente.

Ao ficar sem receber os proventos devidos, e sem poder exercer o labor pela enfermidade, o empregado se encontra desampadado, não só pela previdência ou pela empresa, mas pelo aparato jurídico que não versa sobre o dever ser em ocasiões como essa.

Quando em desamparo pelo INSS, que concedeu uma alta indevida, e sem as verbas provenientes do empregador, a questão consiste em: o que fazer?

Resta, então, ao empregador encaminhar o empregado novamente ao INSS, para requerer novamente a concessão do benefício. Até que o obreiro seja reintegrado ao auxílio-doença, ficará a cargo do empregador o pagamento do salário, uma vez que a causa suspensiva do contrato cessou.

Situação que, quando analisadas as normas existentes e já mencionadas no presente, resta evidenciada a suspensão contratual em situações de concessão a previdência para o recebimento do auxílio doença. Quando enfermo, o empregado é encaminhado para receber o benefício, e esse faz com que o seu contrato de trabalho seja suspenso enquanto o benefício vigorar.

Ocorre que quando o empregado recebe a alta médica pela previdência, o contrato de trabalho que estava suspenso, volta a vigorar. Diante do exposto, fica clara a responsabilidade por parte da empresa em arcar com as verbas do obreiro, vez que a responsabilidade proveniente do contrato de emprego, volta a vigorar quando a causa de suspensão contratual se extingue.

Conforme mencionado, não há de se falar em responsabilização por parte do INSS em arcar com os proventos, vez que o mesmo se exime de sua responsabilidade ao dar a alta, e por conseguinte, cortar sua relação com o empregado, finalizando o concedimento do benefício ao mesmo.

Sem maiores delongas, fica clara a necessidade de regulamentação da situação. Ainda que o limbo se resolva por mera análise dos dispositivos legais, não é plausível deixar que o empregado arque com os desconfortos provenientes da ausência da norma.

3. 2. 1 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Existe um número incessante de ações judiciais trabalhistas impetradas pelos empregados em face às reclamadas, para que sejam sanados os malefícios provenientes pela alta médica previdenciária concedida de forma indevida aos segurados e que, ao retornarem as empresas são impedidos pelo empregador de ocuparem suas funções.

Os obreiros aguardam por meses decisões judiciais para solucionar e , ou reestabelecer o benefício, ou efetivamente reconhecer a capacidade para o labor do empregado, enquanto aguardam o provento salarial fica em falta, visto que a empresa não se vê obrigada a arcar com o mesmo. Como não há benefício e o trabalhador não está exercendo atividade laboral, não existe, portanto, salário, o que gera o limbo tratado no presente (MASSONI, 2016).

A expectativa se transporta, mais uma vez, ao judiciário, a fim de que esse solucione a causa. É importante frizar que a ausência de regulamentação prévia, faz com que o obreiro e sua família fiquem desamparados.

A maior parte da jurisprudência segue a linha de que, mediante ao limbo, a empresa deve se posicionar e arcar com as despesas do obreiro. Ainda que fique a cargo da empresa a reabilitação para uma nova função dentro da mesma, os salários devem ser pagos até o benefício ser reestabelecido.

Nesse sentido, seguem os julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho, como se pode observar:

“LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELOS SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DECORRENTES DO VINCULO DE EMPREGO. DANO À MORAL. Após a alta médica do INSS, a suspensão do pacto laboral deixa de existir, voltando o contrato em tela a produzir todos os seus efeitos. Se o empregador impede o retorno ao labor, deve tal situação ser vista como se o empregado estivesse à disposição da empresa esperando ordens, onde o tempo de trabalho deve ser contado e os salários e demais vantagens decorrentes o vínculo de emprego quitados pelo empregador, nos termos do art. 4º da CLT. Além disso, o mero fato de ensejar ao trabalhador a famosa situação de “limbo jurídico previdenciário trabalhista” – quando o empregado recebe alta do INSS, porém ainda está inapto para o labor segundo a empresa – configura o dano à moral, posto que o trabalhador fica à mercê da própria sorte, sem meios para a própria sobrevivência e de seus dependentes”. (P. 00018981120135020261 – TRT2 – 5ª Turma – Recurso Ordinário – Des. Rel. Maurílio de Paiva Dias – publ. 09/03/2015).

Como esse, outro julgado do TRT-2, em sede de recurso ordinário, de número 000047275220125020203, versa sobre a responsabilidade salarial proveniente da alta previdenciária. Esse afirma e corrobora com o entedimento de que a suspensão contratual proveniente do benefício previdenciário cessa, e com isso, as obrigações provenientes do contrato de trabalho voltam a vigorar. Entendeu também o ministro relator do TRT-1, em sede de recurso ordinário de número 00102035420145010009, da mesma forma que o anterior.

