

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO (“LATO SENSU”) NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

*Diego Henrique Schuster**

*Paulo Afonso Brum Vaz***

1 INTRODUÇÃO

Não é necessário olhar muito longe para se perceber que, quando concedido um benefício de auxílio-doença a uma gestante com risco de abortamento, o magistrado está lançando mão do princípio da prevenção. Ou seja, é possível traçar uma linha reta entre causa e consequência, por sua previsibilidade. Ameaça de aborto é caso para repouso total – não importa a causa. Já nas situações em que perito judicial não consegue diagnosticar a incapacidade, a incerteza científica impõe uma postura de precaução.

As reflexões que se sucedem têm o escopo principal de mostrar, ainda que de forma sucinta, a necessidade de se inserir novos critérios para se analisar a

**Advogado e pesquisador da Lourenço e Souza Advogados Associados. Mestre em Direito Público e Especialista em Direito Ambiental pela UNISINOS. Diretor-Adjunto da Diretoria Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP*

***Desembargador Federal, Presidente da Turma Regional Suplementar de SC. Mestre em Poder Judiciário (FGV) e Doutor em Direito Público (Unisinos)*

existência, ou não, do direito a um benefício por incapacidade e, consequentemente, qual a sua função no interior de um sistema de gestão de riscos. Tais critérios poderão orientar e legitimar a aplicação dos princípios da prevenção e precaução em matéria previdenciária, a fim de garantir não apenas a proteção do segurado, mas a efetiva recuperação do seu organismo, o que, na melhor relação custo-benefício, poderá diminuir os custos da Previdência Social.

O artigo será dividido, no seu desenvolvimento, em quatro partes. Na primeira, chama-se atenção para a função da Previdência Social. Na segunda, ganha destaque uma abordagem sistêmica, a fim de demonstrar que os denominados acoplamentos estruturais entre diferentes sistemas podem contribuir para a construção de decisões compatíveis com a gestão do risco, a partir da comunicação entre os sistemas. Na terceira, desenvolve-se uma compreensão dos princípios da prevenção e precaução permitirá sua translação, do direito ambiental para o âmbito da proteção social, e ali adquirir uma feição muito particular. Na quarta e última, mostra-se que a jurisprudência, refletida nas decisões do sistema judicial, começa a assumir a dimensão preventiva dos benefícios por incapacidade.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMPROMETIDA COM A GESTÃO DOS RISCOS: BASILAMENTO DO DEBATE

O sistema de Seguridade Social tem o papel (funcionalidade) de proteção dos indivíduos diante dos riscos sociais, criando, entre outras, expectativas normativas em torno da redução do risco de invalidez. Nessa perspectiva, a função dos benefícios por incapacidade não se resume a substituir os rendimentos do trabalho do segurado, mas também oferecer possibilidade de prevenção/precaução contra o agravamento ou a incapacidade definitiva para o trabalho.

A incapacidade laborativa não é somente aquela que se apura efetiva em uma perícia médica. Concorde-se que o afastamento, para o gozo do benefício, merece ser autorizado, quer seja em razão da efetiva incapacidade para o traba-

lho, quer seja como parte do tratamento da moléstia, a fim de evitar a recidiva da incapacidade ou invalidez futura.

É nesse cenário que se estuda a possibilidade de inserção do binômio probabilidade/magnitude na observação das atividades de risco. O risco será sempre descrito a partir do binômio probabilidade/magnitude, seja ele concreto ou abstrato. A quantificação das faces deste binômio toma como base os elementos constituintes da prova existente no caso concreto, permitindo ao magistrado lançar mão ou do princípio da prevenção ou da precaução. Trata-se de avaliar: “Riscos concretos são aqueles que a ciência pode delimitar ou precisar, impondo uma atitude de prevenção. Riscos abstratos são aqueles onde há incerteza científica acerca de sua ocorrência ou extensão, impondo uma postura de precaução” (ENGELMANN, FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 152).

A única forma de se “calcular” o futuro é por meio da probabilidade/magnitude.¹ No caso dos benefícios por incapacidade, o que é mais ou menos provável e/ou mais ou menos improvável de acontecer caso não seja concedida a prestação previdenciária. Mesmo sendo baixa a probabilidade de ocorrência de um evento indesejado, é possível uma postura diferenciada quanto à exigência da convicção probatória. Enfocando exclusivamente o direito ambiental, Délton Winter de Carvalho esclarece a necessidade de se olhar para “a gravidade das consequências em questão em um determinado risco” (CARVALHO, 2011, p. 94). Em poucas palavras, o dano pode ser grave ou irreversível, razão pela qual o afastamento tem como finalidade evitá-lo e, com muito maior razão, atenuá-lo. Exemplificando, mesmo que ocorrência de convulsões seja pouco frequente, é possível se recorrer ao princípio da prevenção e dar mais ênfase à magnitude, no caso de trabalho em alturas, com exposição à alta tensão elétrica, etc.

