

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”  
MESTRADO EM DIREITO

EDILON VOLPI PERES

INCAPACIDADE SOCIAL COMO CRITÉRIO PONDERÁVEL NA  
CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES  
DE DOENÇA OU INVALIDEZ

RIBEIRÃO PRETO  
2020

EDILON VOLPI PERES

INCAPACIDADE SOCIAL COMO CRITÉRIO PONDERÁVEL NA  
CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES  
DE DOENÇA OU INVALIDEZ

Dissertação apresentada à Universidade de  
Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito  
parcial para a obtenção do título de mestre em  
Direito.

Área de concentração: Concreção dos Direitos  
Coletivos e Cidadania.

**Orientador:** Prof. Dr. Sebastião Sérgio da  
Silveira

RIBEIRÃO PRETO  
2020

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central da UNAERP  
- Universidade de Ribeirão Preto -

P437i Peres, Edilon Volpi, 1975-  
Incapacidade social como critério ponderável na concessão dos  
benefícios previdenciários decorrentes de doença ou invalidez /  
Edilon Volpi Peres. -- Ribeirão Preto, 2020.  
125 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2020.

1. Auxílio-doença. 2. Aposentadoria por invalidez.  
3. Incapacidade social. 4. Benefícios. I. Título.

DD 340

**INCAPACIDADE SOCIAL COMO CRITÉRIO PONDERÁVEL NA  
CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES  
DE DOENÇA OU INVALIDEZ**

Dissertação apresentada à Universidade de  
Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Mestre em  
Direito.

Área de Concreção: Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 14/05/2020

Resultado: Aprovado

**BANCA EXAMINADORA**

**SEBASTIAO SERGIO DA** Assinado de forma digital por SEBASTIAO  
**SILVEIRA:02657265812** SERGIO DA SILVA:02657265812  
Dados: 2020.07.02 13:59:10 -03'00'  
Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira  
Presidente/ UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa  
U. FRONTERA – Universidad de la Frontera

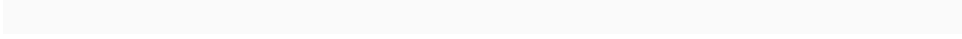


Prof. Dr. Juvêncio Borges da Silva  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto

2020

## DEDICATÓRIA



Dedico este trabalho a todos aqueles que amo,  
especialmente a meus pais e meus filhos Enzo e Enrico

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu prezado orientador Sebastião Sérgio da Silveira exemplo de profissionalismo e dedicação à academia, agradeço pelos inestimáveis ensinamentos.

À Escola Superior da Defensoria Pública da União pelo apoio financeiro que possibilitou a realização do estudo.

Aos amigos que me incentivaram e me apoiaram e incentivaram.

À minha família pela compreensão nos momentos de ausência e o apoio de sempre.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva a análise da incapacidade social como sendo um dos aspectos a serem considerados na concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez tanto de natureza previdenciária como de natureza acidentária), não devendo ser consideradas unicamente as limitações da saúde (físicas) do segurado, mas também fatores econômicos, culturais, história de vida e universo social do segurado, ou seja, todos os fatores socioambientais do segurado, ao invés da interpretação restritiva, que considera apenas a parte médica, restrita aos aspectos físicos do segurado, isso tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, Assim, a pesquisa englobou o método de levantamento de dados para o exame doutrinário do tema e para a coleta de julgados na análise jurisprudencial, o método de abordagem a ser usado é o analítico-dedutivo, para que seja visualizado o objeto de estudo como resultante de múltiplas determinações e fatores, sobretudo de ordem histórica e constitucional. A extração dos verdadeiros conteúdos dos institutos jurídicos é satisfatória com a sua indagação sob a ótica analítico-dedutiva. Defendemos que a incapacidade não pode mais ser enxergada somente quanto ao seu aspecto individual, mas também quanto ao seu aspecto socioambiental: em determinados casos, não é o indivíduo que é incapaz, mas a sociedade que se mostra incapaz de acolher aquele indivíduo em seu seio, ensejando-lhe exclusão. Diante disso, é absolutamente necessário reconhecer a incapacidade social como um dos critérios inerentes à análise dos benefícios por incapacidade, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

**Palavras-chave:** Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade social. Benefícios.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze social incapacity as one of the aspects to be considered when granting disability social security benefits (sickness benefit and disability retirement, both social security and accident nature), and should not be considered solely the limitations of (insured) health of the insured, but also economic, cultural factors, life history and social universe of the insured, that is, all the social and environmental factors of the insured, instead of the restrictive interpretation, which considers only the medical part, restricted to the physical aspects of the insured, both in the administrative and judicial spheres. Thus, the research encompassed the method of collecting data for the doctrinal examination of the theme and for the collection of judges in the jurisprudential analysis, the method of approach to be used is the analytical-ductive, so that the object of study is visualized as resulting from multiples of terminations and factors, especially of historical and constitutional order. The extraction of the true contents of the legal institutes is satisfactory with its inquiry from an analytical-deductive perspective. We argue that incapacity can no longer be seen only in terms of its individual aspect, but also in terms of its socioenvironmental aspect: in certain cases, it is not the individual who is incapable, but the society that is unable to accommodate that individual in its midst, giving rise to exclusion. Given this, it is absolutely necessary to recognize social disability as one of the criteria inherent to the analysis of disability benefits, both in the administrative and judicial spheres.

**Keywords:** Sickness benefits. Disability retirement. Social incapacity. Benefits.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>1 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....</b>	<b>13</b>
<u>1.1 BREVE HISTÓRICO.....</u>	<u>14</u>
1.2 DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS).....	18
<u>1.2.1 DA FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA.....</u>	<u>20</u>
<u>1.2.2 DO CARÁTER CONTRIBUTIVO E DA REGRA DA CONTRAPARTIDA.....</u>	<u>23</u>
<u>1.2.3 DA CARÊNCIA.....</u>	<u>26</u>
<u>1.2.4 DAS CONTINGÊNCIAS PROTEGIDAS PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.....</u>	<u>27</u>
<b>2 DA SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....</b>	<b>30</b>
<u>2.1 SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL.....</u>	<u>30</u>
<u>2.2 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL.....</u>	<u>33</u>
<u>2.3 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO TRANSINDIVIDUAL (INTERESSES COLETIVOS <i>LATU SENSU</i>).....</u>	<u>35</u>
<b>3 DOS PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....</b>	<b>37</b>
3.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE.....	38
3.2 PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE.....	40
3.3 PRINCÍPIO DA GESTÃO UNA, DEMOCRÁTICA E DESCENTRALIZADA.....	42
3.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	44
3.5 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE.....	47
3.6 IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS.....	49
3.7 EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO.....	52
3.8 DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO.....	54
<b>4 DOS BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....</b>	<b>55</b>
4.1 DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE.....	55
4.1.1 DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.....	60
4.1.2 DO AUXÍLIO-DOENÇA.....	62
4.2 DA ALTA PROGRAMADA.....	65
4.3 DA FUNGIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE.....	68
<b>5 DA CONTINGÊNCIA SOCIAL DA INCAPACIDADE LABORAL E ATIVIDADE PROBATÓRIA.....</b>	<b>74</b>

5.1 DA PROVA NO PROCESSO CIVIL .....	74
. 5.2 DA PROVA PERICIAL NA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	77
.....5.3 DA IMPORTÂNCIA DO LAUDO PERICIAL NA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE.....	82
5.4 PERITO MÉDICO: ESPECIALISTA OU GENERALISTA.....	86
5.5 DA INCAPACIDADE FÍSICA E MENTAL.....	88
<b>6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....</b>	<b>92</b>
6.1 DA INCAPACIDADE SOCIAL.....	96
6.2 DA INCAPACIDADE SOCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	103
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUÇÃO

A legislação previdenciária traz como requisito para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença que o segurado seja considerado incapaz permanentemente ou temporariamente para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á pago o benefício enquanto permanecer nesta condição.

Ocorre que a legislação previdenciária não define o que significa incapacidade para o trabalho habitual do segurado, desta forma compete-nos analisar o significado de incapacidade laboral não importa a causa da incapacidade, podendo ela ser de natureza previdenciária, acidente de qualquer natureza ou causa, quanto acidentária, acidente de trabalho.

Trata-se de uma contingência volúvel, que impede que o trabalhador exerça normalmente suas atividades habituais, que pode ser classificada como permanente, hipótese que enseja a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez e temporária, hipótese que enseja a concessão de auxílio-doença. Desta forma, falamos dos segurados da Previdência Social que sejam afetados pelas contingências doença ou invalidez.

A incapacidade para exercer o trabalho, entendendo o significado de trabalho para estes fins como sendo a atividade habitual desenvolvida pelo segurado, pode ser causada por diversos fatores, doenças profissionais ou não, acidentes profissionais ou não, o fato é que tais contingências devem causar lesões corporais ou perturbações funcionais, que retiram do indivíduo a aptidão física para exercer suas atividades habituais.

O comprometimento da aptidão física e funcional causado pelas doenças ou acidentes, foram considerados pela Constituição Federal - CF como contingências merecedoras de proteção social, uma vez que em caso de ocorrência de quaisquer dessas causas, surge o direito ao benefício previdenciário ou acidentário correspondente.

A importância do estudo em questão decorre da ausência de proteção efetiva ao segurado, como determinado pelo art. 201 da CF, caso sejam considerados somente os aspectos médicos, sem levar em consideração fatores exógenos ao próprio indivíduo, entendimento que pode gerar uma proteção insuficiente do direito fundamental à previdência social.

Portanto, a incapacidade para o exercício das atividades habituais desenvolvidas pelo segurado não deve ser encarado apenas sob o ponto de vista estritamente médico, técnico, pois a CF não estabelece este requisito, determina a proteção contra eventos de doença e invalidez, desta forma não compete ao intérprete restringir o conteúdo legislativo de

forma a limitar a concessão dos benefícios por incapacidade tanto de natureza previdenciária quanto de natureza acidentária.

Deve-se avaliar além da condição médica do segurado, outros fatores, tais como a sua possibilidade de inserção no mercado de trabalho, sempre lembrando que com o desemprego em alta, mesmo as pessoas perfeitamente híginas e saudáveis encontram dificuldade de conseguir um emprego, quando mais aqueles que sofrem de lesões ou doenças que se não impedem o exercício de sua atividade habitual, dificultam sobremaneira seu exercício.

Tal exigência muitas vezes viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se pode exigir que um indivíduo exerça a única atividade laboral que sabe com dores, obviamente seu sustento será prejudicado e não conseguirá mais inserir-se no mercado de trabalho.

Não se pretende aqui criar uma nova hipótese de concessão de benefícios previdenciários ou acidentários, mas aplicar com efetividade a proteção prevista no art. 201 da CF, face às contingências doença e invalidez, imprimindo ao segurado uma proteção suficiente em conformidade com os ditames constitucionais.

Pretende-se aqui definir um conceito para a incapacidade laboral para fins previdenciários e acidentários, que não se limite à perda de uma função psicológica, fisiológica ou anatômica do ser humano, mas também na incapacidade social e econômica. Fatores como a idade avançada, o reduzido grau de escolaridade e a espécie de trabalho exercido concorrem para a aferição da pertinência da concessão do benefício de incapacidade. Nessas hipóteses, sempre deve ter prioridade a recolocação no mercado de trabalho por meio de habilitação ou reabilitação, no entanto caso esta não se torne possível, devemos partir para uma análise mais ampla dos critérios que causam a incapacidade laboral.

Desta forma, a incapacidade deve ser fixada à luz das condições pessoais do segurado, não ficando o órgão administrativo ou o julgador necessariamente vinculado à prova pericial exclusivamente técnica, deve-se atentar que os requisitos para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença de natureza previdenciária ou acidentária, não estão adstritos aos requisitos objetivos legais, devendo verificar, também os aspectos socioeconômicos do segurado, para fins de aferição de sua incapacidade laboral. Para a concessão desses benefícios devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado, de forma a se obter a máxima efetividade do disposto no art. 201 da CF, de forma a obter uma maior proteção social ao doente ou inválido.

O tema em questão está vinculado à linha de pesquisa do curso, pois relação de natureza previdenciária se estabelece entre o segurado e a seguradora social, no caso o INSS, na qual o segurado, em razão do exercício de atividade laboral, efetua recolhimentos, contribuições para a seguradora social, a qual têm o condão de protegê-lo caso ocorra uma contingência que o impeça de prover sua própria subsistência ou a de sua família. Desta forma, constitui-se um direito pertencente a um grupo, categoria ou classe de pessoas (segurados) indetermináveis, mas que podem ser determinados.

Além disso, sob o aspecto objetivo, por serem metaindividuais, são indivisíveis, se tratando, portanto de um direito coletivo, tema afeito ao objeto de estudo deste curso de mestrado.

## 1 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Inicialmente é necessário esclarecer qual seria a finalidade de um regime de previdência social. Desta forma, constatamos que seu surgimento está totalmente relacionado à proteção dos infortúnios (contingências) que pudessem inviabilizar seu sustento no futuro, impedido as pessoas de exercerem normalmente sua atividade de subsistência, tais como a idade avançada, incapacidade decorrente de acidente, a morte do provedor da família, entre outras circunstâncias.