Seguem nesse sentido o TRT-3 e o TRT-5, o primeiro versando sobre o período com o qual o obreiro postula pelas vias administrativa e judicial a manutenção de provimento dos benefícios previdenciários, vez que os salários e outras verbas não foram pagas, como o exemplo no RO nº 01688201411203000 e no segundo, um RO de número 02317000720095050462.

Há ainda empresas que alegam que quando o empregado opta pelo recurso administrativo no âmbito previdenciário, esse estaria abandonando seu emprego. O que de fato não ocorre, visto

que a estabilidade provisória é assegurada pelo art. 118 da Lei nº 8.213/91, que tem por função a preservação do emprego, conforme decisão proveniente do Tribunal da 3ª Região.

ALTA PREVIDENCIÁRIA - OPÇÃO DO EMPREGADO PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS JUNTO AO INSS EM VEZ DE RETORNAR AO SERVIÇO - ABANDONO DE EMPREGO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - A estabilidade provisória assegurada pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91 tem como escopo a preservação do emprego, e não apenas o pagamento dos salários do período sem a correspondente prestação de serviços. Comprovando-se, porém, que o obreiro, apesar de não retornar ao serviço, interpôs diversos recursos administrativos junto ao INSS, com o conhecimento da empregadora, afasta-se a hipótese de abandono de emprego e, por conseguinte, a justa causa para o rompimento do pacto laboral, sobretudo quando não houve, por parte da empregadora, nenhum ato convocatório para que o empregado retornasse ao trabalho, sob pena de configurar-se a justa causa tipificada no art. 482, i, da CLT. Entende-se que, no lapso temporal decorrido entre a interposição dos recursos administrativos e a decisão final do INSS, não houve ânimo de abandonar o emprego, mas apenas de obter o reconhecimento da sua incapacidade laborativa e o conseqüente restabelecimento do benefício previdenciário. O comprovado desinteresse pelo retorno ao emprego, após o indeferimento dos recursos administrativos, equivale, *in casu*, a pedido de demissão tácito, sendo desprovida de fundamento a dispensa por abandono de emprego pretendida pela Reclamada (TRIBUNAL: 3ª Região, 1ª Turma, DECISÃO: 25 04 2005, RO - 01543-2004-067-03-00-8, DJMG DATA: 29-04-2005, RELATOR Juiz Antônio Gomes de Vasconcelos).

Entretanto, ainda que a maior parte da doutrina se posicione de forma a entender que quando a alta é concedida, o contrato suspenso do empregado volta a vigorar, e portanto, a responsabilidade de arcar com o salário e os benefícios do empregado, há quem se posicione de forma contrária.

Tal posicionamento afirma que não há de se falar em pagamento dos proventos do empregado, vez que a suspensão vigora também durante a reintegração do empregado a ceara administrativa do INSS a fim de conseguir a reinserção para o recebimento do benefício, tal como afirma a jurisprudência *in fine* disposta:

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELOS SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DECORRENTES DO VINCULO DE EMPREGO. DANO À MORAL. Após a alta médica do INSS, a suspensão do pacto laboral deixa de existir, voltando o contrato em tela a produzir todos os seus efeitos. Se o empregador impede o retorno ao labor, deve tal situação ser vista como se o empregado estivesse à disposição da empresa esperando ordens, onde o tempo de trabalho deve ser contado e os salários e demais vantagens decorrentes o vínculo de emprego quitados pelo empregador, nos termos do art. 4º da CLT. Além disso, o mero fato de ensejar ao trabalhador a famosa situação de “limbo jurídico previdenciário trabalhista” – quando o empregado recebe alta do INSS, porém ainda está inapto para o labor segundo a empresa – configura o dano à moral, posto que o trabalhador fica à mercê da própria sorte, sem meios para a própria sobrevivência e de seus dependentes”. (P.

00018981120135020261 – TRT2 – 5ª Turma – Recurso Ordinário – Des. Rel. Maurílio de Paiva Dias – publ. 09/03/2015).

O supracitado entendimento segue na linha de que não há de se falar em irregularidade por parte da empregadora, visto que a comprovação da incapacidade do obreiro resta comprovada por meio de laudos médicos, e esses impossibilitam o retorno do mesmo ao labor, inclusive durante o período do recurso administrativo perante a Previdência Social.