Até mesmo diante de incertezas quanto à probabilidade ou magnitude ou, até mesmo, aos dois, há que se tentar reunir o máximo de certeza para enfrentar a incerteza (MORIN, 2010, p. 193). Segundo Carla Amado Gomes: “Quanto maior for a incerteza, maior o cuidado da entidade decisora deverá

¹ É importante esclarecer que os termos “probabilidade” e “magnitude” apareceram de forma inédita na doutrina brasileira a partir do livro “Dano ambiental futuro”, no qual Délton Winter de Carvalho defende um sistema de responsabilização pela produção de riscos ilícitos, considerados juridicamente intoleráveis segundo a sua probabilidade e magnitude, ou seja, para fins diferentes daqueles que se pretende ao longo desse trabalho.

colocar na explanação do percurso ponderativo que a levou adotar tal medida” (GOMES, 2002, p. 52). Com efeito, o que se defende não é uma proteção exagerada ou desproporcional do segurado/beneficiário. Não se pode fazer da ausência de 100% de certeza sobre a capacidade para o trabalho um motivo para, em si mesmo, justificar a concessão e/ou manutenção do benefício por incapacidade.

Acontece que as avaliações tradicionais mostram-se negligentes no que diz respeito aos efeitos indiretos, cumulativos e sinérgicos dos acidentes e doenças (ocupacionais). O processo judicial acaba ocultando as variáveis do risco e, até mesmo, dúvidas triviais, preso que está a uma espécie de dualismo cartesiano: é “tudo ou nada” (a resposta para os quesitos é “sim” ou “não”), além de um enfoque extremamente formal, com poucas oportunidades de diálogo entre as diferentes áreas de conhecimento. Isso revela não apenas a angústia do sistema jurídico pela certeza científica, mas a dificuldade de conciliar a complexidade dos novos problemas que surgem no seio das sociedades modernas: a complexidade e as contingências. A prova pericial continua sendo tratada como uma terceira coisa, que se interpõe entre os documentos fornecidos pelo segurado e o benefício.

Na práxis jurídica, o que se verifica é uma simples descrição do passado, sem qualquer observação e/ou preocupação com o futuro (com a proteção do trabalhador). Em outras palavras, a perícia judicial (ainda) se destina a fazer prova de um fato passado, e não a formar vínculos com o futuro, no sentido de influenciar uma medida preventiva ou precaucional. Acontece que, para se ligar passado e futuro, de forma que uma decisão possa ser considerada válida para o Direito, é preciso sair de um lugar de onde, até pouco tempo atrás, era possível observar os riscos industriais (e.g.: quebrar uma perna ou cortar um dedo) e ir além, para agora buscar o maior número possível de informações/certezas sobre os novos riscos, que cobrem aspectos físicos, psicológicos, sociais e econômicos das condições de trabalho.

O intérprete deve indagar se a informação é segura e os conhecimentos médicos são elementos suficientes para garantir o rigor do diagnóstico, o que sempre esbarra em questões pertinentes a outras áreas do conhecimento, dada a sua transdisciplinaridade. A (in)capacidade para o trabalho deve ser analisada desde o ponto de vista médico, social e econômico.²

2 Em decisão recente, o STJ reafirmou o entendimento. “PREVIDENCIÁRIO.

3 PERSPECTIVA SISTÊMICA DA DECISÃO JUDICIAL: RISCOS E COMUNICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PARCIAIS

É importante destacar que o estudo captura traços da teoria sistêmica, com especial atenção para a contextualização sociológica de risco, imprescindível para a assimilação dos novos riscos (abstratos) e uma comunicação, cada vez mais, preocupada em controlar o futuro e evitar danos. Diego Henrique Schuster, com base na interpretação sistêmica de Niklas Luhmann e daqueles que buscam sua ampliação, aposta numa delimitação do conceito de risco a partir de sua distinção de perigo:

Aceitando a possibilidade de as decisões tomadas no presente estabelecerem vínculo com o futuro, ainda que não se possa conhecê-lo suficientemente, tampouco os efeitos das próprias decisões, é que se compreende a face construtiva da turva distinção risco/perigo. Niklas Luhmann, supondo que existe uma insegurança em relação aos danos futuro, aduz que se pode considerar como risco aquele dano que decorre de uma decisão, enquanto o perigo é provocado externamente, um evento ocasionado pela natureza. Nesse sentido, o risco seria algo passível de algum controle pelos processos de tomada de decisão, enquanto o perigo ficaria completamente alheio, isto é, não se pode fazer nada a respeito. Sob a ótica dos sistemas sociais, Germano Schwartz afirmar que ‘o risco deve ser tratado como um fenômeno da contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea.’ (SCHUSTER, 2016, p. 48-49)

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSIDERAÇÃO DOS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS DO SEGURADO. NECESSIDADE. PRECEDENTES. [...] Todavia, de acordo com o entendimento jurisprudencial do STJ, entende-se que “a concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais da segurada, ainda que o laudo pericial apenas tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho” (STJ, REsp 1743995 / RJ. Data da decisão: 06/12/2018). Nesse sentido: STJ, REsp 1568259 / SP. Data da decisão: 24/11/2015; STJ, AgRg no AREsp 103056. Data da decisão: 25/06/2013; STJ, AgRg no AREsp 318761. Data da decisão: 28/05/2013; STJ, AgRg no AREsp 81329. Data da decisão: 14/02/2012. Vide Súmula 77 da TNU.

