

**JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO.
Seção Judiciária de Santa Catarina
Gab. Juiz Federal JAIRO GILBERTO SCHAFER (SC-2A)**

RECURSO CÍVEL Nº 5013402-98.2021.4.04.7204/SC
RELATOR: JUIZ FEDERAL SELMAR SARAIVA DA SILVA FILHO
RECORRENTE: LUCIANA ROMANCINI INACIO DE JESUS (AUTOR)
RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
(RÉU)

VOTO DIVERGENTE

Trata-se de recurso interposto pela parte autora contra a sentença que julgou improcedente pedido de concessão de benefício por incapacidade.

O ilustre Relator encaminha voto no sentido de negar provimento ao recurso da parte autora.

Com a devida vênia, apresento voto divergente.

Estamos a tratar, no caso concreto, de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, especialmente a partir do segundo pós-guerra, assumiram protagonismo estruturante nas concepções constitucionais do Estado Contemporâneo.¹ A teoria constitucional moldou-se a conceitos como “proporcionalidade”, “ponderação”, “eficácia horizontal”, “vinculação dos direitos fundamentais”, “núcleo essencial”, “indisponibilidade dos direitos fundamentais”, “dever de aplicação imediata dos direitos fundamentais”, “reserva do possível”, “mínimo essencial”, “deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais”, “igual dignidade da pessoa humana”, entre outros, na busca de adequada interpretação da cada vez mais complexa e fluida sociedade sem fronteiras, a qual ruma à desconhecida era da inteligência artificial.

Nesse contexto, a busca de resposta adequada sobre qual seja o papel dos direitos fundamentais reclama abordagem das construções teóricas do constitucionalismo contemporâneo (e suas multifacetadas ramificações estruturantes), com vistas a estabelecer consensos mínimos ao desenvolvimento do tema, pois, conforme assinalado por Grimm, ²inegável que o século XX terminou assistindo ao triunfo do constitucionalismo, que se impôs universalmente: já não mais se discute

se deve ou não haver uma Constituição, mas sim qual o modelo mais adequado.³

Num conceito material, Estado de Direito designa somente os ordenamentos nos quais o poder público é submetido substancialmente à lei, isto é, não somente quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo, o que corresponde às democracias modernas, nas quais a totalidade do poder é vinculada ao respeito dos princípios basilares estabelecidos pela Norma Constitucional, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.⁴

Semelhante compreensão representa ruptura em relação ao clássico entendimento do instituto, que não mais se confunde com a simples pretensão de estabelecer limites ao agir estatal, mas, indo além, propugna instauração de uma nova ordem, “fundada sobre a ideia do primado do homem e da livre esfera dos seus direitos”,⁵ ou, nas precisas palavras de MIRANDA: o Estado de Direito “pretende ser, acima de tudo, um Estado de direitos fundamentais”.⁶ CANOTILHO⁷ parte da noção de que a associação do Estado de direito ao Estado democrático gera a síntese identificadora desse fenómeno, qual seja, Estado de direito democrático.⁸

Essas mudanças revelam-se na posição inovadora que se estabelece entre cidadão e poder público, pois, ao lado das feições tradicionais características dos direitos de liberdade, surgem como elementos igualmente estruturantes os direitos sociais como tarefas a serem cumpridas pelo Estado,⁹ cujo foco desloca-se do direito de propriedade para a proteção da dignidade da pessoa humana: 10o Estado Social de Direito não é simplesmente uma combinação de elementos internos e elementos estranhos do Estado de Direito clássico, mas antes um conceito novo e completo,¹¹ que exprime a ideia de que Estado social e democrático de Direito contempla a plena vinculação jurídica do Estado tendo, com objetivo de proteção dos direitos fundamentais e de desenvolvimento da personalidade individual, verdadeiro “princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas”.¹²

A prova técnica adequadamente realizada tem grande peso na formação da convicção do julgador, sobretudo em casos que envolvem avançados conhecimentos médicos, como os que analisam o potencial incapacitante de doenças. Porém, o juiz não está adstrito ao laudo pericial (art. 479 do

CPC), podendo formar sua convicção através dos demais documentos e situações constantes no processo.

Para a comprovação da condição de incapacidade, foi inicialmente designada perícia médica por profissional de confiança do Juízo (médico especialista em ortopedia). O expert teve acesso a todos os documentos juntados pela parte autora (atestados médicos e exames) e concluiu que o quadro de saúde apresentado a incapacita de forma total e temporária.

