



E-ISSN: 2595-7414

RBDS

Revista Brasileira de Direito Social



IEPREV
EDITORA

V.5,
N.2 **2022** Maio
Junho
Julho
Agosto

PRESIDÊNCIA DO IEPREV

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

EDITOR-CHEFE

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

EDITORAS-ADJUNTAS

ANA PAULA FERNANDES, UMSA, ARGENTINA

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

EDITORES-EXECUTIVOS

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

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

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

CONSELHO CONSULTIVO

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPB/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

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

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA

RBDS	Belo Horizonte	v. 5	n. 2	p. 1-83	2022
------	----------------	------	------	---------	------

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

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]:
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 5, n. 2
(maio./ago. 2022). – Belo Horizonte : Editora IEPREV, 2018-.

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

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

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

CDU, 2ª ed.: 349.3

SUMÁRIO

EDITORIAL	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
TELETRABALHO À LUZ DA FILOSOFIA DE BYUNG-CHUL HAN	05-17
Mariana Carvalho	
DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DO RGPS PARA OS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESPECÍFICA FRENTE À MUDANÇA DE GÊNERO	18-32
Mariana Dias Barreto de Souza	
O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE SOBRE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMPATÍVEIS COM ESSA PROTEÇÃO	33-47
Guilherme Sebalhos Ritzel	
TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 84 DO CDC: PRINCÍPIO DA DEMANDA EM PROCESSO PREVIDENCIÁRIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO E REVISÃO DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO	48-62
Fabiana Souza dos Santos Duarte Valéria Gaurink Dias Fundão	
A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: CONCEITOS, IMPACTOS E SUAS IMPLICAÇÕES	63-74
Luanjir Luna da Silva Luciana Costa Estêvão Stephane Kelly da Silva Lima	
A SEGURIDADE SOCIAL E O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONCEITO, ESTRUTURA, FORMAS DE FINANCIAMENTO E REQUISITOS PARA A APOSENTADORIA	75-83
Vitor Marletta Borgiotti	

APRESENTAÇÃO

Chega ao público a mais recente edição da RBDS – Revista Brasileira de Direito Social (v. 5, n. 2, 2022), que pode ser acessada digitalmente através do site do IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários, entidade da sociedade civil voltada à difusão do conhecimento científico, em particular o campo dos direitos sociais.

Nesta edição comemoramos a recente avaliação da revista pela CAPES, que nos brindou com um respeitável extrato B2, fruto de muito trabalho de nossa equipe atual, especialmente do Gilmar Barros, mas que reflete o cuidado que houve desde sua criação, anos atrás, pelas mãos do estimado amigo e professor da FURG – Universidade Federal do Rio Grande/RS, José Ricardo Caetano Costa.

Dentre os artigos que compõe este volume temos o interessante estudo “Teletrabalho à luz da filosofia de Byung-Chul Han”, de Mariana Carvalho, abordando um tema fundamental para o Direito do Trabalho moderno a partir de um filósofo contemporâneo que tem trazido uma das análises mais interessantes destes tempos.

Mariana Dias Barreto de Souza, brilhante Mestre e Doutoranda pela PUC/SP, traz o artigo “Direitos previdenciários do RGPS para os transgêneros e transexuais: uma análise da ausência de legislação previdenciária específica frente à mudança de gênero”, cuidando de tema que tem ganho cada vez mais a atenção da doutrina especializada, em defesa desse grupo vulnerável.

Um tema pouco explorado, “O direito ao saneamento básico na Constituição Federal de 1988”, objeto de recente novo marco regulatório, é alvo do estudo de Guilherme Sebalhos Ritzel.

Fabiana Souza dos Santos Duarte e Valéria Gaurink Fundão, advogadas e Coordenadoras do IEPREV no Espírito Santo, apresentam o trabalho “Tutela específica do art. 84 do CDC: princípio da demanda em processo previdenciário de concessão de benefício e revisão do contrato de empréstimo”, entrelaçando o Direito Previdenciário com o Direito Bancário no espinhoso tema dos empréstimos consignados.

O altamente complexo e importante tema da LGPD foi escopo do estudo proporcionado por Luanjir Luna da Silva, Luciana Costa Estêvão e Stephane Kelly da Silva Lima: “A lei geral de proteção de dados (LGPD) no âmbito das relações trabalhistas: conceitos, impactos e suas implicações”.

Esta edição ainda conta com um estudo a respeito do árduo segmento do custeio e financiamento da política pública de Seguridade Social, através do artigo de Vitor Borgiotti intitulado “A Seguridade Social e o Regime Geral de Previdência Social: Conceito, Estrutura, Formas de Financiamento e Requisitos para a Aposentadoria”.

Compartilhando a alvissareira notícia e a felicidade de tão relevante avaliação que nos foi dada pela CAPES, desejamos a todas e todos uma excelente leitura!

Belo horizonte, fevereiro de 2023.

Marco Aurélio Serau Junior

Professor da UFPR. Diretor Científico do IEPREV

TELETRABALHO À LUZ DA FILOSOFIA DE BYUNG-CHUL HAN

Mariana Carvalho¹

Resumo

O presente artigo analisa o teletrabalho, sobretudo sob as diretrizes da Lei nº 13.467/2017, que regulamentou formalmente a referida modalidade de trabalho, trazendo um breve histórico acerca do instituto, que já havia sido implementado em entidades públicas e privadas, antes mesmo de sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Serão expostos os meios necessários para sua concretização, com ênfase nos equipamentos tecnológicos e infraestrutura, bem como os aspectos da jornada de trabalho, vantagens e desvantagens de tal modelo. Ainda, falar-se-á sobre sua crescente adesão em razão da imprescindibilidade de distanciamento social, decorrente da pandemia do Coronavírus – COVID-19, que teve início no Brasil em fevereiro de 2020. Por fim, objetivando contribuir para a análise jurídica e filosófica da questão, através da visão do filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, será abordado como o teletrabalho e a inobservância de preceitos ergonômicos, principalmente no que diz respeito ao excesso de carga horária, podem ser prejudiciais à saúde física e mental do empregado e mesmo do empregador.

Palavras-chave: Teletrabalho; Excesso de trabalho; Saúde física e mental.

TELEWORKING ACCORDING TO BYUNG-CHUL HAN'S PHILOSOPHY

This article analyzes the teleworking, especially under the guidelines of Law 13.467/2017, which formally regulated this type of work, bringing a brief history about the institute, which had already been implemented in public and private entities, even before its provision in the Brazilian legal system. The means necessary for its implementation will be presented, with emphasis on the technological equipment and infrastructure, as well as the aspects of the work schedule, advantages and disadvantages of this type of work. Still, we will talk about how its growing adherence due to the indispensability of social distancing, resulting from the Coronavirus pandemic - COVID-19, which began in Brazil in February 2020. Finally, in order to contribute to the legal and philosophical analysis of the issue, through the view of the South Korean philosopher Byung-Chul Han, it will be addressed how teleworking and non-compliance with ergonomic precepts, especially about the excessive workload, can be harmful to the physical and mental health of the employee and even the employer.

Keywords: Teleworking; Overwork; Physical and mental health.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC), Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Advogada. E-mail: mcarvalho_adv@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

Através das evoluções tecnológicas com o passar dos anos, sobretudo nas áreas de comunicação, abrangendo, nesse aspecto, a informática, telefonia e internet, novas formas de trabalho começaram a ser ponderadas, visando facilitar o cotidiano dos indivíduos.

Aos poucos, criou-se a figura do trabalho realizado fora das dependências do empregador, modalidade de prestação de serviços esta que inegavelmente trouxe muito mais comodidade e flexibilidade aos empregados, bem como aos empregadores.

Nesse sentido, a Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividade (SOBRAAT) define o teletrabalho como todo e qualquer trabalho realizado à distância, isto é, fora do local tradicional onde é executado, com a utilização de computador, telefonia fixa, celular e toda a tecnologia que permita trabalhar em qualquer lugar, recebendo e transmitindo informações.

Embora em proporções menores do que atualmente, o teletrabalho já havia sido implementado em diversas instituições antes mesmo do advento da Lei nº 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, que definiu de modo formal as regras de tal modelo de trabalho.

A partir da publicação da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional ocasionada pelo COVID-19, o teletrabalho passou a ser uma das alternativas mais adotadas para a continuação da atividade econômica, observada a necessidade de distanciamento social para contenção do vírus.

Embora tenha contribuído de forma extremamente positiva para grande parte da sociedade, fato é que certa parcela de empregados e empregadores encontraram dificuldades em tal modalidade, seja pela exigência de conhecimento tecnológico, mas principalmente pelo excesso de carga horária que passaram a enfrentar, inclusive sem o recebimento da contraprestação devida.

Assim, utilizando-se de método de abordagem dedutiva e interpretação sistemática, o presente estudo focará em tais questões, isto é, a forma que o trabalho, e, nesse caso, especialmente o teletrabalho, pode interferir demasiadamente na vida dos indivíduos, causando-lhes inclusive doenças neuronais, cada vez mais conhecidas no mundo moderno.

Posto isto, pretende-se contribuir para a compreensão do tema e sua novel regulamentação no Brasil, bem como oportunizar uma melhor aplicação do instituto, e, principalmente, trazer reflexões contemporâneas dos impactos causados pelo teletrabalho no psicológico do ser humano, para, eventualmente, cooperar com o bem-estar de uma sociedade mais saudável e menos preocupada apenas e tão somente com a excelência e produtividade no trabalho.

2 CONCEITO

O teletrabalho diz respeito a atividade profissional exercida à distância, isto é, fora do ambiente comercial, cuja descentralização do espaço físico, bem como das informações, se tornou possível em razão da junção dos recursos de telecomunicações e de informática.

A referida combinação permite o processamento, armazenamento, tratamento e comunicação de grande quantidade de dados necessários ao desenvolvimento do trabalho remoto, sendo estes elementos indispensáveis à caracterização de tal modalidade de trabalho.

Nesse contexto, diante da contínua transformação do processo científico tecnológico, as relações de trabalho também vêm sendo impactadas pelos diferentes métodos de gestão e modos de organização da produção, que culminaram no surgimento de novas formas de trabalho.

Assim, com a evolução dos meios de comunicação, tornou-se viável a realização das atividades laborais em locais diversos, seja em casa, em restaurantes, hotéis, dentro de um carro ou avião, ou qualquer outro ambiente que seja possível concretizar as tarefas.

Nas lições de Alice Monteiro de Barros:

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades (BARROS, 2016, p. 213).

No entanto, embora tenha sido regulamentado de modo formal na legislação brasileira há poucos anos, a flexibilização do trabalho fora do estabelecimento do empregador não é recente, conforme será elucidado no tópico a seguir. De todo modo, atualmente o tema encontra-se cada vez mais presente no cotidiano, principalmente devido à pandemia do COVID-19, atrelado a interesses econômicos e estratégia de mercado.

Partindo-se da premissa que a redução de custos para o empregador, e inclusive para o empregado, é de total interesse para ambos, o teletrabalho acaba por se consolidar, uma vez que proporciona alternativas de gestão dos serviços, produtividade e economia, sendo um inegável fruto da modernização tecnológica.

3 REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO BRASIL

Conforme brevemente exposto, apesar de apenas ter sido oficialmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017 - Reforma Trabalhista, o teletrabalho não se trata de instituto recente.

Não obstante as invenções tecnológicas de comunicação já no século XVIII, a discussão acadêmica sobre o teletrabalho ganha ênfase com os trabalhos de Jack Nilles, um cientista aeronáutico americano, que na década de 1970 o descreveu como *telecommuting*.

Jack Nilles definiu o teletrabalho como forma de substituição dos deslocamentos relativos ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC's), como por exemplo os computadores e telefones.

Juntamente com a criação da internet, esta série de transformações tecnológicas alteraram de maneira significativa as relações sociais, interpessoais e culturais, inclusive no que diz respeito ao ambiente de trabalho.

Porém, no Brasil, o trabalho telemático foi disposto na legislação brasileira apenas através da Lei nº 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho², sendo que posteriormente foi formalmente reconhecido e regrado pela Lei nº 13.467/2017, que inseriu os artigos 75-A a 75-E no diploma supramencionado.

Do mesmo modo, no mês de julho de 2016, o Conselho Nacional de Justiça também editou a Resolução nº 227, regulamentando o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, fazendo com que o assunto deixasse de ser apenas fruto de interpretação normativa.

Em conjunto, o Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho trouxe o mesmo conceito de trabalho remoto quando da elaboração da Resolução nº 157, em janeiro de 2017, estabelecendo diretrizes de tal modalidade na esfera do próprio órgão.

Em virtude da pandemia do Coronavírus – COVID-19, que teve início no Brasil em fevereiro de 2020 e fez com que muitos empregadores precisassem aderir ao trabalho remoto para dar continuidade às atividades, o referido tema também foi tratado na Medida Provisória nº 927/2020.

Entretanto, a referida Medida Provisória, que dispôs medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública, teve sua vigência encerrada em julho de 2020, uma vez que não foi convertida em lei dentro do prazo previsto.

Ainda sob o enfoque da pandemia do COVID-19, em setembro de 2020 o Ministério Público do Trabalho divulgou a Nota Técnica nº 17/2020, estabelecendo diretrizes a serem observadas nas relações de trabalho pelos empregadores, a fim de garantir a proteção dos empregados em teletrabalho.

Assim, em um panorama geral, é possível verificar que o tema tardou a chegar no Brasil, seja no plano teórico, prático ou jurídico. Porém, antes mesmo de ser efetivamente previsto em lei, o trabalho remoto já era praticado no país, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho, que executou o projeto ainda no ano de 2013.

3.1 Teletrabalho na Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/2017

A Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13.467/2017, consolidou o teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro, implementando os artigos 75-A a 75-E no Capítulo II-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de disciplinar tal forma de trabalho.

A definição legal do instituo está prevista no *caput* do artigo 75-B do referido diploma³, e, consoante estabelece o parágrafo único do artigo supracitado, a necessidade de comparecimento do empregado às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, não desconfigura o regime em questão.

² Art. 6º, CLT - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

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

³ Art. 75-B, CLT - Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Ademais, a condição de teletrabalhador deve constar expressamente no contrato individual de trabalho, juntamente com a descrição das atividades que serão exercidas, ou seja, não há possibilidade de contratação tácita do empregado em regime de teletrabalho.

Ainda no que se refere ao contrato de trabalho, admite-se a celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho com força de lei para versar também sobre o regime de teletrabalho, segundo se depreende do inciso VIII do artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei nº 13.467/2017.

3.1.1 Equipamentos tecnológicos e infraestrutura

Para a execução das atividades no trabalho remoto, a aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e da infraestrutura necessária poderão ser ou não responsabilidade do empregador, dependendo do que for acordado entre as partes, que deverá ser registrado em contrato escrito, consoante artigo 75-D da CLT.

Assim, tendo em vista que a lei não impõe a obrigatoriedade de o empregador custear ou providenciar tais ferramentas, nem mesmo de reaver os valores despendidos pelo empregado, tal questão tem sido alvo de posicionamentos distintos, inclusive dando ensejo à diversas ações na Justiça do Trabalho.

Contudo, considerando que de acordo com o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o risco da atividade é ônus do empregador, algumas empresas estão sendo condenadas no judiciário a indenizar os empregados pelos gastos desembolsados.

À título de exemplo, no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região⁴, bem como no da 4ª Região⁵, a fundamentação das decisões tem sido no sentido que o empregador não pode transferir ao empregado os custos do empreendimento, devendo fornecer, portanto, os meios necessários à realização das atividades.

Ainda, nas palavras de Gabriela Neves Delgado:

Não obstante certa imprecisão da Lei, nesse tópico, o fato é que a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relativos ao contrato empregatício e à prestação de serviços nele contratada cabem ao empregador, ao invés de ao empregado. Isso é o que deflui do próprio conceito de empregador explicitado pela ordem jurídica. De fato, o art. 2º, caput, da CLT, enfatiza ser empregador “a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços”. Nesse quadro, a regra do art. 75-D da CLT tem de ser interpretada em harmonia com a regra do art. 2º, caput, da mesma CLT, colocando sob ônus do empregador esses custos inerentes ao teletrabalho. (DELGADO; DELGADO, 2017, 139)

Sendo assim, a hipótese de o empregado arcar com as despesas para o exercício das atividades laborais à distância, em regra, acaba indo contra os princípios do direito do trabalho. De todo modo, vale frisar que tal entendimento não é unânime, sendo certo

⁴ Processo nº 1000507-98.2021.5.02.0042

⁵ Processo nº 0020405-15.2015.5.04.0028

que também existem decisões que afastam a responsabilidade do empregador nesse aspecto.

3.1.2 Regime de jornada

Salvo se estipulado outro limite, a jornada dos empregados em qualquer atividade privada não deve exceder 8 (oito) horas diárias, sob pena de incidência de horas extraordinárias, dentre outros adicionais que se façam necessários. No entanto, o empregado em regime de teletrabalho não está submetido às regras de jornada dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto porque a Lei nº 13.467/2017 incluiu o inciso III no artigo 62 no diploma acima mencionado, indicando expressamente que os teletrabalhadores não estão abrangidos pelo regime de jornada do Capítulo II da Consolidação das Leis do Trabalho, em razão da impossibilidade de controle do horário de trabalho, que se pressupõe.

Por conseguinte, em que pese o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho tenha estabelecido a ausência de distinção entre o trabalho presencial e o trabalho a distância, tendo em vista a dificuldade de fiscalização da jornada exercida pelo empregado em teletrabalho, este também não fará jus, por exemplo, ao pagamento de horas extras, adicional noturno e intervalo intrajornada ou interjornada.

Referida questão não afasta a relação subordinada entre empregador e empregado, contudo, caso haja a extrapolação do horário de trabalho preestabelecido entre as partes, observa-se que pode restar configurada, assim, uma certa supressão de direitos do trabalhador.

3.1.3 Vantagens e desvantagens do teletrabalho

No que diz respeito às vantagens e desvantagens do teletrabalho, apesar de se tratar de questão subjetiva e que enseja controvérsias, visto que está sujeita a opiniões pessoais, é possível analisar o tema levando em consideração três óticas distintas, quais sejam, a do empregado, do empregador e da sociedade.

Dentre as vantagens para o teletrabalhador, pode-se citar como exemplo uma maior autonomia para organização da forma de trabalhar, inclusive do tempo destinado para tanto, de modo a melhor conciliar demandas sociais, familiares, laborais e de lazer, bem como flexibilização dos espaços de trabalho.

Ainda, há economia de tempo com o percurso casa-trabalho, maior tempo de convívio com familiares, ou, caso more sozinho, menos distrações. Há redução de gastos com transporte, seja o combustível, estacionamento, ônibus, metrô, trem, entre outros, fatos estes que viabilizam, no geral, uma melhor qualidade de vida.

Para o empregador, proporciona-se uma redução de custos com espaço físico, equipamentos e manutenção, abrangendo, nesse aspecto, inclusive despesas com energia elétrica, internet, água e eventual alimentação fornecida no ambiente comercial.

Já do ponto de vista da sociedade, apontam-se como vantagens do teletrabalho a inserção no mercado de trabalho dos deficientes físicos, bem como a diminuição da circulação de automóveis nos mesmos horários, e, por conseguinte, a diminuição da poluição urbana.

Em contrapartida, como desvantagens para o empregado, sabe-se que os gastos com telefonia, consumo de gás, energia elétrica, alimentação e internet, acabam elevando os gastos mensais. Existe, além disso, a privação do convívio social no trabalho, e, por outro lado, na hipótese de ausência de uma relação harmônica familiar, esse também seria outro empecilho.

Também se fala em chances menores de reivindicações de salário, benefícios e consequente crescimento na carreira. Isto porque os empregados que laboram à distância são menos notados do que os que trabalham de forma presencial, o que acarreta menos promoções, capacitações e menos *feedbacks* sobre o desempenho destes, por estarem mais distantes do olhar do empregador.

Outrossim, existe a possibilidade de ausência de local adequado para conciliar o trabalho e tarefas pessoais, riscos ergonômicos, bem como a realização de jornada de trabalho excessiva, inclusive sem a contraprestação devida, eis que conforme exposto no tópico anterior, os teletrabalhadores não estão sujeitos a controle de horário.

Como pontos não benéficos ao empregador, existe uma maior dificuldade de controle e supervisão dos funcionários, principalmente se não houver o uso de programas de monitoramento, bem como a vulnerabilidade de acesso à dados importantes por terceiros.

De qualquer forma, consoante anteriormente citado, certo é que o tema em comento gera debates, uma vez que cada indivíduo possui uma experiência diferente ao exercer ou supervisionar o trabalho realizado fora do ambiente comercial, sendo os pontos mencionados apenas alguns exemplos.

4 TELETRABALHO E COVID-19

No período anterior ao Decreto Legislativo nº 6, de 18 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil em razão da pandemia do Coronavírus, tinha-se o contrato de teletrabalho como um pacto especial e formal, com requisitos a serem observados, pautado pelo princípio da inalterabilidade *in pejus*.

Posteriormente, dada a recomendação de isolamento social, o teletrabalho se tornou a forma mais viável para o exercício das atividades laborais, seguindo as normas sanitárias para contenção da pandemia. Diante disso, viu-se a necessidade de flexibilizar e implementar, de forma abrupta, o trabalho à distância.