Para a teoria dos sistemas sociais, o risco é um modo de observação. Os sistemas se observam a si mesmos, observam uns aos outros e observam suas observações. Risco é um termo forjado para observar e desafiar a incerteza de danos. Pensar nos riscos é pensar no inexistente, é orientar-se para o futuro, pelo hipotético, por eventualidades e contingências. Em outras palavras, representa a tentativa de resolver um problema futuro da forma mais eficiente e racional.

E o conceito de risco desemboca sempre no tema gestão racional dos riscos. Os desafios que se colocam para a gestão dos riscos podem implicar transferi-los, fazê-los repercutir em outros pontos, transformá-los, concentrá-los ou compensá-los.

Para a teoria dos sistemas sociais, o risco é um perigo que se atribui a uma pessoa ou organização para que ela se torne responsável. A problemática a que isso conduz não é, portanto, “segurança” e sim “responsabilidade” ou, melhor dizendo, a capacidade de enfrentar os riscos e dar respostas sustentáveis. Bem aplicada a perspectiva luhmanniana, vai-se perceber que o perigo não tem autor, apenas causas e vítimas; o risco, todavia, tem sempre um responsável, alguém a quem se possa imputá-lo ou ao menos fazer-lhe exigências. A essência do esquema risco-perigo não é, portanto, a eliminação da insegurança e sim sua gestão.

A elevada consciência de risco no mundo contemporâneo se deve ao aprofundado estudo das suas possibilidades e complexidades. Quando mais se sabe sobre os riscos, quanto maior é a investigação e o conhecimento, maior será a “consciência de risco”. Como afirmou Luhmann, “cuanto más racionalmente se calcule y cuanto más complejo sea el cálculo, de más aspectos nos percataremos, y con ellos vendrá mayor incertidumbre en cuanto al futuro y, consecuentemente, más riesgo” (LUHMANN, 1992, p. 72,73).

Para Luhmann, ao contrário do senso comum, a segurança não é a solução, sim parte do problema do risco. Não se pode proporcionar segurança, mas apenas absorver insegurança. A segurança é apenas o correlato negativo do risco. O risco só se reduz com risco. A segurança está para o risco como a sombra está para a luz. Resumindo, a segurança é apenas uma variável com diversos aspectos e graus, de modo que o dilema é saber se a segurança alcançável é suficiente ou não (LUHMANN, 1992, p. 56 e 206).

Aplicar a prevenção/precaução é gerir racionalmente os riscos futuros, a partir da complexidade e das contingências. O agravamento de uma enfer-

midade representa um risco palpável, que produz irritações para o sistema do direito, para o sistema científico, para o sistema sanitário (médico), para o sistema econômico e para o sistema político. Aliás, em tudo o que diz respeito ao risco está presente a autorreferência dos sistemas. O sistema jurídico diz o que é direito, a economia, o que é possível, a ciência o que é verdadeiro, a política, o que é normatizável ou não, o sistema sanitário, o que está saudável ou doente, e assim por diante. Diagnosticar e enfrentar os riscos somente pode ser feito a partir da circularidade dos sistemas, mas cada sistema tem que produzir suas próprias respostas, sob pena de corromper-se de desaparecer junto com a sua autorreferência.

O sistema econômico precisa ser consultado, sobretudo diante da escassez de recursos da Seguridade Social, o sistema sanitário vai posicionar o juiz sobre as evidências científicas, mister que se compreende no laudo médico pericial, que interfere no sentido de apresentar soluções para que a enfermidade cesse ou não se agrave, incluindo ou excluindo o segurado são ou doente.

O aumento da complexidade do sistema de saúde, ou seja, o excesso paradoxal de possibilidades que se apresentam, como avanços da medicina no tratamento, na prevenção e na promoção das doenças, são problemas e ao mesmo tempo oportunidades (soluções) para o sistema judicial. Problemas porque conduzem ao paradoxo da complexidade (existência de mais possibilidades do que se pode realizar) e da contingência (perigo de desapontamentos e necessidade de produzir riscos). Oportunidades porque quando se aumenta a complexidade (gama de possibilidades) há um ganho em aderência social da decisão.

Para decidir com responsabilidade, reduzindo a insegurança (não para garantir segurança), o juiz precisa traduzir todas essas lógicas referenciais parciais para o código do direito. Assim, o risco acaba por converter-se em comunicação. Para a teoria dos sistemas, o que interessa são as comunicações. A sociedade é feita de comunicações. Os sistemas sociais são sistemas comunicativos. Uma comunicação somente encontra probabilidade de produzir sentido no Direito quando pretenda comunicar algo que esteja vinculado ao código operacional do sistema: direito e não direito, que será subsidiado pelos seus programas e suplementos. A Constituição da República é, por excelência, a programação do sistema jurídico, na medida em que traduz as expectativas cognitivas do povo brasileiro traduzidas em expectativas normativas (anseios positivados).

É a partir desta abertura cognitiva e sem comprometimento na necessária da clausura operacional, portanto, que o sistema jurídico consegue enfrentar o problema dos riscos, sobretudo quando na decisão estão em jogo a saúde, a vida ou a dignidade de um indivíduo, todos direitos condensados no texto constitucional enquanto expectativas normativas.