Desta forma, notamos que o direito previdenciário tem íntima relação com o direito do trabalho, já que o trabalho é responsável pela subsistência do indivíduo e de sua família e na impossibilidade de seu exercício, competindo à previdência a manutenção daqueles que já não têm mais condições de exercer sua atividade laboral. Sérgio Pinto Martins ensina que “o Direito Previdenciário nasce com o Direito do Trabalho, tendo por objetivo minorar as diferenças de classes, de modo a assegurar uma vida digna ao trabalhador. Teve também por intuito diminuir as diferenças sociais entre os trabalhadores e distribuir renda”.<sup>1</sup>

Por essa razão o regime de Previdência Social trata-se de um regime público de caráter obrigatório, cuja filiação independe da vontade do segurado. Além disso, do ponto de vista financeiro, constitui-se de um regime de repartição simples, pois encontra-se baseado na solidariedade entre os indivíduos e intergeracional, ou seja, as contribuições dos trabalhadores da ativa são empregadas no pagamento daqueles que, em razão da ocorrência das contingências previstas pela Constituição Federal (art. 201), estão impedidos de exercer suas atividades laborais. Segundo Flávio Martins Rodrigues:

É um sistema de custeio em regime caixa, pelo qual o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja obrigatoriamente, um processo de acumulação. Esse regime de custeio, também conhecido como *pay as you go*, pressupõe que um grupo de indivíduos mais jovens arcará com os custos das aposentadorias dos mais velhos; e os mais jovens, acreditam que o mesmo será feito ao se tornarem idosos, montando-se aí o que se denominou “pacto entre gerações”, de forma que a geração anterior custeia os benefícios previdenciários da seguinte<sup>2</sup>.

---

1MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 301.

2 RODRIGUES, Flávio Martins. **Fundos de pensão de servidores públicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

Tal regime difere-se do regime de capitalização, no qual as contribuições são creditadas na conta exclusiva de cada contribuinte, e junto com os rendimentos do capital constituído, será calculado seu benefício em caso da ocorrência de alguma contingência.

Desta forma, as principais características do regime da Previdência Social é o fato de ele constituir-se um regime de caráter contributivo, pois a cobertura previdenciária só ocorre mediante o recolhimento de contribuições para o custeio do sistema, quem não contribui não possui direito à cobertura previdenciária.

Outra característica fundamental é ser um regime de filiação obrigatória, pois todos que exercem atividade remunerada devem contribuir para o sistema queiram ou não contribuir, pois são as contribuições previdenciárias que forma o fundo destinado ao pagamento das prestações previdenciárias.

Desta forma, poderíamos definir a Previdência Social, nas palavras de José Maércio Pereira, como sendo uma “técnica de proteção social propiciadora dos meios indispensáveis à manutenção da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável auferi-los pessoalmente”<sup>3</sup>.

No tocante à previdência social, portanto, para poder estar assegurado há necessidade de filiação obrigatória e contribuição compulsória.

## 1.1 BREVE HISTÓRICO

O liberalismo econômico reinante na revolução industrial deixou os trabalhadores por sua própria conta em caso da ocorrência de alguma contingência, não havia auxílio do empregador nem mesmo do Estado. Vale aqui citar Daniel Machado da Rocha e José Antônio Savaris:

É mesmo como consequência da Revolução Industrial que, no Século XIX, se verifica grave repercussão de contingências que impediam uma pessoa de obter recursos pelo exercício de sua atividade profissional. Essas situações de risco de subsistência e os estados de necessidade decorrentes passaram a ocupar o centro da agenda política de vários países. Começava a ser necessária a intervenção estatal para a conciliação de interesses e necessidade dos capitalistas e da classe trabalhadora. São os trabalhadores assalariados industriais que aparecem como principal contingente de pessoas a ser protegido pelas modernas políticas sociais, na medida em que se dissolviam as redes tradicionais de solidariedade. A história da proteção social registra primeiramente, contudo, a adoção de técnicas inespecíficas

---

3 PEREIRA, José Maércio. **Previdência social, aposentadoria por tempo de contribuição e risco social**. 2013. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Previdenciário, Puc São Paulo, São Paulo, 2013, p. 56. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6271/1/Jose%20Maercio%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 27 fev 2020.

de proteção, assim considerados porque correspondiam às “técnicas do direito comum”, especialmente a poupança individual, o seguro privado e a previdência coletiva, que guardavam a nota da facultatividade. (...) Mas a cobertura dos riscos sociais não poderia ser deixada à ação errática e desigualitária da beneficência e tampouco submeter a pessoa que pretende o auxílio a provas deprimentes de sua necessidade, considerando-se necessitado apenas aquele que lograr demonstrar a carência mediante seus lamentáveis signos de miséria.<sup>4</sup>

Ante a cruel realidade e crescente insatisfação dos trabalhadores, além do medo do comunismo, obrigou os Estados a tomarem providências no sentido de melhorar a relação de trabalho e garantir um mínimo de proteção social para o trabalhador. Foi assim que surgiu o modelo de seguro social de Otto Von Bismarck. Segundo Vida Soria:

Com efeito o governo do chanceler alemão Von Bismarck anuncia no Parlamento quase que de surpresa, em 1883, a criação de alguns seguros sociais. Seu sentido político está marcado pela frase de seu correspondente discurso onde o chanceler disse: ‘Com essas medidas (...) vamos cortar a erva debaixo dos pés dos senhores social democratas’. Nesta trilha política, entre 1883 e 1889, se instauram na Alemanha, os principais eixos da proteção social prestacional: os seguros de saúde, de acidentes de trabalho e de invalidez e de velhice. Trata-se da aparição da primeira grande medida política e normativa de institucionalização do seguro social, que sobrevive até hoje, não obstante sua importância institucional tenha experimentado relevantes alterações. O sentido nada filantrópico da medida, seu sentido de contenção da desestabilização social é flagrante. O Seguro Social está dirigido aos obreiros industriais, inclusive, em princípio, somente àqueles de qualificação mais baixa, baseia-se em uma cotização parcialmente empresarial, em uma gestão pública ou parcialmente pública, não lucrativa, que dá lugar a Caixas independentes e, sobretudo, a inscrição no Seguro Social é obrigatória. Exatamente como se deu com a ‘Legislação Social Obreira’, no âmbito do trabalho por conta dos outros, a Legislação dos Seguros Sociais se evidencia como uma colossal medida defensiva e de reação conservadora frente ao perigo subversivo da ‘Questão Social’.<sup>5</sup>

No Brasil a Previdência Social teve início tardio e veio com a Lei Eloy Chaves de 24/01/1923, primeira lei a restabelecer um regime de proteção social estatal para os trabalhadores. Após começaram a surgir os Institutos de classe, destinados a proteção social de categorias profissionais específicas, tais como o IAPM (Instituto de Aposentadorias e Pensões de Marítimos), IAPC (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes), IAPB (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários), entre outros.

A Constituição Federal de 1967 inova ao unificar os antigos institutos de aposentadorias e pensões (IAP’s) estabelecendo um regime de previdência social único para todos os trabalhadores, ao criar o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), vinculado à União.

---

4 ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. **Curso de direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2014. v. 1. p. 41-42.

5 VIDA SORIA, José et al. **Manual de seguridade social**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 30.



A partir daí o Estado expande o Sistema Previdenciário em termos de cobertura e benefícios com a criação, no período de 1971 à 1975, do PRORURAL - programa de assistência ao trabalhador rural, gerenciado pelo FUNRURAL, salário maternidade, renda mensal vitalícia, acidente do trabalho para os rurícolas, e institui o MPAS - Ministério da Previdência e Assistência Social, PRONAM - Programa Nacional de Alimentação e Nutrição, PIASS - Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento do Nordeste, pecúlio ao aposentado que retornasse ao trabalho, e o SNS - Sistema Nacional de Saúde.

Em 1º de setembro de 1977, institui-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, através da Lei 6439, sob a orientação, coordenação e controle do ministério da Previdência e Assistência Social, composto pelo INPS, IAPAS, INAMPS, LBA, FUNABEM, DATAPREV e CEME. Integraram o SINPAS, as seguintes instituições e respectivas atribuições:

IAPAS: promover a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições e demais recursos destinados à Previdência e Assistência Social, realizar as aplicações patrimoniais e financeiras aprovadas pela direção do Fundo de Previdência e Assistência Social, distribuir às entidades do SINPAS os recursos que lhes fossem destinados em conformidade com o plano Plurianual de Custeio do SINPAS, acompanhar a execução orçamentária e o fluxo de caixa das demais entidades do SINPAS, promover a execução e fiscalização das obras e serviços objetos de programas e projetos aprovados pela entidade do SINPAS;

INPS: conceder e manter benefícios aos segurados e seus dependentes, na área urbana e rural, e aos dependentes dos servidores públicos federais, e prestar serviços de reabilitação profissional;

INAMPS: prestar assistência médica, abrangendo os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, e assistência complementar aos segurados da Previdência Social e seus dependentes;

LBA: prestar a assistência social à população carente, mediante programas de desenvolvimento social e de atendimento às pessoas, independente da vinculação destas a 36 outras entidades do SINPAS;

FUNABEM: executar a política do bem-estar do menor;

DATAPREV: análise de sistemas, programação e execução de serviços de tratamento da informação, processamento de dados através da computação eletrônica e desempenho de outras atividades correlatas de interesses da Previdência e Assistência Social,

que a critério do Ministério e sem prejuízo das atividades do SINPAS poderia prestar serviços a terceiros;

CEME: promover e organizar o fornecimento, a preços acessíveis ou a título gratuito, de medicamentos a quantos não puderem adquiri-los a preços comuns de mercado.

O SINPAS, conforme avaliação de Oliveira, “foi muito mais uma metamorfose institucional do que propriamente um novo passo na evolução do sistema previdenciário brasileiro”.<sup>6</sup> Assim, o SINPAS foi apenas uma reforma administrativa com o objetivo de reorganizar e racionalizar a Previdência Social, elevando os padrões de eficiência que vai aprofundar, na área de assistência médica, o modelo privatista que, tendo o Estado como financiador, via Previdência Social, não corrige as causas de deficiência do Sistema.

Com a promulgação da nova CF em 1988 houve uma grande evolução na proteção social pois houve a mudança de um sistema de Previdência Social para um sistema de Seguridade Social, pois além da previdência, passou-se a tutelar a assistência social e a saúde.

A inclusão do conceito de Seguridade Social dentro da Constituição teve como objetivo evitar que o indivíduo excluído do processo de produção fosse duplamente excluído, uma vez que no Sistema de Seguro Social somente os contribuintes têm o direito de usufruir de seus benefícios. Como afirma Cohn:

Apesar da concepção de seguridade social instituída pela nova lei, a implementação política de seus três componentes acaba por ocorrer de forma paralela, traduzindo-se, na prática, em três políticas setoriais independentes umas das outras. A única articulação entre elas é uma dinâmica de jogo soma zero, relacionada às disponibilidades orçamentárias do momento. Ilustra bem este fenômeno o fato de que desde meados de 1993 tenham sido interrompidos os repasses de recursos da seguridade social para a saúde.<sup>7</sup>

As mudanças introduzidas no campo de Seguridade Social implicaram a reestruturação do sistema previdenciário brasileiro, avançando no aspecto conceitual de seguridade, democracia e universalidade de atendimento e ampliação de cobertura social, embora o sistema se tenha afirmado como seguro social, quando estipula critérios para ingresso e participação semelhante ao seguro comercial privado.

A Lei nº 8.029 de 12/04/90 autoriza o Poder Executivo a criar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de

6 OLIVEIRA, V. R. Política de Assistência no Brasil. **Serviço social e sociedade**. São Paulo: Cortez, 1989. n. 31, dez. p. 58.

7 COHN, Amélia. A Reforma da Previdência Social: virando a página da história?. **Revista São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação SEADE, v. 9, n. 4, p. 54-59, out./dez. 1995. p. 58.

Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, extingue-se o INAMPS, e a assistência médica passa para o Ministério da Saúde, que passa a controlar o Sistema Único de Saúde – SUS, que passaria a prestar assistência médica a todos independentemente de ser ou não segurado da previdência social.

A Lei 8.742/93 denominada Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS institui a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e cria o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e o benefício de prestação continuada (BPC), financiado com o orçamento da União, não da Previdência Social.

Ocorre que, apesar de tal benefício possuir base de financiamento distinta da dos demais benefícios da Previdência Social, sua operacionalização, concessão e manutenção, passa a ser realizada pelo INSS, nas agências da Previdência Social, instituto criado para administrar o seguro social, onde prevalece a cultura do seguro, há necessidade de contribuição para se ter direito aos benefícios, fato que pode causar alguma confusão no tocante à fonte de custeio do benefício de prestação continuada da LOAS, bem como passar a impressão de que o pagamento deste trata-se de um favor estatal, não um direito do miserável. Na opinião de Fernando Henrique Custódio:

Tem-se três direitos fundamentais sociais protegidos por um sistema jurídico único (seguridade social), altamente protetivo e universalizante, o que somente reforça a necessidade de utilização de expressões que não se confundam ou absorvam cada um desses direitos.<sup>8</sup>

Nestes termos, nos interessa o estudo dos benefícios previdenciários por incapacidade, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, atual aposentadoria por incapacidade permanente, assim, nos concentraremos apenas no estudo dos direitos fundamentais relativos à Previdência Social.