Em relação ao Direito do Trabalho, as principais Medidas Provisórias editadas foram a 927, de 22 de março de 2020 e a 936, de 01 de abril de 2020, sendo que esta primeira dispôs no artigo 3º que, para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para a preservação do emprego e da renda, poderia ser adotado, dentre outras medidas, o teletrabalho.

A partir de então, ante a necessidade de se manterem no mercado, o teletrabalho deixou de ser apenas uma opção e grande parte da população brasileira migrou para o referido regime, ainda que em meio às incertezas, em razão da falta de tempo hábil para treinamentos e orientações por parte dos empregadores.

Fez-se necessário, então, a adaptação de plataformas seguras, bem como a organização virtual de tarefas que até então eram presenciais. Assim, inegável que a pandemia do Coronavírus tornou o teletrabalho uma realidade muito mais tangível.

Por consequência, as pessoas também passaram a trabalhar mais. De acordo com dados do NordVPN, uma rede que conecta computadores domésticos com os servidores das empresas, na Europa, os empregados têm trabalhado até duas horas diárias a mais e, nos Estados Unidos, excedem cerca de três horas.

Nesse contexto, será abordado no tópico a seguir, sob a visão do filósofo Byung-Chul Han, como o excesso de horas trabalhadas, bem como a busca incessante pelo aumento de produtividade e a inobservância do chamado “direito à desconexão”, podem ocasionar inúmeros malefícios à saúde física e mental do empregado ou mesmo do empregador.

5 TELETRABALHO SOB À LUZ DA FILOSOFIA DE BYUNG-CHUL HAN

Após todo o conteúdo trazido ao longo do presente artigo sobre o teletrabalho, far-se-á uma análise da referida modalidade de labor sob a visão do filósofo sul-coreano Byung-Chul Han.

Em suas obras *Sociedade do Cansaço*, *Agonia do Eros* e *Sociedade da Transparência*, Byung-Chul Han traz reflexões contemporâneas e relevantes, extremamente aplicáveis ao cotidiano, principalmente no que diz respeito à tecnologia e como esta interfere diretamente na vida do ser humano.

De modo geral, Byung-Chul Han faz críticas ao capitalismo e levanta o debate sobre como a chamada sociedade do desempenho – aquela na qual as pessoas estão inseridas e buscam constantemente uma melhoria da performance profissional, com foco na alta produtividade – pode ser prejudicial à saúde.

Isto porque muitas metas são estipuladas como se o simples fato de o indivíduo ter vontade, foco e esforço, fosse suficiente para atingi-las, ignorando os fatores históricos, econômicos, sociais e políticos que influenciam cada um, e fazendo, por vezes, que estes almejem ideais distantes das possibilidades concretas.

Por conseguinte, as multitarefas impostas e o excesso de atividades, acabam gerando uma autocobrança muitas vezes descontrolada, desencadeando inclusive problemas psicológicos, como depressão, ansiedade e transtorno de déficit de atenção com hiperatividade.

Asíndrome de *burnout*, que diz respeito ao esgotamento físico e psíquico decorrente das atividades exercidas em prol do trabalho, também tem se tornado muito comum, atrelada a cultura de culpa, como consequência da autoexploração, principalmente no âmbito profissional.

Dito isto, fato é que tais aspectos estão estritamente ligados ao teletrabalho, visto que a tensão em manter o nível de rendimento diante de exigências às quais as pessoas não estavam habituadas, atrelada com demandas de superação individual e dificuldade de adaptação de quem nunca trabalhou à distância, claramente propiciaram alterações psicológicas significativas.

Nesse contexto, não há como deixar de mencionar que muitos empregados encontraram dificuldade para inserção no teletrabalho, posto que tal modalidade demanda conhecimento em meios tecnológicos que nem todos estão adeptos ou possuem acesso, e que tiveram que aprender em ritmo mais rápido do que o habitual.

No que se refere a essa capacidade de compatibilização, por certo o computador

e a informática proporcionaram mudanças culturais, técnicas e econômicas, sendo que a tecnologia contribuiu de maneira expressiva com o aumento da qualidade dos serviços e produtividade.

O tempo e o espaço foram expandidos no ambiente laboral, tendo em vista que se antes o trabalho estava restrito a um lugar determinado, durante um tempo específico, isso deixou de ocorrer em razão da flexibilização das atividades fora do estabelecimento do empregador.

Assim, houve uma nítida movimentação no mercado de trabalho, juntamente com uma mudança de perfil dos profissionais, sustentados pelo desenvolvimento econômico promovido pelas ferramentas supracitadas.

A evolução tecnológica, além de possibilitar o excesso de conectividade no trabalho, também tem gerado outros reflexos no cotidiano laboral que, não raramente, influenciam na qualidade de vida do trabalhador, eis que não é possível ter qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho.

Quanto a referida qualidade, uma das preocupações com o teletrabalho é o controle da boa ambiência laboral, que deve observar regras de equilíbrio e salubridade idênticas ao espaço presencial, sendo tal responsabilidade, em regra, do empregador, assim como disposto no Capítulo V - "Da Segurança e da Medicina do Trabalho" da Consolidação das Leis do Trabalho, mais especificamente no artigo 157.

As orientações para a higiene, saúde e segurança, devem abranger tanto o ambiente laboral, como os métodos de trabalho. Isso significa que não só o empregado, mas também o empregador, deve estar atento, por exemplo, a carga horária desempenhada pelo trabalhador.

Isto porque em muitos casos, principalmente no teletrabalho, as jornadas são intermináveis, ocasionando inclusive alteração nos ciclos biológicos, no sono, na alimentação e disposição do indivíduo, bem como nas relações familiares e sociais, podendo gerar até mesmo um estresse crônico, passível de indenização pelo dano existencial, ou até mesmo o reconhecimento de eventual doença ocupacional e seus direitos decorrentes.

Para que essas mudanças prejudiciais e as doenças anteriormente citadas não ocorram, ou ao menos sejam reduzidas, é preciso autodisciplina por parte do empregado, bem como é essencial a colaboração do empregador, para que mesmo distante fisicamente do trabalhador, consiga controlar o nível de demanda de cada subordinado.

Portanto, para que seja possível um ambiente de trabalho saudável a todos, ainda que à distância, se faz necessária a atuação, respeito e preocupação conjunta das partes, com a devida observância dos limites, dificuldades e restrições de cada indivíduo, devendo prevalecer, sob qualquer hipótese, o direito a desconexão.

Agindo assim, a exaustão mental e física destes será mais facilmente evitada, intercorrências estas que infelizmente são frequentes no mundo globalizado, que muitas vezes requisita insistentemente dos seres humanos que ultrapassem seus limites em prol da tão clamada excelência e produtividade no trabalho, tal como Byung-Chul Han nos faz refletir.

6 CONCLUSÃO

Da análise dos principais pontos levantados ao longo do presente artigo, é possível observar que, por certo, a adesão praticamente em massa ao teletrabalho nos anos 2020 e 2021, em razão da pandemia do Coronavírus, não só no Brasil, mas em vários outros países - modalidade que permaneceu nos anos seguintes -, trouxe inúmeros benefícios para a sociedade de modo geral.

Não apenas por ter possibilitado que os empregadores continuassem com suas atividades em funcionamento e que os trabalhadores permanecessem empregados - o que já é algo positivo, visto que muitas atividades não são passíveis de serem realizadas fora do ambiente comercial -, mas também por ter aberto espaço para flexibilizações que até então não eram adotadas em tão larga escala.

Por outro lado, restou demonstrado que tal modalidade de trabalho também fomentou aspectos nocivos à saúde tanto do empregado como do empregador, em decorrência do aumento da carga horária que deixou de ser tão delimitada como era antes no trabalho presencial.

Essa questão, em conjunto com outros aspectos, tais como a dificuldade de adaptação ao teletrabalho, problemas de concentração, ausência de infraestrutura e ambiente adequado para laborar, privação do convívio social, dentre outras, deram ensejo ao crescimento do número de doenças neuronais.

A busca permanente por uma maior produtividade, bem como a inegável valorização desta, em detrimento de outros fatores tão importantes quanto, fez com que empregados e empregadores deixassem de observar o direito a desconexão, cumprindo jornadas de trabalho extensas que de forma geral trouxeram mais prejuízos do que benefícios.

Nesse sentido, Byung-Chul Han nos faz refletir como a depressão, ansiedade, síndrome de *burnout*, dentre outras, afetaram de maneira considerável o psicológico dos indivíduos, aumentando, do mesmo modo, os níveis de estresse no cotidiano, conforme apontam estudos realizados na área.

Posto isto, verifica-se que é primordial ponderar o excesso de trabalho e priorizar a saúde mental do ser humano, em prol inclusive da sociedade como um todo, tendo em vista que as doenças supracitadas não ficam restritas apenas a pessoa em si, mas acabam repercutindo no ciclo de amigos, trabalho e família, quiçá indo além.

Desse modo, deve-se levar em consideração e sopesar o que realmente importa, através de uma visão ampla e não apenas visando objetivos pessoais, inclusive sob uma perspectiva do que se espera a curto e longo prazo, valendo a pena reavaliar se mais vale uma autocobrança exagerada e uma prestação de serviços de modo desenfreado para o alcance de metas no trabalho, por exemplo, ou a saúde a longo prazo.

REFERÊNCIAS

ALFAGEME, Ana. O sonho do 'home office' vira pesadelo na pandemia. **El País**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-08-09/o-teletrabalho-nao-era-isto.html>. Acesso em: 15 dez. 2022.

-

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo, LTr, 2016.

BOÉTIE, Étienne de la. **Discurso da servidão voluntária**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **[Constituição, (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver**. Brasília: TST, 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências, [2020]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 157, de 31/01/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF, [2017]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RES_157_2017.pdf. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 227, de 15/06/2016 do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **SOBRATT- Sociedade Brasileira de teletrabalho e teleatividade**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Teletrabalho. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/category/biblioteca/material-cientifico/pesquisas/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. ATOrd 1000507-98.2021.5.02.0042. Recorrente: AMANDA VIEIRA DA SILVA . Recorrido: CREDIT CASH ASSESSORIA FINANCEIRA LTDA. Relatora: Juíza LIVIA SOARES MACHADO, 27 de janeiro de 2023, São Paulo. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000507-98.2021.5.02.0042/1#072fcd0>. Acesso em: 04 de dez. 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. RO 0020405-15.2015.5.04.0028. Recorrente: OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, ZOPONE-ENGENHARIA E COMERCIO LTDA. Recorrido: ZOPONE-ENGENHARIA E COMERCIO LTDA., TIM CELULAR S.A., OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, UBIRATA RIBEIRO DOMINGUES. Relator: Juiz RODRIGO TRINDADE DE SOUZA, 20 de Maio de 2015, Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020405-15.2015.5.04.0028/2>. Acesso em: 04 dez. 2022.

CARVALHO, Gabriella Melo de; ANDENA, Emerson Alves. Pandemia e Teletrabalho: um desafio ao direito à desconexão. **JUS**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90195/pandemia-e-teletrabalho-um-desafio-ao-direito-a-desconexao>. Acesso em: 05 jan. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil** – Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017.

FANJUL, Sérgio. Byung-Chul Han: “O celular é um instrumento de dominação. Age como um rosário”. **El País**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2021-10-09/byung-chul-han-o-celular-e-um-instrumento-de-dominacao-age-como-um-rosario.html>. Acesso em: 07 jan. 2023.

HAN, Byung-Chul. **Agonia do eros**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

LARA, Daniel. Quando trabalhar um dia a menos funciona. **El País**, São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-03-12/quando-trabalhar-um-dia-a-menos-funciona.html>. Acesso em: 20 dez. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Daniel. **Home office foi adotado por 46% das empresas durante a pandemia.** Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>. Acesso em: 20 dez. 2022.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista.** Rio de Janeiro: KBR, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Legislação trabalhista em tempos de pandemia: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVEIRA, Daniel. Home office atinge 11% dos trabalhadores no Brasil diante da pandemia em 2020, aponta Ipea. **G1**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/15/home-office-atinge-11percent-dos-trabalhadores-no-brasil-diante-da-pandemia-aponta-ipea.ghtml>. Acesso em: 22 dez. 2022.

Recebido em: 25 jan. 2023 Aceito em: 01 fev. 2023

DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DO RGPS PARA OS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESPECÍFICA FRENTE À MUDANÇA DE GÊNERO

Euvaldo Leal de Melo Neto⁶

Mariana Dias Barreto de Souza⁷

Miguel Horvath Júnior⁸

Resumo

Este artigo pretende estudar sobre a ausência de normas previdenciárias que protejam os benefícios para pessoas transgêneros e transexuais. Assim, será analisada a omissão do Poder Legislativo quanto à regulamentação de normas específicas para essa parcela da população por meio de princípios constitucionais, bem como a forma como o Judiciário vem avançando na proteção dos direitos dessas pessoas. A realidade social da população transgênero e transexual tem sido pouco discutida no âmbito da Seguridade Social, não havendo nenhuma lei positiva dentro do conjunto de normas que contemple mudanças relacionadas as aposentadorias ou salário-maternidade para esta classe, por exemplo. Por fim, serão discutidas hipóteses que podem auxiliar na efetiva concessão de benefícios aos transgêneros e transexuais de forma abrangente às mudanças sociais visando diminuir as consequências que esses contribuintes estão sujeitos à letargia do Estado.

Palavras-chave: Efetividade de Direitos; Omissão legislativa; Transgêneros e Transexuais.

SOCIAL SECURITY RIGHTS IN THE GENERAL SCHEME OF SOCIAL PENSION FOR TRANSGENDER AND TRANSSEXUALS: AN ANALYSIS OF THE ABSENCE OF SPECIFIC SOCIAL SECURITY LEGISLATION IN FRONT OF THE GENDER CHANGE

Abstract

This article intends to study about the absence of Social Security norms to protect the benefits for transgender and transsexual people. Thus, the omission of the Legislative Branch regarding the regulation of specific norms for this part of the population through Constitutional principles will be analyzed, as well as the way in which the Judiciary has been progressing on the protection of the rights of those people. The social reality

⁶ Doutorando e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Advogado e Professor de Direito da Seguridade Social, e-mail: euvaldoleal@hotmail.com

⁷ Doutoranda e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Social da Bahia, Advogada e Professora de Direito da Seguridade Social, e-mail: marydiasbarreto@outlook.com

⁸ Doutor em Direito pela PUC/SP, Coordenador do Mestrado e Doutorado no Núcleo de Direito Previdenciário e Professor da PUC/SP, Procurador Federal, e-mail: miguelhorvath@pucsp.br

of the transgender and transsexual population has been little discussed in the Social Security sphere, not having any positive law within the set of norms that contemplates changes related to retirement or maternity salary for this class, for example. Hypotheses will be discussed and it can help in the effective granting of benefits to transgenders and transsexual in a comprehensive way to social changes aiming to reduce the consequences that these taxpayers are subject to the lethargy of the State.

Keywords: Effectiveness of rights; Legislative omission; Transgenders and transsexual.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da esfera jurídica agrupam-se diversos direitos sociais, sendo alguns deles a saúde, o lazer, a nacionalidade, a intimidade. Direitos e obrigações regem os indivíduos, sendo algumas delas diferenciadas pelo gênero, como é o caso do alistamento obrigatório para homens e a diferenciação de critérios para concessão de aposentadoria de acordo com o gênero.

Com a mutação da sociedade, as ciências jurídicas têm tentado evoluir para efetivar direitos que nascem ou se desenvolvem a partir disto. Entretanto, no que diz respeito à legislação previdenciária brasileira, ainda existem algumas lacunas que desprivilegiam o grupo dos transgêneros e transexuais. Importa mencionar que o Legislativo teve uma excelente oportunidade para discutir este tema, que foi na EC 103/19, porém não houve menção a essa pauta de extrema urgência e importância.

A ausência de legislação específica com o intuito de abordar detalhadamente os direitos previdenciários dos transexuais prejudica de forma grandiosa uma parte da população, especialmente no que diz respeito à aposentadoria de forma isonômica. Sabe-se que o Brasil é um país conservador, o que implica em uma possível rejeição aos que aderem à alteração de gênero, porém não cabe aos Poderes agir de maneira parcial, já que trata-se de assunto extremamente relevante para a sociedade.

Diante desse cenário, serão analisados de maneira mais criteriosa sobre a transexualidade, os princípios que garantem a legitimação de norma específica para a aposentadoria desse grupo, os avanços do Judiciário e, principalmente, a omissão Legislativa.

O contribuinte, independente do gênero, adquire o direito legal de desfrutar dos benefícios da aposentadoria, tendo em vista sua filiação para o Regime Geral da Previdência Social. Contudo, existem aspectos nesta espécie de prestação que são diferentes entre os segurados do sexo masculino e do feminino. Assim, frente a um indivíduo transexual ou transgênero, questiona-se qual o melhor critério a ser utilizado para regulamentar seu benefício sem que haja prejuízo nem para o contribuinte, nem para a Previdência.

2 TRANSSEXUALIDADE

2.1 Considerações iniciais

O Conselho Federal de Medicina considera a pessoa transexual como um portador de desvio psicológico permanente da sua identidade sexual com uma tendência em se

automutilar ou provocar autoextermínio por rejeição de seu fenótipo caracterizado (CFM, 2010). Porém, a Organização Mundial de Saúde – OMS, segundo publicações, estuda mudar a Classificação Internacional de Doenças – CID (SUS, 2017), por entender que atualmente há uma “disforia de gênero” que resulta da imagem que o indivíduo tem de si mesmo e necessita de intervenção especializada para efetuar a devida adaptação.

Martinez (2022) ao escrever sobre o tema distingue as terminologias: sexo, gênero e sexualidade:

O “sexo” diz respeito ao conjunto de características, que diferenciam numa espécie, os machos e as fêmeas e que lhe permite reproduzirem-se. Assim, o sexo está relacionado às particularidades anatômicas e biológicas que conduzem à certificação de alguém como homem, mulher ou intersexo. **O sexo é, portanto, atributo biológico.**

O “gênero” por outro lado, **designa a construção psicológica, cultural e social do sexo biológico.** O gênero está associado à forma **como uma pessoa se percebe e também como ela quer ser vista pela sociedade.** O gênero é, por isso, uma **questão sociocultural; um assunto de pertencimento social e cultural.**

A sexualidade, por sua vez, “abrange sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade **é a qualidade daquilo que se vivencia no âmbito sexual, podendo ser expressa em pensamentos, fantasias, desejos e relacionamentos.** [...] É no âmbito da sexualidade que uma pessoa levada por a sua própria orientação, pode se identificar como homossexual (lésbica ou gay), heterossexual, bissexual, pansexual ou assexual. A sexualidade, portanto, é uma questão afetiva.

Partindo de um viés mais sociológico Letícia Lanz conceitua transgênero e transexual:

[...] transgênera é a pessoa: envolvida em atividades que cruzam as fronteiras socialmente aceitas no que diz respeito à conduta preconizada pelo dispositivo binário de gênero. O termo transgênero busca cobrir um amplo espectro de comportamentos considerados transgressivos à disciplina e às interdições impostas por esse dispositivo, que vão desde a simples curiosidade de experimentar roupas/calçados/adereços próprios do outro gênero até a firme determinação de realizar mudanças físicas através do uso de hormônios e cirurgias. O termo transgênero vem sendo utilizado para classificar as pessoas que, de alguma forma, não podem ser socialmente reconhecidas nem como ‘homem’, nem como ‘mulher’, pois o seu ‘sexo social não se enquadra em nenhuma das duas categorias disponíveis, que são masculino e feminino. Assim, o transgênero masculino é alguém cujo comportamento, revelado em suas ações, desejos, palavras, pensamentos e atitudes, transgride regras de conduta que a sociedade fixou para o gênero masculino (LANZ, 2014, p. 334).

Até 20 de maio de 2019, o Conselho Federal de Medicina apresentava a transexualidade como uma disforia de gênero, identificada pelo CID 10 F64. Contudo, a partir desta data, especificamente com a 72ª Assembleia Mundial da Saúde da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em Genebra passa a vigorar o CID 11, ou seja, este Código de Doenças deixa de existir para a situação antes patológica.

Importa mencionar que, apesar de Miriam Ventura, ter escrito o conceito dela antes da ONU desconsiderar a transexualidade um transtorno mental, infelizmente as informações constantes nele ainda são reais, exemplo disto é a vulnerabilidade social, transcrevemos:

A transexualidade é entendida como uma expressão legítima de sexualidade – que pode trazer um tipo de condição de sofrimento (ou não) – e não necessariamente uma doença psiquiátrica, em razão das condições sociais e pessoais em que é vivenciada. Isso implica considerar que a transexualidade não traz em si limitações à autonomia (moral ou legal) da pessoa transexual, mas sim um tipo de vulnerabilidade (condições sociais e indivíduos que podem pôr em risco ou afetar a saúde e o direito das pessoas e/ou de população, ou seja, como condições atuais e não potenciais de risco de dano) em razão da contradição entre a transexualidade e as normas sociais e morais sexuais vigentes, o que pode resultar em restrições pessoais e sociais danosas à autonomia individual (ou seja, em vulneração), como a proibição legal de alteração do prenome e do sexo nos documentos de identificação pessoal, ou restrições para o acesso às transformações corporais desejadas, no sistema oficial de saúde, dificultando as intervenções médicas adequadas e seguras (VENTURA, 2010).