Ressalta-se que o especialista descreveu (evento 35, LAUDOPERIC1):

Conclusão: com incapacidade temporária

- Justificativa: QUADRO DE LOMBOCIATALGIA POR HERNIA DISCAL, HÁ SINAIS DE RADICULOPATIA COM OUTRAS LIMITAÇÕES FUNCIONAIS QUE DETERMINEM INCAPACIDADE LABORAL

- DII - Data provável de início da incapacidade: 23/08/2021

- Justificativa: DII BASEADO EM ATESTADO MÉDICO

- Caso a DII seja posterior à DER/DCB, houve outro(s) período(s) de incapacidade entre a DER/DCB e a DII atual? A DII é anterior ou concomitante à DER/DCB

- Data provável de recuperação da capacidade: 16/05/2022

- A recuperação da capacidade laboral depende da realização de procedimento cirúrgico? NÃO

- O(a) examinado(a) apresenta transtorno relacionado ao uso de substância(s) psicoativa(s) (ébrio habitual e/ou viciado em drogas ilícitas) ou está impossibilitado de exprimir sua vontade em razão de causa transitória ou permanente? NÃO

Em complementação ao laudo pericial, assim se manifestou o perito (evento 62, LAUDOPERIC1):

A autora está apta para exercer trabalhos no âmbito doméstico, em que as atividades podem ser desenvolvidas sem cobrança de horário e

produtividade, respeitando suas limitações, conforme sua disposição e podendo receber auxílio de familiares?

SIM, PODE.

Apesar da conclusão pericial no laudo complementar, compreendo que o exercício de funções de “dona de casa” não se limita a atribuições leves e de menor comprometimento físico. Ainda que a trabalhadora nessas circunstâncias tenha maior flexibilidade e liberdade para gerenciar o tempo e organizar suas tarefas, é certo que seu exercício exige plena capacidade de trabalho, à igualdade daquela presente no exercício das demais funções similares protegidas pela seguridade social (empregado doméstico etc.), não sendo legítima desqualificação baseada em estereótipos de gênero, os quais vulneram os direitos fundamentais como um todo. No caso concreto, é certo que parte das atividades demandam esforços moderados, notadamente do tronco e membros superiores, exatamente onde se localiza o problema da parte autora, situação esta que autoriza o reconhecimento da incapacidade laboral.

Nas ações que envolvem a pretensão de concessão de benefício por incapacidade, o julgador firma sua convicção, em princípio, por meio da prova pericial, podendo, todavia, afastar a conclusão do laudo pericial sempre que o conjunto probatório indicar solução constitucionalmente adequada em sentido contrário (5000316-35.2018.4.04.7214, SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC, Relator JAIRO GILBERTO SCHAFFER, julgado em 30/10/2018; TRF4, AC 5016618-87.2022.4.04.9999, NONA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 06/07/2023).

Ademais, "não reconhecer a incapacidade de uma mulher, ou reconhecê-la apenas de maneira parcial, em razão de ela poder ainda desempenhar atividades relacionadas à reprodução social, como afazeres domésticos, caracteriza uma mensagem atentatória aos preceitos de igualdade - tanto em sua dimensão de inclusão quanto de equidade. Tal não reconhecimento envolve a percepção de que a realização profissional não é algo indispensável para as mulheres - que poderiam perfeitamente continuar a laborar nos afazeres domésticos, não obstante incapacitadas para as atividades de produção social.

[...]

Portanto, havendo capacidade para a execução de afazeres domésticos, isso não pode ser elemento para que se afaste a caracterização de incapacidade total para mulheres, ou mesmo que se minore a situação para incapacidade parcial. A incapacidade, por imperativo de uma avaliação assentada no princípio da igualdade, não pode se desvincular de sua estipulação em termos de atividades desempenhadas no mercado de trabalho - como acontece em relação aos homens. Entender de maneira distinta envolve, necessariamente, flagrante discriminação das mulheres. [...]" (WURSTER, Tani Maria; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. Um guia para o Direito Previdenciário. Ribeirão Preto: Migalhas, 2021, pp. 144/145).

Como ensina o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, o humanismo nas decisões previdenciárias revela-se pelo exercício das "três palavras mágicas: amor, alteridade e solidariedade" (Judicialização dos direitos da seguridade social. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 228).

De outro norte, não há falar em incapacidade permanente, eis que a perícia judicial foi clara ao atestar a possibilidade de recuperação.

Nesse contexto, tenho que faz jus a parte autora ao benefício por incapacidade temporária desde 23/08/2021. Como a DCB estabelecida pelo perito judicial já decorreu (16/5/2022), o benefício deve permanecer ativo por 60 dias a contar deste julgamento, a fim de possibilitar eventual pedido de prorrogação.

Sem condenação em honorários advocatícios.