O Judiciário, ao decidir acerca da concessão ou não de um benefício previdenciário por incapacidade, estará também decidindo se devolve o segurado ao mercado de trabalho ou não (incluindo ou excluindo). Esta escolha, dentre as possíveis (e o excesso de possibilidades é sempre problemático), sendo indeclinável, demanda um exercício comunicativo operacional e cognitivo entre estes sistemas. A esta abertura comunicativa do sistema judicial, que precisa decidir e decidir conforme o seu código binário direito e não direito (é direito o que o sistema do direito estabelece como tal), convencionou-se sistemicamente chamar “acoplamento estrutural”, em cujo ápice se encontra a Constituição da República.

O acoplamento estrutural possibilita, a partir das irritações estruturadas, selecionar as informações, reduzir a complexidade desordenada e construir uma complexidade sistêmica, que não é um problema a ser eliminado, mas sim uma condição necessária para a diferenciação sistema/entorno.

A troca comunicativa entre os sistemas (processo seletivo de informações), grosso modo, permite que o sistema decida, internalizando e processando essas informações, sem corromper o seu código binário de referência (direito e não direito).

Os riscos se transportam de um sistema a outro toda vez que se *transformam*. Os sistemas se provocam entre si mesmos e pretendem se desfazer de seus próprios riscos ou postergá-los fazendo-os repercutir em outro sistema.

O sistema político, sobrecarregado pelas exigências do Estado Social, tende a repassar seus riscos para o sistema judicial desencadeando a judicialização das relações sociais. O sistema judicial repassa seus riscos para o sistema de seguridade social e para o sistema econômico e assim por diante. O sistema sanitário, enclausurado operacionalmente, tende a transferir seus riscos também para o sistema judicial, que precisa decidir sobre a capacidade ou incapacidade na perspectiva do direito.

Esse é o dilema inter-sistêmico. O sistema sanitário ou médico, cujo código binário é saúde/enfermidade declina a análise do risco ao Poder Judiciário,

quando se limita ao exame fechado do corpo sem estabelecer as perspectivas futuras do quadro mórbido em confronto com a vida laboral do segurado: recrudescimento, estabilização ou agravamento.

O sistema judicial não pode decidir sem se comunicar com o sistema sanitário, mas não pode também deixar de decidir. A análise do risco representa para o sistema judicial o décimo segundo camelo de Luhmann. A experiência forjada na cognição factual sob a regulação dos programas e suplementos (principalmente, Constituição, leis, jurisprudência, precedentes e doutrina) permite ao juiz decidir, sem fugir do código binário do direito (sua autorreferência) sobre o que pode representar um risco para o segurado ou não, a ser atribuído (imputado) ao sistema de seguridade, cuja funcionalidade é gerir os riscos a que se submetem seus segurados e assistidos.

4 OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO: QUAL A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO?

Utilizando a racionalidade jurídica interdisciplinar (sobretudo com o Direito Ambiental), os princípios da precaução e prevenção visam à gestão do risco. Cumpre verificar que o princípio da precaução, assim como os demais princípios norteadores do direito ambiental, está “construído sobre o respeito aos limites e contornos ambientais, além do respeito da fragilidade humana” (ENGELMANN, FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 124).

O princípio da prevenção “*aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para identificação dos impactos futuros mais prováveis*” (ENGELMANN, FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 152). Em poucas palavras: “*Quando for possível mediar as proporções de um dano e a certeza de sua ocorrência se estaria tratando de prevenção, portanto*” (ANTUNES, 2005, p. 35).

Na lição de Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 348): “As ações incidentes sobre o meio ambiente devem evitar sobretudo a criação

de poluições e perturbações na origem e não apenas combater posteriormente os seus efeitos, sendo melhor prevenir a degradação ambiental do que remediá-la *a posteriori*”. Oportunas, também, as considerações de Paulo Afonso Leme Machado (2010, p. 94) sobre as Convenções que tratam do princípio da prevenção, no sentido de encerrarem: “[...] a necessidade de prever, prevenir e evitar na origem as transformações prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Todos esses comportamentos dependem de uma atitude do ser humano de estar atento ao seu meio e não agir sem prévia avaliação das consequências”.

Em matéria previdenciária, o princípio da prevenção aponta para uma medida antecipatória das prováveis consequências – negativas – que a continuidade do trabalho produzirá, aumentando o ônus para a própria Seguridade Social. Sim, aqui se pode considerar uma análise econômica custo-benefício. Dessa forma, o benefício por incapacidade, para além de visar a subsistência dos seus beneficiários, pode ser encarado como mais um instrumento de gerenciamento do risco.³ Nesse mesmo contexto, Cristiane Derani (1997, p. 166 e ss) ressalta que:

[...] o princípio da precaução se resume na busca do afastamento, no tempo e espaço, do perigo, *na busca também da proteção contra o próprio risco* e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, onde a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário. (grifo nosso)

A precaução “volta-se aos riscos desconhecidos, inéditos e não planejados previamente” (ENGELMANN, FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 126), logo, ela é perfeitamente aplicável, como já se viu, àqueles casos em que o perito judicial não consegue diagnosticar a incapacidade, quer seja porque a doença é rara, quer seja porque a doença – ou sua origem – é desconhecida. Mais de sete mil doenças raras estão listadas e todo mês novas doenças são descobertas.