Szaniawski (1999, p. 34) menciona que a identidade sexual ou de gênero é um conceito composto por elementos conscientes e inconscientes o qual “se traduz num sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher. Isso porque a nossa estrutura social consegue conceber o sexo de forma apenas dicotômica, na sua versão masculina ou feminina”. Sendo assim, para ele tal assertiva é interiorizada no indivíduo; é o sentir-se como parte de um dos dois gêneros.

Necessário se faz reiterar que a identidade sexual não é algo instintivo, como se a pessoa já nascesse com o sentimento de pertencer a um dos dois sexos, mas sim o resultado de uma junção de elementos (biológicos, culturais, sociais, afetivos) atrelados ao lapso temporal, o qual será responsável pela formação da identidade sexual. Entretanto, há aqueles que entendem que o indivíduo já nasce com algumas tendências iniciais de sua identidade sexual. Os transexuais encaixam-se nesta situação, já que mesmo recebendo estímulos relacionados ao seu aparato morfológico, escolhe pela identidade inversa ao seu sexo biológico.

A transexualidade pode ser entendida como a circunstância em que alguém possui uma identidade de gênero diferente do que foi confirmada após seu nascimento. Estes indivíduos podem desejar e submeter-se a procedimentos ambulatoriais e cirúrgicos e intervenções médicas, como reposição hormonal e cirurgias para transição de sexo. Em sua essência, são pessoas que não se identificam com sua identidade sexual originária

e se conectam em suas mentes com o gênero oposto, gerando um conflito físico e psicológico de identidades: de um lado, há o que imagina ser (psíquica), e por outro, o que atualmente é (identidade física).

Ademais, de acordo com o entendimento mais recente de alguns tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, a associação do indivíduo como transexual não se faz apenas pela cirurgia de redesignação sexual. Já é possível a retificação do registro civil, alterando o nome e o gênero sem o condicionamento à realização da cirurgia, sendo levados em consideração outros critérios tão relevantes quanto. Além do constrangimento sofrido por apresentar documento no qual as informações não condizem com a identidade e aparência do indivíduo, foi considerado a inviabilidade da realização do procedimento cirúrgico para todos os transexuais, seja por motivos financeiros ou empecilhos de saúde.

2.2 Aspectos sociais

Os obstáculos nas vidas de pessoas transexuais podem começar na infância, com a família, amigos, onde as suas atitudes começam a ser vigiadas e, conseqüentemente, punidas, por não obedecer ao padrão comportamental de um determinado fenótipo. Dessa forma, é comum evidenciar o sofrimento deles por sua aparência anatômica não corresponder com sua conduta. Há diversas expectativas culturais para cada sexo, fazendo com que aqueles que não as correspondem se sintam pressionados e rejeitados.

Deste modo, é comum ocorrer o abandono escolar na infância, sendo demonstrando como refúgio, ou mesmo como uma forma de evitar os sofrimentos vivenciados na instituição de ensino.

Outro ponto importante é quando o transexual opta pela realização da cirurgia de transgenitalização, pois é necessário seguir as orientações do art. 4º da Resolução do CFM 1955/2010, obedecendo a avaliação de equipe, constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, além de acompanhamento conjunto pelo lapso temporal de 2 (dois) anos, com obediência aos seguintes requisitos: Diagnóstico médico de transgenitalismo, ser maior de 21 (vinte e um) anos e ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Correspondendo às exigências, será facultado ao paciente realizar ou não a intervenção médica. Vale ressaltar que os que não optarem por isso não deixarão de ser transexual, apenas pelo fato de não aderir a redesignação de sexo. Entretanto, sabe-se que a alteração corpórea auxilia na efetivação mais célere de direitos.

A diversidade do tema em seus aspectos físicos, psíquicos, sociais e culturais trouxe grande visibilidade ao assunto, atualmente, o que levou ao avanço nas discussões sobre as garantias dos direitos transexuais, especificamente na área previdenciária.

2.3 Dos direitos e garantias dos transexuais

Conforme mencionado anteriormente, em maio de 2017 foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça o direito da mudança do nome civil, compatibilizando a identidade de gênero do transexual, sem a obrigatoriedade de procedimentos médicos e cirúrgicos para a alteração de sexo. Da mesma forma, observa-se a flexibilização das

regras estipuladas pela Organização Mundial de Saúde – OMS para a identificação da transexualidade e a sua elegibilidade, as quais submetiam os mesmos a tratamentos ditos necessários para sua adequação de gênero sexual (hormonais, médicos e cirúrgicos). Era verificado, assim, um grande impasse na efetivação das garantias de direitos da população transexual.

Na esfera previdenciária, o Instituto Nacional de Seguro Social possui o dever de alterar o nome da pessoa física, que assim o solicitar, no seu Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Isto foi efetivado graças a edição do Decreto 8.727/16:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

A doutrina brasileira vem respondendo positivamente no que diz respeito à inclusão de garantias dos transgêneros. Entretanto, o sistema jurídico ainda é falho se comparada à legitimação de alguns direitos que em muitos países é tido como básico, exemplo disso é a Alemanha. Especificando para o cerne deste estudo, qual seja a aposentadoria dos transexuais, percebe-se que ainda não existe consenso nos tribunais, tampouco na esfera administrativa previdenciária.

Portanto, a legislação ainda é deficitária quanto ao aspecto de abraçar todas as necessidades dos segurados transexuais. Existe uma grande lacuna a ser preenchida pelo Poder Legislativo, com a finalidade de regulamentar, principalmente, os requisitos correspondentes à gestação de homens transexuais, bem como a idade e/ou tempo de contribuição para requererem suas aposentadorias.

2.3.1 Ausência da aplicação do Princípio Constitucional da Isonomia, Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Os princípios exercem dentro das normas jurídicas a função de orientar e ser fonte subsidiária de interpretação, desempenhando importante papel para a legitimação de decisões.

Para José de Albuquerque Rocha, o princípio dentro do Direito caracteriza-se por:

[...] Qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis (ROCHA, 2009).

Dentro da problemática da inexistência de legislação específica para regulamentar a aposentadoria dos transexuais, analisar-se-á alguns dos mais importantes princípios que acobertam este tema, desprotegido de norma regulamentadora tanto na esfera judicial como na administrativa.

2.3.1.1 Princípio Constitucional da Isonomia

De acordo com Lenza (2011), o princípio da isonomia está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, consagrando serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, buscando não somente a igualdade formal, mas, principalmente, a igualdade material, tendo em vista o dever de a lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Como solução à problemática abarcada, o direito à igualdade é de extrema relevância. Tem-se que este, para Alexandre de Moraes (2014) opera em dois planos distintos: De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas.

A igualdade, além de um direito, trata-se de um princípio que orienta a interpretação de outras normas e soluciona casos concretos, proibindo diferenciações arbitrárias e discriminações. Neste contexto, o mesmo autor diz que:

O tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2014, p. 36).

Com a ausência de respaldo jurídico, como se faz perceber no caso discutido da não existência de legislação referente à aposentadoria do transexual, leva o cidadão a acreditar na discriminação, ferindo assim, a Constituição Federal e o Princípio da Isonomia. Dessa forma, as garantias constitucionais tornam-se ineficientes, pois é dever do Estado regulamentar o direito de todos os indivíduos. É facilmente compreensível que o Poder público deve estabelecer a previdência de forma universal, ou seja, tutelar a todos de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação, principalmente pelo fato de que todos seriam contribuintes do sistema.

2.3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ainda que diferentes de um preestabelecido padrão na sociedade, os transexuais são detentores da dignidade da pessoa humana, trazida pela Constituição Federal e assegurada em seu artigo 1º, III, qual seja:

A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos:
[...] III – a dignidade da pessoa humana.

Hoje é indiscutível a necessidade do Poder Legislativo regulamentar os direitos previdenciários dessa classe, uma vez que o Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 2.803/2013 reconhece a identidade de gênero, disponibilizando pelo SUS o processo de transgenitalização, bem como há entendimento consolidado do STJ autorizando a alteração do prenome civil para os transexuais, como visto anteriormente. Posto isso, observa-se o posicionamento de José Lima de Sá:

Questionar a ciência não significa, no entanto, negá-la. É repensá-la numa nova dimensão, ou seja, em seu significado sociocultural, em seu caráter instrumental em relação à sociedade. É estabelecer um vínculo entre o processo de produção científica e as necessidades sociais (SÁ, 2000, p. 50).

Tendo como base esse princípio, é esperado que o cidadão demande do Estado programas e institutos que tenham a finalidade de garantir o cumprimento desta determinação constitucional, mantendo o bem-estar e os direitos fundamentais sociais. Tanto estes quanto os direitos individuais são cláusulas pétreas na Constituição, reforçando a sua importância, disposto no art. 60, §4º, II, da CF/88.

O Superior Tribunal de Justiça, desde 2007, tem decidido no sentido de preservar a dignidade humana e aceitar as diferenças sociais, em especial com as pessoas que, em decorrência das suas escolhas, já sofrem tanto desrespeito e opressão por parte de seres incapazes de enxergar os transgêneros de modo natural:

EMENTA: Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, **a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais**, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 – SP; 2007/0273360-5, RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI). (grifo nosso)

Por fim, para Ingo Sarlet a dignidade deve ser aplicada da seguinte forma:

assim a dignidade - na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em último ratio, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas consigo mesmas (SARLET, 2012, p. 136).

2.3.1.3 Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

Para Deonise Mrozinski Irgang:

A universalidade da cobertura e do atendimento objetiva atender as necessidades sociais que se apresentam a partir das contingências de cada beneficiário do sistema previdenciário. É necessário que este beneficiário, ao precisar, tenha onde se socorrer cobrindo suas necessidades mais urgentes seja na saúde ou na sua subsistência ao passar por dificuldades (IRGANG, 2016).

Os transgêneros pertencem a um grupo social que está em desvantagem do restante dos indivíduos no nosso ordenamento jurídico. A realidade social dessa classe é delicada e precisa de meios para assegurar os seus direitos. Ainda sob a óptica de Irgang, se for tentado ao cidadão cisgênero colocar-se no lugar de um transexual, perceber-se-á a crise de identidade física, assim como a crise de identidade psicológica, as quais podem desenvolver no indivíduo trans dificuldades de inclusão social, no mercado de trabalho, de desenvolvimento pessoal.

O Poder Legislativo, através da omissão de norma específica para os transexuais, assume uma postura completamente falha, indo totalmente contra esse princípio tão importante para a seguridade social. Por isso, o respaldo jurídico para a ação da inclusão social é imprescindível, permitindo aos cidadãos plenitude e aceitação pessoal. Vale ressaltar que a própria Constituição Federal de 1988 proíbe a discriminação e o preconceito conforme pode se vislumbrar nos artigos 3º, inciso IV, artigo 5º caput e o artigo 7º inciso XXX.

3 ANÁLISE DE DIFERENTES APRECIÇÕES FRENTE À AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA QUE PRECEITUE SOBRE APOSENTADORIA DE TRANSEXUAIS

3.1 Aposentadoria concedida conforme a identificação de gênero

Segundo Wagner Balera (2015) “a legislação previdenciária brasileira deveria garantir a transexuais o direito de acesso a benefícios com a identidade assumida após a mudança de gênero, mas é omissa e não cumpre o seu dever”.

Baseado nesse entendimento é possível afirmar que há negligência do Estado frente à necessidade de garantia do acesso ao benefício previdenciário em sua plenitude, levando as pessoas transexuais a optarem por dois caminhos torturantes.

O primeiro deles, visando garantir a sua subsistência, se faz necessário negar a sua identidade gênero e requerer o benefício utilizando-se do seu sexo biológico, com o enquadramento em conformidade aos requisitos legais.

O segundo requisito diz respeito a requerer o benefício junto a previdência respeitando a sua identidade de gênero, onde possivelmente terá o seu pedido negado, levando-as à busca da tutela jurisdicional para a obtenção do seu direito.

3.1.1 Da multiplicidade de critérios

Os possíveis critérios para que haja a concessão dos benefícios de aposentadorias seriam: adoção dos requisitos do gênero de origem; adoção dos requisitos do gênero no momento do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria, ou adotar uma conversão de tempo de contribuição e idade como homem e como mulher.

Na primeira hipótese, Horvath Júnior, Araújo e Barreto (2018) defendem que seria levado em consideração no momento da concessão da aposentadoria o sexo originário – ou biológico – que corresponde aquele ao qual o indivíduo nasceu. Nesta situação o homem e a mulher transgêneros devem preencher os requisitos descritos para o seu gênero de nascimento.

Na segunda hipótese, os mesmos autores defendem quando da alteração do gênero e/ou do sexo, considerar-se-ia o gênero aderido. Isto porque a mudança realizada seria o crucial requisito para o requerimento do benefício. Ou seja, o homem que faz a transgenitalização ou apenas modifica o gênero nos documentos civis poderia requerer a aposentadoria de acordo com o princípio aplicado no direito previdenciário *tempus regit actum*.

Isso se deve ao fato de que o que terá importância na situação apresentada é o gênero correspondente no momento da implementação dos requisitos básicos para cada aposentadoria.

A terceira hipótese é defendida com o intuito de utilizar fatores de conversão, situação análoga à aposentadoria especial, em que o segurado que fez a mudança de sexo e/ou de gênero deveria ser submetido aos cálculos para o aumento do período contributivo (em caso de mulher ter se tornado homem) ou a diminuição deste (para as pessoas do gênero masculino que trocaram para o feminino). A conversão levaria em

consideração o período trabalhado como homem, o período trabalhado como mulher, a serem analisados na data do requerimento do benefício, bem como a respectiva idade⁹.

3.2 Aspectos hodiernos frente à aposentadoria de transexuais

Vale ressaltar que são muito poucos os precedentes na jurisprudência ou ocorrência de conhecimento público referente ao tema discutido, não havendo hoje certeza sobre o entendimento e interpretação da grande maioria tribunais caso situações como as que foram citadas acontecessem no caso concreto.

Apesar das mudanças recentes ocorridas já citadas anteriormente, em especial ao recurso julgado pelo STJ, visando à adequação da realidade tanto econômica quanto social, não se visualiza qualquer alteração ou previsão na lei previdenciária em relação à concessão da aposentadoria para transexuais em consonância a sua identidade de gênero, permanecendo uma grande lacuna e silêncio da lei nesse sentido, deixando a população à margem dos dispositivos normativos.

Reforçando o estigma excludente do público transexual frente ao acesso a cidadania e a justiça social, mesmo havendo o reconhecimento judicial pelo Estado quanto a sua identidade de gênero, fica em aberto como prosseguirá a situação, não sabendo o que será feito para que esse enquadramento entre o ser e o sentir ser sejam ambos considerados.

Não há qualquer dispositivo, determinação legal que garanta pela lei previdenciária a concessão do benefício ao transexual com o gênero que agora é o adequado a sua identidade, sem que haja a necessidade de judicialização do caso.

De acordo com o que é visualizado diariamente no âmbito da Previdência Social, a solicitação que for feita por via administrativa, de acordo com os critérios taxativos e biológicos do direito previdenciário, tal requerimento seria facilmente negado.

Ressalta-se ainda, que embora o indivíduo deva buscar a tutela jurisdicional para a concessão da aposentadoria, não existe a certeza de que haverá o deferimento do benefício.

Isto posto, o tema é matéria nova, polêmica e contraditória em alguns aspectos. Ademais, não possui base jurídica para análise ou fixação de entendimento, devido a falta de precedente no Judiciário, não havendo previsão do tempo que será necessário para análise dos casos específicos, sendo evidente o prejuízo nesse aspecto.

De acordo com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais – ABGLT e ao Sistema Eletrônico de Informação do Cidadão – e-SIC do Governo Federal, até o presente momento não há qualquer informação de transexuais que recebem benefício da previdência após a adequação de gênero, tendo-se apenas notícias de transexuais em recebimento da LOAS, segundo informações da ABGLT, porém essa concessão se dá através do gênero biológico e não de identidade dessas pessoas, bem como não se trata de benefício da previdência, mas da assistência social.

De acordo com o aumento da procura do judiciário para a retificação civil do sexo e do nome, igualmente, tais situações, surgirão, exigindo dos operadores do direito a necessidade de obter uma solução justa e eficiente aos casos. No que diz respeito aos transexuais, a falta de respaldo legislativo e a possível negação de benefício certamente

⁹ Uma análise detalhada e com os percentuais devidos foi feita por Machado (2019).

trará consequências psicológicas, como transtornos, se não impedimentos, quando forem se aposentar, pois sua situação peculiar implica, pontualmente, na questão do gênero sexual, e por consequência, na contagem de prazo para que o benefício seja concedido.

Agora a batalha existente será com a autarquia federal previdenciária quando do direito ao reconhecimento da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para os transgêneros, porque o gênero feminino tem o direito de aposentar-se 3 (três) anos mais cedo que as pessoas do gênero masculino.

Há quem defenda que muitas pessoas do sexo masculino poderiam realizar a alteração do gênero apenas para ter o direito aos benefícios acima descritos, com antecedência de três anos, prejudicando, dessa forma, o erário público.

Apesar de essa opção ser possível, o direito de quem realiza as mudanças por necessidade física ou psicológica não pode ser prejudicado por minorias fraudulentas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela identidade é um direito da personalidade e propicia ao transexual o equilíbrio entre seu corpo e sua mente, tanto no que diz respeito ao direito ao próprio corpo, ao direito à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição Federal), e, principalmente, ao direito à identidade sexual, a qual integra um aspecto totalmente relevante da identidade pessoal.

Nota-se que não há motivos que justifique a omissão do Estado, por meio do poder legislativo, em editar normas que regulamentem sobre a aposentadoria dos transexuais. Estes não podem ser vítimas de discriminação no ordenamento jurídico brasileiro.

São muitas as mudanças essenciais na normatização de forma a atender as necessidades dos diferentes grupos sociais. A precariedade de normas gera abalo na confiança dos segurados e favorece a informalidade e o desincentivo a contribuição previdenciária dos transexuais, causando um considerável impacto na Previdência.

A negatização dos direitos de homens e mulheres transexuais, através da relativização do seu alcance baseado exclusivamente na constituição interna e externa dos seus órgãos sexuais em detrimento da sua identidade de gênero, cria uma barreira e demonstra omissão do Estado numa sociedade democrática, que busca a igualdade entre todas as pessoas.

É incontestável que os transexuais, como todo cidadão, fazem jus ao direito de se aposentar de acordo com o sexo adequado. Não há razão em contribuir de acordo com o sexo biológico se este não corresponde à sua identidade sexual psicológica. Tal hipótese versaria uma flagrante violação da dignidade da pessoa humana, um desrespeito ao sujeito detentor de direitos.

Diante da assunção de nova identidade de gênero, há a necessidade premente da lei previdenciária se adequar as novas situações e mudanças ocorridas ao longo do tempo, visto que o direito se trata de ciência subjetiva, promovendo alterações necessárias para alcançar os direitos das minorias, trazendo-as de volta ao exercício da sua cidadania, resgatando-as da marginalidade da lei, para plena efetivação dos seus direitos fundamentais.

Como a concessão da aposentadoria ao transexual pelo seu sexo desejado, somente pode-se dar, desde que haja, de fato, comprovação de sua condição, sugere-

se comunicar a referida mudança de status junto aos órgãos públicos, com a expedição de ofício logo após a sentença que julgar procedente o pedido de retificação do registro civil, a fim de que seja alterado o cadastro daquele cidadão.

Assim, as constantes atualizações legislativas devem estar intimamente ligadas com os anseios sociais, fazendo-se necessária a regulamentação quanto à retificação do registro civil do transexual de forma apropriada, de forma a garantir que o seu tratamento perante toda a sociedade se dará conforme o sexo por si identificado.

Enquanto o Legislativo não regulamentar a respeito da aposentadoria dos transexuais restará ao Poder Judiciário o ativismo, para que aqueles tenham acesso aos direitos garantidos pela Constituição, de forma isonômica.

Abordar esse tema evidenciando o silêncio do Estado frente às necessidades dessa minoria social mostra a importância de ampliar a discussão e cuidar cada vez mais da aplicabilidade e da inovação da nossa legislação.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Previdência é omissa com transexuais**. Uol, 2018. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/economia/noticia/100000757140/previdencia-e-omissa-com-transexuais-diz-especialista.html>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BENEVIDES, Bruna (Org.). **Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 07 set. 2022.

BERNARDO, Marcia. **Discurso flexível, trabalho duro**: o contraste entre a vivência de trabalhadores e o discurso de gestão empresarial. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 2.803/2013**. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 24 de jan. 2018.

BRASIL. **Ministério do Planejamento**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/etical>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/onlinelibraries/pt/>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. **Sistema Único de Saúde (SUS) – CID 10 / OMS**. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>. Acesso em: em 24 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.772 Distrito Federal. Recorrente:** Procuradoria Geral da República. Recorrido: Presidente da República. Relator: Relator Ministro Carlos Britto, 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>. Acesso em: 01 de set. 2022.

