

Limbo previdenciário.

Raul Moreira Pinto
Juiz aposentado TRT3

Vem-se firmando no âmbito da Justiça do Trabalho a tese de que, ante a inexistência de regulamentação legal do período de afastamento do empregado por licença médica, mas já com alta do INSS e considerado inapto pelo médico da empresa, se evidencia um “limbo jurídico previdenciário”.

Em função desse limbo jurídico e considerando que o empregado não pode ficar desprotegido, vem se lançando a responsabilidade ao empregador de pagar o valor correspondente aos créditos trabalhistas que seriam gerados naquele período de afastamento, se normalmente executado fosse o contrato.

Até 2007, quando se falava em limbo, vinha à ideia aquele local destinado aos recém nascidos que faleciam antes do batismo, dentro dos ensinamentos do catolicismo. Esse termo, dentro dessa ideia, veio da origem etimológica da palavra: borda, parte externa.

Mas o termo está prestes a voltar a ter o significado religioso: região na fronteira do Inferno. Com efeito, solução judicial tão extrema levará os jurisdicionados e advogados à beira de um novo Hades nas demandas perante a Justiça do Trabalho.

Na verdade o limbo jurídico não serve – e nem poderia servir – de alternativa a ou extensão das regras de aplicação do direito, postas na antiga LICC, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A tese do limbo jurídico cria regra de aplicação da lei estranha ao artigo 4º., da LINDB, avançando o Judiciário na seara do Legislativo.

Se vingar a tese dos julgados, num raciocínio ousado, poder-se-ia até estender à lei de interpretação a mesma tese do limbo: no dito artigo também se verifica um limbo – qual seja, o de não cuidar da aplicação dele, o próprio limbo, e *sic itur ad astra...*

Percebe-se que alguns julgados, argumentando com a existência do limbo jurídico, acabam tentando justificar a aplicação de regras do sistema baseados na analogia. Ora, se há regramento legal, ainda que aplicado analogicamente, simplesmente não há se falar em limbo; não há lacuna. .

Naquela linha de argumentação, ora se diz que está a responsabilização do empregador preconizada no artigo 4º., da C.L.T., ora invocam-se disposições sobre responsabilidade civil ou

princípios de direito de trabalho, como assunção dos riscos da atividade pelo empregador. Entretanto, não se trata mesmo da aplicação da técnica da analogia, pela falta de similitude entre as situações dos casos concretos e as hipóteses previstas no direito positivo.

O fato é que não existe previsão legal para pagamento de benefício para o período em que o empregado tiver impossibilitado de trabalhar por motivo de doença, com alta do órgão de previdência. E a situação não se assemelha a qualquer uma das hipóteses legais aventadas nos acórdãos e a semelhança das situações é fundamental, como afirmado, para admitir-se a aplicação analógica da lei.

Veja-se, *v.g.*, que artigo 4º, da C.L.T., deixa claro que o tempo a ser considerado como de serviço é aquele em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Por motivos mais do que óbvios, na situação de afastado por doença, o empregado não está a disposição do empregador.

Para invocarem-se as regras da responsabilidade civil, baseada na culpa subjetiva, há um invencível empecilho: o reconhecimento de culpa do empregador. Mesmo que, à guisa de interpretação, se quisesse aplicar a culpa objetiva, estar-se-ia diante de uma interpretação extensiva, incompatível com a excepcionalidade desse tipo de responsabilização.

Quanto à invocação do artigo 2º, igualmente, também da C.L.T., também não se sustenta a posição.

Com efeito, os riscos da atividade econômica, ali mencionados, se referem àqueles próprios da atividade empresarial, vale dizer, o insucesso do negócio que leva à quebra não pode ser repartido com os empregados, como não são repartidos, no seu sucesso, os lucros. Se prevalecer o enfoque dos julgados, seriam lançados à inutilidade institutos como a força maior e caso fortuito, histórica e milenarmente presentes na verificação da responsabilidade civil.

Igualmente conceitos vagos, como proteção à dignidade do trabalhador e valorização do trabalho, são diretrizes para o legislador e o juiz não o é – e nada legítima que o seja – por via oblíqua de decisão judicial.

A tese do limbo, como produto de raciocínio forçado, respeitadas opiniões contrárias, traz até mesmo dificuldade para o julgador ao especificar a condenação, como ao nomear as verbas deferidas, trazidas pelo entendimento do que seja limbo jurídico.