## 1.2 DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS)

---

8CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia. **Uma nova análise sobre os benefícios por incapacidade:** ênfase na sua efetividade como direito humano fundamental e social. 2016. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04082016-113314/pt-br.php>>. Acesso em: 14 maio 2019. p. 153.

A Previdência Social encontra-se disciplinada no art. 201<sup>o</sup> da CF e tem como principal característica tratar-se de um regime geral e possuir caráter contributivo e de filiação obrigatória. O RGPS está regulado pelo Plano de Custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91) e pelo Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91), ambas regulamentadas pelo Decreto 3.048/99, Regulamento da Previdência Social.

O RGPS tem como principais características o caráter contributivo, uma vez que a cobertura previdenciária somente será prestada àquele que verter contribuições para o custeio do sistema; a filiação obrigatória, já que todos que exercem atividade remunerada devem contribuir para o custeio do sistema; além disso os critérios de organização do RGPS, devem respeitar o equilíbrio financeiro e atuarial, pois as contribuições previdenciárias constituem um fundo destinado ao financiamento das prestações previdenciárias, que não pode ser deficitário sob pena de comprometer manutenção do sistema.

Como regime geral, ele será implantado por um ente federal, com poder sobre todo o território nacional e beneficiará todos os brasileiros, que não sejam acobertados por um regime próprio de Previdência Social, tais como os regimes próprios da União, dos Estados e Municípios. Desta forma, respeitando o Princípio da Universalidade, o regime geral da Previdência Social deverá abranger a todos os brasileiros que não estejam filiados a regimes próprios de previdência, sem distinção de categorias profissionais, sociais, políticas ou quaisquer outras, abrangendo a totalidade dos brasileiros e até mesmo dos estrangeiros que aqui residem.

Além do princípio da universalidade, o RGPS rege-se por outras diretrizes conforme estabelecido pelo art. 201 da CF, são elas:

A proibição de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias dentro do próprio regime, assim os benefícios devem ser os mesmos para todos os segurados, vedadas quaisquer diferenciações. A única exceção consta do parágrafo 1<sup>o</sup> do art. 201 da CF, que trata das atividades exercidas sob condições especiais.

A renda mensal de qualquer benefício da previdência social que substitua o salário de contribuição ou rendimento do segurado não poderá ter valor inferior ao salário-mínimo.

Deve também ser garantida a correção de todos os salários de contribuição utilizados para o cálculo da renda mensal inicial do benefício, desta forma, todos os salários

---

9Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

de contribuição do segurado utilizados para o cálculo de seu benefício serão corrigidos monetariamente até a data do cálculo.

Outra diretriz fundamental do RGPS é a preservação do valor real do benefício, já que em razão de substituir a renda do segurado, o poder de compra mensal do benefício deve ser preservado, dessa forma é garantido o reajuste anula da renda mensal do benefício. Ocorre que o STF entendeu que a irredutibilidade do benefício deve ser apenas nominal e não real, o que vem causando a reduzindo o real poder aquisitivo do beneficiário.

É garantido também o pagamento de gratificação natalina aos aposentados e pensionistas do RGPS, que terá por base os proventos do mês dezembro, conforme o art. 201, parágrafo 6. No RGPS resta garantida a contagem recíproca de tempo de contribuição vertida em outro regime previdenciário para fins de aposentadoria, sendo que os diversos regimes se compensarão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos na Lei 9.796/99.

Todos os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, devem ser incorporados ao seu salário para efeitos previdenciários, conforme estabelece o parágrafo 11, do art. 201, da CF. tal incorporação é de vital importância para o segurado como uma medida para garantir uma renda mensal maior para seus benefícios previdenciários, além de constituir uma maior fonte de custeio.

### 1.2.1 Da Filiação Obrigatória

A filiação ao RGPS é obrigatória, trata-se de um regime de filiação obrigatória, ou seja, basta o exercício de qualquer trabalho remunerado para que automaticamente o indivíduo esteja filiado ao regime de previdência social. Inicialmente é necessário estabelecer o que é filiação, segundo o sítio do INSS filiação é:

o vínculo jurídico que se estabelece entre a Previdência Social e as pessoas que fazem contribuições a ela, podendo se dar de forma obrigatória ou facultativa. Uma vez criado este vínculo jurídico, os cidadãos passam a ter direitos (em forma de benefícios e serviços) e obrigações (pagamentos).<sup>10</sup>

A ideia que inspira o princípio da filiação obrigatória é o princípio da solidariedade, pois obriga a disposição de recursos de uns em favor de outros, aqueles que estão contribuindo atualmente o fazem para custear os benefícios daqueles que já se

---

10 BRASIL. INSS. **Tipos de filiação**. 2019. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/tipos-de-filiacao/>>. Acesso em: 14 maio 2019.

encontram em inatividade, criando o processo de solidariedade entre as gerações. Para Martinez “o seguro social é obrigatório, porque se não for, não será seguro social”<sup>11</sup>.

O ato de filiação para os segurados obrigatórios ocorrerá de forma automática a partir do exercício de atividade remunerada. Para os segurados facultativos, a partir da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição sem atraso. Segundo Celso Barroso Leite: “pelo menos em princípio e em teoria, a Previdência Social brasileira, abrange hoje, em caráter obrigatório, quem quer que exerça atividade remunerada no território nacional, amparando também os respectivos dependentes”.<sup>12</sup>

Verificamos, portanto, que basta o exercício de atividade remunerada para que haja a filiação à Previdência Social, ela é automática, e seja obrigatório verter contribuições a esta. Além disso, desde a filiação adquire-se a condição de segurado junto ao RGPS, segundo José Maércio Pereira:

A filiação torna-se obrigatória, no aspecto filosófico, porque sua cobertura à população (princípio da universalidade da cobertura) deve ser a mais ampla possível, procurando restringir ao máximo a exclusão de qualquer cidadão bem como o seu desamparo, de forma a preservar-lhe a dignidade, quando esse meio de manutenção se fizer indispensável. No aspecto técnico, a filiação obrigatória funda-se no princípio de que todos a ela se obrigam, uma vez inseridos na hipótese de incidência da contribuição previdenciária, que é o exercício do trabalho remunerado (...). É de todo importante ressaltar que a filiação ocorre de forma automática para o segurado, quando se trata de empregados, visto que incumbe aos seus empregadores os seus competentes registros e as providências relacionadas ao desconto da contribuição previdenciária (...). Para as demais categorias de segurado, como decorrência de sua inserção na hipótese de incidência da contribuição que lhes dá a condição de contribuintes, torna-se necessária a realização da inscrição junto ao sistema, forma que a Previdência dispõe de reconhecer os contribuintes a ela vinculados.<sup>13</sup>

Dessa forma, são segurados da Previdência Social na qualidade de empregado aqueles que prestam serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, o trabalhador temporário, o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; o trabalhador rural contratado por produtor rural pessoa física, para o exercício de atividades de natureza temporária por prazo não superior a dois meses dentro do período de um ano; o empregado doméstico, aquele que presta serviço de natureza contínua, mediante remuneração, a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividade sem fins lucrativos.

11 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1995. p. 99.

12LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed., São Paulo: Ltr, 1978. p. 61.

13PEREIRA, José Maércio. op. cit, p. 59.

O trabalhador avulso, aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra ou do sindicato da categoria, assim considerados: o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco; o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério; o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios); o amarrador de embarcação; o ensacador de café, cacau, sal e similares; o trabalhador na indústria de extração de sal; o carregador de bagagem em porto; o prático de barra em porto; o guindasteiro; e o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos.

Na qualidade de contribuinte individual, são segurados toda pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou atividade de extração mineral ou garimpo, em caráter permanente ou temporário, o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada; o titular de firma individual urbana ou rural; o diretor não empregado e o membro de conselho de administração na sociedade anônima; todos os sócios, nas sociedades em nome coletivo e de capital e indústria; o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho e o administrador não empregado na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, urbana ou rural; o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração; quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; o cooperado de cooperativa de produção que, nesta condição, presta serviço à sociedade cooperativa mediante remuneração ajustada ao trabalho executado; o Micro Empreendedor Individual - MEI que opte pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais.

Também é segurado da previdência social o segurado especial, toda pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: produtor, que explore atividade agropecuária ou de seringueiro ou extrativista vegetal na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis, e faça dessas atividades o principal meio de vida; o pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida cônjuge ou companheiro, bem como filho

maior de dezesseis anos de idade ou a este equiparado, que, comprovadamente, tenham participação ativa nas atividades rurais ou pesqueiras artesanais, respectivamente, do grupo familiar.

Além disso, são considerados segurados facultativos todas as pessoas com mais de 16 anos, que não possuem renda própria, mas decidem contribuir para a Previdência Social.

Podemos citar como exemplo, donas de casa, síndicos de condomínio não-remunerados, desempregados, presidiários não-remunerados e estudantes bolsistas.

### 1.2.2 Do Caráter Contributivo e da Regra da Contrapartida

Cabe-nos analisar agora o caráter contributivo da Previdência Social, para tanto é importante citar o art. 195 da Constituição Federal, que dispõe sobre as formas de financiamento da Seguridade Social, na qual está inserida a Previdência Social, que será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais.

Uma das principais fontes de financiamento da Previdência Social decorre do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, a receita ou o faturamento, o lucro. Também o trabalhador e os demais segurados da previdência social contribuem para a manutenção do sistema.

A receita de concursos de prognósticos também sofre a incidência de contribuições sociais para o financiamento da previdência social, bem como a receita do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Verificamos que a base de financiamento é ampla e as contribuições sociais vertidas à Previdência Social, incidem sobre todo o território nacional, basta haver o exercício de atividade remunerada, no entanto, há hipóteses de incidência diversas do exercício de atividades remuneradas, tais como o lucro das empresas, receitas de concursos e prognósticos, que têm o condão de financiar a Seguridade Social como um todo, não apenas a Previdência Social.

É o exercício do trabalho remunerado que constitui o fator gerador das contribuições previdenciárias que financiam a Previdência Social. O trabalho constitui a base de financiamento do sistema previdenciário, este é o entendimento de Fides Angélica Ommati



“a Previdência Social nasceu vinculada à pessoa do trabalhador, como forma de proteção, principalmente para os riscos de invalidez e velhice”.<sup>14</sup> Ao trabalho é atribuído valor social, pois este constitui-se meio de sustento do indivíduo e de sua família, o seu exercício possibilita a formação de reserva públicas ou privadas, com a finalidade de sustentar o trabalhador no caso de ocorrência de alguma contingência que o impeça de continuar trabalhando, pois, o trabalho “enquanto valor foi recebido pela norma jurídica e, por isso mesmo, constituído como primado da ordem social e como condição para a realização da Justiça Social (...)”.<sup>15</sup>

Segundo Félix Pippi, há uma evolução do conceito de salário, esta deixa de ter uma concepção unitária para a concepção dualista, na qual a remuneração do trabalho passa a ser constituída de duas partes, uma individual, a outra social, e sua combinação assegurando a reconciliação da justiça comutativa e distributiva.<sup>16</sup> Na doutrina brasileira, Wladimir Novaes Martinez é adepto da teoria do salário social e define “contribuição previdenciária é a fração remuneratória devida ao trabalhador, socialmente diferida para momento ideal, escolhido pela lei, com vista na proteção”.<sup>17</sup>

Assim, o salário compõe-se de duas partes, uma destinada ao sustento do trabalhador e outra destinada a ser utilizada em um momento futuro, caso ocorra alguma contingência que o impeça de continuar trabalhando, contingência essa que será definida pela lei e visa a proteção social do trabalhador. Portanto, ao longo do período contributivo, o trabalhador está retendo parte de seu salário para ser utilizado no futuro, caso ocorra alguma contingência, assim, na impossibilidade de exercer suas atividades laborais, ele já terá garantida sua subsistência, não dependendo de aportes financeiros do Estado, até porque, nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Trata-se da regra da contrapartida ou da precedência da fonte de custeio, cuja finalidade é manter o equilíbrio financeiro do sistema, bem como possibilitar a organização e o planejamento do sistema, adequando a captação de recursos financeiros às contingências previamente definidas pelo legislador. Encontra-se prevista no parágrafo 5º, do art. 195, da Constituição Federal que estabelece: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social

---

14 OMMATI, Fides Angélica. **Manual elementar de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 11.

15 BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 10.

16 PIPPI, Félix. *La Notion de salaire social*. Paris: LGDJ, 1976.

17 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Contribuições previdenciárias: questões atuais**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 266.

poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Trata-se de um verdadeiro princípio da Previdência Social, segundo Wagner Balera “trata-se de, para utilizarmos um linguajar atual, um princípio virtual”.<sup>18</sup>

A regra da precedência da fonte de custeio tem o condão de impor limites ao legislador, impedindo que crie qualquer benefício da seguridade social sem antes definir qual será a fonte de custeio para sua manutenção. Segundo Daniel Pulino e Wagner Balera:

Desta forma, somente terão validade constitucional as majorações, extensões ou criações de prestações da Seguridade Social se houver previsão de criação ou majoração das fontes de custeio. Tal princípio envolve um bicondicional, vale dizer, funciona também no caminho inverso: a criação de fonte de custeio só será válida se houver a majoração, extensão ou criação de benefícios ou serviços. Há assim, indissociável contrapartida entre contribuições e prestações.<sup>19</sup>

É necessária a manutenção de um equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, de forma que só ocorra aumento de despesa no pagamento de benefícios previdenciários se houver um aumento de receita adequado para cobrir os gastos decorrentes da alteração legislativa, a fim de se manter saudável o regime previdenciário, evitando seu colapso. Desta forma, o princípio da contrapartida “não pode ser visto como um obstáculo à expansão do sistema, mas sim como uma exigência a sua respectiva manutenção”.<sup>20</sup>

Essa vinculação da receita para a existência do direito, foi desenvolvida na obra de Cass Sustein e Stephen Holmes, segundo os quais todos os direitos têm algum custo, tais como o direito aos benefícios previdenciários. Assim, partindo dessa premissa, e admitindo a escassez dos recursos públicos, tais autores redefinem o direito subjetivo, em cujo conceito passa a constar a existência de recursos financeiros suficientes para a satisfação dos direitos.<sup>21</sup>

Importante esclarecer que o direito aos benefícios previdenciários, nas hipóteses de ocorrência das contingências previstas previamente pelo legislador, encontra-se assegurado financeiramente, pois todos os benefícios previdenciários, especialmente os por incapacidade, possuem a prévia fonte de custeio, sendo que o trabalhador, segundo a teoria do salário social, o trabalhador reserva parte de sua remuneração mensal, para ser utilizada num momento

---

18 BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 122.

19 BALERA, Wagner; PULINO, Daniel. **Da irredutibilidade do valor dos benefícios**: previdência em dados. Rio de Janeiro: Dataprev. v. 11, p. 5-15, 1996. p. 13.