Considero prequestionados os dispositivos enumerados nas razões recursais, declarando que a decisão recorrida encontra amparo nos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na legislação infraconstitucional, aos quais inexistente violação.

Ante o exposto, VOTO POR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA.

Notas de rodapé

1. [1] Aqui compreendido como a formação política surgida na segunda década do século XX: em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em

1919, com a Constituição de Weimar, cujo atributo principal é sua submissão à Sociedade, segundo PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*. 4. ed. Florianópolis: Univali, 2013, p. 32. Para uma leitura abrangente sobre o tema, inclusive com ampla indicação bibliográfica, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 1. 10. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. especialmente páginas 101 e seguintes. Em relação às críticas à dogmática liberal do direito na cultura jurídica “weimariana”, consulte-se RIDOLA, Paolo. *Il principio libertà nello stato costituzionale*. Torino: G. Giappichelli editore, 2018, páginas 81 e seguintes. As profundas alterações na concepção do Estado que se fizeram surgir principalmente a partir das crises de 1929 e a relação que se estabelece a partir de então entre estado social e estado de direito são destacadas por GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 10. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996. A confluência entre as novas tarefas a serem realizadas pelo Estado e as mudanças daí decorrentes são elementos do conceito de Estado Social, segundo COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado socialy derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 32. Para um desenvolvimento do conceito de democracia na Constituição de Weimar e motivos de seu fracasso, veja-se Gertrude Lubbe-Wolff, *The Concept of Democracy in the Weimar Constitution*, 20, *Historia Constitucional* 253 (2019). Bluebook 20th ed. Daniel Liechty desenvolve a idéia, originalmente de David Stoesz, de *Dynamic Welfare State*, segundo a qual a história envolvendo o Estado de bem-estar social, no Estados Unidos da América, pode ser dividida em três fases distintas: a primeira, designada como *Welfare State 1.0*, que tem início com o New Deal e encontro no seguro social sua qualificação principal; a fase subsequente, *Welfare State 2.0*, surge logo após o término da segunda grande guerra, caracterizado pelo lançamento do Medicare e Medicaid, programa que inclui o direito à saúde a partir de uma ótica coletiva. Por fim, *Welfare State 3.0*, que se caracteriza pela expansão do sistema de proteção a outras áreas (LIECHTY, Daniel. *The Dynamic Welfare State*, 43 *J. Soc. & Soc. Welfare* 187 (2016). Bluebook 20th ed.). O nascimento do Estado moderno, na qualidade de específica organização política da sociedade com objetivo de produzir decisões vinculantes, foi apreendido por Luhmann, para quem a dicotomia “estado e sociedade”, embasada na ideia geral de lei, foi a base de formação dos direitos fundamentais, sendo a liberdade a essência do vínculo que se criou a partir dos limites genericamente definidos

(LUHMANN, Niklas. I diritti fondamentali come istituzione. Bari: edizioni Dedalo, 2002, p. 65). ↵

2. [2] GRIMM, Dieter. O lugar da Constituição no século XXI. Conferência proferida no Colóquio comemorativo do 40º aniversário da Constituição da República Portuguesa, realizado em 21 de abril de 2016, p. 39. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 19 set. 2018. Estado Constitucional em constante transformação, conforme sugere Ruggeri especificamente ao tratar da convergência entre as Cartas (e Cortes) nacionais e as Cartas (e Cortes) não nacionais (RUGGERI, Antonio. Lo Stato costituzionale e le sue 'mutazioni genetiche'. Quaderni costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale. Anno XXXIV, n. 4, dez/2014, p. 837/854). De outro lado, DAHL aponta algumas limitações de um sistema constitucional, particularmente no que se refere as influências das condições democráticas no âmbito da concretização de uma Constituição (DAHL, Robert A. How democratic is the American Constitution? New Haven: Yale University Press, 2. ed., 2003, p. 142 e seguintes) e as interligações que se estabelecem entre os movimentos sociais de defesa dos direitos civis e as formulações que historicamente são atribuídas a alguns princípios constitucionais estruturantes, como é o sistema de governo (federalismo, no caso específico), conforme SCHAPIRO, Robert A. Polyphonic Federalism. Toward the protection of fundamental rights. Chicago: The university of Chicago Press, 1969, p. 46. ↵