Faz-se importante tal observação, para se verificar a diferença entre pre-

3 Para Paulo Afonso Leme Machado: [...] não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível ou grave, para que não se deixe para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não a favor do lucro imediato – por mais atraente que seja as gerações presentes. (MACHADO, 1994. p. 37).

venção e precaução,⁴ uma vez que, na prática, elas podem se revezar “na construção de mecanismos de alerta e controle do surgimento de variáveis não cogitadas inicialmente” (ENGELMANN, FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 127). Nesse sentido, Marcos Catalan (2008, p. 65-66) adverte: “[...] a prevenção visa riscos conhecidos, enquanto a precaução, por sua vez, há de permear as atitudes tomadas pelos cidadãos em um mundo recheado de dúvidas, trazendo os saberes à prova, e, em mundo precavido, há de se indagar sempre se existe relativo grau de perigo nas consequências da ação a ser iniciada.”

Na sociedade pós-industrial, deve-se pensar saúde como promoção, e não mais como ausência de doença e/ou incapacidade para o trabalho, pura e simplesmente. A aplicação dos princípios em foco encontra espaço na falta de prevenção e precaução (como princípio a orientar um determinado comportamento) no meio ambiente de trabalho. Isso significa que, na prática, esses princípios não influenciam uma movimentação pautada na eliminação dos fatores de risco, na proibição do trabalho, etc. (SCHUSTER,^{2016, p. 56}).

O magistrado que inaugurou – com consciência do seu conteúdo – a aplicação do princípio da precaução em matéria previdenciária, foi José Antônio Savaris, buscando fundamento justamente no Direito Ambiental:

Quando estamos diante de situações de incerteza científica relacionada à saúde humana, recomenda-se uma solução judicial cautelosa, de maneira a proteger o fundamental bem da vida que se encontra em discussão - direito à saúde -, direito este que se relaciona, no presente caso, com a proteção previdenciária adequada. É preciso superar o paradigma que coloca o médico perito judicial como oráculo da verdade científica. Quando o perito judicial não consegue declarar a incapacidade laboral para o passado, mas tampouco declara a existência de aptidão para o trabalho, e as presunções jurídicas sinalizam para a probabilidade da persistência da situação incapacitante, a proteção social deve ser outorgada.⁵

Em seu blog, José Antônio Savaris (2012) comentou: “O princípio da pre-

4 No direito brasileiro, a prevenção está estabelecida no art. 225, § 1º, inciso V, da Constituição Federal, bem assim através do art. 54, § 3º, da Lei 9.605/98. O princípio da precaução encontra-se também consagrado na Lei de Biossegurança, no seu art. 1º da Lei 11.105/2005.

5 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). (Juizado Especial Cível de Curitiba). Sentença. Processo nº 5018759-07.2012.404.7000. Requerente: Jose Pedro Dos Santos. Requerida: Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS. Juiz: José Antônio Savaris. Curitiba, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php...>>. Acesso em: 22 set. 2018.

caução, de crescente aplicabilidade no direito ambiental desde a RIO-92, pode constituir uma preciosa ferramenta para as causas que oferecem discussão ligada à saúde humana e à incerteza técnico-científica (prestações previdenciárias por incapacidade e aposentadoria especial, destacadamente)”.

5 JURISPRUDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA: A PROTEÇÃO SOCIAL (NORMA) DEVE SURGIR DIANTE DA PROBLEMATIZAÇÃO E DAS PERGUNTAS PROPOSTAS PELO CASO CONCRETO

A aplicação do direito depende de sempre de um caso (real ou fictício) (STRECK, ABOUD, 2013, p. 13), logo, tomamos como exemplo a situação de um agricultor, com idade avançada, portador de inúmeras patologias na coluna e mais de um benefício de auxílio-doença concedido pelos mesmos problemas. Apesar do laudo pericial concluir pela capacidade laboral momentânea, deve-se perguntar: é razoável deixar esse indivíduo se “estrear” para, só depois, conceder um novo auxílio-doença ou, até mesmo, uma aposentadoria por invalidez? Nesse contexto, deverão ser analisadas as condições pessoais, financeiras e de acesso ao tratamento médico.

Essa introdução só para mostrar que julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região começaram a assumir a dimensão preventiva dos benefícios por Incapacidade. Os sinais estão no ar:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. VINCULAÇÃO AO LAUDO. INOCORRÊNCIA. PROVA INDICIÁRIA. DOENÇA DEGENERATIVA ORTOPÉDICA. TRABALHO QUE DEMANDA ESFORÇO FÍSICO. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO DO ESTADO DE HIGIEZ DO SEGURADO. JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPC. 1. O juízo não está adstrito às conclusões do laudo médico pericial, nos termos do artigo 479 do NCPC (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), podendo discordar, fundamentadamente, das conclusões do perito em razão dos demais elementos probatórios colti-