CONSELHO Federal de Medicina (CFM) – **Resolução do CFM n. 1.955/2010**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm. Acesso em: 14 jan. 2018.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; ARAÚJO, Gustavo Beirão; BARRETO, Mariana Dias. O direito a aposentadoria para transgêneros e transexuais. **Revista Juris Plenum**, v. 4, n. 21.

IRGANG, Deonise Mrozinski. **A aposentadoria por idade e por tempo de contribuição:** uma análise da aplicação dos requisitos exigidos frente à mudança de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) - Departamento de Estudos Jurídicos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2016. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3659/TCC%20Deonise.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 fev. 2018

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. Transexualidade e aposentadoria no regime geral da previdência. **Juris Plenum Previdenciária: Plenum**, v. 4, n. 13, 2016.

GOMES, Eva Bento. **Analisar a ausência de normas previdenciárias para tutelar a aposentadoria por idade dos transexuais, segurados do regime geral de previdência.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analisar-a-ausencia-de-normas-previdenciarias-para-tutelar-a-aposentadoria-por-idade-dos-transexuais-segurados,589146.html>. Acesso em: 18 jan. 2018.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa:** a pessoa transgênero e a conformidade com as normas de gênero. Dissertação (Mestrado Em Sociologia) – Departamento De Ciências Sociais, Universidade Federal Do Paraná, Curitiba, 2014.

MACHADO, Fernando. **Aposentadoria da pessoa transexual:** Aposentadoria por tempo de contribuição e por idade nos casos de mudança de sexo. Curitiba: Juruá, 2019.

MARTINEZ, Luciano. O trabalho das pessoas transgênero e as suas peculiaridades. **Revista dos Tribunais Online**, v. 220, nov/dez, 2021, p. 417-434

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional:** 30. ed. São Paulo: Ethos. 2014.

PIMENTEL, Sílvia (coord.). **Direito, discriminação de gênero e igualdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed., Rev. e Ampl. Editora Atlas, 2009.

SÁ, Jose Lima de. **Especialização versus Interdisciplinaridade**: uma proposta alternativa. Serviço Social e interdisciplinaridade: 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 9. ed. ver atual 2. Tir. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2012, p.136.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. ARNAUT. Danilo. Benefícios previdenciários para pessoas transgêneras. *In*: PANCOTTI, Helena Heloisa (org.). Os direitos da população LGBTI+/. São Paulo: Todas as Musas, 2019

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de Souza. Igualdade de gêneros e transgêneros no direito previdenciário na reforma da previdência. *In*: PANCOTTI, Helena Heloisa. **Os direitos da população LGBTI+**. São Paulo: Todas as Musas, 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1626739-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170510-03.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

VENTURA, Miriam. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, 2010.

Recebido em: 10 jan. 2023 Aceito em: 01 fev. 2023

O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE SOBRE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMPATÍVEIS COM ESSA PROTEÇÃO

Guilherme Sebalhos Ritzel¹³

Resumo

Este trabalho tem o objetivo de analisar o direito ao saneamento básico como algo essencial para a efetivação de direitos garantidos na Constituição de 1988. Para isso, foi utilizado o método indutivo de pesquisa, considerando que para a efetivação de direitos sociais como a saúde, a alimentação e a moradia, é indispensável a ação do Estado. O artigo também ressalta que embora o saneamento básico não esteja assegurado explicitamente na Constituição, compreende-se como conceito de saneamento básico o que está previsto no artigo 3º da Lei 11.445/07, isto é, situações relevantes para o direito à saúde (artigo 6º e 196) e para o meio ambiente equilibrado (artigo 225), como abastecimento e tratamento de água, além do cuidado com o lixo. Considerando isso, conclui-se que a competência solidária entre a União, os Estados e os municípios, não possui uma efetividade real, assim como as diferenças sociais e econômicas no nosso país demonstram as dificuldades para se tratar o tema.

Palavras-chave: Saneamento básico; Direito à Saúde; Meio ambiente equilibrado.

THE RIGHT TO BASIC SANITATION IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: AN ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES RELATED TO THIS PROTECTION AND THE MEANS FOR THEIR EFFECTIVENESS

Abstract

This work aims to analyze the right to basic sanitation as something essential for the realization of rights guaranteed in the 1988 Constitution. For this, the inductive method of research was used, considering that for the realization of social rights (such as health, food and housing) the action of the State is essential. The article also emphasizes that although basic sanitation is not explicitly guaranteed in the Constitution, the concept of basic sanitation is understood as what is provided for in article 3 of Law 11.445/07, that is, relevant situations to the right to health (article 6 and 196) and for a balanced environment (article 225), such as water supply and treatment, in addition to waste care. Considering this, it is concluded that the joint competence of the Union, the States and the municipalities, does not have a real effectiveness, as well as the social and economic differences in our country demonstrate the difficulties in dealing with the subject.

Keywords: Basic sanitation; Right to health; Balanced environment.

¹³ Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade Franciscana - UFN (2018).

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar o saneamento básico à luz das garantias constitucionais previstas na Constituição de 1988. Para isso, baseia-se no entendimento de que saúde é um conjunto de fatores que vão além da não presença de doença, sendo também, o bem-estar físico, mental e social, sendo essencial para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a pesquisa visa demonstrar que as dificuldades estruturais enfrentadas pelo Brasil enquanto nação se mostram materializadas no fato de que parte da população carece de acesso à água potável, a um tratamento de esgoto adequado, ou mesmo a coleta de lixo. Com base nisso, utilizando o método indutivo de pesquisa, a pesquisa se acerca da conclusão de que o direito ao saneamento básico é um preceito fundamental encontrado em diferentes artigos da Constituição da República, além de conceituado pela 11.445/07, mas que carece de efetivação em muitas regiões do país, prejudicando a qualidade de vida de pessoas mais pobres.

O artigo se divide da seguinte forma, na primeira parte se busca analisar os direitos sociais e a importância da ação do Estado para a sua efetivação, na segunda parte se discute a competência da União, dos Estados e dos Municípios para a efetivação do direito à saúde (o que engloba o saneamento básico), e por fim, na terceira parte serão abordados alguns dados a respeito da falta de saneamento básico para parte da população brasileira.

Portanto, o que a pesquisa visa demonstrar é que uma nação que tem como um de seus objetivos prezar pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição) precisa universalizar o saneamento básico para toda sua população. Logo, considerando isso, é necessário destacar que os demais direitos resguardados constitucionalmente, isto é, os que prezam pela liberdade (artigo 5º), pela igualdade (artigo 6º) e pela solidariedade (artigo 225 e 23 por exemplo) só serão efetivados plenamente se toda sociedade tiver condições decentes de saneamento.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A AÇÃO DO ESTADO PARA EFETIVÁ-LOS

A Constituição Federal de 1988 elenca os chamados “direitos sociais” como um rol de direitos definidos como de interesse de toda coletividade, sendo papel do Estado agir de modo adequado para efetivação desses institutos jurídicos. Deste modo, a Carta de 1988 define no artigo 6º os seguintes direitos:

Artigo 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.

Sobre eles, Tavares (2010, p. 827) destaca que “os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convêm, lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva”. Desta forma, a efetivação de um direito social não ocorre de maneira apartada de políticas públicas para sua implementação.

Bobbio (2004, p. 30) lembra que em período anterior aos direitos sociais surgiram os direitos de primeira geração (os direitos individuais), que tinham a premissa da não intervenção estatal, isto é, de uma atuação negativa do Estado. Já em um terceiro momento, após a efetivação dos direitos sociais (de segunda dimensão) surgiram os direitos de solidariedade, como os relacionados à proteção ambiental e à globalização, que decorrem de uma ação conjunta para minimizar os danos ao meio ambiente que afetam a humanidade como um todo (PADILHA, 2011, p. 235).

Sobre essas classificações, ressalta-se que cada direito está inserido em determinado momento da história contemporânea, isto é, após o direito à vida privada (artigo 5º, X, da CF) e o direito de ir e vir (artigo 5º, XV) a sociedade precisou estabelecer parâmetros mínimos de regulação do trabalho (artigo 7º em seus incisos) e do acesso à educação (artigo 205), por exemplo, e em mesmo sentido, direitos relacionados ao meio ambiente passaram a ser pautas mais presentes após o mundo ficar mais globalizado na segunda metade do século XX. Por isso, Padilha (2011, p. 239) salienta que “os direitos nascem quando podem e devem nascer”, não havendo entre eles uma hierarquia, mas sim um contexto social propício para o surgimento de cada direito.

Assim sendo, é de se ressaltar que para a afirmação dos direitos das três dimensões citadas são necessários para um Estado de Direito avançado, mas também deve-se destacar que em sociedades desiguais tal modelo tende a ser mais dificultoso. Nesse sentido, explicando a importância da efetivação dos direitos sociais, José Afonso da Silva (1999, p. 289-290) afirma que os direitos sociais tratam de prestações positivas em que o Poder Público de forma direta ou indireta, busca possibilitar melhor qualidade de vida aos mais fracos, considerando a “igualização” das situações sociais desiguais.

Sobre essas prestações positivas, Sarlet (2019, p. 284) bem destaca que a implementação dos direitos sociais por meio da ação estatal contribui de certo modo também com a efetivação dos direitos individuais: “O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades”.

O começo do século XX foi determinante para a normatização dos direitos sociais, pois após a Revolução Industrial no século XIX trazer o problema à tona, algumas nações inseriram maior ênfase a estes institutos. Por exemplo, ainda no final do século XIX a Alemanha governada pelo chanceler Otto Von Bismark foi pioneira na implementação da previdência social moderna (FAGNANI, 2019, p. 19). Do mesmo modo, o direito trabalhista teve grandes marcos normativos como as Constituições do México em 1917 e da Alemanha em 1919, e neste mesmo ano, o Tratado de Versalhes que inaugurou a OIT - Organização Internacional do Trabalho (DELGADO, 2017, p. 104).

Entretanto, muitos autores afirmam que costumeiramente há maior descaso com os direitos sociais se comparável aos direitos individuais (civis e políticos), desdém que cria a percepção de que apenas os direitos de primeira dimensão são efetivamente direitos humanos. Sobre isso, Ribeiro (2015, p. 232) faz a seguinte análise:

Mas, de qualquer forma, essa divisão, em que nem sempre se reconhecem os direitos sociais com o mesmo status dos direitos de liberdade, e que possui forte motivação ideológica, levou os direitos humanos a serem regulamentados por dois pactos internacionais diferentes, o dos

direitos civis e políticos e o dos direitos econômicos, sociais e culturais que não possuem o mesmo regime jurídico.

O que o autor afirma nesta explicação é que a ONU - Organização das Nações Unidas não introduziu em um mesmo “pacto de direitos” os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo na verdade, dividido os assuntos em dois dispositivos jurídicos diferentes. Independente disso, o fato é que os direitos civis e políticos, da chamada primeira dimensão, são considerados direitos de aplicação imediata, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais são concebidos pelo pacto da ONU para serem efetivados de maneira progressiva (RIBEIRO, 2015, p. 232).

Desta forma, os direitos sociais são caracterizados pela observância estatal na garantia de serviços básicos à sociedade, como o incentivo para o funcionamento de hospitais e escolas, programas de distribuição de renda entre outras medidas. Vale lembrar que a Constituição Federal destaca no artigo 6º alguns direitos sociais, mas também especifica com maiores detalhes esses direitos em outros artigos, como os direitos trabalhistas (ao longo do artigo 7º) e na chamada “Ordem Social” (Título VII) que dispõe por exemplo sobre a saúde (artigo 196), a previdência social (artigo 201 e 202), a assistência social (artigo 203 e 204), assim como a educação (artigo 205 a 214) e a cultura (artigo 215 e 216).

Vale destacar que os direitos sociais se complementam com outros dispositivos constitucionais, como os preceitos básicos da Constituição de 1988 que são considerados os objetivos almejados pela república. Por exemplo, um dos direitos sociais básicos, a saúde, é entendida como a concretização de uma sadia qualidade de vida (o que é essencial para a afirmação da dignidade humana, artigo 1º, III), algo que deve ser sempre ressaltado se considerado o fato de que a maioria da população brasileira vive na miséria (TAVARES, 2010, p. 844).

Considerando dados demográficos em nosso país, o IBGE divulgou no segundo semestre de 2020 que 70% dos brasileiros dependem exclusivamente do SUS (Sistema Único de Saúde), o que equivale a 150 milhões de pessoas. A pesquisa ainda denota que as disparidades regionais são fortes, pois nos Estados das regiões Norte e Nordeste do país esse índice atinge a 90% da população. (PORTAL UOL, 2020).

É de se ressaltar que a importância do acesso à saúde também tem grande relevância para os seguimentos da população com a acesso à planos privados de saúde, pois conforme pesquisa de Anab – Associação Nacional dos Administradores de Benefícios em junho de 2022, quase metade (47%) dos brasileiros precisou cortar gastos do orçamento familiar em prol da manutenção do plano de saúde (AGÊNCIA BRASIL, 2022). Desde modo, parece pertinente a garantia do acesso e a manutenção da saúde, respaldada pelo Estado (artigo 200, CF) e também pela iniciativa privada de forma complementar (artigo 199, CF).

As ações e os serviços públicos destinados à saúde se submetem ao princípio do atendimento integral (relativo à todas as demandas vinculadas à saúde) e ao princípio do acesso universal (“direito de todos”), que como bem acentua André Ramos Tavares (2010, p. 845) devem abranger todas as necessidades das pessoas:

[...] não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores.

Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 328 e 329) vai nesta mesma linha, indicando que embora o Poder Público e alguns especialistas afirmem que o direito à saúde tenha sido positivado como norma de eficácia limitada (dependendo de regulação futura) ou que a falta de recursos públicos para o investimento seja um empecilho, é dever do Estado observar com o devido cuidado o direito à saúde:

[...] os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que essa solução possa prevalecer, ainda mais em hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu, evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida.

Sarlet além de ressaltar o direito à vida, indicado no artigo 5º, destaca que a omissão do Estado em relação à saúde é comparável a uma pena de morte (vedada pelo Art. 5º, XLVII), sendo para a população mais desfavorecida seja; “cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário” (SARLET, 2019, p. 329).

Neste sentido, é inevitável que para abordar o direito à saúde se faz necessário abordar o atendimento efetivo, integral e universal do saneamento básico, tal como preceitua o artigo 2º, I, II e III da Lei 11.445 de 2007 (que disciplina o saneamento básico) e o artigo 196 da Constituição. Considerando isso, o próximo capítulo irá abordar a repartição solidária de competências entre municípios, Estados e União.

3 O FEDERALISMO SOLIDÁRIO NA SAÚDE: A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE MUNICÍPIOS, ESTADO E UNIÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO INVESTIMENTO PARA A SAÚDE

A respeito da repartição de competências sobre a saúde vale destacar que cabe aos Estados, aos Municípios e a União o papel de concretizá-la. É destacável que para a efetivação do direito à saúde é necessário se fazer uma ligação interdisciplinar com outros ramos jurídicos, como por exemplo, o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental.

Neste sentido, a saúde se relaciona com as relações de trabalho em situações destacáveis como a duração do trabalho, que como bem destaca Delgado (2017, p. 974); “a Constituição de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º, XXII)”. Assim também, Romanello e Santos (2019, p. 11) assinalam que o artigo 225, VI salienta que a preservação do meio ambiente é essencial “à sadia qualidade de vida” e papel do Poder Público preservá-lo para as gerações futuras.

Ante o exposto, fica nítido que a premissa da saúde e da prevenção da doença se encontra em diferentes aspectos do cotidiano. Logo, a responsabilidade Estatal é distribuída para os diferentes entes federativos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que algumas questões são de competência conjunta de todos os entes da Federação. Tem-se como exemplos a proteção do patrimônio público, de obras de arte com valor histórico, artístico e cultural (artigo 23, I e IV), a proteção do meio ambiente de maneira geral e da defesa das florestas, da fauna e da flora (artigo 23, VI e VII), além também do incentivo à pesquisa, à ciência junto com a educação e a cultura (artigo 23, V).

Somando a estas, a Constituição da República também estabelece que a saúde e a assistência pública (artigo 23, II) são inerentes a competência solidária (ou concorrente) estatal. Um exemplo pertinente dessa competência aconteceu com o surgimento da pandemia da Covid-19 onde o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu Ação de Inconstitucionalidade (ADI 6341) no sentido de que os municípios e os Estados brasileiros tinham o dever de estabelecer medidas de isolamento social e sobre atividades essenciais.

No seu voto a respeito desta ADI, o Min. Alexandre de Moraes destacou que a competência concorrente dos entes da Administração Pública tem como dever respeitar os chamados “freios e contrapesos” do federalismo brasileiro, além do fato de que diferentes localidades muitas vezes possuem diferentes particularidades (BRASIL, 2020):

O que significa a competência comum administrativa? Significa que, a partir do princípio da predominância do interesse, a União deve editar normas, políticas públicas para a saúde pública de interesse nacional; os Estados, interesse regional; e os Municípios, visando, como o próprio art. 30, I, estabelece, o seu interesse local (BRASIL, 2020).

Evidentemente que o conflito que se faz presente nas diferentes formas de atuar dos entes federativos não pode ser visto como algo novo, ou como algo que nasceu no combate à pandemia. Porém, é de se destacar que a organização constitucional estabelece para os entes federativos competências próprias (privativas) e outras em comum (concorrentes).

Assim, a Constituição estabeleceu matérias de competência privativa da União como as preceituadas no artigo 21 (emissão de moeda, defesa da soberania nacional e outras peculiaridades), as inerentes aos Estados no artigo 25 (como instituir regiões metropolitanas e praticar atos não vedados pela CF) e as inerentes aos municípios no artigo 30. Desde modo, considerando que todos os entes federativos podem atuar administrativamente nas matérias elencadas no artigo 23, deve-se firmar uma diretriz que seja capaz de promover a cooperação, e não sendo isso possível, o “princípio da predominância de interesses” deve ser utilizado em casos de conflito (TAVARES, 2010, p. 1138).

Sendo assim, e independente disso, cabe lembrar que os recursos disponíveis são desiguais entre os entes da federação, como bem salienta Dresch (2014, p. 28):

A incapacidade técnica e financeira da maioria dos Municípios para cumprirem sozinhos o preceito universalizador e o atendimento integral da saúde os torna reféns da cooperação técnica e financeira dos Estados-membros e da União.

O federalismo brasileiro é estruturado de forma centrípeta, com a concentração do poder central, situando os Municípios numa base financeiramente mais frágil, que lhes impõe uma dependência dos Estados-membros e da União. Mesmo assim, criou-se um federalismo solidário dentro da organização do SUS, atribuindo aos Municípios a condição de executores diretos das ações de saúde [...].

Ainda, embora há concentração de poder em nível nacional, há em termos práticos uma responsabilidade subsidiária nas omissões e ações do gestor público, isto é, o que ocorre de fato é a gestão municipal ficar encarregada da maioria das atribuições, enquanto a União e os Estados-Membros respondem subsidiariamente (DRESCH, 2014, p. 30). Essa lógica é vista na decisão abaixo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS):

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. REJEITADA A PREFACIAL RECURSAL DE NULIDADE DA SENTENÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS PELO POSTO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO RÉU. CONDUTA INADEQUADA ATESTADA PELA PERÍCIA MÉDICA. PERDA DE VISÃO COMPLETA NO OLHO ESQUERDO. REDUÇÃO DE CAPACIDADE LABORATIVA. PENSIONAMENTO VITALÍCIO [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2022)

O julgado diz respeito a um caso de negligência médica em um posto de saúde municipal, que em virtude disso, foi responsabilizado pela conduta falha. Vale destacar que este tipo de situação se enquadra no artigo 37, § 6º da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado frente aos danos causados à terceiros, podendo ajuizar ação regressiva contra o agente (servidor) que causou o dano (observando o dolo ou a culpa).

Outra realidade que atrapalha uma efetiva proteção à saúde é a destinação dos recursos disponíveis. Por exemplo, defende a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) que o Brasil deveria gastar cerca de 6% do PIB em recursos para a saúde visando a atenção primária (vacinação, prevenção, tratamentos e cuidados a longo prazo) (OPAS, 2021). Entretanto, conforme os dados divulgados pelo Ministério da Saúde, no primeiro semestre de 2021 foi investido 4,2%, o que deve ser considerado baixo se destacarmos que o país neste período ainda vivia fortemente a crise sanitária desencadeada pela Covid-19 (BRASIL, 2021a).

A Lei Complementar 141 de 2012 que regula o § 3º do artigo 198 da Constituição (sobre o financiamento da saúde) esboça essa assimetria de investimentos. Isto é, fica estabelecido como obrigação da União a aplicação de um montante equivalente ao destinado no exercício anterior, tendo por base o PIB nacional, sem destacar um percentual

exato (artigo 5º). Já a respeito dos demais entes federativos, a lei complementar obriga a aplicação de 12% da arrecadação dos impostos para o Estado (artigo 6º) e o montante de 15% da arrecadação municipal (artigo 7º).