3. Todavia, mostram-se relevantes as reservas quanto à tese levantadas por MEDEIROS, Rui. A constituição portuguesa num contexto global. Lisboa: Universidade Católica editora, 2019, p. 12, para quem se mostra presente, em verdade, um “sistema concorrente” de diferentes visões quanto à concepção constitucional (constitucionalismo teocrático x constitucionalismo convencional). Para o autor, mostra-se imprescindível, para compreender a ideia moderna de uma Constituição cosmopolita, que se leve a sério igualmente a vertente democrática, ao lado do Estado de Direito, pois ambos conjuntamente formam os dois pilares do Estado Constitucional (p. 89), ainda que não se possa ignorar a tensão latente entre estes princípios estruturantes (p. 98). BÖCKENFÖRDE relaciona a ausência de formas teocráticas de religião como pressuposto da democracia como forma de Estado de direito, uma vez que a realização de uma vontade divina estabelece previamente critérios autoritários em relação ao seu conteúdo, o que se revela incompatível com a formação de uma vontade democrática (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios

sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2000, p. 102). ↵

4. FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). Lo stato di diritto. Milano: Feltrinelli, 2002. Padova: Cedam, 1990. p. 349-456. Em outro local, o autor sustenta a identificação do paradigma do Estado de Direito, em sua acepção material, com a dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. Um dibattito teorico. VITALE, Ernanno (org). Roma: Laterza, 2002, p. 19). Ao desenvolver sua teoria do garantismo, Ferrajoli enfatiza três elementos que a formulam: a) vinculação do poder estatal ao Estado de Direito; b) diferenciação entre validade e vigência; c) distinção entre os pontos de vista interno (jurídico) e externo (ético-político) e consequente dicotômica compreensão entre justiça e validade (FERRAJOLI, Luigi. Derecho yrazón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1989, p. 854 e seguintes). Inicialmente focada no direito penal, a teoria aplica-se à integralidade dos direitos fundamentais, para além das garantias ditas penais e processuais. Isso fica bastante claro ao se considerar a obra posterior do mestre italiano (FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría do direito e da democracia. Bari: Laterza, 2007. (Partes 1, 2 e 3), onde sustenta um modelo de Estado de Direito como sinônimo de ‘garantismo’, cujo aparecimento coincide com o surgimento dos modernos sistemas constitucionais, cujas características essenciais são: a) princípio da legalidade (sob aspecto formal), que significa submissão à lei; b) no plano substancial, pela funcionalização dos órgãos estatais na defesa dos direitos fundamentais. ↵

5. [5] NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2013, p. 104. Todavia, o autor relativiza a relevância teórica dessa dicotomia material/formal em se tratando do conceito de Estado de Direito, por não vislumbrar modos alternativos de compreensão da relação entre cidadão e estado, “antes constituindo o produto de diferentes perspectivas teóricas na abordagem da mesma realidade” (p. 109). ↵

6. [6] MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Constitucional. Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 77-78. ↵

7. [7] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed., 2003, p. 93. ↵

8. [8] A relação que se estabelece entre “democracia” e “estado de direito” é igualmente acentuada por AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Coimbra: Coimbra, 2012, para quem a República possui uma forma compósita: “o Estado, em Portugal, é de direito e é democrático. Uma coisa não deve ser sem a outra” (p. 319). ←

9. [9] NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2013, p. 187. ←

10. [10] E é justamente nesta finalidade de persecução da proteção da dignidade da pessoa humana que Lúcia Amaral encontra elemento caracterizador do conceito material de Estado de Direito, verdadeira síntese da “antropologia constitucional” do Estado de direito. Acrescentam-se, ainda, à formulação do conceito, para a autora, a liberdade e a justiça como igualdade (AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional. 1. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 162 e seguintes), com especial atenção à proteção da confiança legítima, elemento sempre reconhecido pelo Tribunal Constitucional como integrante da latitude jurídica do Estado de direito (dentre outros: Acórdão 287/90; Acórdão 237/98; Acórdão 302/06; Acórdão 128/09, compreendida a tutela da confiança como proteção de expectativas legítimas objetivamente consolidadas - Acórdão 134/19,). Sobre as vertentes retrospectiva e prospectiva do princípio da confiança, veja-se o elucidativo Acórdão 195/17, do Tribunal Constitucional, para quem o Estado de direito não está apenas “vinculado a acautelar a confiança que inspirou nos cidadãos. Está também vinculado a inspirar essa confiança, o mesmo é dizer, a criar as condições possíveis e indispensáveis para que estes possam planear as suas vidas e realizar investimentos em segurança” (voto do Relator, Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro). O acolhimento de um conceito material de Estado de direito passa, então, a ser pressuposto para a própria compreensão do texto constitucional (declaração de voto dos Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Fernandes Costa, Tribunal Constitucional, Acórdão 464/19). ←

11. [11] Ibid, p. 199. ←

12. [12] Ibid, p. 218. ←

Processo nº 5013402-98.2021.4.04.7204