gidos aos autos. 2. Ainda que o caderno processual não contenha elementos probatórios conclusivos com relação à incapacidade do segurado, caso não se possa chegar a uma prova absolutamente conclusiva, consistente, robusta, é adequado que se busque socorro na prova indiciária e nas evidências. 3. Hipótese em que a segurada (auxiliar de produção de 51 anos de idade) comprova doença ortopédica degenerativa entre a cessação e a data da perícia, fazendo jus ao restabelecimento do benefício nesse período. 4. Incidência do princípio da prevenção do estado de higidez do segurado para conceder o benefício como mecanismo de prevenção do risco, porquanto demonstrado que a continuidade do trabalho poderá incapacitar definitivamente o trabalhador, aumentando o ônus para a própria Seguridade Social. 5. Apelação parcialmente provida. (TRF4, AC 5006788-39.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 16/10/2018)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. VINCULAÇÃO AO LAUDO. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA DISSOCIADA DA REALIDADE SOCIAL DO SEGURADO ESPECIAL ACOMETIDO DE DOENÇAS ORTOPÉDICAS DEGENERATIVAS. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PROVA INDICIÁRIA. JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPC. 1. O juízo não está adstrito às conclusões do laudo médico pericial, nos termos do artigo 479 do NCPC (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), podendo discordar, fundamentadamente, das conclusões do perito em razão dos demais elementos probatórios coligidos aos autos. 2. Ainda que o caderno processual não contenha elementos probatórios conclusivos com relação à incapacidade do segurado, caso não se possa chegar a uma prova absolutamente conclusiva, consistente, robusta, é adequado que se busque socorro na prova indiciária e nas evidências. 3. Não se trata aqui de substituir o conhecimento científico e técnico do perito, que foi omisso em fazer a análise das circunstâncias do quadro sob análise. Limitou-se a uma perícia pontual do corpo, como se ele não estivesse inserto e vinculado ao ambiente, ao trabalho, às naturais vicissitudes da idade e todo o mais que caracteriza a atividade rural, totalmente incompatível com doenças da natureza daquelas que acometem o autor da presente ação. 4. Diante da confirmação da existência da moléstia incapacitante referida na exórdia (Discopatiae Discoartrose lombar), corroborada pela documentação clínica idônea, associada às suas condições pessoais - habilitação profissional (lavrador) e idade atual (61 anos de idade) - demonstra a efetiva incapacidade temporária para o exercício da atividade profissional, o que enseja, indubitavelmente, o restabelecimento de auxílio-doença até a véspera da concessão da aposentadoria por idade rural. 5. Apelação da parte autora parcialmente provida. (TRF4, AC 5013650-26.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR

DE SC, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 16/10/2018)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em recursos especial nº 1.409.049/SC, ratificou tal entendimento. Vale transcrever o seguinte trecho:

9. Neste diapasão, em matéria previdenciária deve haver uma flexibilização na aplicação das leis, motivo pelo qual entendo ser necessário, para a concessão de aposentadoria por invalidez, considerar outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 3.213/1991, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado.

10. Na hipótese dos autos, Corte de origem firmou sua convicção acerca do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da prestação, com base no exame do acervo probatório, entendendo que a incapacidade do Segurado em cotejo com as atividades por ele desenvolvidas e suas condições pessoais são suficientes para reconhecer o quadro de incapacidade absoluta.

11. Convém esclarecer, ainda, que o Magistrado não fica vinculado à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como ocorre na presente demanda.

12. Dessa forma, em face das limitações impostas pelo seu estado de saúde, bem como pelas demais peculiaridades do caso, é de ser deferida a aposentadoria por invalidez, ainda que o Segurado não seja incapaz para todas as atividades, uma vez que não possui condições de ser inserido no mercado de trabalho.

Embora muitas vezes de forma tácita, o princípio da prevenção é aplicado sempre que presente – *na solução do conflito* – uma preocupação com o agravamento da doença e/ou quando dispensada a necessidade de prova conclusiva da incapacidade para o trabalho. Via de regra, mesmo quando o julgador pensa estar aplicando, exclusivamente, uma regra, ele está, na verdade, aplicando (alg)um princípio. Isso porque os princípios fundamentam as regras. Nesse sentido, afirma Eros Grau:

As regras são aplicações dos princípios. Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quando das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que tome na devida conta os princípios positivos do direito – sobre os quais se apoiam, isto é, aos quais conferem concreção. (GRAU, 1997, p. 118)

A *ratio decidendi* traduzida nos motivos determinantes contidos no voto-vencedor, em ambos os acórdãos citados, está calcada em uma situação de fato incontroversa, denotando que o segurado, embora não tenha sido cien-

tificamente identificada a sua incapacidade para o trabalho pelo perito do juízo, é portador de patologias que recomendam a cessação de determinadas atividades físicas (trabalho) que possam, pelo esforço ou tipo de movimento, levar ao agravamento ou mesmo à irreversibilidade do quadro sintomático, desencadeando a incapacidade definitiva. Sobre esse quadro fático, apurado pericialmente (não sendo, portanto, um palpite infeliz do juiz), é que vai incidir o enunciado do princípio da prevenção/precaução, consubstanciado na possibilidade (não certeza) de a continuidade do trabalho potencialmente agravar a patologia.