Outra obrigação bastante importante que os entes federativos possuem em conjunto (assunto completamente interligado com a saúde) é a prevista no inciso IX do artigo 23 que é a de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Essa obrigação conjunta recentemente foi invocada em Ações de Inconstitucionalidade (ADI’s 6536, 6492, 6583 e 6882) que criticaram algumas das mudanças do novo marco regulatório do saneamento básico (Lei 14.026/2020) por afrontar a competência solidária aumentando a competência da Agência Nacional de Água e Saneamento Básico (ANA) e diminuindo as atribuições dos órgãos locais e regionais (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - CNM, 2021).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que novo marco regulatório positivado pela Lei 14.026 de 2020 não fere o pacto federativo e a autonomia dos municípios e das agências estaduais. Nas palavras do Min. Luiz Fux, relator das ações de inconstitucionalidade:

Em contraponto, os arranjos peculiares à Lei 14.026/2020 se limitam à viabilidade da execução de um ou mais serviços públicos de saneamento básico. A organização das atividades continua sob a titularidade dos Municípios; ao passo que o planejamento é o resultado da deliberação democrática em dois níveis, o Plano Federal e o Plano Estadual ou Regional. (BRASIL, 2021b)

Sobre isso, destaca-se que as problemáticas referentes ao saneamento básico vão além das atribuições e das competências para propor diretrizes e para executar os serviços pertinentes. O próximo capítulo irá abordar o direito ao saneamento básico e as suas implicações na qualidade de vida da sociedade.

4 O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA EFETIVAR A DIGNIDADE HUMANA

A coletividade para viver de maneira sadia depende de uma série de serviços públicos, considerando que para que a vida humana seja respeitada pelo poder estatal certas garantias são essenciais. Dentre essas garantias, o saneamento básico é uma das mais imprescindíveis.

A Lei 11.445 de 2007 estabelece uma explicação sobre o saneamento básico da seguinte forma por meio do artigo 3º, inciso I:

- a) abastecimento de água potável:** constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário:** constituído pelas atividades e pela dispo-

nibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;

Desta forma, falar em saneamento básico é falar em um tratamento de esgoto adequado, na coleta de lixo, no acesso à água potável e na drenagem que previne que cheias e alagamentos ocorram nas vias urbanas. Tal cuidado é indispensável para o espaço urbano (tanto em âmbito público como privado) e para a saúde das pessoas (tanto a saúde propriamente dita como a prevenção de doenças).

Romanello e Santos (2019, p. 6) salientam que pelo fato de haver uma grande quantidade de microrganismos na natureza com capacidade de causar doenças e moléstias, se faz mais que necessário o cuidado com a higiene, com a limpeza e com a alimentação, sendo o saneamento fundamental para isso.

Nesta linha, ressalta-se que do mesmo modo que a Lei 11.445/07 é um marco para o saneamento básico, a Lei 9.433/97 é um marco regulador para os recursos hídricos, o que deve ser considerado já que o abastecimento de água potável faz parte das premissas no saneamento básico. Assim, dispõe o artigo 19 da Lei 9.433/97 sobre a necessidade de se reconhecer a água como um bem econômico e de dar ao usuário o reconhecimento de seu “real valor” (inciso I), e também sobre a importância de incentivar a “racionalização do uso da água” (inciso II). Não à toa que tramita no Congresso Nacional a PEC 4/2018 que visa o reconhecimento da água como um direito fundamental sob a alegação de que deve estar à disposição “a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico” (BRASIL, 2018).

Reconhecendo isso, é importância ter clareza em reconhecer que cabe ao Poder Público estabelecer diretrizes do uso correto da água e do seu fornecimento para a população, mas também é inegável que a sociedade como um todo deve ter a real dimensão da importância da proteção da água para o meio ambiente e para a saúde de todos os indivíduos.

Sobre essa conscientização no uso da água (ou falta dela), o Instituto Trata Brasil relata que o consumo médio de água na sociedade brasileira é de 152,1 litros por habitante

no dia, bastante acima do número idealizado pela ONU que é de 110 litros diários. Deste modo, chama atenção que além do uso acima do necessário, o atendimento ainda não se encontra universalizado como deveria, tendo em vista que 84% dos brasileiros são atendidos por água tratada, o que equivale a 35 milhões de pessoas (16%) sem esse serviço (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2022).

Este problema deve ser enfrentado nos próximos anos, pois a Lei 14.026 de 2020 que atualiza o marco regulatório do saneamento básico conforme disposto no artigo 11-B almeja como meta até o ano de 2033 a universalização do atendimento, estabelecendo o índice de 99% da população com acesso à água potável e 90% com coleta e tratamento de esgotos.

Porém, muitas das metas almejadas se mostram bastante distantes da realidade atual. Por exemplo, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos proposto pelo Governo Federal em abril de 2022 por meio do Decreto 11.043 (que atualizou o Lei 12.305/10) estabeleceu diretrizes para as próximas décadas no país. Entretanto, dentre as metas está a de que até o ano de 2040 metade do lixo produzido no Brasil seja reciclável, meta que se encontra distante, considerando que a realidade de 2022 foi a reciclagem de apenas 2,2% dos resíduos sólidos urbanos, bastante aquém da almejada de 13,8% para o ano de 2024 por exemplo. (CONSULTOR JURÍDICO, GLOBO, 2022)

Ainda, as disparidades regionais denotam que as dificuldades para uma implementação efetiva de condições propícias ao saneamento precisam ser melhor analisadas. Sobre isso, conforme o relatório do Instituto Trata Brasil sobre a coleta e tratamento de esgoto, entre os anos de 2016 a 2020 houve crescimento no atendimento em 24 capitais do país, só havendo redução em duas, Curitiba e Rio Branco. Porém, o relatório destaca que a redução de 0,1% em Curitiba no Paraná merece uma reflexão menos preocupante considerando que o alcance nesta cidade abarca 99% da população curitibana (podendo ser considerado o atendimento universal neste município), enquanto em Rio Branco no Acre a redução de 0,1% se mostra mais grave tendo em vista que apenas 21% da população da capital Acreana tem acesso ao tratamento adequado de esgoto. (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2022, p. 108)

Todavia, pontuam Romanello e Santos (2019, p. 20) que a cidade de Salvador/BA consegue oferecer a maioria da população os serviços relativos ao saneamento básico, contudo mesmo considerando que apenas 2% da população da capital baiana não possui água devidamente tratada, redes de esgoto, coleta de lixo e outros serviços essenciais, os autores não deixam de mencionar que essa porcentagem equivale a um número aproximado de 30 mil pessoas. Logo, os dados devem ser analisados sob a ótica de que um grande grupo de indivíduos não possui condições aceitáveis para a alimentação e higiene (pela falta de água tratada), além do alto risco de contaminação de variadas doenças.

Do mesmo modo, Pereira e Siqueira (2017, p. 153) salientam que as pequenas cidades e as regiões rurais encontram dificuldades ao acesso à água tratada e rede de esgoto por questões estruturais, mas as grandes cidades e regiões metropolitanas também encaram problemas tendo em vista a poluição decorrente do alto número de lançamento de resíduos e dejetos de esgotos. As autoras explicam que a matéria é de grande importância considerando o seu viés ambiental, pois a falta de tratamento de esgoto (ou mesmo um tratamento precário) interfere nos rios, nas praias e nos espaços urbanos de maneira geral.

Os problemas causados pela falta de saneamento podem ocasionar grandes malefícios para a sociedade, como bem relatam os estudos da Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz (AGUIAR; HELLER, 2021, p. 7):

A água, quando não apropriada para o consumo humano, e a ausência dos serviços de esgotamento sanitário estão associadas à transmissão de doenças como cólera, diarreia, disenteria, hepatite A, febre tifoide e poliomielite, dentre outras.

Os estudos divulgados pela Fiocruz ainda ressaltam que o contato com resíduos sólidos pode liberar no ambiente substâncias como benzeno, metano entre outras, podendo contribuir para o desenvolvimento de câncer e má-formação congênita, por exemplo. Já a inadequação da drenagem urbana pode ensejar na proliferação de doenças como a malária, a dengue entre outras. (AGUIAR; HELLER, 2021, p. 7)

Tavares (2010, p. 578 e 583) destaca que para a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos objetivos cruciais da República (expresso no artigo 1º, III da Constituição de 1988), é imprescindível que os indivíduos sejam vistos não apenas como “meio”, mas como “fim”, isto é, não sendo viável enxergar as pessoas apenas como um instrumento à serviço da sociedade (ou do Estado). Para que isso ocorra, destaca o autor que a dignidade humana se efetiva quando os indivíduos estão com capacidade plena para tomar suas próprias decisões e quando possuem qualidade de vida.

Liebl e Demarchi (2018, p. 94) ressaltam que a Declaração Universal das Nações Unidas ao buscar uma definição de dignidade conceituou-a de acordo com a ideia de autonomia individual e da autodeterminação das pessoas, o que logicamente não está errado, mas como bem ressaltam os autores, é inviável se almejar a dignidade humana sem levar em consideração o direito à saúde e os demais direitos sociais.

Deste modo, é praticamente impossível se pensar em dignidade humana em ambientes insalubres para se viver, o que inviabiliza de certa forma todos os outros aspectos da vida. Ainda, é de pressupor que o atendimento necessário ao que tange o saneamento básico também se refere ao direito à moradia, ao direito à alimentação, ao direito à saúde e ao direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (RIBEIRO, 2015, p. 249).

Portanto, o que se percebe é que a problemática do saneamento básico se difere nas diferentes regiões do país, o que ajuda a concluir que a desigualdade econômica e social interfere na efetivação deste direito. Do mesmo modo, observa-se que o atendimento ineficaz em relação ao saneamento interfere diretamente em direitos positivados de forma mais explícita na Constituição, em especial o direito à saúde (artigo 6º e 196). Além do mais, ressalta-se que todos os direitos essenciais para a qualidade de vida e para a formação pessoal dos indivíduos e da sociedade em geral só se fazem presente com a via urbana limpa, sem proliferação de lixo ou alagamentos, e com os domicílios tendo acesso à água potável e bem tratada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se conclui com esta pesquisa é que a Constituição de 1988 estabelece alguns dispositivos que embora não falem abertamente, devem ser utilizados como referência em relação ao saneamento básico. Deste modo, o saneamento básico possibilita a efetivação de direitos como a alimentação, a moradia e a saúde, positivados no artigo 6º, além também do direito a um meio ambiente equilibrado (artigo 225).

Como esse trabalho buscou lembrar, a efetivação do artigo 6º se dá por meio do papel ativo do Estado, este responsável pela implementação de políticas públicas que satisfaçam as necessidades básicas das pessoas. Ainda, a pesquisa reconhece que o artigo 23 nos seus incisos I e IX estabeleceu a competência solidária da União, dos Estados e dos municípios em relação à saúde e ao saneamento básico propriamente dito. Porém, tal solidariedade ainda carece de efetividade tendo em vista as diferenças estruturais e econômicas entre os entes, além das desigualdades regionais que denotam dificuldades diversas em cada localidade.

Do mesmo modo, entende-se que as metas traçadas pelo Poder Executivo em nível nacional parecem de pouca probabilidade de consumação até 2040 no que diz respeito aos resíduos sólidos recicláveis. Ainda, o que se pode afirmar é que os impactos nocivos do lixo urbano, do mal tratamento do esgoto e de outras questões pertinentes ao saneamento básico são questões essenciais para o debate público das próximas décadas.

Portanto, o que se pretende destacar é que o direito ao saneamento básico é algo de grande importância para que vários direitos constitucionais sejam devidamente respeitados. Desta forma, a própria dignidade da pessoa humana, um dos objetivos almejados pela Constituição de 1988 (como previsto no artigo 1º, III), só se faz viável com acesso à água potável e tratada, além também de uma via urbana limpa e drenada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Para manter plano de saúde, 47% da população ajustou orçamento.** Agência Brasil, Brasília, 7 de junho de 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2022-06/para-manter-plano-de-saude-47-da-populacao-precisou-ajustar-orcamento>. Acesso em: 07 jun. 2022.

AGUIAR, Alex Moura de Souza; HELLER, Leo. **Saneamento básico: perspectivas e saúde nas cidades.** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2021. Disponível em: https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/11/Aguiar-AMS-Heller-L_Saneamento-b%C3%A1sico-no-Brasil_TD_76_final.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 1998.

BRASIL. **Lei 9.433/97**, dispõe sobre o uso de recursos hídricos. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 11.445/07**, dispõe sobre o marco legal e as diretrizes nacionais do saneamento básico. Brasília, Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 12.305/10**, dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 14.026/20**, atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Economia da Saúde**, de 1 de junho de 2021a. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/boletim_economia_saude_jun2021.pdf. Acesso em: 12. jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Emenda Constitucional 4 de 2018**, que visa reconhecer a água como um direito fundamental. Relator: Jaques Wagner. Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631316&ts=1649362859142&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**, que trata sobre a competência concorrente sobre a saúde. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. André Mendonça, 13 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6882**, que trata sobre o novo marco legal do saneamento básico. Relator: Min. Luiz Fux. Requerente: Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351385559&ext=.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM. **STF julga improcedente ADIs que questionavam a constitucionalidade do Novo Marco Legal do Saneamento**. Confederação Nacional de Municípios, 2021. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/stf-julga-improcedente-adis-que-questionavam-a-constitucionalidade-do-novo-marco-legal-do-saneamento>. Acesso em: 02 ago. 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. **Novo Decreto traz plano nacional para melhoria do tratamento de lixo**. Consultor Jurídico, 17 de Abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-17/decreto-traz-plano-nacional-melhoria-tratamento-lixo>. Acesso em: 08 ago. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2017.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57.

FAGNANI, Eduardo. **Previdência**: o debate desonesto: subsídio para ação social e parlamentar. São Paulo: Contracorrente, 2019.

GLOBO. **Brasil terá estratégia para tratamento de lixo após doze anos de espera**. Jornal Hoje, 14 de Abril de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/14/brasil-tera-estrategia-para-tratamento-de-lixo-apos-12-anos-de-espera.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2022.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Atendimento**. Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>. Acesso em: 08 ago. 2022.

INSTITUTO TRATABRASIL. **Ranking do Saneamento 2022**. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_do_Saneamento_2022/Relat%C3%B3rio_do_RS_2022.pdf. Acesso em: 08 ago. 2022.

LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clóvis. A efetividade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, v. 25, n. 31. p. 85-106, 2018.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: Direito fundamental do trabalhador e do espaço interdisciplinar entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 231-258, 2011.

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes; SIQUEIRA, Mariana de. O acesso universal e sustentável ao direito ao saneamento como caminho de construção do desenvolvimento. **Revista Jurídica (Unicuritiba)**, Curitiba, v. 4. n. 49, p. 145-159, 2017.

PORTAL UOL. **SUS é única opção para quase 90% dos moradores do Norte e do Nordeste, diz IBGE**. Uol, 4 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/09/sus-e-unica-opcao-para-quase-90-dos-moradores-do-norte-e-nordeste-diz-ibge.shtml>. Acesso em: 04 jun. 2022.

RIBEIRO, Wladimir António. O saneamento básico como um direito social. **Revista de Direito Público da Economia**, Curitiba, v. 13. n. 52. 2015. p. 229-251.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 5002417-29.2015.8.21.0073/RS**. Requerente: Mauricio Ramos. Requerido: Município de Tramandaí. Relatora: Lusmary Fatima Turelly da Silva, 29 de junho de 2022.

ROMANELLO, Michely Vargas Delpupo; SANTOS, Micael Fernando Gomes dos. O saneamento básico como direito fundamental: Uma análise jurídica dos desafios enfrentados na cidade de Salvador/BA. **Revista do Curso de Direito da UNIFOR-MG**, Formiga, v. 10, n. 2, p. 1-24, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: 1999.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Investimento na atenção primária à saúde é urgente para garantir recuperação da COVID-19 nas Américas**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/10-11-2021-investimento-na-atencao-primaria-saude-e-urgente-para-garantir-recuperacao-da>. Acesso em: 12 jul. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 30 ago. 2022 Aceito em: 01 fev. 2023

TUTELA ESPECÍFICA DO ART. 84 DO CDC: PRINCÍPIO DA DEMANDA EM PROCESSO PREVIDENCIÁRIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO E REVISÃO DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO

Fabiana Souza dos Santos Duarte¹⁴

Valéria Gaurink Dias Fundão¹⁵

Resumo

Este artigo tem por objetivo promover uma discussão sobre o princípio da demanda e a tutela específica do art. 84 do CDC ao processo previdenciário e contratos de empréstimos consignados à folha de pagamento dos segurados do INSS. Sabemos que a grande preocupação dos processualistas, de modo geral, é que o cidadão obtenha a tutela específica, o segurado da previdência social busca a tutela da Previdência, lembrando que para isso, o mesmo contribuiu com o suor do trabalho. Importante, ressaltar que o direito previdenciário é garantidor da dignidade da pessoa humana e, por sua relevância, foi elevado ao status de direito humano fundamental, previsto nos artigos 6º e 201 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Previdência Social; Direito Fundamental; Art. 84 do CDC; Tutela específica da obrigação de fazer.

THE LEGAL PROTECTION OF THE ARTICLE 84 OF BRAZILIAN'S CONSUMER LEGAL LANDMARK: THE PRINCIPLE OF THE DEMAND IN THE SOCIAL SECURITY PROCESS OF BENEFIT GRANTING AND THE REVISION OF THE LOAN AGREEMENT

Abstract

This article aims to promote a discussion on the principle of demand and the specific protection of art. 84 of the CDC to the social security process and loan contracts consigned to the payroll of INSS policyholders. We know that the great concern of proceduralists, in general, is that the citizen obtains specific protection, the social security insured seeks protection from the Social Security, remembering that for this, he contributed with the sweat of work. It is important to note that the social security law guarantees the dignity of the human person and, due to its relevance, it was elevated to the status of a fundamental human right, provided for in articles 6 and 201 of the Federal Constitution.

Keywords: Social Security; Fundamental Law; Art. 84 of the CDC; Specific protection of the obligation to do.

¹⁴ Professora da Universidade Paulista - UNIP VITÓRIA, para o curso de graduação em Administração de Empresas, na matéria "Processos Decíórios". Atua na advocacia previdenciária e cível, desde junho/2012

¹⁵ Mestranda em em Direitos e Garantias Fundamentais Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

1 INTRODUÇÃO

Este artigo coloca em foco um dos mais clássicos princípios do direito processual: o princípio da demanda - e se procura observá-lo de forma conjunta com o art. 84 do CDC e a lide previdenciária.

O cidadão na lide previdenciária busca a proteção previdenciária, a qual contribuiu com o seu labor. Alcançando tal proteção estará com a sua dignidade restabelecida.

Uma vez concedido o benefício, o segurado pode estar apto a contrair empréstimos através da folha de pagamento do INSS. Tal procedimento, por envolver Instituições Financeiras, está condicionado às normas do Código de Defesa de Consumidor.

Assim, em primeiro momento, depois de breves esclarecimentos a respeito da relação dos contratos de empréstimos consignados à folha de pagamento do benefício previdenciário, objetiva-se delinear a importância da celeridade do processo previdenciário, tendo em vista que, por regra, os benefícios previdenciários são, integralmente, destinados para garantir a subsistência do segurado e de sua família. Portanto, a grande demora na seara previdenciária pode afetar a segurança familiar.

Ora, a Previdência Social (art. 201, CF), destina-se à cobertura de eventos de benefício por incapacidade provisória, aposentadoria por incapacidade permanente, pensão por morte e idade avançada; proteção à maternidade, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão e pensão por morte do segurado.

Em seguida, debateremos a importância da tutela específica – onde o magistrado ultrapassa a composição dos litígios, sendo a missão do judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios.

Dando continuidade, discorreremos sobre o princípio da demanda, procura-se analisá-lo na dimensão previdenciária, em conjunto com o art. 84 do CDC, apreendemos no processo civil que o pedido formulado pela parte determina os limites da atuação jurisdicional, contudo o art. 84 do CDC dá ao juiz poderes que extrapolam, e muito, os limites do pedido da parte, e, quando se trata de direito processual previdenciário, não há que se ater ao formalismo tradicional, o que importa em uma lide previdenciária é outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz jus, sem formalismos desnecessários.

Por último, imprescindível tratar sobre a proteção fundamental dada aos direitos sociais, em especial, da previdência social, ressaltando que o direito previdenciário é garantidor da dignidade da pessoa humana, por isso a importância de rever os pressupostos processuais, com vias ao pragmatismo judicial.

2 CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNÁVEL À FOLHA DE PAGAMENTO E AS FRAUDES RELACIONADAS A ELE E A APLICAÇÃO DO CDC

Uma vez concedido o benefício previdenciário, o segurado pode estar apto a contrair empréstimos através da folha de pagamento do INSS.

A lei nº 10.820 de dezembro de 2003 regulamentou a ampliação do crédito

consignado, aos empregados regidos pela CLT, servidores públicos, militares das forças armadas e beneficiários do INSS. Antes da normativa, tal modalidade de empréstimo só era possível aos servidores públicos, por força do artigo 45 da lei nº 8.112/1990, mas se verificou a necessidade da ampliação do público, tendo em vista que garante o impulsionamento do crescimento econômico, através de linha de crédito com menor risco para as instituições financeiras e taxas de juros menores, que contrata através de simples adesão.