20 ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O Direito à seguridade social na Constituição de 1988 e o princípio da vedação do retrocesso**. 2011. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5725/1/Thais%20Maria%20Riedel%20de%20Resende%20Zuba.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2019.

21 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 1999.

futuro, quando ocorrer alguma contingência que o impeça de continuar exercendo sua atividade laboral.

Por essa razão, não há que se falar aqui de princípio da reserva do possível, pois todos os benefícios previdenciários possuem prévia fonte de custeio e além disso, o trabalhador recolhe mensalmente parte de seu salário com a finalidade de constituir uma renda caso venha a sofrer uma contingência que o impeça de continuar a exercer sua atividade laboral.

### 1.2.3 Da Carência

Período de carência é o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. Para o segurado especial, considera-se período de carência o tempo mínimo de efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, igual ao número de meses necessário à concessão do benefício requerido.

A exigência de carência se justifica em razão do regime ser contributivo, assim a exigência do recolhimento de um número mínimo de contribuições para que o segurado possa fazer jus ao benefício, tudo pensado em prol da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa perda somente serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação ao Regime Geral de Previdência Social, com, no mínimo, um terço do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência, que são: doze contribuições mensais, nos casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez; cento e oitenta contribuições mensais, nos casos de aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial, dez contribuições mensais, no caso de salário-maternidade, para as seguradas contribuinte individual, especial e facultativa.

No entanto, há situações excepcionais em que a cobertura previdenciária é devida independentemente do cumprimento de carência, são elas: pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família, auxílio-acidente de qualquer natureza, salário-maternidade, para as seguradas empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa; reabilitação profissional e auxílio-doença e aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, bem como nos casos de segurado que, após

filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças ou afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência e Assistência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

A isenção será para os casos em que o pedido de benefício se deu em função de um acidente de qualquer natureza, inclusive decorrente do trabalho, bem como nos casos em que o cidadão, segurado, após se tornar um filiado do INSS, for acometido de alguma das doenças ou afecções relacionadas pela Portaria Interministerial MPAS/MS 2.998/2001, que são: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, osteíte deformante, AIDS, contaminação por radiação e hepatopatia grave.

O período de carência é contado, para o segurado empregado e trabalhador avulso, da data de filiação ao Regime Geral de Previdência Social; e para o segurado empregado doméstico, contribuinte individual, e facultativo, inclusive o segurado especial, da data do efetivo recolhimento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para esse fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores.

#### 1.2.4 Das Contingências Protegidas pelo Regime Geral de Previdência Social

O direito humano fundamental à Previdência Social deve observar os princípios gerais norteadores da seguridade social como um todo, os quais encontram-se elencados no art. 194 da Constituição Federal, que a organiza com base na universalidade da cobertura e do atendimento, na uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, na irredutibilidade do valor dos benefícios, na equidade na forma de participação no custeio, na diversidade da base de financiamento, no caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Nossa Constituição prevê expressamente um rol generoso de direitos fundamentais sociais, além de mecanismo de efetividade e de proteção destes direitos, tendo

criado mecanismos de aplicabilidade imediata destes dispositivos e de vedação de reforma constitucional supressiva. Segundo Jorge Reis Novais:<sup>22</sup>

Com efeito quando uma Constituição consagra e reconhece inequivocadamente os direitos sociais como direitos fundamentais, elencando-os, de resto, de forma muito pormenorizada e desenvolvida, toda a discussão sobre a sua controversa natureza jusfundamental perde grande parte do sentido. Portanto, se, como acontece entre nós, o legislador constituinte, atendendo a respectiva fundamentalidade no quadro de um Estado social e democrático de Direito, intencionalmente acolhe os direitos sociais como direitos fundamentais, podemos discutir o alcance desse reconhecimento, podemos discutir o que significa ser um direito fundamental, mas deixa de fazer sentido consumir o essencial dos esforços dogmáticos a apurar se há ou não, e com que fundamentos, direitos constitucionais sociais(...)Assim, entre nós os direitos sociais, sendo direitos fundamentais constitucionais, gozam, portanto, a partida, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo o seu conteúdo, tal como só direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável 'mínimo social'. Da mesma forma, não se vê qual o préstimo do conceito dos direitos sociais derivados, os famosos direitos derivados a prestações, quando em paralelo, não há conhecimento que alguém entre nós tenha sustentado a existência de análoga distinção entre direitos originários de liberdade e direitos derivados a liberdade. Tal como, por último, não se percebe porque razão estariam os direitos sociais protegidos por um pretenso e nebuloso princípio constitucional da vedação do retrocesso social quando, em paralelo, ninguém sustenta a análoga existência de um princípio constitucional da proibição do retrocesso liberal.

O legislador não se encontra inteiramente livre para definir quais serão as contingências a serem protegidas, pois a Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), devidamente aprovada pelo Congresso Nacional em 19.09.2008, por meio do Decreto Legislativo 269 e devidamente ratificada pelo Poder Executivo em 15.06.2009, estabelece as contingências sócias mínimas a serem observadas pelos Estados membros aderentes, são eles: serviços médicos (arts. 7º a 12), auxílio-doença (arts. 13 a 18), prestações de desemprego (arts. 19 a 24), aposentadoria por velhice (arts. 25 a 30), prestações em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais (arts. 31 a 38), prestações de família (arts. 39 a 45), prestações de maternidade (arts. 46 a 52), aposentadoria por invalidez (arts. 53 a 58) e pensão por morte (arts. 59 a 64).

Ou seja, na ocorrência das contingências acima surge a obrigação de dar para o Estado, consistente na obrigação de fornecer uma prestação aos atingidos pela contingência, que consiste na obrigação de pagar mensalmente um benefício enquanto permanecer a incapacidade. Segundo Matia Persiani:

Os benefícios previdenciarios consistem no desempenho de uma atividade positiva de dar ou fazer e são determinados por lei, em relação a cada evento protegido

22 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 84-85.

individual. Os serviços podem ser econômicos, isto é, de indenização monetária ou saúde, geralmente incluindo assistência médico-cirúrgica, serviços ambulatoriais, internação em lar de idosos, administração de medicamentos e fornecimento de dispositivos protéticos. e descanso terapêutico.<sup>23</sup>

Importante salientar aqui que, seguindo a orientação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) acima, o estudo da Previdência Social deve partir da análise das contingências sociais escolhidas para receberem proteção estatal e não dos benefícios previstos em lei, pois são as contingências que se encontram previstas na CF e sobre estas recai a garantia da vedação do retrocesso social, sendo vedado ao constituinte derivado excluí-las qualquer uma delas do rol do art. 194. Além disso o legislador sempre poderá ampliar as hipóteses de contingências sociais delimitadas pelo constituinte, pois trata-se de um rol mínimo a ensejar a proteção do Estado, o qual pode ser ampliado em conformidade com as necessidades sociais.

Para regulamentar quais seriam as contingências sociais escolhidas pelo Regime da Previdência Social, o art. 201, da CF, definiu as contingências a serem cobertas pela Previdência Social como os eventos de doença, incapacidade permanente ou temporária, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependente..

---

23 PERSIANI, Mattia. **Diritto della previdenza sociale**: manuali di scienze giuridiche. Pádova: Cedam, 2002. p. 96. “Le prestazioni previdenziali consistono nello svolgimento di un attività positiva di dare o di fare e sono determinate dalla legge, in relazione ad ogni singolo evento protetto. Le prestazioni possono essere economiche, cioè costituite da una indennità in denaro, oppure sanitarie, comprendeti de solito l'assistenza medico-chirurgica, le prestazioni ambulatoriali, il ricovero in casa di cura, la somministrazioni de medicinali, e la fornitura di apparecchi di protesi e di preside teraputici”.

## 2. A SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

### 2.1 SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.<sup>24</sup>

Está totalmente ligada aos objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 3, da Constituição Federal (CF), construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Segundo Eduardo Telles de Lima Rala:

A seguridade social possui uma parcela de sua evolução histórica notadamente com o surgimento dos direitos sociais. Estes são, desde o ponto de vista histórico a necessidade de proteção ao indivíduo que, submetido ao domínio econômico, viu-se desamparado em relação a sua saúde, a sua família, a seu bem-estar e a sua invalidez ou morte<sup>25</sup>.

Assim, a Seguridade Social exerce papel fundamental na redução das desigualdades sociais e regionais, agindo como distribuidora de renda aos necessitados, tendo função primordial na promoção do bem-estar da população carente, dado o seu caráter solidário.

---

<sup>24</sup>Art. 194, CF.

<sup>25</sup> RALA, Eduardo Telles de Lima. A EFETIVIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, n. 22, p.27-40, jan/dez. 2013. Semestral. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/217/323>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Importante destacar que a Seguridade Social, insere-se entre os direitos sociais, os quais constituem-se direitos fundamentais, conforme estabelece a CF.

É importante esclarecer aqui que por direitos sociais devemos entender os direitos fundamentais de segunda geração, surgidos entre os séculos XIX e o início do século XX, oriundos principalmente da Revolução Industrial inglesa, que fez surgir o proletariado, grande massa de explorados. Dessa forma, os direitos sociais nasceram dos movimentos de reivindicação da classe operária, visando melhorar sua condição de trabalho e de vida.

No Brasil, esses direitos chegam junto com os imigrantes europeus que passam a lutar por melhores condições de trabalho. Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti:

O começo de nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente nos princípios garantidores das liberdades das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença e à velhice, etc.<sup>26</sup>

Importante aqui definir o significado de Direitos Sociais para tanto usaremos a definição proposta por José Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>27</sup>

Analisando a definição proposta por José Afonso da Silva notamos que os direitos humanos de segunda geração complementam os de primeira, pois criam condições que as classes sociais desfavorecidas também possam usufruir dos direitos de liberdade e igualdade, pois visam colocar a todos num mesmo patamar, buscando uma igualdade material.

Assim, a positivação dos direitos fundamentais sociais, tem o condão de efetivar a igualdade material, como assinala Vicente de Paulo Barreto:

Com a superação da ética liberal, o conceito de direitos fundamentais deixou de estar circunscrito ao *status negativus libertatis*, que vedava a interferência do Estado nas atividades da sociedade civil. A instituição dos direitos sociais supunha também a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende o terreno das exigências,

26 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202.

27 SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 289-290.



postulações e pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, recebe em troca prestações. É, portanto, o *status positivus* que permite ao Estado construir socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva. Deste modo, o Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências éticas a que o Estado deve necessariamente responder.<sup>28</sup>

Desta forma, verificando-se a necessidade do Estado em implantar um sistema de proteção ao trabalhador e aos menos favorecidos socialmente através da efetiva implementação dos direitos fundamentais sociais devidamente amparados pela CF. Cabe nos agora verificar quais são esses direitos sociais, para tanto amparamo-nos na classificação efetuada por Sérgio Pinto Martins, para quem:

Os direitos sociais são classificados em: a) relativos ao trabalhador; b) relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) relativos à educação e cultura; d) relativos à família, criança, adolescente e idoso; e) relativos ao meio ambiente.<sup>29</sup>

José Antônio Savaris também defende a inserção da seguridade social como um direito humano fundamental, já que a proteção por ele proporcionada encontra-se umbilicalmente ligada a dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

Portanto, o direito à Seguridade Social é direito fundamental social amparado pela CF, recepcionado em todo o sistema jurídico brasileiro, cuja autoaplicabilidade é ponto característico, tendo por base o disposto no art. 5º, § 1º, constituindo-se em direitos a prestações positivas do Estado com o intuito de reduzir a desigualdade social e proporcionar melhor qualidade de vida tanto ao trabalhador como aquele que se encontra excluído da sociedade.