Afirma ainda, que não há que se falar em obrigatoriedade da empregadora remunerar o empregado no período de cessação do benefício, vez que diante desse lapso temporal esse permanece afastado requerendo, por meio do recurso administrativo, a reconsideração do pedido de auxílio-doença, devendo esse período ser considerado, juntamente com o período do afastamento, um período de suspensão contratual, não cabendo a imputação dos proventos a empregadora, como afirma o julgado a seguir:

AUXÍLIO-DOENÇA – ALTA DO INSS – EMPREGADA CONSIDERADA INAPTA PELO MÉDICO DA EMPRESA – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS AO EMPREGADOR. Não houve recusa injustificada da empresa em reintegrar a obreira ao trabalho. Toda a prova documental produzida demonstra que a reclamada não agiu de má fé e cumpriu todas as suas obrigações, não exigindo da trabalhadora a prestação de serviços, por reputá-la incapaz para o trabalho e fornecendo a documentação necessária para que a reclamante pudesse pleitear seus direitos junto ao INSS (docs. nº 45/68, volume apartado). Não se constata qualquer irregularidade no procedimento patronal. O laudo pericial de fls. 152/161, inclusive, confirmou que a reclamante não está apta ao trabalho, apresentando fibromialgia, lesão crônica da coluna (discopatia degenerativa) e quadro de depressão crônica, todos sem nexos com o trabalho realizado na reclamada. Como bem salientado a quo, não há impedimento legal para que as empresas, diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho, obstem seu retorno ao trabalho enquanto durar o procedimento administrativo de recursos perante a Previdência Social, também não há obrigatoriedade de remunerar mencionado período, já que, esse período em que o empregado permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como de suspensão do contrato de trabalho. Outrossim, não há fundamento legal para autorizar o pagamento dos salários pretendidos. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento” (P. 0001364-07.2013.5.02.0087 – TRT2 – 18ª Turma – Recurso Ordinário – Des. Rel. Maria Cristina Fisch – publ. 02/03/2015).

No caso da jurisprudência mencionada, a tese levanta questionamentos a cerca de sua aplicabilidade, vez que fere princípios basilares do Direito do Trabalho, bem como da constituição federal ao zelar por uma condição social digna ao trabalhador, e ainda falha no que tange a segurança jurídica necessária para o tratamento de condutas similares.

Por fim, diante do posicionamento jurisprudencial mediante a cessação do benefício bem como da natureza alimentar do salário, seria, no mínimo, temeroso supor que o obreiro não retornaria a empresa para voltar a exercer a sua atividade laboral. Portanto, incumbe a empresa reintegrar o empregado, ainda que em função distinta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho, antes de ser uma obrigação ou dever, é um direito da pessoa humana, sendo por meio do trabalho que o indivíduo se integra a sua comunidade e alcança patamar civilizatório de dignidade.

Não se desconhece que a lógica de mercado quase sempre conflita com os interesses do empregado, e que conciliar ambos é árdua tarefa que desperta acalorados debates. Igualmente não se ignora o fato de empregador e empregado serem a força motriz que trazem desenvolvimento a nação, transformando a nossa realidade.

Entretanto, a presente pesquisa nos aponta a existencia de um limbo legislativo, que a jurisprudência trata de solucionar fazendo as vezes de legislador, majoritariamente estabelencendo que cessada a suspensão contratual o empregador se torna responsável pelo pagamento dos proventos do empregado.

Nota-se, ainda, uma cambaleante e receosa jurisprudência minoritária que aplica entendimento diverso, isentando o empregador de tais encargos, ferindo, dentre outros, o princípio da proteção da continuidade empregatícia, acarretando em uma situação de disparidade entre os jurisdicionados e agravando o quadro de insegurança jurídica.

Por meio do presente estudo, vislumbrou-se uma idéia que vem à superfície para tentar solucionar o imbróglgio, de maneira a garantir os direitos constitucionais tutelados na Constituição Republicana e garantir a segurança jurídica, que consiste na criação de legislação específica aplicável à espécie, mediante amplo debate com diversos setores da sociedade, afim de determinar à quem cabe o ônus de arcar com o salário e os benefícios do empregado em meio ao limbo jurídico.

A análise da situação, do ponto de vista meramente do direito, resta solucionada no que tange a subsunção da norma ao fato. A suspensão contratual se dá quando, em meio ao contrato de trabalho, ocorre um motivo para a cessação da prestação de serviço, sendo assim, quando a razão pelo qual a mesma se extingue, por conseguinte, se extingue a dita suspensão.