Nesse último caso, verifica-se que, evidentemente, as verbas não são salários, porque, como observado, a existência destes pressupõe a prestação de trabalho; não são indenização, porque dependeriam da existência de por parte do devedor e demonstração do nexa causal.

Alguns acórdãos enfocam a questão falando em deveres genéricos do empregador, como acima referenciado, o que também conduziria a discussão para o plano da responsabilidade civil, mas isto não poderia ser aceito porque, além de outros requisitos da responsabilização, faltaria igualmente a relação causa/efeito, vale dizer, a conduta do empregador não daria causa, por ato ou omissão, ao afirmado dano.

De qualquer modo, parece que a instituição do “limbo jurídico”, qualificado em alguns acórdãos, como “previdenciário” (qualificação que sugere se passe o fenômeno em outro ramo de direito, o que colocaria em xeque a própria competência da Justiça do Trabalho para julgar pedidos daquela natureza), bate violentamente com regra de estatura constitucional, que proíbe de forma expressa a imposição de obrigação sem que haja lei que a preveja. As conseqüências devastadoras do *auflockerung* nazista são um bom estímulo para a rigorosa obediência ao princípio da legalidade, sem exceções.

É sem dúvida simpático e parece muito justo, sob o aspecto social, que, na situação noticiada nos processos, receba o empregado os valores correspondentes ao que auferiria se estivesse executando normalmente o contrato de trabalho.

Entretanto, quando se fala em decisão justa, deve-se entender que esta qualidade deve ser afetada a ambas as partes litigantes; não há como coexistirem situações de justiça para uma parte e de injustiça para outra.

Conforme já registrado, a ordem constitucional determina que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Acaso ou não, sintomático é o uso do termo “obrigar” que necessariamente inclui um credor e um devedor; não há obrigação em que se tenha apenas o credor. E para ser devedor há o direito positivo de dizer porquê e de forma precisa e clara, tipo de manifestação que é exigência da aplicação do princípio da legalidade.

A colmatação do sistema legal com o argumento da existência de limbo jurídico instalaria uma profunda insegurança jurídica.

Toda vez que parecesse ao julgador - não obstante a ausência de lei garantindo certa posição vantajosa para um dos litigantes - ser conveniente ou justo reconhecer a existência desta, uma nova regra jurídica seria estabelecida, trazendo o caos ao convívio social. Esta situação se agrava no caso dos processos enfocados nestes os escritos, pois não há uma sinalização clara para o empregador no sentido de como se conduzir para evitar dissídios futuros de igual natureza.

É bem verdade que, ainda que em poucos dos mencionados acórdãos, sugere-se neles que o empregador,

pagando o benefício (benefício, sim, porque esta é a sua real natureza), se volte contra o órgão previdenciário para se ressarcir.

Com certeza, não teria o empregador sucesso na empreitada pois lhe faltaria interesse jurídico; teria apenas interesse econômico. Além do mais correria o risco de, por falta de alcance da coisa julgada em face de terceiro, produzida na Justiça do Trabalho, a prova na sua demanda restar diferente da produzida na Justiça do Trabalho, conduzindo-se a uma situação surreal.

Não o autorizaria a *delegatio* forçada a acionar o devedor inadimplente, à falta de lei que o preveja, a menos que, aí, também se veja um limbo a justificar a criação de nova regra.

Não se pode esquecer que são muitas as contribuições para a Previdência; o empregador, na folha de pagamento, despende de 21% a 23% por cento dela àquele título; paga Confins e outras eventuais taxas inseridas no complexo sistema tributário brasileiro.

Ora tais contribuições são para assistir situações como as tratadas nos julgados. Fazer com que o empregador pague, por assim dizer, o prêmio do seguro (a Previdência, em essência, é um seguro em benefício do empregado) e depois tenha que satisfazer a indenização definitivamente não é correto.

Resumindo: a solução encontrada pelos julgados, mesmo que justa fosse, traz insegurança jurídica; o justo, muitas vezes, por variadíssimas razões, é sacrificado em prol da segurança jurídica.

Finalmente, o alerta de Venosa, quanto à aplicação da analogia (que efetivamente é o mote das decisões): “É necessário que haja lacuna na lei e semelhança com a relação não imaginada pelo legislador. A seguir, no derradeiro passo do raciocínio, o interprete procura uma razão de identidade entre a norma encontrada, ou o conjunto de normas, e o caso contemplado.” “Não pode haver ‘fuga à ratio legis’ aplicada”