A seguridade social brasileira na CF é resultado da transição o Estado Liberal para o Estado Providência, segundo Fabio Zambitte Ibrahim “[...] a intervenção estatal, na composição da seguridade social, é obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana<sup>31</sup>”.

---

28 BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128-130.

29 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008. p.64.

30 SAVARIS, José Antônio. **Curso de direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 56-58.

31 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 46.

## 2.2 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

O art. 6º da CF estabelece que 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, desta forma a Previdência Social foi alçada a condição de direito social, o que demonstra a sua importância como instrumento de distribuição de renda.

Também a Declaração Universal dos direitos Humanos, em seu artigo 22, estabelece que:

Todo ser humano como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, também tratam do direito à Seguridade Social como um direito fundamental: “Art. 9º – Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”.

A resolução sobre Seguridade Social da Conferência Internacional da OIT ratificou que “a seguridade social é um direito humano fundamental e um instrumento essencial para criar coesão social, contribuindo assim para garantir a paz social e a integração social(...)”.

Importante esclarecer aqui que a Constituição Federal de 1988 trata-se de uma carta eminentemente voltada para o social, realizadora, aos menos em tese, dos direitos sociais do cidadão, criando prestações, obrigações positivas para o Estado cumprir visando a realização da justiça social.

Uma definição de Previdência Social deve abordar necessariamente a necessidade da instituição de um sistema estatal que tenha a finalidade de proteger o trabalhador quando ocorrerem fatos geradores, contingências, que o impeçam de continuar a exercer normalmente sua atividade laboral, gerando sua incapacidade para o trabalho. Segundo Miguel Horvath Júnior:

O Direito Previdenciário é fruto da revolução industrial e do desenvolvimento da sociedade humana, principalmente em decorrência dos inúmeros acidentes de trabalho que dizimavam os trabalhadores. Este ramo do direito visa a cobertura dos riscos sociais tomada a expressão no seu sentido comum de acontecimento *incertus*

*na e incertus quando* que acarrete uma situação de impossibilidade de sustento próprio e da família. Santoro Passarelli afirma que a Previdência Social não pretende uma função indenizatória, mas uma função de alívio da necessidade social, fornecendo ao trabalhador não as prestações equivalentes àquelas que ele tinha antes do evento, mas somente as correspondentes a um mínimo vital. A necessidade vem avaliada objetivamente com respeito, dentro de certos limites, às retribuições e, portanto, ao teor da vida do trabalhador como necessidade socialmente relevante.<sup>32</sup>

De acordo com Fabio Zambitte Ibrahim “a intervenção estatal, na composição da seguridade social, é obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana”.<sup>33</sup>

Nota-se que há uma íntima relação entre a Previdência Social e o mínimo vital, “que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos e prestações”,<sup>34</sup> aos quais os direitos sociais estão vinculados, pois caso o mínimo existencial não seja garantido, a dignidade da pessoa humana estará comprometida, desta forma, o Estado tem o dever de satisfazer as contingências sociais que impeçam ou diminuam a capacidade do segurado de prover a própria subsistência e de sua família. Sua finalidade é beneficiar e proteger os hipossuficientes e trabalhadores que necessitam, para que o princípio da igualdade ou isonomia seja realmente respeitado.

Simone Barbisan Fortes conceitua a Previdência Social como:

Um grande sistema de seguro social gerido pelo Poder Público, destinado a dar cobertura, mediante contribuição (presumida ou efetiva), prioritariamente aos trabalhadores do setor privado, do campo e da cidade, mas também aos servidores públicos não cobertos por regime previdenciário diferenciado e aos cidadãos que não se enquadrem em nenhuma das hipóteses referidas, mas desejem filiar-se mediante contribuição.<sup>35</sup>

Segundo a definição acima podemos concluir que os elementos que diferenciam a Previdência Social dos demais ramos da Seguridade Social, Saúde e Assistência Social, refere-se à necessidade de contribuição para estar inserido no sistema protetivo, o que evidencia o caráter contributivo do sistema previdenciário brasileiro. Cumpre esclarecer aqui que a filiação ao sistema é obrigatória e as contribuições são compulsórias, bastando que o trabalhador exerça atividades remuneradas para filiar-se e seja obrigado a verter contribuições à Previdência Social.

32 HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Lantin, 2012. p. 21.

33 *Ibid.*, p. 5.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

35 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46.

Fábio Zambitte Ibrahim conceitua risco ou contingência social como “todo o evento coberto pelo sistema protetivo, com intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração, como indenização por sequelas ou em razão de encargos familiares”.<sup>36</sup>

Portanto a Previdência Social não exerce uma cobertura geral e universal, como ocorre com a Saúde e Assistência Social, sua cobertura abrange um número limitado de pessoas, somente aqueles que contribuem poderão usufruir os benefícios previdenciários em caso da ocorrência de alguma contingência.

### 2.3 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO TRANSINDIVIDUAL (INTERESSES COLETIVOS *LATU SENSU*)

O direito social à Previdência Social vai além do interesse individual à aposentadoria ou ao recebimento de algum benefício quando ocorre uma contingência, trata-se também do interesse de todos os trabalhadores que vertem recursos à Previdência Social em ter garantida uma prestação por parte do Estado quando ocorrer alguma contingência que os impeça de prover o próprio sustento, e garantir dessa forma, um mínimo para a sua própria subsistência bem como a subsistência de sua família. Dessa forma, são interesses compartilhados por grupos, classes ou categoria de pessoas (no caso os trabalhadores que efetuam recolhimentos para a Previdência Social). São interesses que excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público.<sup>37</sup>

Segundo Sebastião Sérgio da Silveira:

Nesse sentido, em primeiro lugar, merece ser destacado que ao refundar a República do Brasil em 1988, os Constituintes elencaram a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da democracia a ser instalada (CR, art. 1º). Arrolaram como objetivos fundamentais da nova República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CR, art. 3º). Tais compromissos constitucionais estão a exigir a criação de condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva<sup>38</sup>.

36 IBRAHIM, Fábio Zambitte, *op. cit.*, p. 23.

37 CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista de Diritto Processuale**, 30, 1975. p. 367.

38 SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS NO SUS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DESSA GARAN-

A relação de natureza previdenciária se estabelece entre o segurado e a seguradora social, no caso o INSS, na qual o segurado, em razão do exercício de atividade laboral, efetua recolhimentos, contribuições para a seguradora social, os quais têm o condão de protegê-lo caso ocorra uma contingência que o impeça de prover sua própria subsistência ou a de sua família, aqui reside o princípio da solidariedade, pois como bem observa Vidal Neto:

A solidariedade social está nas raízes da Seguridade Social, impelindo todas as pessoas a conjugarem esforços para fazer face às contingências sociais, por motivos altruístas ou não, desde que os males que afligem cada indivíduo podem vir a ser sofridos pelos demais e, de qualquer modo atingem toda a comunidade.<sup>39</sup>

Portanto, trata-se de uma relação jurídica base estabelecida entre os segurados, trabalhadores que recolhem para a Previdência Social e Seguradora Social, INSS.

Tais direitos pertencem, portanto a um grupo, categoria ou classe de pessoas (segurados) indetermináveis, mas que podem ser determinados. Além disso, sob o aspecto objetivo, por serem metaindividuais, são indivisíveis.<sup>40</sup>

Visam antes de tudo atingir a igualdade material pois exige do Estado sua efetiva atuação para alcançar uma efetiva igualdade entre os seres humanos, não busca somente a igualdade formal (igualdade perante a lei).

---

TIA. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. XIV, n.18, p.206-214, 01 dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/53/64>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

39 VIDAL NETO, Pedro. **Natureza jurídica da seguridade social**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1993. p.85.

40 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 489-490.

### 3 DOS PRINCÍPIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os princípios da Previdência Social encontram-se elencados no art. 194 da CF e são eles universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Como todo princípio do direito conceitua-se como “proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.<sup>41</sup>

Diante da força normativa dos princípios constitucionais, em conformidade com a posição defendida por Robert Alexy, estes devem ser entendidos como “mandados de otimização”,

Que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>42</sup>

Tais princípios trazem, portanto, mandamentos que devem ser observados pelos destinatários dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes e observadas quando seu conteúdo for cumprido.

Segundo Humberto Ávila princípios são:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.<sup>43</sup>

Princípios são normas que determinam condutas, obrigam providências legislativas, administrativas, ou jurisdicionais, que promovam um fim, que levem à construção de uma realidade que só será alcançada se determinados comportamentos forem

<sup>41</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 191-192.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70.

adotados. Não podemos confundir princípios com valores, apesar destes enunciarem valores, deles se distinguem pelo fato de serem normas que determinam condutas no sentido de que seja implementada uma realidade na qual o valor enunciado esteja presente. Conforme define Pereira Filho:

Os princípios não descrevem condutas, mas criam a obrigação de que sejam praticadas condutas que promovam um estado de coisas, e para a sua aplicação carecem de que seja demonstrada, por meio de fundamentação que a explicita, a relação entre a conduta adotada e o fim pretendido, não se olvidando de realizar a ponderação com outros princípios eventualmente imbricados, ou seja, outras normas em estado de tensão dialógica com a que se busca aplicar, de modo que a aplicação de um não resulte na ineficácia de outro, em homenagem ao postulado da razoabilidade.<sup>44</sup>

Levando em consideração o critério de abrangência, os princípios da Previdência Social, como sendo “Princípios Setoriais ou Especiais, que são aqueles que presidem um conjunto específico de normas relacionadas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente mas seu âmbito de aplicação são supremos”.<sup>45</sup>

Tais princípios são supremos no tocante ao tema ao qual se referem, assim devem ser aplicados a toda forma de previdência, seja ela pública ou privada, geral ou própria e até mesmo à previdência complementar, como já reconheceu o STF na ADIN n. 240-6/RJ, de relatoria do Min. Octávio Gallotti.

### 3.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

O Princípio da Universalidade, também chamado de princípio da abrangência ou da compreensividade, constitui-se o mais importante dos princípios da previdência social, pois constitui-se sua verdadeira razão de existir, pois estabelece que a proteção social prestada pela previdência, seja o mais abrangente possível e proteja do maior número possível de contingências.

Além disso, esse princípio tem o condão de realizar os objetivos fundamentais do Brasil, conforme previsto no art. 3º da CF, pois ao determinar a proteção de todos contra todas as mazelas sociais, visa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como buscar reduzir as

---

<sup>44</sup> PEREIRA FILHO, Luiz Clemente. **Princípios constitucionais da seguridade social**. 2006. 204 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC SP, São Paulo, 2006. p. 67. Disponível em: <[https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7210/1/luiz\\_clemente.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7210/1/luiz_clemente.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2019.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 150-151

desigualdades sociais e regionais. A universalidade promove a justiça social ao criar para o Estado a obrigação de buscar garantir ao maior número de pessoas as condições mínimas de sobrevivência digna e de manutenção de renda em decorrência da ocorrência de alguma contingência que a impeça de prover seu próprio sustento.

Interessante citarmos o estudo elaborado por Álvaro Sólón de França que demonstra a importância da previdência social na arrecadação de municípios brasileiros, demonstrando como o princípio da universalidade auxilia na redução das desigualdades sociais e na redução da pobreza:

Em meio a esse complexo universo verificamos uma particularidade da qual poucos têm conhecimento: em 4.644 municípios brasileiros (83,5%), o pagamento de benefícios previdenciários supera a arrecadação previdenciária desse municípios, o que induz à evidente conclusão de que a capacidade distributiva da Previdência Social se verifica de forma ainda mais acentuada, reduzindo nossas profundas desigualdades regionais[...] Dados sobre a participação do pagamento total com benefícios, em 2003, por Estado, mostram que o pagamento de benefícios previdenciários em relação ao PIB corresponde a cerca de 17, 17% no Piauí; 15,16% no Maranhão; 13,66% na Paraíba; 12,66% no Ceará; 11,45% em Alagoas; 11,23% no Rio Grande do Norte; 10,51% em Pernambuco; 9,44% na Bahia; 8,12% em Minas Gerais; 8,11% em Tocantins; 7,98% no Acre; 7,69% em Sergipe; 7,63% no Rio Grande do Sul; 7,25% no Rio de Janeiro; 7,00% em Santa Catarina; e 6,46% em São Paulo. Esses números demonstram de forma inequívoca a importância do pagamento de benefícios previdenciários na economia dos Estados da Federação.<sup>46</sup>

Divide-se em dois aspectos, em princípio da universalidade subjetiva e princípio da universalidade objetiva. Na universalidade subjetiva, deve-se diferenciar a previdência social da seguridade social, pois na primeira a proteção é reservada àqueles que contribuem para a previdência social, ao passo que a seguridade social estende-se a todos que residem no território nacional, contribuam ou não com a previdência social, assim, a universalidade garante proteção social a todos, contribuintes ou não da previdência social.