Há que se ressaltar que as operações de crédito que envolvam os segurados do INSS, demandam regulamentação de outras leis federais, resoluções e instruções normativas, de forma que a Instrução Normativa do INSS, número 28, publicada em 2008, também trouxe ordenação aos contratos de empréstimos com pagamentos através da folha de pagamento, que sofrem alterações constantes, seja com o intuito de movimentar a economia, seja para reduzir as fraudes aplicadas aos contratantes.

Entre as normas regulamentares, destaca-se a lei nº 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em 11 de março de 1991, para regulamentar as relações consumeristas, de forma histórica.

No processo previdenciário, o consumidor é encontrado na pessoa do beneficiário do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, seja ele aposentado, pensionista ou aquele que recebe benefício de prestação continuada em razão da sua idade ou deficiência, quando pactuam contrato de empréstimo consignado à folha de pagamento do benefício previdenciário.

Desta forma, quando se trata de afronta ao Direito do Consumidor em um contrato de empréstimo consignável, é necessária certa cautela, porque, em que pese as relações contratuais serem norteadas pelo princípio do *“pacta sunt servanda”*, é necessário que se observe se a convenção entre as partes é legítima e se cumpre a função social.

Noticia-se a cada dia a respeito dos golpes envolvendo os beneficiários do INSS e os abusos das instituições financeiras nos contratos de crédito consignáveis, envolvendo toda sorte fraudes como ausência de vontade de contratar do beneficiário; documentos falsos; simulação de convenção; valores equivocados; percentual consignável além do permitido em lei, entre outros.

Oportunamente, não se admite, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a relação consumerista entre o INSS e os segurados da Previdência Social. Contudo, em eventual processo judicial com o objeto de se apurar fraude na contratação de empréstimos sobre a folha de pagamento, a autarquia é legítima para figurar no polo passivo da demanda, já que participa do evento danoso, através de descontos de valores nos benefícios dos seus segurados, o que se requer o mínimo de zelo em verificar a legalidade contratual. Em decorrência disto, havendo danos aos beneficiários, responsabiliza-se por eles.

No entanto, quanto às instituições financeiras, já está pacificado, através da Súmula 297 do STJ, que *“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”*, de forma que a relação jurídica do contrato de empréstimo consignado é consumerista.

No mesmo sentido, vejamos a disposição no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, §2º:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Portanto, ainda que haja regulamentação legislativa diversificada para cada um dos que concorreu com o evento danoso, no contrato fraudulento, tanto as instituições financeiras, quanto o INSS podem ser demandados, a fim de indenizar aquele que teve seus direitos molestados. Devendo, neste caso, o Juízo conceder a tutela específica ou determinar as providências do resultado prático equivalente, conforme previsto no artigo 84 do CDC.

3 CELERIDADE DO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Convém frisar que *“em uma demanda em que há fracos e fortes, impõe-se uma atuação jurisdicional tendente a equilibrar as desigualdades”* (SAVARIS, 2014).

Em relação ao processo previdenciário, devido ao caráter alimentar das verbas provindas de aposentadorias, auxílios e pensões, pela ínsita associação dos benefícios previdenciários ao risco social ou pela usual situação de vulnerabilidade econômica dos segurados do RGPS, deve ser o mais célere possível, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e a condição de caráter alimentício dos proventos relacionados aos benefícios previdenciários.

[...] não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça. Sim, já que não tem sentido que o Estado proíba a justiça de mão própria, mas não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução de seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente aqueles que não têm interesse no cumprimento das normas legais. (MARINONI, 2002).

Assim, qualquer demora na análise processual pode comprometer o resultado prático do feito, seja concernente à concessão do benefício ou na análise de fraude nos contratos de empréstimo, que reduz a capacidade de compra do segurado, já que, na primeira hipótese, fica privado da renda e, na segunda, porque vê descontado em seu benefício previdenciário parcela não devida.

Prossegue Marinoni *“determinadas situações, ou certos direitos, exigem uma resposta jurisdicional que confira imediatamente o bem da via procurado pela parte”*, de modo que

não há como não admitir, para esses casos, uma limitação do contraditório, concebendo-se um julgamento baseado em alegações e provas que

sejam compatíveis com a urgência que legitima a tutela, pospondo-se a forma plena do contraditório (MARINONI, 2002).

Em se tratando de empréstimo bancário consignado à folha de pagamento dos segurados do INSS, é importante frisar que há a necessidade de se observar alguns princípios pela autarquia federal, conforme previsto no artigo 6º Lei 10.820/2003. *In verbis*:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1o e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. (BRASIL, 2003).

Com a intenção de regulamentar a modalidade, o artigo 1º da IN 28, estabeleceu os critérios e prazos de financiamento para que se mantenha o convênio com a autarquia e não prejudique o caráter de vulnerabilidade o beneficiário da previdência social. Observa-se:

Art. 1º O desconto no valor da aposentadoria e pensão por morte pagas pela Previdência Social das parcelas referentes ao pagamento de empréstimo pessoal e cartão de crédito, concedidos por instituições financeiras, obedecerão ao disposto nesta Instrução Normativa.

§ 1º Os benefícios referidos no caput, uma vez concedidos, permanecerão bloqueados para a realização de operações relacionadas à *consignação de valores* relativos a empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil até que haja autorização expressa para desbloqueio por parte de seu titular ou representante legal. (Incluído pela Instrução Normativa nº 100 /PRES/INSS, de 28/12/2018)

§ 2º O desbloqueio a que se refere o § 1º somente poderá ser autorizado após 90 (noventa) dias contados a partir da Data de Despacho do Benefício – DDB, por meio de serviço eletrônico com acesso autenticado, para tratamento das autorizações emitidas em meio físico ou eletrônico.

§ 3º Fica expressamente vedado às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil que mantenham Convênios e/ou Acordos de Cooperação Técnica com o INSS, diretamente ou por meio de interposta pessoa, física ou jurídica, qualquer atividade de marketing ativo, oferta comercial, proposta, publicidade direcionada a beneficiário específico ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer o beneficiário do INSS a celebrar contratos de empréstimo pessoal e cartão de crédito, com pagamento mediante consignação em benefício, antes do decurso de 180 (cento e oitenta) dias contatos a partir

da respectiva DDB. (Incluído pela Instrução Normativa nº 100 /PRES/ INSS, de 28/12/2018).

Ora, observa-se a todo momento, a intenção em proteger o beneficiário da Previdência Social, contra qualquer oferta que lhe restrinja o seu poder de compra e, conseqüentemente, afronte a sua dignidade.

Neste contexto, quando o dano já foi realizado, é de extrema importância que seja reparado ou, ao menos, cessado, de forma emergencial, a fim de se evitar grandes prejuízos irreversíveis para o segurado.

Do mesmo modo, é certo que há prejuízos para aquele que é segurado previdenciário e se vê diante de um benefício que demora em ser implantado.

Essa é uma condição inafastável para se minimizar o sofrimento do segurado ou do dependente que, necessitando e fazendo jus a uma prestação previdenciária, encontra-se destituído de recursos materiais para prover sua subsistência de modo digno (um estado de carência ou de privações irreversíveis). A ideia que deve presidir no processo judicial previdenciário é de a que os beneficiários não podem esperar (SAVARIS, 2008).

Por incorporarem garantias dessa magnitude, é possível concluir que elas são revolvidas pelo norte da imediatidade, de modo que os direitos ligados à Seguridade Social *“devem ser entregues de imediato pela jurisdição, tendo em vista o seu conteúdo e seus objetivos, não bastando a mera possibilidade de acesso formal à prestação jurisdicional”* (SERAU JUNIOR, 2020, p. 204).

Além disso, a especial celeridade do processo previdenciário tem guarida no fato de que os indivíduos que pleiteiam uma prestação previdenciária usualmente se encontram numa presumível situação de risco (SAVARIS, 2014, p. 58-59).

Portanto, o direito previdenciário assume o tempo como um fator essencial de sua dinâmica: independentemente dos alvedrios do tempo processual, é certo que a passagem do tempo ordinário e os danos dele decorrentes são inexoráveis – como entoa Savaris, *“a ideia que deve presidir o processo judicial previdenciário é a de que os benefícios previdenciários não podem esperar”* (SAVARIS, 2008, p. 115).

Já disse Rui Barbosa: *“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”* (BARBOSA, 1921).

4 CONCEITO DE TUTELA ESPECÍFICA E A CORRELAÇÃO ENTRE O ART. 84 DO CDC E O ART. 497 DO CPC

Barbosa Moreira destaca que na tutela específica se tem em vista

o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não-violação do direito ou do interesse tutelado (MOREIRA, 1979, p. 30-40).

E continua,

se o processo constitui instrumento para a realização do direito material,

só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado (MOREIRA, 1979, p. 30-40).

A tutela específica, no Código de Processo Civil, se encontra disciplinada no artigo 497 do CPC. *In verbis*:

Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (BRASIL, 2015).

É certo que a tutela específica é preferível à tutela pelo equivalente em dinheiro, porque essa espécie é a única que entrega ao vitorioso exatamente aquilo que ele obteria se não precisasse do processo, em razão do cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor (TARTUCE, 2021, p. 569).

Em suma, há de se implantar, plenamente, a máxima de Chiovenda, no senso de que *“o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”* (CHIOVANTE, 1998, p. 67).

Luiz Guilherme Marinoni conceitua detalhadamente, como sendo tutela específica aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida (entregar coisa, pagar, fazer e não fazer), o desfazimento do que não deveria ter sido feito (obrigação de não fazer) e a que impede que o devedor volte a inadimplir (MARINONI, 2000, p. 67).

Na impossibilidade de cumprimento específico da obrigação pretendida pelo autor, converte-se o pleito em perdas e danos, não estando o juiz autorizado a conceder coisa diversa daquela pedida, valendo lembrar que toda obrigação específica (dar, entregar, fazer) que se tornar de impossível cumprimento converte-se em obrigação genérica de pagar (impossibilidade material de conceder tutela específica). Dito de outro modo, a almejada instrumentalidade do processo e a preocupação do legislador em instituir um processo de resultados não poderá superar a garantia do princípio da ação, que em última análise protege as partes contra surpresas, quais sejam, sentenças que desviem dos pedidos formulados pelo contendentes (MARCATO, 2022). Com efeito, o art. 84 da lei consumerista regulou a medida.

Em outras palavras, o 84 do CDC procura assegurar efetivamente o resultado prático objetivado pelo autor nos casos em que reclama o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. O juiz, então, deverá conceder a tutela específica ou resultado equivalente.

Observa-se que o dispositivo ressaltado cuida da concessão de tutela antecipada, para que a satisfação do direito do consumidor seja garantida, tal qual é garantido pelo artigo 273 do Código de Processo Civil. Contudo, aqui, se faz necessária a prova inequívoca. Contudo em se tratando de responsabilidade civil por desconto de valor referente a empréstimo fraudulento, tal prova não deve seguir tamanho rigor, uma vez

que estamos diante de empréstimo consignado à folha de pagamento, em que a liquidez é certa, caso se verifique, ao final da demanda, que não assiste razão à antecipação da tutela concedida a seu tempo. Ademais, o segurado é parte hipossuficiente e é vedada a produção diabólica, em que não se pode provar fato inexistente. De forma ser comum a inversão do ônus da prova, a fim de que tanto a Instituição Financeira, que responde conforme previsto no CDC, como o INSS, cuja norma consumerista, não lhe é imposta, para que comprovem que o adimplemento da obrigação pelo segurado é legítimo.

O Tribunal Federal Regional da 4ª Região, ao tratar de caso correlato assim decidiu:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE NOS EMPRÉSTIMOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. 1. Com efeito, da análise dos fundamentos trazidos ao judiciário pela parte recorrente, notadamente no que se refere à alegação de fraude na contratação dos empréstimos, esta demanda o devido exame do conjunto probatório acostado ao processo, pelo Juízo de Primeiro Grau, mediante o exercício do contraditório e da ampla defesa, durante o curso do devido processo legal. 2. Portanto, a antecipação dos efeitos da tutela é instituto jurídico que tem por fim a efetividade da jurisdição, nos casos em que existentes provas inequívocas da probabilidade do direito alegado, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, medida, portanto, restrita aos casos de urgência, nos quais se faz necessária para que o direito tutelado se exerça imediatamente, sob pena de ineficácia da prestação jurisdicional, o que não se verifica no presente caso. 3. Mantida a decisão hostilizada (TRF4, AG 5005741-83.2020.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 08/09/2020) - Grifo nosso.

Em outro feito, segundo notícia vinculada, no sítio eletrônico do mesmo Tribunal¹⁶, o

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) determinou a suspensão temporária de descontos do benefício previdenciário de um homem de 54 anos, residente de Siderópolis (SC). No processo, o beneficiário afirmou que estão sendo cobradas parcelas de um empréstimo consignado que, segundo ele, nunca foi solicitado. O empréstimo a ser quitado em 84 parcelas chega ao valor de mais de R\$ 50 mil. A 4ª Turma da Corte votou, por unanimidade, pela suspensão das cobranças até a prolação da sentença pelo juízo de primeira instância. A decisão do colegiado foi proferida na última semana (14/7).

Da análise das jurisprudências correlatas, verifica-se a aplicação da tutela de urgência e a concessão de tutela específica ou resultado equivalente, conforme dita o artigo 84 do CDC.

¹⁶ Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15999. Acesso em: 20 out. 2022.

Frisa-se que tal benesse também é dado nos processos em que se pretende a concessão de benefícios previdenciários, já que, como dito alhures, a demora na efetivação pode causar prejuízos tais, que vão de encontro à dignidade da pessoa humana. Assim, não é pouco comum a fixação de *astreintes*, quando há demora excessiva na implantação de benefício previdenciário a na sua análise.

5 PRINCÍPIO DA DEMANDA

O Princípio da Demanda é também conhecido como Princípio da ação ou da iniciativa das partes, e indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Entende-se por função jurisdicional - o poder que o Estado tem de aplicar a lei para resolver conflitos de interesses. Denomina-se ação - o direito de ativar os órgãos jurisdicionais, visando, com isso, a satisfação de uma pretensão.

A jurisdição é inerte, sendo necessário, portanto, que as partes solicitem a prestação jurisdicional ao Estado. O Judiciário não age de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), ou seja, não poderá decidir sem ser provocado.

É o que determinam, por exemplo, os arts. 2º, 128, 460 do atual Código de Processo Civil.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. (BRASIL, 2015).

Sendo veiculada sentença fora dos limites propostos a exordial, estará viciada e deverá ser considerada nula, na medida em que será ultra, citra, extra ou infra petita.

Assim, em síntese, embasando-se nos ensinamentos de Chiovenda, o principio da demanda significa: a) a impossibilidade de o juiz decidir a respeito de pessoas que não sejam sujeitos do processo; b) a proibição de que o juiz confira ou denegue coisa distinta da solicitada; c) a vedação ao juiz de alterar a causa de pedir (CHIOVENDA, 1943, p 461-462).

Convém relatar que a exceção ao princípio da demanda vem exposto pela disciplina conferida à tutela específica das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (art. 497 do CPC e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor). Essa forma de tutela pode ser adaptada às circunstâncias do caso concreto, ainda que o pedido da parte-autora tenha sido outro, sem que, com isso, haja ofensa ao princípio da demanda (art. 492 do Código de Processo Civil).

Insta frisar que à previsão à tutela específica – com a possibilidade de o magistrado adequar a proteção judicial às peculiaridades do caso concreto e oferecer à parte a melhor tutela possível ao seu interesse – já corresponde a significativa concessão à oficialidade da prestação jurisdicional.

E, ainda, o artigo 84 do CDC e o 497 do CPC coadunam com o direito processual

previdenciário, no que tange ao não formalismo tradicional.

É firme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de lide previdenciária, pode o juiz enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, sem que isso importe em julgamento extra petita, de modo que o juiz não está adstrito a conceder o benefício requerido, tendo em vista o princípio da obrigação do INSS de se conceder o melhor benefício previdenciário, conforme previsto na IN128, no parágrafo primeiro do artigo 589.

Além do mais, milita em favor do segurado a relevância do cunho social em que a matéria está inserida e a tutela dos interesses da pessoa hipossuficiente.

Em jurisprudência recente, o TRF4 entendeu da seguinte forma. Vejamos:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ABRANGÊNCIA DO PEDIDO INICIAL NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO POSTULADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE. ANULADA A SENTENÇA PARA FEITURA DE ESTUDO SOCIAL. 1. Dada a relevância da questão social que envolve a matéria e considerando, ainda, o caráter instrumental do processo, com vista à realização do direito material, *deve-se compreender o pedido, em ação previdenciária, como o de obtenção do melhor benefício previdenciário ou assistencial a que tem direito a parte autora, independentemente de indicação da espécie de benefício ou de especificação equivocada deste*. 2. Anulada a sentença para a feitura de estudo social, necessário à verificação do requisito da hipossuiciência familiar. (TRF4, AC 5014690-78.2021.4.04.7108, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 11/03/2022). (Grifo nosso).

No caso acima, se extrai do voto do Douto Relator que a parte demandante não havia postulado, administrativamente, a concessão de benefício assistencial. Contudo, foi apurada a *“relevância da questão social que envolve a matéria e considerando, ainda, o caráter instrumental do processo, com vista à realização do direito material”* e compreendeu-se que na ação previdenciária deve-se considerar a fungibilidade dos pedidos e, então, a possibilidade da *“obtenção do melhor benefício previdenciário ou assistencial a que tem direito a parte autora, independentemente de indicação da espécie de benefício ou de especificação equivocada deste”*.

Não nos parece demais ressaltar que, para as ações em que se envolva contratos de empréstimos fraudulentos, com prejuízo ao segurado da previdência social, também é possível a concessão de medida diversa da pleiteada, a fim de garantir o resultado prático equivalente.

6 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são aqueles inerentes à proteção do Princípio da *Dignidade da Pessoa Humana*. Elencados na Constituição Federal, possuem a mesma finalidade

que os direitos humanos.

José Afonso da Silva (2008, p. 162) utiliza o termo “*direitos fundamentais do homem*” para tratar desses direitos. Para se respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, segundo o autor, **é necessário que esses direitos sejam prerrogativas que o direito positivo concretize**. Podemos dizer que eles são os direitos básicos individuais, coletivos, *sociais* e políticos presentes na Constituição.

Nossa Carta Magna, que por tamanha abrangência ficou conhecida como a Constituição Cidadã, aborda-os entres os artigos 5º e 17. No entanto, ela não é exaustiva, por isso falamos em direitos explícitos, expressos no ordenamento constitucional, e implícitos, que dele decorrem. No §2º do art. 5º, vemos a possibilidade de o sistema jurídico receber direitos advindos de tratados de que o Brasil faça parte.

O artigo 6º da CF aduz que o direito à Previdência Social é um direito social que visa garantir aos *indivíduos* o exercício e usufruto de *direitos fundamentais* em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo *estado de direito*.

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Mediante essa evolução de pensamentos acerca dos direitos fundamentais no âmbito da Previdência Social, é imprescindível citar o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. (ONU, 1948).

Assim também cita o artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:

Toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitam física ou mentalmente de obter meios de subsistência. (OEA, 1969).

Sendo assim, o direito previdenciário é garantidor da dignidade da pessoa humana e, por sua relevância, foi elevado ao *status* e direito humano fundamental, previsto nos

artigos 6º e 201 da Constituição Federal.

Como bem assinala Savaris:

[...] na perspectiva do direito fundamental ao processo justo, afirma-se que as normas e os institutos do direito processual civil clássico somente deverão reger uma lide previdenciária quando as consequências de sua aplicação sejam om ela compatíveis, isto é, quando não oferecerem resultados inaceitáveis ou desproporcionais, especialmente diante da natureza do bem da vida que esse encontra em discussão (autentico direito humano e fundamental intimamente conectado ao mínimo existencial e à dignidade humana. (SAVARIS, 2008, p. 48).

Assim, uma vez concedido o benefício e o segurado estando apto à contratação de empréstimo consignado em folha, quando a instituição financeira omite informações importantes e necessárias para o julgamento da contratação do serviço para ludibriar o segurado/consumidor, fazendo-o pensar que o produto oferecido é mais atrativo o Código de Defesa do Consumidor, com fulcro nos artigos 30 e 35 vem de encontro a tal prática, com o objetivo de garantir ao segurado a dignidade que tem direito. Vejamos o disposto.

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. (BRASIL, 1990).

O artigo 39, IV do CDC é ainda mais específico ao vedar à instituição financeira o oferecimento de produtos ou serviços, se utilizando da fragilidade do consumidor em razão de sua idade.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas [...]

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (BRASIL, 1990).

Em que pese a defesa legal da dignidade da pessoa humana, seja por base constitucional, seja através de legislações apartadas, a sua afronta ocorre a todo instante.

Por certo, a fim de que se garanta o aludido princípio constitucional, é necessário que o Estado-Juiz mantenha ações de combate à protelação da demanda e o direito seja, desde logo, posto às mãos daquele que de fato o detém.

Neste caso, pode ser de extrema urgência que ao segurado da previdência social seja garantido o tratamento desigual, a fim de se igualar, por conta da sua visível hipossuficiência, bem como a validação de não lhe ser diminuída a renda, seja porque o benefício previdenciário a que detém direito lhe é cerceado, por conta da demora na concessão, seja porque o empréstimo bancário fraudulento, lhe retirou a renda, depois que o benefício lhe foi dado, ainda que em mora.