Antes de mais nada, é preciso asseverar que o princípio da prevenção/precaução, tal como aventado nas decisões, está direcionado para proteger bens jurídicos de hierarquia constitucional: vida e saúde. E aqui, ao contrário do que se tem corriqueiramente, não há outro bem jurídico que esteja a periclitir diante desses. Não há qualquer colidência de princípios ou direitos fundamentais. Ao contrário, a prevenção/precaução impõe-se como inafastável justamente na medida em que preserva o conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais e constitucionais à vida e à saúde.

Note-se, por outro lado, que o princípio da precaução tem aplicabilidade quando existe a dúvida científica e a prevenção quando existe a certeza do dano. Esta diferença, tal como antes delineada, vai ter importância porque muitas vezes sequer a perícia consegue identificar a relação de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo segurado e as patologias ou morbidades que o acometem.

Outras vezes, esta relação de causalidade é deixada de lado pelo perito, que negligencia no seu mister de auxiliar o juiz, deixando de prestar uma informação de capital importância ao deslinde do conflito. Perícia incompleta, que obriga o juiz a avançar por uma seara que não tem o domínio seguro.

Definir o que é tarefa o perito e o que é tarefa do juiz não é mister simplório quando se trata da definição da (in)capacidade. O certo é que a prevenção/precaução, enquanto princípio superior de aplicação subjetiva e objetivamente universalizada, que deveria ter sido aplicada pelo perito, se não o for, resulta submetida ao juiz, ao qual é vedado declarar o *non liquet*, pois precisa decidir o indecível (Luhmann).

Embora o juiz utilize a sua condição de ser-no-mundo, experiência, vivência e a tradição, como subsídios para encontrar a melhor compreensão da relação fato-direito, o ideal é que tais supostos sejam previamente manejados

e avaliados pelo profissional médico, vale dizer, pelo próprio sistema sanitário (médico). A experiência, embora com ele não se confunda, sempre é subsídio do conhecimento científico. É, podemos dizer, um pressuposto inafastável para a ele se chegar.

É isso que os peritos recusam: deixar-se levar pela experiência e a vivência como suportes do conhecimento científico que precisam ter, auscultando os sentidos das inconfundíveis observações individuais sobre o mesmo fenômeno como movimento dialético que altera o seu saber e respectivo objeto, e que precisam ser levados à tona e desvelados. Melhor dizendo, submetidos ao crivo do processo dialógico, para debate das partes e avaliação judicial.

A experiência, enquanto essência histórica do homem, permite uma melhor aproximação com a coisa como ela é. No dizer de Gadamer, ela ensina “a reconhecer o que é real”. Na sua obra *Verdade e Método*, Gadamer ressalta o aspecto indispensável da realização da experiência que concretize uma condição de possibilidade de adentrar, interpretar e conhecer uma circunstância através da via hermenêutica, conferindo a esta o status de reflexiva e crítica (isto é, filosófica). Esse adentramento cognoscitivo acontece para penetrar no estado de espírito das coisas, e nesse adentrar se pressupõe a experiência que se autocompreende a partir da reflexão no (e sobre o) contexto (na facticidade) em que se encontra, pois

[p]enetração de espírito é mais que conhecimento deste ou daquele estado de coisas. Contém sempre um retorno de algo em que estávamos presos por cegueira. Nesse sentido, implica sempre um momento de autoconhecimento e representa um lado necessário que chamamos experiência num sentido autêntico. Também a penetração de espírito é algo que se chega. Também isso é afinal uma determinação do próprio ser humano: perspicaz e compreensivo. (GADAMER, 1997, p. 526)

A advertência de Gadamer, com relação à consciência histórica efetual, ensina a fugir do axioma da mera habitualidade (“as coisas tem de ter sido sempre tal como são entre nós e ao nosso redor, porque é tudo tão natural”). Ela “vai mais além da ingenuidade do mero comparar e igualar, deixando que a tradição se converta em experiência e mantendo-se aberta à pretensão da verdade que lhe vem ao encontro nela” E arremata: “A consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na pronta disposição à experiência que caracteriza o homem experimentado face

ao que está preso dogmaticamente” (GADAMER, 1997, p. 526).

A tentativa de conhecer a coisa (as circunstâncias) como ela é, ou seja, “reconhecer o que é real”, torna indispensável ao perito e depois ao juiz nas suas tarefas cognitivas, primeiro, superar o dogma do exame do corpo como suficiente para a definição de uma suposta incapacidade para o trabalho. Esquecer o “trabalho”, e concluir apenas com base em diagnóstico do corpo, representa ao perito e ao juiz ficarem pelo meio do caminho na tarefa pretendida. Com efeito, se a incapacidade é para o “trabalho”, importa tanto quanto diagnosticar ou não uma patologia e seus sintomas, avaliar as condições do exercício deste trabalho. Qual o nível de esforço a ser despendido e qual a condição de limitação que a patologia impõe ao periciando? Parece ser isso o que tem faltado em nossas perícias médicas: mais uso da experiência de vida do que um suposto conhecimento científico que nunca se debruçou seriamente sobre tais aspectos, em seu autismo sectário que reluta em conectar realidades imbricadas: corpo (análise física) e condições de trabalho (e suas barreiras).