Já o aspecto objetivo do princípio da universalidade revela-se que a seguridade social protege tanto os riscos previamente determinados pelo legislador, como ocorre na previdência social, como também, as contingências não previstas e, ainda, as necessidades coletivas.

O princípio da universalidade visa atingir o maior número de pessoas possível (aspecto subjetivo) submetidas ao maior número de contingências possível (aspecto objetivo). Segundo Ricardo Moles “a universalidade tem seu fundamento na definição jurídica da Seguridade Social, considerada como um direito dos trabalhadores ou dos cidadãos, direito

---

46 FRANÇA, Álvaro Sólón de. **Previdência social e a economia dos municípios**. 5. ed. Brasília: ANFIP, 2004. p. 13-17.



fixado em alguns países na própria Constituição”,<sup>47</sup> como ocorre no Brasil. Cabe lembrar que quanto maior o número de pessoas vinculadas ao sistema, maior será a dispersão dos riscos sociais, gerando uma maior higidez financeira ao sistema.

Encontra-se visceralmente ligado ao princípio da filiação obrigatória, pois se o regime fosse optativo, fatalmente poucas pessoas iriam a ele aderir, especialmente os trabalhadores de baixa renda que mais necessitam da cobertura social, fato que enfraqueceria a universalidade do sistema, já que não abrangeria a todos, somente àqueles que optassem por filiar-se, como afirma Feijó Coimbra “o texto constitucional assegura a universalidade do direito às prestações, significando que a relação jurídica de filiação agora se constitui a favor de todos os cidadãos”.<sup>48</sup>

Em homenagem ao princípio da universalidade a EC 47/2005 criou um sistema especial de inclusão previdenciária, ampliando a abrangência do RGPS para possibilitar que trabalhadores de baixa renda ou sem renda, tenham acesso a benefício de valor mínimo, através de um regime contributivo específico e privilegiado, onde foram reduzidos os valores das contribuições à previdência social.

### 3.2 PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE

Trata-se na verdade de desdobramento do princípio da isonomia previsto no art. 5º da CF, que determina que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Sua aplicação na previdência social determina uma mesma proteção para uma determinada contingência, segundo Nair Lemos, trata-se de igualdade na concessão de benefícios, que deve corresponder a uma taxa uniforme, “ao mínimo nacional que as exigências da vida imponham e as condições da economia permitam”.<sup>49</sup>

A origem do presente princípio decorre da desigualdade existente entre os trabalhadores urbanos e os rurais, sujeitos a regimes distintos antes da promulgação da CF. A proteção previdenciária dos trabalhadores rurais teve como marco inicial a Lei Complementar 11/71 – PRORURAL.

O Constituinte de 1988 determinou o fim dessa infundada discriminação, determinando que os benefícios e serviços devidos aos trabalhadores urbanos, também sejam estendidos aos rurais, tratando-os com uniformidade e equivalência. Marly Cardone entende

47 MOLES, Ricardo R. *Seguridade Social. Boletim do INPS da Argentina*. Buenos Aires, 1967. p. 17.

48 COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001. p. 46.

49 GONÇALVES, Nair Lemos. *Novo benefício da previdência social*. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 49.

que “uniformidade é igualdade quanto ao aspecto objetivo, isto é, no que se refere aos eventos cobertos. Equivalência é quanto ao valor pecuniário ou qualidade da prestação”.<sup>50</sup>

A ideia do constituinte foi além de defender um ideal igualitário, mas também de adequar o sistema às diferentes realidades em que vivem trabalhadores rurais e urbanos. Equivaler significa ser idêntico no peso, na força, no valor, mas não significa ser igual. As realidades desses trabalhadores são díspares, portanto, o tratamento dado a eles deve ser distinto, como fez o art. 195 da CF, que estabeleceu a contribuição do rurícola à previdência social, através da aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção, sendo-lhes garantidos os mesmos benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos.

Tal diferença de tratamento é justificada na explicação de Marcelo Tavares:

Permite que, apesar de poderem passar anos sem contribuir, se beneficiando das prestações previdenciárias. Isto porque, como a atividade rural para esses trabalhadores é basicamente de subsistência, quase nunca há venda do produto obtido e, mesmo, assim, eles se mantêm protegidos pelo sistema, a título de seguro (e não de assistência social).<sup>51</sup>

Desta forma, o segurado especial (art., 11, VII, da Lei 8.213/91) está em consonância com o princípio da uniformidade, uma vez que dá a possibilidade ao trabalhador rural que trabalha em regime de economia familiar de obter proteção social em caso de alguma contingência, dando o direito à benefício no valor de um salário-mínimo.

Tem consonância com o princípio da uniformidade a Súmula 272 do STJ permite ao segurado especial que se aposente por tempo de contribuição com benefício superior ao mínimo desde que recolha na qualidade de segurado facultativo.<sup>52</sup>

Mas a maior manifestação do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais se manifesta na redução de cinco anos da idade mínima para a aposentadoria dos trabalhadores rurais, pois reconhece a árdua realidade do trabalho no campo, desempenhado em condições onde há uma grande exposição ao tempo, sol, calor frio, que acabam por acelerar o envelhecimento desses trabalhadores, respeitando assim uma uniformidade em relação à contingência elencada, idade avançada.

### 3.3 PRINCÍPIO DA GESTÃO UNA, DEMOCRÁTICA E DESCENTRALIZADA

50 CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde:** o não trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 1990. p. 35.

51 TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 4.

52 Súmula 272, STJ: O trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas.

A Previdência Social tem como único gestor o Estado, mais precisamente a União, que possui competência privativa para legislar sobre seguridade social (art. 22, inc. XXIII, CF) e possui responsabilidade direta e exclusiva, ainda que utilize de outros entes públicos para administrar os benefícios previdenciários, como ocorre com o INSS. Assim, sendo o Estado uno e único, “a administração da Seguridade Social, forçosamente terá que ser unitária”.<sup>53</sup>

Embora o inciso XXIII, do Art. 22, da CF, estabeleça competência concorrente para Estados e Municípios legislarem sobre previdência, saúde, proteção e integração das pessoas com deficiência, e sobre a proteção da infância e juventude, é evidente que a União tem o papel de coordenar as políticas sobre tais temas, estabelecendo normas gerais, não impedindo que Estados e Municípios estabeleçam normas em conformidade com as peculiaridades locais. As normas gerais de competência da União têm o condão de promover a integração nacional e gerar unidade de sentido às ações de seguridade social.

Tal princípio está intimamente ligado aos princípios federativo, da universalidade e da solidariedade, principalmente no tocante à saúde que o art. 198 da CF determina que a prestação da saúde se dará através de um sistema único e descentralizado com participação de todas as esferas de governo e da comunidade.

O marco da integração do sistema previdenciário brasileiro deu-se com a Lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social, pois ela unificou a legislação previdenciária oriunda de todos os institutos até então existentes, além dessa lei, não podemos esquecer do Decreto 72/66, que criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e extinguiu todos os institutos de aposentadorias e pensão (IAPs) até então existentes.

Segundo ensina Luiz Cláudio Flores da Cunha “o princípio da unicidade é aquele que determina que a previdência Social será única, não comportando divisões, no interesse da manutenção de um sistema forte, capaz e solidário de Previdência Social”.<sup>54</sup>

A obrigatoriedade da inclusão de todos os segurados sob um único regime jurídico, tendo suas contribuições e seus benefícios administrados por um único ente, equaliza os riscos e amplia a base de financiamento. Disso resulta na isonomia entre todos aqueles que sofrem alguma contingência definida pela legislação previdenciária, já que receberão a mesma proteção ante o pagamento da mesma contribuição.

Augusto Venturi descreve as vantagens de um sistema de previdência social:

53 ASSIS, Armando Oliveira. **Fundamentos da seguridade social**, São Paulo: LTr, 1975. p. 39.

54 CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. **Princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 34.

La unificación jurídica, administrativa e financeira permite um mayor grado de racionalización, que se traduce em una considerable economia em el conste, ya sea em la recaudacion de las entradas, ya sea em la distribución de prestaciones em dinero, ya sea em la organización de los servicios que proporcionan las prestaciones em especie, ya sea la administración general. Permite una mas amplia compensación de riesgos, contribuyendo a hacer menos aleatorios los resultados del conjunto de la gestion y mas fáciles los cálculos de prevision. Possibilita que resulten poco probables las influencias sobre la gestion de particularismos de grupos singulares o de egoismos regionales. Desde el punto de vista de interes de los beneficiarios, ola unidad de gestion significa la existencia de una autoridad com la que tratar ante cualquier eventualidad, eliminando los múltiples pasos necesarios para encontrar la “ventanilla” competente em cada caso, sem ser remetido de Herodes a Pilatos; la aplicación de un unico procedimiento administrativo y una única jurisdicción de apelación; la eliminación de conflictos de competencia entre diferentes y agentes em base a principios diversos, la rapidez de decisión como consecuencia de la imposibilidad de discusiones sobre la responsabilidad y de los fins de non recevoir, le mayor facilidad de comprensión del funcionamiento del sistema, através de la desaparición de la complejidad e diversidad que desconciertan al hombre de la calle provocado, en él cierta hostilidad. Assi pues, uno puede sentirse autorizado para concluir que no se puede criar el sentimiento de seguridad em una población más que garantizando la intervención social através de un organismo único y aboliendo la disperción de instituciones, la diversidad de principios y de métodos y cualquier otro factor de disociación.<sup>55</sup>

O princípio da unicidade permite a compensação entre os diversos regimes de previdência social, ou seja, entre o regime geral e os regimes próprios dos estados membros, o que permite uma “maior abrangência de proteção, tendo em vista que determina que em nenhuma hipótese o exercente de atividade laborativa perca suas contribuições vertidas sob a égide de determinado regime, unificando assim a proteção”.<sup>56</sup>

Em consonância com o princípio da unidade de gestão, a EC 41/2003 acrescentou a regra prevista no parágrafo 20 do art. 40 da CF,<sup>57</sup> que determina a existência de um regime de previdência social para os servidores públicos titulares de cargos efetivos, sendo vedada também a criação de mais de uma unidade gestora o respectivo regime em cada ente estatal, incluídos aqui todos os poderes do Estado, executivo, legislativo e judiciário. Assim, é vedada a criação de mais de um regime previdenciário por estado membro.

Segundo Alfredo Ruprech:

em suma, considerando-se que, havendo unidade de diversos aspectos ou elementos que constituem a seguridade social, consigna-se uma melhor mais rápida, menos custosa e um resultado menos conflitante, poupando gastos, trâmites e suprimindo privilégios, pois as separações em diversos organismos, com princípios normas e

55 VENTURI, Augusto. **Los fundamentos científicos de la Seguridad Social**. Trad. Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Centro de publicaciones Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994. p. 288.

56 PREREIRA FILHO, Luiz Clemente, *op. cit.*, p. 162.

57 Art. 40, § 20, CF. É vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, abrangidos todos os poderes, órgãos e entidades autárquicas e fundacionais, que serão responsáveis pelo seu financiamento, observados os critérios, os parâmetros e a natureza jurídica definidos na lei complementar de que trata o § 22. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

benefícios diferentes, estabelecem uma verdadeira discriminação. (...) consideramos que a unidade confere maior eficácia com menos esforços – humanos e econômicos – ao mesmo tempo em que há também maior segurança na concessão dos benefícios e no seu recebimento pelo filiado.<sup>58</sup>

Concluindo, verificamos que o princípio da unicidade visa a concessão de uma proteção única, total e abrangente, todos os habitantes do território nacional, sendo o sistema protetivo constituído de partes autônomas mas interligadas entre si, formando uma rede de proteção no intuito de garantir o bem comum.

### 3.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O custeio da Previdência Social tem como princípio base a solidariedade, considerado pela doutrina como o mais importante princípio, por isso denominado fundamental, assim, sem solidariedade, impossível falar em previdência social. Importante aqui citarmos Léon Duguit, para quem o princípio da solidariedade é uma característica imanente ao ser humano:

Considerando que os grupos sociais sempre existiram e que os homens os integram sem perder a consciência de sua própria individualidade e dos laços de interdependência com os demais, indagamos: Que laços são esses? Eles são designados por uma expressão de largo uso, mas que ainda parece bastante adequada, não obstante o descrédito em que os políticos a lançaram. A solidariedade social é que constitui os liames que mantêm os homens unidos.<sup>59</sup>

Com base na solidariedade, deve haver contribuição de todos para que em momentos de necessidade decorrentes da ocorrência das contingências previstas em lei, o segurado possa ter seu sustento provido nos momentos em que ele está impossibilitado de fazê-lo. Trata-se de um sistema no qual toda a sociedade participa, visando o bem-estar de toda coletividade.

Encontra-se previsto no art. 3º da CF e exige um esforço integrado de toda sociedade e do poder público para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.<sup>60</sup> Segundo Lúcia Helena Brancaglione:

No Brasil, a Administração Pública tende a limitar a aplicação do princípio da solidariedade no campo da Seguridade Social à questão de custeio do sistema, com fundamento no princípio da reserva do possível e da estrita legalidade, restringindo, desse modo, a amplitude verdadeira que essa norma abrange, ou seja, toda a

58 RUPRECHT, Alfredo Julio. **Asignaciones familiares**. Buenos Aires: Zavalia, 1998. p. 81-82.

59 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi, 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006. p. 22.