7 CONCLUSÃO

A Direito à Previdência Social objetiva a garantia do direito real de gozar dos benefícios, após serem preenchidos os requisitos individualizados para cada um deles. Estamos diante de um seguro social, a fim de que possa garantir renda àqueles que dele necessitam.

Ocorre que, por vezes, aquele que requereu determinado benefício previdenciário, não havia preenchido os requisitos necessários para a sua concessão. No entanto, restavam preenchidos para outra espécie da benesse.

Doutro modo, após a concessão do benefício previdenciário, há a possibilidade de através de ações fraudulentas, o beneficiário estar diante de empréstimos que não foram contratados, tais quais estão sendo cobrados.

Em uma terceira hipótese, encontramos a morosidade da concessão do benefício previdenciário, em que se faz necessária a provocação do Poder Judiciário a fim de se valer do seu direito, em tempo hábil.

O fato é que, em qualquer uma das conjecturas elencadas, pode-se ser afastado o princípio da demanda, a fim de que se obtenha resultado prático equivalente.

O que se quer dizer é mesmo que alguém peça a aposentadoria por incapacidade permanente, por exemplo, e não havendo sido preenchidos os requisitos para esta concessão, o julgador pode conceder o auxílio por incapacidade provisória, ainda que não tenha sido requerido; mesmo que não tenha sido pedido os *astreintes* por conta da mora em cessar os descontos referente ao empréstimo fraudulento ou por conta de não se implantar imediatamente o benefício previdenciário, o Juízo poderá determinar que a parte devedora incorra em tal multa. Os exemplos ilustram, portanto, o afastamento do princípio da demanda, que, quando possível deve ser relativizado com a finalidade do melhor direito.

Assim, adequadamente se conclui que se faz necessário o olhar individual da justiça e uma busca incessante daquele que julga, a fim de que direitos não pereçam e se preserve sempre o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, reafirmando a hipossuficiência do beneficiário previdenciário, seja enquanto consumidor, seja como requerente da benesse da previdência social, ainda que tenha implantado condição para o diverso do pleiteado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assembleia Geral da ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. França, Paris, 1948.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de defesa do consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, [1990].

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015].

BRASIL. **Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003].

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943.

MARCATO, Antônio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Síntese**, Porto Alegre, v. 37, p. 37-64, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa; ALVIM, José Eduardo Carreira. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 20, pUberaba: out./dez., 1979.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção americana de direitos humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SAVARIS, José Antônio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Previdência Social**, n. 326, p. 5-16. São Paulo: LTr, jan. 2008.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade social e direitos fundamentais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 11. ed. São Paulo: Método, 2022.

Recebido em: 25 jan. 2022 Aceito em: 01 fev. 2023

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: CONCEITOS, IMPACTOS E SUAS IMPLICAÇÕES

Luciana Costa Estêvão¹⁷

Stephane Kelly da Silva Lima¹⁸

Luanjir Luna da Silva¹⁹

Resumo

O presente artigo objetiva delinear alguns impactos causados pela Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD nas relações trabalhistas, sob a ótica constitucional de proteção e garantias dos direitos fundamentais de privacidade, intimidade e liberdade dos trabalhadores. Além do mais, buscou-se conceituar os principais institutos e sujeitos trazidos pela nova norma considerados essenciais para compreensão do principal objetivo da Lei, isto é, o tratamento de dados. Ainda, é retratado de forma sucinta as implicações da LGPD nas diferentes fases do contrato de trabalho com destaque para os cuidados que devem ser tomados principalmente quando da eliminação destes dados. Nessa perspectiva, também se observou as imposições oriundas da Lei nº 13.709, cuja instituição no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em agosto de 2018, inspirada na legislação europeia de proteção de dados, o GDPR (*General Data Protection Regulation*). Ademais, é abordado, em apertada síntese, as atribuições da LGPD no teletrabalho, bem como a importância da implementação do *compliance* trabalhista enquanto método para preservar a privacidade dos empregados, estabelecer padrões de condutas a serem aplicadas nos casos concretos, como também prevenir a sujeição das empresas às sanções administrativas que vigorarão a partir de agosto de 2021. Por fim, o presente artigo reporta as principais noções a respeito dos dados pessoais sensíveis e a necessidade do tratamento adequado dessas informações.

Palavras-chaves: LGPD; Relações Trabalhistas; Dados Pessoais; *Compliance*; Teletrabalho.

¹⁷ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. Email: luciana.costa.estevao@outlook.com.

¹⁸ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. Email: stephane_k@hotmail.com.

¹⁹ Advogado. Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pelo Programa Profnit, ponto focal Universidade Federal de São João del-Rei (UFSJ). Pós-graduando em Advocacia Trabalhista pela Escola Brasileira de Direito, EBRADI. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. E-mail: luanjir@hotmail.com.

THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD) IN THE SCOPE OF LABOR RELATIONS: CONCEPTS, IMPACTS AND THEIR IMPLICATIONS

Abstract

This article aims to outline some impacts caused by the General Data Protection Law - LGPD in labor relations, under the constitutional perspective of protection and guarantees of the fundamental rights of privacy, intimacy and freedom of workers. Furthermore, we sought to conceptualize the main institutes and subjects brought by the new standard considered essential for understanding the main objective of the Law, that is, data processing. Furthermore, the implications of the LGPD in the different phases of the employment contract are briefly portrayed, highlighting the care that must be taken, especially when eliminating these data. In this perspective, the impositions arising from Law No. 13.709 were also observed, whose institution in the Brazilian legal system occurred in August 2018, inspired by the European data protection legislation, the GDPR (General Data Protection Regulation). Furthermore, the LGPD's attributions in teleworking are discussed, in a strict summary, as well as the importance of implementing labor compliance as a method to preserve the privacy of employees, establish standards of conduct to be applied in specific cases, as well as prevent subjection from companies to administrative sanctions that will take effect from August 2021. Finally, this article reports the main notions regarding sensitive personal data and the need for the proper treatment of this information.

Keywords: LGPD; Working relationships; Personal data; Compliance; Telework.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados, também conhecida como LGPD, é uma norma brasileira que foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados, em inglês, *General Data Protection Regulation* (GDPR). O GDPR, aplicável desde 25 de maio de 2018, é um regulamento do direito europeu que unificou as leis de privacidade de dados em toda a Europa e tem como principal objetivo a proteção de todos os cidadãos europeus da violação de dados e de sua privacidade, estabelecendo regras e sanções, que serviram de base para muitos artigos da lei brasileira (TEIXEIRA; ARMELIN, 2020, p. 28).

No Brasil, após um longo período de discussão, o Governo Federal propôs a elaboração da Lei nº 13.709 de 2018, batizada como LGPD, e desde então, toda a sistemática jurídica brasileira foi completamente impactada e muitos debates surgiram a respeito do alcance da nova lei em diferentes ramos do direito, sobretudo no Direito do Trabalho.

Por consequência, houve a necessidade de uma adaptação por parte tanto das empresas, quanto dos empregados, visto que estes últimos constituem o principal alvo de proteção, quando se fala em direito do trabalho. Além do viés garantidor trazido pela lei, a norma também inaugurou alguns institutos e sujeitos que compõem o novo sistema de tratamento de dados. As definições encontram-se dispostas no art. 5º da LGPD, no qual podemos destacar os conceitos de dado pessoal, dado pessoal sensível, bem como as

figuras do titular, do controlador e do operador, que oportunamente serão retratados com mais detalhes em tópico específico.

Com efeito, na corrida pela adequação às novas regras da LGPD, as empresas começaram a perceber a necessidade de elaboração e desenvolvimento de novas políticas de segurança, como por exemplo, o *compliance* trabalhista, que passou a receber notório destaque, em que, deixou de ser um mero diferencial para a empresa e tornou-se uma estratégia fundamental para minimizar e prevenir os riscos de infrações à nova Lei e até mesmo evitar as possíveis penalidades por estar em descompasso com a legislação.

Outrossim, o teletrabalho certamente foi uma dos institutos diretamente impactados pela LGPD, principalmente a partir do ano de 2020, onde emergiu o período pandêmico causado pelo Covid-19, visto que o teletrabalho foi uma das principais ferramentas utilizadas pelas empresas para que fosse possível dar continuidade às atividades laborais e a manutenção dos empregos, em razão das restrições de deslocamento e distanciamento social impostas pelas autoridades governamentais como forma de combate à disseminação do coronavírus.

Nesse intento, o presente artigo pretende explicitar os impactos que a Lei Geral de Proteção de Dados vem trazendo para as relações de trabalho, considerando que até o momento não há uma previsão específica na norma para tratar com mais profundidade os aspectos da esfera trabalhista. Isto posto, será realizada uma análise síncrona da legislação trabalhista em conjunto aos elementos inseridos pela LGPD no que tange o direito do trabalho.

Por fim, pretende-se elucidar uma breve análise sobre os potenciais mecanismos a serem implementados pelos empregadores, desde a fase pré-contratual, percorrendo pela fase contratual até a fase pós-contratual para o adequado tratamento de dados pessoais dos empregados.

2 CONCEITOS BASILARES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Não há dúvidas de que toda lei existe para proteger direitos e estabelecer deveres, logo, a Lei Geral de Proteção de Dados inaugurou uma série de garantias aos titulares dos dados pessoais, isto é, a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objetos de tratamento. Para que haja a compreensão completa, a nova lei introduziu a figura de alguns sujeitos que desempenham um papel fundamental para que as empresas exerçam suas atividades em conformidade com as exigências da lei, quais sejam: a figura do controlador, do operador e do encarregado.

Conforme dispõe o art. 5º, da LGPD, o controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, e para fins de lei, dados pessoais configura-se como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Em outras palavras, o controlador dos dados é aquele quem recebe os dados dos titulares e torna-se responsável pelo tratamento adequado dessas informações desde a recepção, tratamento, destinação e uma possível eliminação dos dados, se necessário.

Outrossim, é aludida a figura do operador, que desempenha uma significativa função no manuseio dos dados pessoais, atuando conjuntamente com o controlador,

cujas LGPD o conceitua como pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Em adição, o encarregado, será aquela pessoa indicada pelo controlador e pelo operador para atuar como um canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), oportunizando a fiscalização e adoção de medidas para regularização de eventuais desconformidades com a LGPD. Em outras palavras, o encarregado será o responsável por promover a conexão entre os empregados, que figuram como os titulares dos dados pessoais, cooperando para que os procedimentos atendam às exigências da LGPD.

Diante do exposto, é de suma relevância destacar a importância que os controladores e operadores possuem, assim como dispõe a LGPD:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Nesse sentido, o referido artigo indica a forma a ser adotada pelas entidades no estabelecimento de regras fundamentais para proteção de dados. Ademais, a formulação de regras de boas práticas não tem caráter mandatório, ou seja, o art. 50 trata-se de um rol exemplificativo, contudo a LGPD claramente contribui com o estímulo ao estabelecimento de boas práticas e de um programa de governança em matéria de proteção de dados.

3 OS IMPACTOS DO TRATAMENTO DE DADOS NAS DIFERENTES FASES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Lei Geral de Proteção de Dados repercutiu em diversos ramos do ordenamento jurídico, principalmente se analisada sob a ótica constitucional de proteção dos direitos como a liberdade, a privacidade e a intimidade das pessoas, que são valores inscritos no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF/88).

Diversamente do GDPR, o sistema normativo brasileiro não trouxe disposições expressas sobre o direito do trabalho, todavia a sua incidência a ele é incontestável, pois em razão da amplitude da lei, como a própria denominação da norma sugere, os seus efeitos alcançarão as mais variadas espécies de relações, comprovando sua transversalidade. Nesse sentido, dispõe o art. 3º da lei:

Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados.

Nesta lógica, não há como olvidar que o ramo trabalhista foi diretamente impactado pelos efeitos da LGPD, visto que na relação de trabalho, desde o momento pré-contratual (processo seletivo e admissão), passando pela fase contratual e chegando ao momento pós-contratual, existe uma rica troca de informações, transferência e armazenamento de dados pessoais do trabalhador, cujo empregador se torna responsável por estas informações.

Por consequência, é possível perceber que, nas relações de trabalho, seja qual for sua modalidade, os empregados são os principais destinatários da proteção de dados, pois o tratamento de dados no contexto laboral é, via de regra, feito em favor do empregado e na defesa dos seus interesses, sendo, portanto, uma obrigação do empregador.

Ademais, é importante mencionar que a depender do momento da relação trabalhista, os impactos da LGPD deverão ter tratamento específico, como por exemplo, na etapa pré-contratual, a fase em que é realizado o processo seletivo e as empresas recebem inúmeras informações dos candidatos, incluindo dados pessoais, como nome, estado civil, endereço, currículo, entre outros. Já nessa fase, deve-se ter cautela com o tratamento dos dados recebidos, especialmente quanto ao tipo de informações requisitadas, sobretudo no que tange ao dado pessoal sensível, que de acordo com a nova legislação, é conceituado como:

Art. 5º, II - Dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Fica evidente que se trata de algo delicado e complexo que deve ser levado em consideração nas etapas contratuais por estarem intrinsecamente ligados ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, devendo haver, portanto, especial preocupação se é realmente necessário a solicitação desses dados na etapa admissional, e também quanto ao armazenamento dos dados para futuros processos seletivos, sendo de extrema importância a observância do consentimento dos titulares para tanto.

Na fase contratual, há uma maior prestação de informações específicas, tais como àquelas referentes a jornada de trabalho, registro biométrico, histórico de saúde do empregado, situações conjugais, entre outras, que são consideradas dados sensíveis. Observa-se, portanto, a enorme extensão de tratamento de dados pessoais no âmbito da relação empregatícia, não apenas aqueles armazenados eletronicamente, mas também as informações pessoais disponíveis em qualquer mídia capaz de registrá-las, inclusive os meios físicos de armazenamento, os quais estão, por iguais, sujeitos à proteção prevista na lei.

Por fim, na fase pós-contratual, além de todo o histórico de dados já armazenados no decorrer do contrato, há também o surgimento de dados relevantes, tais como: o motivo do desligamento do empregado, questões ligadas a verbas rescisórias, pedido de referência para futuros empregos, e assim por diante, reunindo dados das mais diversas categorias.

Ainda na discussão quanto ao armazenamento dos dados dos empregados após a extinção do contrato, o art. 15, III, da LGPD, diz que o término do tratamento dos dados pessoais deverá ser comunicado ao titular que tem inclusive o direito de revogar seu consentimento, solicitando que os dados sejam eliminados. Contudo, por sua vez, dados envolvendo a relação de emprego, devem ser armazenados pelo período de 5 anos, prazo este correspondente à prescrição trabalhista.

Nesse sentido, amparado pelo art. 16, I, da LGPD, o empregador poderá manter os dados dos empregados com a função de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, ainda que haja pedido de eliminação pelo trabalhador. Vale ressaltar que a manutenção desses dados não autoriza a sua divulgação para terceiros, especialmente se puder trazer prejuízos ao titular, podendo, caso ocorra tal fato, sofrer as sanções estabelecidas pela lei.

4 A IMPLICAÇÕES DA LGPD NO COMPLIANCE TRABALHISTA

É inegável que as modificações trazidas pela LGPD afetam o Direito do Trabalho e suas relações interpessoais, seja no modo de manter o sigilo dos dados ou até mesmo na competitividade no mercado. Nesse sentido, a LGPD elucida uma urgente necessidade de adaptação e aprimoramento nas empresas, sobretudo na instituição de setores de *compliance*, de modo a garantir uma maior segurança jurídica aos empregados e empregadores.

O *compliance* é proveniente da língua inglesa do verbo “*to comply*”, que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “*compliance*” é estar em conformidade com as leis e com os regulamentos externos e internos, visto que se trata de uma ferramenta de boas práticas. Ele está presente nas mais diversas áreas, inclusive na seara trabalhista. Uma boa prática do *compliance* trabalhista atua lado a lado ao planejamento e às ambições dessa empresa. Nesse sentido, existem práticas que podem ser aderidas com a criação do *compliance* trabalhista, dentre elas, a participação direta e efetiva da direção da empresa, designação do responsável pelo programa, código de conduta, treinamento, canais de denúncia, medidas disciplinares, monitoramento, entre outros, que são opções viáveis para manter a empresa um local íntegro, probo, evitando, assim, que o estabelecimento descumpra normas bem como evitar desavenças com os funcionários, objetivando dirimir ações judiciais trabalhistas.

Ademais, utilizar o *compliance* não é apenas para cumprimento de lei e garantia de menos processos, mas como também, melhora a imagem externa e estimula o crescimento da corporação, ele é um programa preventivo e atua inibindo condutas inadequadas no ambiente de trabalho e induz as pessoas a entenderem e efetivamente cumprir os códigos de conduta. Além de que, estar em conformidade não se aplica tão pouco aos empregadores, mas como também, aos empregados que podem ter rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, com justa causa, caso cometam ato de improbidade, conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 482, a.

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, as empresas certamente passam por um desafio para sua implementação efetiva, visto que é por meio deste

normativo que são obrigadas - não somente nas relações trabalhistas -, a atender e propiciar aos titulares dos direitos, o sigilo, a manutenção, a exclusão e a portabilidade dos seus respectivos dados e informações pessoais que estão sob a posse e a guarda empresarial. Assim, o empregador passa a ser o responsável pela vida digital laboral do empregado não podendo disponibilizar, compartilhar e nem publicar dados pessoais e profissionais, sem a devida autorização do trabalhador. (WERVLOET; ROCHA; MOUSSALLEM, 2020).

Outrossim, insta salientar que a LGPD no rol de seus artigos não faz referência específica à sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho, contudo, da mesma forma se mostra necessária à sua utilização, conforme dispõe a lei, logo em seu início:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao frisar que o normativo é de interesse nacional, nasce a necessidade de aplicação uniforme em todos os entes federativos, e no âmbito público e privado, nessa perspectiva é que a aplicação da LGPD, no que tange ao Direito do Trabalho, se torna imprescindível e também, em razão do estado de hipossuficiência do empregado que é submetido à hierarquia do empregador, e em decorrência disso todos os seus dados, de várias naturezas, ficam vinculados à essa relação.

Diante do exposto a utilização do *compliance* vem sendo aplicada pelas empresas, da admissão à demissão do empregado, sendo um meio adequado para a proteção de dados pessoais do trabalhador, já que cria um sistema interno de controle e fiscalização do cumprimento de normas jurídicas. Cabe salientar que a adequação ao programa de *compliance* no meio trabalhista, cinge-se simultaneamente à LGPD e a CLT, para que haja um estado completo de proteção na relação trabalhista.

Portanto, o *compliance* trabalhista, é um mecanismo pronto a proteger todos os tipos de dados dispostos na LGPD, pois demarca as atividades dos diretores, gerentes, funcionários, aos códigos de ética e condutas que, por sua vez, estabelecem limites para a coleta e tratamento desses dados na contratação, no curso e no término do contrato de trabalho.

5 LGPD E O TELETRABALHO

O termo teletrabalho está associado ao trabalho realizado remotamente, por meio da Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), possibilitando a obtenção dos resultados do trabalho em um local diferente daquele ocupado pela pessoa que o realiza (ROSENFELD; ALVES, 2011b).

Com o advento da reforma trabalhista, houve a regulamentação do teletrabalho por meio dos artigos 75-A ao 75-E da CLT, assim conceituado:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Por conseguinte, é possível afirmar que o teletrabalho é uma modalidade de trabalho realizado a distância, sobretudo em razão da exigência de um requisito para sua configuração, qual seja, a utilização da tecnologia pelo empregado.

Factualmente, o trabalho remoto tem suas primeiras concepções apresentadas nos anos de 1970 na Europa e nos Estados Unidos com o surgimento dos termos *telecommuting* e *telework*. No ano de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou a existência da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), e no mesmo ano foi reconhecido o estado de calamidade pública pelo Governo brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 6. Diante da gravidade da situação houve a necessidade de adoção de uma série de medidas para conter a contaminação em todo o mundo, comefeito, a modalidade do teletrabalho se tornou uma alternativa para reduzir o movimento de deslocamento casa-trabalho e trabalho-casa.

Todavia, não se pode ignorar o fato de que o teletrabalho pode representar um risco à segurança dos dados pessoais, principalmente pela ausência de um preparo eficiente sobre a coleta, transferência e armazenamento dessas informações, visto que uma considerável parcela de empregados não possui as ferramentas e sistemas de proteção em seus equipamentos pessoais. A título de exemplo, é possível identificar alguns dados que merecem especial cuidado, como a própria documentação pessoal de identificação dos trabalhadores, as correspondências eletrônicas, as mensagens trocadas em aplicativos de comunicação, a captura de imagens dos trabalhadores, o registro de chamadas, o registro biométrico da jornada de trabalho, entre outros.

Outrossim, embora a expressão “dados” possa nos remeter a premissa de que a mencionada lei disponha unicamente sobre formas digitais de tratamento de dados e operações feitas por meios digitais, salienta-se que a LGPD também se aplica ao tratamento de dados que possam ser armazenados em meios físicos também.