Ademais, precisam peritos e juízes de um pouco mais de outridade (alteridade). A decisão judicial não precisa ser consequencialista apenas do ponto de vista econômico. O consequencialismo para valer é aquele que reflete as consequências da decisão em um sentido amplo (holístico). O segurado, como qualquer autor de uma demanda judicial, sofre os efeitos negativos e positivos da decisão judicial. A pergunta é: até que ponto se pode, respeitada a dignidade da pessoa, impingir ao segurado o castigo de ter que trabalhar com sofrimento, com dores, falta de forças e submetido a tratamentos fármacos (analgesia) que atenuem as dores resultantes de suas limitações para determinadas atividades, mas que sempre impõem efeitos colaterais graves? Têm-se visto laudos periciais que asseveram ser possível o trabalho de rural, por exemplo, nada obstante os problemas sérios na coluna, mediante analgesia e fisioterapia, como se tais paliativos não tivessem custo e não demandassem tempo, muitas vezes incompatível como as condições e local de trabalho.

Um vício dos mais graves das perícias está em referir o perito que “no momento da perícia o segurado não apresentou sintomas que pudessem induzir à incapacidade”. Quando assim age, o perito culmina por congelar (em uma fotografia!) o quadro como se as doenças não tivessem “antes”, “durante” e “depois” (passado, presente e futuro). Esta atitude apaga o passado, celebra o presente e mata o futuro. Com efeito, a perícia é muito mais uma anamnese

qualificada e estudo da patologia desde o seu início (instalação), progressão e projeção para o futuro (perspectiva de cura, estabilização ou avanço da doença). Perícias incompletas, vai-se repetir à exaustão, ao invés de ajudarem, tornam a decisão judicial mais complicada e, às vezes, impossível.

Ao olvidar o futuro, conectado com o passado e o presente, o perito-médico atua de forma imprevidente. Vale dizer, sem a devida atenção aos princípios universais da prevenção/precaução. Não cogita os riscos (evitáveis) de sua decisão (laudo é tomada de decisão) na perspectiva daqueles que serão afetados por sua decisão (as consequências). Também ao juiz, no seu decidir, revela-se imperdoável não inserir a variável prevenção/precaução dirigida a inibir ou atenuar os riscos de a decisão desencadear uma situação de prejuízo insuperável ao segurado que se encontre em vias de incapacidade.

Causará prejuízos também ao Estado-Providência, que, ali na frente, resultado do trabalho em condições desumanas imposto ao segurado, terá que arcar com os ônus de uma incapacidade definitiva e as decorrências de contar com um indivíduo desabilitado que demandará tratamento mais oneroso, benefício mais dispendioso e, provavelmente, a impossibilidade de readaptação para outras atividades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com o futuro e com a proliferação das condutas arriscadas, cada vez mais, torna necessário um tratamento jurídico adequado para os riscos das decisões, exigência está ligada à imposição de medidas de prevenção, responsabilidade e reparação.

As decisões de todos os sistemas devem estar orientadas para as suas consequências. O sistema judicial, centro do sistema jurídico, não decide apenas a partir de uma lógica normativa. A sociedade lhe cobra também que os efeitos de suas decisões sejam aceitáveis do ponto de vista dos seus impactos sociais na representação jurídica do futuro, como fundamento de validação e legitimidade.

Nesta perspectiva, o risco passa a ser componente imprescindível na programação do sistema jurídico, estando as decisões judiciais compelidas a observar e a dispor sobre as medidas de sua gestão, o que nada mais representa do que levar a sério as consequências sociais destas decisões, ainda que não o façam explicitamente.

Assim como em matéria ambiental, o maior desafio será introduzir na análise da existência de incapacidade para o trabalho o binômio probabilidade/magnitude, o que vai exigir não apenas uma ressignificação da Teoria Geral das Provas, com a adoção de um padrão probatório precaucional (prova indiciária), mas uma mudança de mentalidade sobre a finalidade do benefício previdenciário, a fim de viabilizar a jurisdicização das dúvidas e incertezas científicas nos autos de uma ação previdenciária.

Ao juiz é possível se valer dos inúmeros poderes instrutórios, entre os quais cabe mencionar a possibilidade que ele terá de dilatar os prazos processuais podendo, inclusive, alterar a ordem de produção dos meios de prova para atender as peculiaridades do conflito (NCPC, art. 139, VI), com vistas a uma melhor decodificação das informações não jurídicas (e.g.: científicas e sanitárias). Trata-se de dirigir o processo com maior efetividade em direção ao futuro. A aplicação dos princípios prevenção/precaução vai muito além do que fixar um prazo maior do que 120 dias para a cessação do benefício.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). (Juizado Especial Cível de Curitiba). *Sentença*. Processo nº 5018759-07.2012.404.7000. Requerente: Jose Pedro Dos Santos. Requerida: Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS. Juiz: José Antônio Savaris. Curitiba, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php...>>. Acesso em: 22 set. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Délton Winter de. Aspectos probatórios do dano ambiental futuro: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

CATALAN, Marcos. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Liminad, 1997.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. *Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LUHMANN, N.. *Sociología del riesgo*. Trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

SAVARIS, José Antônio. *Princípio da precaução, proteção previdenciária e prova pericial*. Curitiba, 28 set. 2012. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/.../protecao-previd...>>. Acesso em: 22 set. 2018.

SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social*. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.