60 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Seguridade Social, e, portanto, também, na entrega dos benefícios. Inegável que a questão política decide fortemente os rumos do Direito da Seguridade Social, uma vez que parte dos recursos vem do setor público e estes têm sido utilizados de forma muito crescente no país, em razão dos acidentes e do alto índice de enfermidades por não haver um programa de medicina preventiva, sem mencionar as irregularidades e os desvios sofridos nos órgãos competentes.<sup>61</sup>

A solidariedade é o fundamento da Previdência Social, já que esta trata de normas de proteção social, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretiza quando o segurado acometido de doença, incapacidade temporária ou permanente, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família.

Segundo Nair Lemos Gonçalves, “para que um sistema de seguridade social possa alcançar o equilíbrio econômico-financeiro indispensável à sua manutenção, é necessário que se observe o princípio da solidariedade entre as gerações”.<sup>62</sup>

Miguel Horvath esclarece com precisão o significado do pacto transgeracional contido na previdência social:

Solidariedade social significa a contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria. Precisamos eliminar a ideia de que os benefícios previdenciários só são concedidos a quem está em situação de impossibilidade de obtenção de recursos para sustento pessoas e de sua família, pois isso não corresponde à totalidade das situações. O sistema protetivo visa amparar necessidades sociais que acarretem a perda ou a diminuição de recursos, bem como situações que provoquem aumento de gastos. No momento da contribuição é a sociedade quem contribui, no momento da percepção da prestação, é o indivíduo quem usufrui. Daí vem o pacto de gerações ou princípio da solidariedade entre gerações. Os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem.<sup>63</sup>

É a proteção fornecida pela seguridade social que se garantem os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, o que conduz à justiça social.

Manuel Alonso Olea entende que os processos de redistribuição de renda promovidos pela seguridade social, tornam-se um poderoso e eficaz sistema de solidariedade social, classificando-o em três formas:

61 BRANCAGLIONE, Lúcia Helena. **A aplicação do princípio da solidariedade no direito do trabalho**. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC SP, São Paulo, 2011. p. 93. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5646/1/Luciana%20Helena%20Brancaaglione.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

62 GONÇALVES, Nair Lemos, *op. cit.*, p. 141.

63 HORVATH JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 85.

- a) redistribuindo os recursos de cada um, bem como os da sua família ao longo da vida, de forma que durante sua atividade consiga prover-se para o período de inatividade futura;
- b) redistribuindo recursos entre aqueles que os têm, em um período determinado, e os que não os têm, no mesmo período, ou seja, do empregado ao desempregado, do sano ao enfermo;
- c) redistribuindo só recursos aos indivíduos das gerações presentes para atender às necessidades de gerações passadas, esperando-se que os recursos das gerações futuras atendam, quando chegar o momento, às necessidades das gerações atuais.<sup>64</sup>

É um princípio endereçado não apenas ao Estado soberano, mas a toda sociedade, que deve contribuir para que a vida em sociedade seja viável. Engloba os ônus necessários à fruição dos bônus quando em situação de necessidade, de forma a necessitar do comprometimento de toda sociedade em favor de um sistema protetivo mínimo que tenha capacidade de proteger a todos que dele necessitem.

No entanto, trata-se de um sistema altamente custoso, daí ser necessária a participação obrigatória de todos os cidadãos e da necessidade de se dispor de uma base de custeio mais ampla possível, que se torna imprescindível para a própria existência do sistema e para sua manutenção.

Mas apesar da questão de recursos para o financiamento da previdência social, não devemos perder de vista que a solidariedade está implícita no comportamento de todos, pois cada um deve oferecer ao outro, condições para que possa exercer sua própria existência, de forma a garantir a pulverização dos riscos contra uma existência digna, nesse sentido vale citar Fábio Zambitte Ibrahim:

Sem dúvida, é o princípio securitário de maior importância, pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos, viabilizando a concessão de prestações previdenciárias em decorrência de eventos preestabelecidos. (...) A solidariedade é a justificativa elementar para a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois os trabalhadores são coagidos a contribuir em razão da cotização individual ser necessária para a manutenção de toda a rede protetiva, e não para a tutela do indivíduo, isoladamente considerado.<sup>65</sup>

Diante do acima exposto, podemos concluir que o princípio da solidariedade como pilar fundamental da previdência social impede a adoção de um regime de previdência com base na capitalização individual, sob pena de afronta a princípios constitucionais basilares que propõe justamente o contrário, a participação obrigatória de todos em prol da formação de um fundo unitário, transgeracional.

64 OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luis Tortuero. *Instituciones de seguridad social*. 14. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 37.

65 IBRAHIM, Fábio Zambitte, *op. cit.*, p. 65.

### 3.5 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

Trata-se da possibilidade de selecionar um determinado grupo de pessoas ou de contingências aptos a motivarem a proteção social. Se desdobra em duas fases, seleção das contingências e distribuição da proteção social, ou seja, não se limita somente à escolha das contingências, mas também à escolha dos indivíduos que receberão a proteção previdenciária. Segundo Daniel Machada da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

O princípio da seletividade consagra um critério distintivo para a escolha das prestações previdenciárias disponibilizadas (quais as contingências sociais que serão cobertas pelo sistema de proteção social em face de suas possibilidades financeiras), e também para a definição da clientela a ser atendida. Como exemplo de aplicação desse princípio, citem-se o salário-família e o auxílio-reclusão, que por força da Emenda Constitucional n. 20/98, são pagos apenas aos segurados considerados de baixa renda.<sup>66</sup>

Verifica-se que o princípio da seletividade não se restringe na fixação apenas do segurado a ser beneficiado, mas também seus dependentes, ou seja, o princípio da seletividade permite a seleção daqueles que mais necessitam da cobertura previdenciária.

A seletividade encontra-se implícita no princípio da universalidade, que determina a maior abrangência possível de atendimento e de cobertura, vale aqui citarmos as conclusões de Marisa Ferreira dos Santos:

As disposições constitucionais que impõem o respeito aos princípios da universalidade e da seletividade podem parecer num primeiro momento, contraditórias. Se a igualdade impõe a universalidade de cobertura e do atendimento, como é possível limitá-los pela seletividade? Os dois princípios não se excluem, complementam-se. Justamente para alcançar o bem-estar e justiça sociais o constituinte de 1988 elegeram-os como princípios. A universalidade impõe a cobertura de todas as situações de necessidades básicas e o atendimento de todas as fases protetivas. Mas sabe-se que, no terreno da seguridade social, o objetivo está concentrado em suprir as necessidades sociais relacionadas aos mínimos vitais que importam o conceito de bem-estar. (...) A seletividade e a distributividade desempenham com autorização constitucional, um papel redutor da universalidade. Ao selecionar e distribuir as prestações de seguridade, o legislador acode aos mais necessitados de determinada proteção, com o que lhe proporciona um mínimo de bem-estar e reduz a desigualdade que se lhes apresentava diante dos demais membros do corpo social. Ambos os princípios estão de acordo com a justiça distributiva, na concepção aristotélica, e com a fórmula de Perelman: a cada um segundo suas necessidades.<sup>67</sup>

66 ROCHA, Daniel Machada da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

67 SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações da seguridade social**. São Paulo: LTr, 2004. p. 181.



A seletividade surge como uma faculdade do legislador ou do operador do direito de avaliar quais são as contingências que necessitam de cobertura, a ele compete selecionar os riscos que merecem proteção. Além disso, podemos verificar que o princípio da seletividade deve ser lido também à luz do princípio do primado do trabalho e da livre iniciativa, pois o Estado somente deve intervir quando o indivíduo não consegue por si próprio solucionar seus problemas. O Estado não pode abolir a responsabilidade do indivíduo, só deve intervir em casos extremos, este é o entendimento de Gabriela Lanata Fuenzalida:

La Seguridad social no deb e conducir a la eliminación de la responsabilidad de cada miembro de la comunidad: no se trata que el Estado, paternalista e autoritario, asuma sobre si la total rpsponsabilidad frente a la adversidad aboliendo la responsabilidad que a cada individuo le corresponde, sino que sólo debe intervir cuando este no es capaz de solucinar sus problemas que por sí solo o com ayuda de su grupo familiar o de outros mecanismos de que pueda disponer.<sup>68</sup>

Necessário trazermos à baila o caráter da distributividade presente no princípio da seletividade, que se trata de uma prerrogativa dirigida ao legislador, para selecionar quais as contingências a serem protegidas e os destinatários dessa proteção, sempre levando em consideração que deve abarcar o maior número possível de necessitados e de contingências. De acordo com Marly Cardone:

O princípio da solidariedade informa exatamente que todos devem contribuir, na medida de sua possibilidade, e usufruir das prestações na medida de sua necessidade. Desta forma se pode atingir a segunda determinação do inciso ora examinado, isto é, a distributividade, que nada mais é do que distribuir renda. O fim da previdência ou segurança social é atender as necessidades oriundas da ocorrência das contingências humanas, mas sua função é distribuir renda. E a distribuição pode se fazer não outorgando prestações a quem não provar necessidade e, com isso, melhorar o nível das prestações dos que realmente necessitam.<sup>69</sup>

Seguindo o entendimento acima esposado, verifica-se que limitar a concessão de algum benefício em razão da renda, como ocorre com o auxílio-reclusão e o salário-família, está em perfeita harmonia com a distributividade, pois diante das limitações financeiras presentes no sistema previdenciário, deve-se prezar por garantir benefícios de valor mínimo para o máximo de pessoas que não possuam um padrão mínimo de renda.

Desta feita a seletividade fixa o rol das prestações que serão garantidas ao segurado. Trata-se portanto de um momento pré legislativo, no qual compete ao legislador buscar na realidade social e selecionar as contingências geradoras das necessidades que a previdência social deve cobrir, é a escolha progressiva do plano de proteção, no entanto, essa

68FUENZALIDA, Gabriela Lanata. **Manuel de legislación previsional**. Santiago: LexisNexis, 2001. p. 35.

69 CARDONE, Marly Antonieta, *op. cit.*, p. 31.

escolha não é livre, pois o constituinte já a fez, elegendo com riscos sociais a serem cobertos a morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez, conforme art. 201, da CF. Nesse sentido Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia entendem que:

a escolha de certos grupos como desdobramento da igualdade material (a distinção segundo as peculiaridades do grupo selecionado, para atender às suas diferenças) deve resultar de opção apenas da própria Constituição. Caso contrário teríamos a ameaça constante de que a própria norma infraconstitucional infirmasse o desejo constitucional da universalidade. Portanto, eventual conflito deverá, prioritariamente, ser resolvido em favor da universalidade, salvo opção constitucional pela seletividade.<sup>70</sup>

Desta forma, a escolha deve sempre recair sobre prestações que por sua natureza, tenham maior potencial para reduzir a desigualdade, concretizando dessa forma, a justiça social. E a distributividade tem a finalidade de se propiciar a escolha dos que mais necessitam de proteção.

### 3.6 IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Inicialmente devemos recordar que as prestações da previdência social se dividem em duas classes: benefícios e serviços, os primeiros consistem em prestações pecuniárias, os benefícios previdenciários, já os serviços consistem em prestações correspondentes a uma obrigação de fazer como é o caso da reabilitação profissional.

Tal princípio aplica-se somente às prestações pecuniárias, aos benefícios, que não podem ter seu valor inicial reduzido. Tal princípio surge como uma garantia ao segurado de que seu benefício sempre deverá suprir os mínimos necessários à sua sobrevivência com dignidade, impedindo que haja redução de seu valor. Importante trazermos à baila o entendimento de Ilídio das Neves, ao tratar do “Princípio da Actualização” previsto na legislação portuguesa:

A actualização do montante das prestações traduz o princípio do ajustamento periódico, que pode apresentar ou não uma certa regularidade, do seu valor nominal, a fim de evitar a degradação do seu poder de compra, ou seja, a redução efetiva do seu valor real. De facto, uma vez fixado no acto de distribuição das prestações, o respectivo montante permanece fixo, estabilizado, pode mesmo dizer-se verdadeiramente congelado, se não for objecto de modificação. De certo modo, intervém aqui a aplicação analógica do princípio civilístico da *restitutio in statu quo ante*. Por isso mesmo se fala em reposição do valor das prestações.<sup>71</sup>

70 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

71 NEVES, Ilídio das. **Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 538.

Apesar de tratar-se de uma proteção àquele cuja que depende dos benefícios previdenciários para subsistência, impedindo que sejam surpreendidos pela diminuição do valor de seus benefícios, a mera impossibilidade de redução do valor nominal do benefício não garante o poder de compra do mesmo, principalmente no Brasil, onde costumeiramente somos assolados por períodos de alta inflação que acabam por corroer o poder de compra dos benefícios previdenciários. Segundo lição de Fábio Lopes Vilela Berbel:

Quando da análise dos valores dos benefícios verificou-se que o quantum, na maioria das vezes, mantém relação com a situação sócio-econômica do contingenciado. O valor do benefício visa, como visto, a manutenção do status quo ante a ocorrência da contingência, pois esta não pode ser vista com um elemento ensejador de empobrecimento do obreiro. A situação financeira do contingenciado, portanto, deve ser semelhante à vivida por ele antes da ocorrência da contingência. Fato diverso tornaria a proteção social ineficaz, diante da alteração da condição mínima de dignidade.<sup>72</sup>

Segundo o entendimento acima esposado, a previdência social busca garantir a manutenção do poder aquisitivo decorrente da capacidade laborativa do segurado, tem o intuito de “tonar perene um mínimo existencial pré-existente, ou seja, considerando como ponto de partida a renda percebida pelo segurado quando em atividade”.<sup>73</sup> Tal entendimento difere do que é aplicado à assistência social, pois neste busca-se a garantia de um mínimo existencial, que afaste o indivíduo da miséria.