Sendo assim, é imprescindível que os profissionais da área trabalhista se atentem sobre as novas obrigações impostas pela LGPD e se preparem para adequar as políticas internas das empresas, as rotinas trabalhistas às exigências de proteção de dados, por meio de mecanismos como senhas, criptografia, sistema de gestão de riscos, pois é patente que o avanço da tecnologia, o surgimento de novas modalidades de trabalho e o uso irrefreado de informações pessoais, acendeu um sinal de alerta para as empresas que se prezam estar em conformidade com a lei.

6 AS SANÇÕES ESTABELECIDAS PELA LGPD

Em 1º de agosto de 2021, a Lei Geral de Proteção de Dados terá vigência plena, entrando em vigor os artigos que tratam das sanções administrativas, quais sejam: 52, 53 e 54, que estão com eficácia suspensa. Cumpre destacar que este interregno se deu para que as empresas se preparem adequadamente para a implementação das novas tecnologias a fim de lograr êxito no mapeamento da coleta, processamento e eliminação de dados e informações.

Observando o cenário, a partir da sanção da LGPD, as relações trabalhistas estão sendo repensadas, principalmente em função da coleta, do armazenamento e do uso de dados pessoais e sensíveis dos recursos humanos das empresas, sejam eles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou não.

Nessa perspectiva, foi criada em 8 de julho de 2019 pela Lei nº 13.853, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), órgão da administração pública federal responsável por zelar pela proteção de dados pessoais e por implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD no Brasil. A missão institucional da ANPD é assegurar a mais ampla e correta observância da LGPD no Brasil e, nessa medida, garantir a devida proteção aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. No entanto, vale destacar que a ANPD passou a funcionar de fato em 05 de novembro de 2020, quando ocorreu a nomeação de sua primeira Diretora-Presidente, Miriam Wimmer.

Diante da vigência plena da lei, a ANPD aplicará, após procedimento administrativo que possibilite a ampla defesa, sanções administrativas, como as dispostas no art. 52:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III- multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV- publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V- bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI- eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

X- suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI- suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII- proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Ademais, a LGPD determina que a ANPD deverá editar regulamento próprio sobre sanções administrativas, e que este seja objeto de consulta pública, contendo as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa. Tais metodologias devem ser previamente publicadas e devem apresentar objetivamente as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa, que deverão conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos, demonstrando a

observância dos critérios previstos na LGPD.

Nesse sentido, foi disponibilizado o referido regulamento no portal do Governo “Participa + Brasil”, de modo que os interessados podiam oferecer contribuições em cada artigo do texto normativo sobre a dosimetria e aplicação de sanções administrativas pela ANPD. A referida consulta pública teve início em 16/08/2022 e encerramento em 15/09/2022, ao todo foram recebidas 2504 contribuições, segundo dados do portal.

Nos termos da Lei, a aplicação de sanções requer, ainda, criteriosa apreciação e ponderação de inúmeras circunstâncias, dentre as quais a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, a condição econômica do infrator, o grau do dano, a cooperação do infrator, a adoção de política de boas práticas e governança e a pronta adoção de medidas corretivas.

7 CONCLUSÃO

Como a superveniência da Lei Geral de Proteção de Dados, não há dúvidas de que as empresas que realmente se importam com a garantia dos direitos de seus empregados e que se preocupam em estar em conformidade com o ordenamento jurídico, precisarão implementar estratégias para se adequar à nova norma, tendo em vista a obrigatoriedade de sua utilização e considerando as sanções dela provenientes. Mesmo porque, a proteção dos dados pessoais, tornou-se imprescindível para reforçar a garantia dos direitos de privacidade, integridade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, que desde 1988 já vem sendo objeto de proteção pela Constituição Federal.

No Direito do trabalho, como visto, em todas as fases das relações há uma considerável quantidade de coleta, transferência e armazenamento de dados pessoais, que hoje, são até mesmo considerados o principal insumo da sociedade contemporânea e equiparados ao petróleo de outros tempos. Logo, a implementação efetiva da LGPD estará condicionada a diversos fatores, como por exemplo, a adoção de boas práticas pelas empresas e a realização de treinamentos internos, atualização do regulamento de conduta das empresas, implementação de sistemas de segurança, dentre outras práticas.

Nesse intento, insta salientar que para a adequação facilitada da LGPD ao ambiente laboral, as práticas que foram abordadas são otimizadas com métodos como o *compliance* trabalhista, responsável por implementar políticas de integridade e preservar a conformidade com a lei, uma vez que as corporações que aplicam tal instituto podem dispor do benefício de atenuação da aplicação das sanções, levando em consideração que estas empresas cooperam com as autoridades na apuração das infrações quando estabelecem procedimentos internos de auditoria e fiscalização, contribuindo com a denúncia e combate de irregularidades.

Portanto, embora a LGPD não estabeleça diretrizes específicas sobre Direito do Trabalho, conclui-se que este setor não está isento dos efeitos da norma, por isso, assim como todas as outras ramificações do direito, terá de seguir à risca os preceitos da lei, merecendo dispensar uma atenção especial aos contratos já vigentes antes da promulgação da referida legislação, para que estes possam ser adaptados o mais rápido possível de modo a minimizar ou até mesmo eliminar os riscos da não observância aos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/5090>. Acesso em: 23 jun. 2021.

GOV.BR. **Regulamento de Dosimetria e Aplicações de Sanções Administrativas**. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/regulamento-de-dosimetria-e-aplicacao-de-sancoes-administrativas>. Acesso em: 12 jan. 2023.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

MONTE, Deborah. Os impactos trabalhistas da LGPD: como se preparar para os impactos nas relações de trabalho. **Artigos FCR Law**, São Paulo, 2020. Disponível em <https://news.fcrlaw.com.br/os-impactos-trabalhistas-da-lgpd-como-se-preparar-para-os-impactos-nas-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em 16 jun.2021.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PONTINI, Milena Souza. **Compliance Trabalhista: Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0407_0427.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

CRUZ, Carlos Henrique. **LGPD nas Relações Trabalhistas: o que sua empresa precisa saber**. Ceará, 2020. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/lgpd-nas-relacoes-trabalhistas/>. Acesso em 15 jun. 2021.

ALCÂNTARA. Clayton Deodoro Gonçalves De. **Impactos da Lei de Proteção de Dados nas Relações de Trabalho**. Goiás, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1472>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho**. 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 30 jun. 2021.

Recebido em: 12 jan. 2023 Aceito em: 01 fev. 2022

A SEGURIDADE SOCIAL E O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONCEITO, ESTRUTURA, FORMAS DE FINANCIAMENTO E REQUISITOS PARA A APOSENTADORIA

Vitor Marletta Borgiotti²⁰

Resumo

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) recentemente passou por mudanças com a emenda constitucional nº 103 de 2019 alterando quantitativamente, por exemplo, a idade mínima para a aposentadoria. O presente estudo aborda sobre o Regime Geral de Previdência Social após a emenda constitucional nº103 de 2019 partindo-se do contexto em que se encontra na estrutura estatal, que é a Seguridade Social. Durante a realização desse estudo foram consultadas três fontes, sendo elas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Emenda Constitucional nº103 de 2019 e o endereço institucional do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). Foi possível observar que o Regime Geral de Previdência Social não é restrito a aposentadoria, mas sim a outros tipos de seguros, como por exemplo, salário-família e auxílio-reclusão. Que existem diferentes espécies de aposentadoria, variáveis conforme as características de cada indivíduo. E que a aposentadoria pode ser considerada como um seguro de vida.

Palavras-Chave: Aposentadoria; Previdência Social; Regime Geral de Previdência Social; Seguridade Social.

SOCIAL SECURITY AND THE GENERAL SCHEME OF SOCIAL PENSION: CONCEPT, STRUCTURE, FINANCING METHODS AND RETIREMENT REQUIREMENTS

Abstract

The General Social Security Regime recently went through changes with the Constitutional Amendment number 103 of 2019 changing quantitatively, for example, the minimum age for retirement. The present study talks about the General Social Security Regime after Constitutional Amendment number 103 of 2019, starting from the context that is found in the state structure, which is the Social Security. During this study, two sources were consulted, it are the Constitutional of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the institutional address of the National Institute of the Social Security. It was possible to observe that the General Social Security Regime is not restricted to retirement, but also to other insurance, for example, family allowance and pension allowance. That there are different types of retirement, variable according to the characterists of each individual. And that the retirement can be considered as a insurance.

Keywords: General Social Security Regime; Retirement; Social Security.

²⁰ Faculdade Unyleya. Graduado em Ciências Contábeis. Endereço Eletrônico: vitor.borgiotti@outlook.com.

RESUMO GRÁFICO

Seguro de vida aos incapacitados em trabalhar e vulneráveis socialmente nos casos previstos na Constituição Federal.



Sendo eles

Incapacitados Temporariamente ou Permanentemente	Vulneráveis Socialmente
Mulheres gestantes ou grávidas	Desempregados involuntariamente
Deficientes (sensorial, intelectual, mental e físico)	Dependentes dos segurados de baixa renda
Expostos a agentes químicos, físicos, biológicos ou associação desses itens.	Cônjuge, companheiro e dependente de segurado que tiver falecido



Desde que observados os seguintes requisitos:



Não estar filiado ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) nos casos dos interessados em serem segurados facultativos;

Segurado contribuir regularmente ao INSS;

Ter idade mínima de 65 anos, se homem, e de 62 anos, se mulher, além do tempo mínimo de contribuição;

Completar idade mínima de 60 anos, se homem, e de 55 anos, se mulher, que trabalhareem em meio rural ou em regime de economia familiar;

Completar idade mínima de 60 anos, se homem, e de 57 anos, se mulher, que trabalharemos como professor na educação infantil, fundamental e médio.

Sistema público que oferece saúde, assistência e previdência.



Por meio das fontes de financiamento vindos de

Pessoas Físicas e Equiparadas	Pessoas Jurídicas e Equiparadas
Folha de pagamento	Faturamento empresarial
Prestação de serviços sem vínculo empregatício	Importação de bens e produtos
Rendimentos Financeiros dos contribuintes e segurados do INSS	Receitas de concursos prognósticos
Importação de bens e produtos do exterior	
Comércios feitos pelo produtor rural	



Que são recebidos pelo



Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)

1 INTRODUÇÃO

A Seguridade Social, tema periodicamente discutido durante a presidência de Michel Temer e início de governo do presidente Jair Bolsonaro, representa uma cobertura pública no âmbito da saúde, previdência social e assistência social para a população brasileira. Sendo o Regime Geral de Previdência Social voltado para, entre outros grupos sociais aos funcionários de empresas privadas e contribuintes individuais.

O conteúdo apresentado busca atender aos leitores interessados em conhecer a previdência social, sob uma ótica mais global e os requisitos gerais para a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) aos empregados de empresas privadas, contribuintes individuais e outros interessados em começar a contribuir para esse regime.

Primeiramente são ilustrados o conceito e funções do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), para posteriormente inseri-lo em seu contexto mais global, o da Seguridade Social. Onde será informado sua estrutura funcional e fontes de financiamento. E, por último, abordado os requisitos para se aposentar pelo Regime Geral de Previdência Social.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ultimamente passou por alterações com a Emenda Constitucional nº103 de 2019, como a idade mínima de aposentadoria de mulheres e homens, assim como a pontuação mínima a ser atingida por homens e mulheres quanto ao somatório da idade mínima com o tempo de contribuição para se aposentarem pela regra geral de previdência.

Anteriormente, segundo a Emenda Constitucional nº 103 de 2019, a idade mínima para as mulheres se aposentarem era de 56 anos e a pontuação a ser atingida de no mínimo 86 pontos, o que equivale ao tempo mínimo de contribuição de 30 anos. Enquanto que para os homens a idade mínima para se aposentarem era de 61 anos com a pontuação mínima a ser atingida de 96 pontos, o que equivale ao tempo mínimo de contribuição de 35 anos.

As bases de consultas pesquisadas para a elaboração do presente manuscrito são a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Emenda Constitucional nº103 de 2019, e o endereço eletrônico do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

3 MATERIAL E MÉTODOS

A técnica de pesquisa utilizada de forma preponderante é a documental baseando-se de fontes primárias. Onde são coletadas informações presentes na legislação federal cujo redator não havia anteriormente consultado uma outra fonte para a sua elaboração.

A outra técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica baseando-se de fonte primária. Onde é consultada o endereço oficial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Partindo-se do propósito em fornecer informações aos interessados em adquirir conhecimentos relativos a previdência social como aos interessados que não trabalham

na iniciativa pública em começar a contribuir para o Regime Geral de Previdência Social, a pesquisa é iniciada pela explicação do conceito e funções da previdência social no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, de modo a atender diretamente a demanda dos leitores interessados em conhecê-la dentro do contexto do público-alvo interessado em contribuir para esse regime.

Posteriormente, são apresentados o conceito, funções e fontes de financiamento da Seguridade Social, visando demonstrar ao leitor a estrutura estatal na qual o regime previdenciário se encontra, assim como demonstrar seu funcionamento.

E encerrando-se nos requisitos para se aposentar pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Diante da necessidade em ser imparcial quanto a apresentação do tema no que se refere a discussão política envolvida, assim como da disponibilidade de fontes primárias, foram consultadas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como a Emenda Constitucional nº103 de 2019, e o endereço eletrônico oficial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), utilizando o próprio computador.

4 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

4,1 Conceito e funções

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) pode ser considerado como um seguro de vida àqueles que apresentam incapacidade laboral e vulnerabilidade social, cujo requisito primordial para sua obtenção é a contribuição mensal. A partir do momento que a pessoa física inicia suas contribuições a previdência social ela passa a ser classificada como segurada.

A concessão do benefício, que é de competência do INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social), varia conforme a finalidade de utilização, daí estão as demais funções do RGPS:

- Atender aos incapacitados temporariamente ou permanentemente a execução de suas atividades laborais;
- Proteger a gestante e mulheres que tiveram filhos quanto a maternidade;
- Ajudar o trabalhador que estiver involuntariamente desempregado;
- Conceder salário-família e auxílio-reclusão aos dependentes dos segurados de renda baixa;
- Conceder pensão de ao menos um salário-mínimo ao cônjuge ou companheiro e dependente do segurado que tiver falecido.

- São considerados pessoas incapacitadas temporariamente ou permanentemente a execução das atividades laborais, por exemplo:
- Segurados que apresentarem algum tipo de deficiência (sensorial, intelectual, física, ou mental);
- Segurados sujeitos a agentes químicos, físicos e biológicos, ou associação desses agentes químicos, físicos e biológicos.

No caso das pessoas que durante todo o tempo de contribuição tiverem contribuído tanto para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) como para os regimes próprios de previdência, ao se aposentarem, serão considerados no cálculo o período contribuído para cada regime.

5 SEGURIDADE SOCIAL

5.1 Conceito e funções

A seguridade social é o sistema oferecido pelo governo federal responsável em assegurar a saúde, previdência social (onde está inserido o Regime Geral de Previdência Social) e assistência social.

Ela funciona a partir da captação diversificada dos recursos provenientes da sociedade, sendo a gestão desses recursos descentralizados e quadripartite, com participação dos empregadores, trabalhadores, aposentados e governo.

Toda a população tem o direito de receber as coberturas previstas nesse seguro e o valor dos benefícios não podem ser reduzidos.

5.2 Fontes de financiamento

As fontes de financiamento da seguridade social são a contribuição social dos empregadores, empresas e entidades equiparadas.

A base de cálculo dessa contribuição são:

- A folha de pagamento dos trabalhadores;
- Dinheiro pago pelas empresas as pessoas físicas que tiverem prestado serviços sem vínculo empregatício;
- Faturamento empresarial;
- Rendimentos financeiros dos trabalhadores e segurados da previdência social (exceto aposentadoria e pensão concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social);
- Receitas de concursos prognósticos;
- Importação de bens e produtos do exterior, e demais pessoas físicas e jurídicas equiparadas;
- Resultado da comercialização de produtos feitos pelo produtor, meeiro, parceiro, arrendatário rural, pescador artesanal e seus cônjuges que exercerem suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes.

O órgão de alcance federal responsável pelo recebimento de recursos da sociedade contribuinte no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

5.3 INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS)

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma organização pública responsável em prestar serviços previdenciários a população brasileira, como o reconhecimento dos direitos dos segurados em se aposentar pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Ela é resultado da fusão entre o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

5.4 REQUISITOS PARA SE APOSENTAR PELO RGPS

Os requisitos gerais para se aposentar pelo Regime Geral de Previdência Social são:

- Não estar filiado a qualquer regime próprio de previdência social no que se refere aos interessados em contribuir ao RGPS como segurado facultativo;
- Contribuir para o INSS e estar classificado como segurado;
- Completar idade mínima de 65 anos para os homens e 62 anos para as mulheres, observado o tempo mínimo de contribuição de 40 anos para os homens e de 38 anos para as mulheres, dada a pontuação mínima (idade somada ao período contributivo) a ser atingida de 100 pontos as mulheres e 105 pontos aos homens;
- Completar idade mínima de 60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres que trabalharem no meio rural ou em regime de economia familiar (inclusos o produtor rural, garimpeiro e pescador artesanal);
- Completar idade mínima de 60 anos para os homens e 57 anos para as mulheres como professores que tenham atuados no magistério na educação infantil, fundamental e ensino médio.

Os requisitos e critérios para a concessão dos benefícios previdenciários variam dos requisitos gerais as pessoas com algum tipo de deficiência, que são submetidas a uma avaliação biopsicossocial por uma equipe multiprofissional, e outras expostas a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais a saúde ou associação desses agentes.

E o requisito da idade mínima cumulativa ao tempo mínimo de contribuição, no que se refere a regra geral para a aposentadoria, será aplicada de forma gradual. Sendo a idade mínima para a aposentadoria de homens e mulheres elevada em 6 meses a cada ano, a partir de 1º de janeiro de 2020, até atingir 65 anos para os homens e 62 anos para as mulheres. E a pontuação mínima a ser atingida, considerando tanto a idade mínima como o tempo mínimo contribuído, elevado a 1 ponto até atingir 105 pontos para os homens e 100 pontos para as mulheres, dado que um ano a mais de idade ou de contribuição representa um ponto a mais na regra atual.

6 DISCUSSÃO

Diante da pesquisa realizada pode-se dizer que o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) garante a sobrevivência dos segurados e seus respectivos dependentes quando apresentarem limitações físicas, como relativo a idade, assim como limitações sensoriais, como cegueira, limitação intelectual ou mental, gravidez, vulnerabilidade social (nos casos de desemprego, dependência financeira de segurado falecido, e dependente de segurado de baixa renda). Desde que cumpridos os requisitos, como contribuir mensalmente ao INSS.

A Seguridade Social, que abrange o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), garante a saúde pública gratuita a toda população brasileira, assistência àqueles em situação de vulnerabilidade econômica ou social, e previdência aos incapacitados temporariamente ou permanentemente de trabalhar, assim como aqueles que estiverem em vulnerabilidade social. Captando recursos provenientes da atividade econômica de pessoas físicas e jurídicas, inclusive de entidades públicas (como a receita de concursos prognósticos), rendimentos financeiros de trabalhadores e segurados do INSS, importação de bens e produtos do exterior. Onde o trabalhador ou segurado da previdência social paga a aposentadoria dos aposentados.

Dentro do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) há diferentes tipos de aposentadoria, variáveis conforme a atividade econômica exercida e forma de execução, onde, por exemplo, os trabalhadores rurais ou de economia familiar contribuem para a previdência rural, e os trabalhadores expostos a agentes químicos contribuem para a aposentadoria especial.

Com a emenda constitucional nº103 de 12 de novembro de 2019, a idade mínima e tempo mínimo de contribuição aumentaram, sendo ambos em 6 meses a cada ano desde 1º de janeiro de 2020 até que atinja a idade mínima de 65 anos com tempo mínimo de contribuição de 40 anos para os homens, e a idade mínima de 62 anos com tempo mínimo de contribuição de 38 anos para as mulheres.

7 CONCLUSÃO

Com base em todo o conteúdo pesquisado é possível concluir que a previdência social é um seguro de vida concedido pelo INSS destinado a população brasileira que contribuir para esse órgão como segurado durante um tempo mínimo de contribuição e possuir a idade mínima exigida para a respectiva aposentadoria.

Além dos seguros de vida oferecidos pelo Regime Geral de Previdência Social, existe o seguro saúde, que oferece saúde pública gratuita a toda população brasileira, e a assistência social, voltada as pessoas vulneráveis socialmente e economicamente. Que em conjunto formam a Seguridade Social.

Os requisitos para se aposentar aos interessados em iniciar sua contribuição e que não sejam futuros contribuintes ou segurados do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) variam conforme a atividade econômica e sua forma de execução. Onde o tempo mínimo e idade mínima pela regra geral para a aposentadoria passaram a variar em seis meses a cada ano desde o dia primeiro de janeiro de 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 12 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**: Institucional. Brasil: Ministério do Trabalho e Previdência, 10 maio 2017. Conteúdo publicado no website sob a licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações 3.0 Não Adaptada. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/institucional>. Acesso em: 27 jun. 2022.

Recebido em: 02 nov. 2022 Aceito em: 01 fev.. 2022.

Para submeter seu artigo para avaliação, acesse:

rbds.ieprev.com.br/rbds

 **IEPREV**
 **EDITORA**

www.editoraieprev.com.br

 **EDIÇÕES ANTERIORES**

www.editoraieprev.com.br/rbds