Ora, não há de se falar em possibilidade da suspensão se estender até a certeza do retorno do benefício previdenciário para o empregado, uma vez que, para o INSS, o médico-perito já concedeu a alta, e, portanto, os motivos para o recebimento acabaram, bem como as doenças que acometiam o empregado.

Quando a suspensão do contrato cessa, o dito volta a vigorar, bem os efeitos que o contrato de trabalho produzem, sendo assim, as responsabilidades do empregador devem ser exercidas em sua completude, devendo pois o empregador arcar com o salário do obreiro, independente de sua relocação dentro da empresa para o exercício de outra função, ou de um possível encaminhamento a previdência devido a discordância da alta previdenciária.

O que não pode ocorrer, é o desamparo ao obreiro. Esse, além de desamparado legislativamente, pela ausência de norma, se encontra desassistido no que tange a previdência, que não se vê mais obrigada a arcar com o benefício, por considerá-lo apto a exercer a atividade laboral, bem como pelo empregador que não reconhece a responsabilidade, pela falta de norma que o obrigue.

Conclui-se, por fim, que a recusa, por parte do empregador, de proceder à readaptação funcional do empregado ainda incapacitado e que recebeu alta médica pela Previdência Social representa desrespeito ao art. 170, VIII da Constituição de 1988, visto que o emprego pleno consiste na segurança de uma busca pela segurança empregatícia, ou, pelo menos, na certeza da continuidade da contraprestação patronal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. Resolução CFM nº 1.488 de março de 1998. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1488_1998.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprove a consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 5.844, de 13 de julho de 2006. **Regulamento da previdência social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5844.htm>. Acesso em: 04 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 8.213, de 24 de junho de 1991. **Os planos de benefícios da previdência social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10ª ed. rev. Atual e reformulada. São Paulo: Saraiva. 2012.

CARVALHO, Jéssica Terezinha do Carmo. RODRIGUES, Maria Lucia Soares. **Limbo Jurídico Trabalhista-previdenciário: ponderações para a efetivação dos direitos humanos na sociedade moderna**. Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro6/Maria%20Lucia%20Soares%20Rodrigues%20e%20J%20C%20A%20ssica%20Terezinha%20do%20Carmo%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 12ª ed. Ver. Atual e ampla. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalhador**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Eduardo Rocha. MACÊDO, José Leandro Monteiro. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7ª. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MASSONI, Túlio de Oliveira. **Os desafios do trabalhador em face da (indevida) alta previdenciária**. 2012. Disponível em: <<http://www.prev.unifesp.br/index.php/edicoes-antiores/vol-1-novembro-2012/14-osdesafios>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

PEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O minicidionário da língua portuguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro. 2002.

SAVARIS, José Antônio. **Curso de perícia judicial previdenciária**. São Paulo: Conceito Editorial. 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 6. Ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2005.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Processo nº 00102035420145010009. Relator: -. Data do Julgamento: 27/06/2016. Disponível em:<<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/360398380/recurso-ordinario-ro-102035420145010009-rj?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 27 maio. 2018

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Processo nº 00018981120135020261. Relator Maurílio de Paiva Dias. Data da publicação: 09/03/2015. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202274107/recurso-ordinario-ro-18981120135020261-sp-00018981120135020261-a28/inteiro-teor-202274120>>. Acesso em: 27 maio 2018.

_____. Processo nº 00004727520125020203. Relator: -. Data da publicação: 06/10/2015. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312199341/recurso-ordinario-ro-4727520125020203-sp-00004727520125020203-a28/inteiro-teor-312199352?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 maio. 2018.

_____. Processo n. 00018981120135020261. Relator: Maurílio de Paiva Dias. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202274107/recurso-ordinario-ro-18981120135020261-sp-00018981120135020261-a28/inteiro-teor-202274120>>. Acesso em: 27 maio. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Processo nº 01688201411203000. Relator: Angela C. Rogedo Ribeiro. Data da Publicação: 26/02/2016.0 Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/308536024/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1688201411203000-0001688-5520145030112>>. Acesso em: 26 maio. 2018. _____. Processo nº. 01543-2004-067-03-00-8. Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos. Disponível em: <https://sinarafernandes.jusbrasil.com.br/artigos/189864068/alta-medica-previdenciaria-no-beneficio-de-auxilio-doenca-e-o-retorno-do-empregado-a-empresa-um-tortuoso-caminho?ref=topic_feed>. Acesso em: 28 maio. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. Processo nº 02317000720095050462. Relator: Paulo Sérgio Sá. Data de publicação: 20/10/2015. Disponível em: <<https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/245150687/recurso-ordinario-record-2317000720095050462-ba-0231700-0720095050462>>. Acesso em: 29 maio. 2018.