Concluimos assim, que o parágrafo 4º, do art. 201, da CF, que garante a manutenção do valor dos benefícios previdenciários, trata na verdade de seu valor real, de forma a manter seu poder aquisitivo. Ficando a cargo do legislador escolha do índice de correção a ser utilizado para tanto. Desta forma, a norma que não garante a manutenção do valor real do benefício de ser entendida com inconstitucional. Vale aqui citarmos novamente Fábio Lopes Vilela Berbel:

A norma jurídica que venha a estabelecer forma de atualização – índices - que não gera a manutenção real do valor do benefício deve ser declarada inconstitucional, pois, não obstante a aplicabilidade contida, o parágrafo 4º do art. 201 da Magna Carta tem eficácia. O legislador infraconstitucional não se encontra livre para determinar a forma de atualização das prestações, visto a manutenção do valor estar

72 BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria geral da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 243-244.

73 PEREIRA FILHO, Luiz Clemente, *op. cit.*, p. 150.

apregoadá ao adjetivo real. A irrealidade do ajustamento, mesmo que legal, deve ser repudiada, diante da inconstitucionalidade material.<sup>74</sup>

Ocorre que, segundo entendimento do STF, a regra da irredutibilidade restringe-se ao valor nominal do benefício, pouco importando o valor real do benefício, seu efetivo poder de compra, conforme julgado no MS 21.659-DF, de relatoria do Min. Eros Grau, em 28.09.2009.

Discordamos do entendimento do STF pois a manutenção do valor real do benefício, não apenas seu valor nominal, tem o condão de preservar o mínimo existencial específico para aquele segurado, ou seja, garantir a manutenção de suas condições de vida quando ainda estava em atividade, antes da ocorrência da contingência que o obrigou a afastar-se do trabalho. Hector Humeres Nogueira ensina que:

Del mismo modo, no se estima pertinente el otorgamiento de pensiones inferiores a un nivel considerado como mínimo, aun cuando al aplicar las reglas generales sobre cálculo, su resultado fuer efectivamente inferior, reiterando el principio de otorgar prestaciones sobre la base de cubrir los estados de necesidad. Manteniendo el lineamiento señalado, el reajuste em caso de aumento del costo de vida se estima absolutamente indispensable, ya que representa una garantía del valor real da prestaciones.<sup>75</sup>

Cumpra destacar a importância do princípio em estudo que a CF trouxe, no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma revisão geral para todos os benefícios previdenciários em manutenção, isto é, aqueles já concedidos até 05/10/1988, na tentativa de resgatar seu valor originário ante a inflação cavalgar que assolou o Brasil na década de 80. Assim, determinou que todos os benefícios concedidos até então, fossem recalculados, de forma que mantivessem o mesmo valor em salários-mínimos que possuíam na data da concessão, até a promulgação da Lei 8.213/91.

Fazendo uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, em especial do art. 58 do ADCT, verificamos que o intuito do constituinte foi o de o princípio da irredutibilidade dos benefícios fosse interpretado no sentido de garantir ao beneficiário a manutenção do valor real do benefício, não do valor nominal como entendeu o STF, pois a intenção foi a de preservar o valor de compra do poder aquisitivo do beneficiário, como forma de garantir o mínimo existencial, considerado o poder aquisitivo anterior à contingência sofrida.

<sup>74</sup> BERBEL, Fábio Lopes, *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>75</sup> NOGUER, Héctor Humeres. **Derecho del trabajo y de la seguridad social**. Tomo III. Derecho de la seguridad social, 17. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 34.

### 3.7 EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO

O conceito de equidade aqui não corresponde ao princípio tributário da capacidade contributiva, está relacionado com a ideia de justiça, mas não justiça no tocante à possibilidade de contribuir, mas à capacidade de gerar contingências que serão cobertas pela previdência social.

Além disso, trata-se de um comando que determina “ao Estado que retire da sociedade os recursos para financiamento da seguridade social da maneira mais justa possível, não descrevendo as condutas necessárias para tanto, permitindo, assim, ampla margem ao legislador”.<sup>76</sup> Segundo Lycia Braz Moreira:

Decorre desse princípio que somente os fatos da vida social que sejam indícios, diretos ou indiretos, de capacidade econômica podem ser elevados pela lei a pressuposto de nascimento da obrigação tributária. Outrossim, se é exato que somente uma situação que reflita alguma capacidade contributiva pode ser objeto de tributação, não é menos correto que a pessoa que nela se encontra não pode, em razão disso, ser tributada em um tal nível que a impeça de continuar a exercer atividade lícita, ou que lhe retire o indispensável a uma vida digna, ou que reduza seu padrão.<sup>77</sup>

Assim, o princípio em questão vai permitir que se tribute o contribuinte não somente de acordo com suas possibilidades financeiras, mas também em conformidade com suas peculiaridades ante o sistema previdenciário. Na opinião de Wagner Balera:

Congruente com a máxima geral da isonomia, a equidade se acha baseada, aqui, na capacidade econômica dos contribuintes no que se conforma, plenamente, com preceptivo expresso no art. 145, parágrafo 1º da Carta Magna. (...). O custeio, por conseguinte, deve conformar o esquema de contribuições ao critério supremo da isonomia entre os diferentes contribuintes. De certo modo, é outra forma de expressão do princípio tributário da capacidade contributiva, ainda que seja mais exigente que aquele, uma vez que também deve operar como redutor de desigualdades.<sup>78</sup>

Diante dessa relação com o princípio da capacidade contributiva, podemos aplicar às contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência social, o princípio da progressividade, de forma que os empregadores que explorem atividades que exponham seus

<sup>76</sup> PEREIRA FILHO, Luiz Clemente, *op. cit.*, p. 104-105.

<sup>77</sup> MOREIRA, Lycia Braz. **O princípio do mínimo existencial e sua eficácia na informação do conceito de renda**. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2004. p. 23.

<sup>78</sup> BALERA, Wagner, *op. cit.*, p. 89.

empregados a maiores riscos, sofram uma tributação mais elevada, como ocorre com o seguro de acidentes de trabalho (art. 22, II, da Lei 8.212/91).

Outro ponto importante refere-se à desoneração dos encargos com as contribuições sociais das empresas que possuam um maior número de empregados e desta forma, contribuem mais com a previdência social, a contrário senso, permite uma maior oneração daquelas empresas que apesar de auferirem lucros extraordinários, pouco contribuem com a previdência em razão da pequena utilização da mão-de-obra, com é o caso atualmente dos bancos, que em razão do aumento da tecnologia, cada vez necessitam menos de mão-de-obra.

Desta forma, a equidade na participação no custeio deve levar em consideração além da atividade exercida pelo sujeito passivo, também a sua capacidade econômico-financeira, sempre levando em conta o binômio, quanto maior a probabilidade da atividade exercida gerar contingências, maior deverá ser a contribuição.

### 3.8 DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO

Cumprе relembrar aqui que a responsabilidade pelo financiamento da seguridade social é de toda a coletividade, conforme estabelece o art. 195 da CF.

Este princípio decorre do princípio da solidariedade, que impõe a todos os segmentos sociais a contribuição na medida de suas possibilidades, aqui podemos incluir, o próprio Estado, trabalhadores, empregadores, aposentados, entre outros. Assim, compete inicialmente ao legislador que tente selecionar os mais variados fatos econômicos que presumam riqueza, com o objetivo de oportunizar a maior arrecadação possível para o sistema de seguridade social, além de impedir o esgotamento das fontes de custeio.

Segundo Wagner Balera, o princípio apresenta uma dimensão subjetiva, relacionada ao sujeito passivo das contribuições, e outra objetiva relacionada aos fatos indicadores de riqueza:

O esquema tradicionalmente adotado pelo direito brasileiro, e que, desde 1934, passou a ser definido constitucionalmente, baseou-se na chamada contribuição tríplice (dos trabalhadores, dos empregadores e da União). Quanto mais claramente se afirma a ideia de seguridade social como organismo protetor da coletividade, tanto mais ela carece de recursos financeiros e adicionais. O esquema da contribuição tríplice revelou-se insuficiente e, já de há muito, a seguridade social exigia novas fontes de recursos.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> *Id.*, p. 92.

Importante lembrar também da limitação ao poder de tributar, bem explicado por Luiz Cláudio Flores da Cunha:

Atendendo aos princípios da capacidade contributiva e da proporcionalidade (de ordem tributária), bem como ainda com observância ao princípio da solidariedade, a base de custeio não se concentrará em uma só fonte de tributos, sob pena de sobreonerar uma determinada classe social ou atividade econômica, sendo diversificada, com o que se atinge um maior número de pessoas capazes de contribuir, além de garantir uma constância maior de entradas.<sup>80</sup>

Os aportes ao orçamento da seguridade social são feitos através de várias e diversificadas fontes, como acima defendido, do orçamento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, das contribuições pagas pelo empregador, empresa ou entidade a ele equiparada, pelo próprio trabalhador, pelas contribuições incidentes sobre a receita de concurso e prognósticos, pelas contribuições pagas pelo importador de bens e serviços do exterior, além da competência residual para estabelecer novas contribuições.

Importante citarmos aqui a EC 41/2003 que instituiu nova fonte de custeio para a seguridade social, a contribuição dos inativos, a qual foi declarada constitucional pelo STF na ADIN 3.128/DF, de relatoria do Min. César Peluzo, no entanto, declarou a inconstitucionalidade da parte que estabelecia bases de cálculo diferenciadas entre os contribuintes dos regimes próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e entre estes e as contribuições do RGPS, com base em não haver razão para tratamento diferenciado entre contribuintes ligados a fatos geradores de mesma natureza, qual seja, o recebimento de remuneração decorrente do trabalho ou de proventos por inatividade.

---

80 CUNHA, Luiz Cláudio Flores da, *op. cit.*, p. 37-38.

## **4 DOS BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Inicialmente é importante esclarecer que os benefícios da Previdência Social visam garantir a segurança e estabilidade ao trabalhador, protegendo-o de contingências que possam vir a impedi-lo de desenvolver suas atividades laborais e buscar seu sustento.

Neste diapasão, os riscos sociais a serem tutelados pelo regime da Previdência Social, são a razão de ser dos benefícios previdenciários, sua materialidade, que define quais são as hipóteses fáticas que ensejam a concessão de benefícios. A materialidade dos benefícios previdenciários encontra-se disposta no art. 201, da CF que assim estabelece a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O Art. 201 da CF elencou quais são os fatos sociais a que deveriam definir a materialidade dos benefícios previdenciários, assim coube ao legislador infraconstitucional definir quais seriam os benefícios para dar cobertura aos fatos sociais definidos na Constituição. Assim, a Lei 8.213/91, em seu art. 18, estabeleceu quais seriam os benefícios necessários para cobrir o trabalhador dos fatos sociais previstos na CF.

Quanto ao segurado, forma instituídos os benefícios de: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente; quanto ao dependente: pensão por morte e auxílio-reclusão e quanto ao segurado e dependente: a reabilitação profissional. Estes são os benefícios da Previdência Social estabelecidos pelo legislador ordinário, atendendo ao comando constitucional, abrangendo todas as hipóteses previstas no art. 201 da Constituição Federal. Passemos agora ao estudo dos benefícios por incapacidade, objeto de nosso estudo.

### **4.1 DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE**

Definem-se benefícios por incapacidade, como o próprio nome sugere, aqueles concedidos aos segurados da Previdência Social que apresentam incapacidades, limitações ou restrições em exercer suas atividades laborativas ou habituais que lhe permitam manter sua própria subsistência. Propiciam cobertura ao fato social estabelecido no inciso I, do art. 201, da CF, ou seja, cobertura dos eventos de doença, incapacidade temporária ou permanente,



assim a contingência social a que visam resguardar é a incapacidade laboral decorrente da doença ou incapacidade.

Importante aqui definirmos o conceito de doença cujo conceito biomédico, estabelecido por Jenicek Cléroux, é definido como “desajuste ou falha nos mecanismos de adaptação do organismo ou ausência de reação aos estímulos a cuja ação está exposto [...], processo que conduz a uma perturbação da estrutura ou da função de um órgão, de um sistema ou de todo o organismo ou de suas funções vitais<sup>81</sup>”. Já lesão trata-se de uma alteração patológica de qualquer órgão ou tecido; alteração na estrutura ou na atividade funcional de um órgão ou tecido, determinada por doença ou traumatismo<sup>82</sup>. O que é importante aqui é que tanto a doença ou lesão devem gerar a incapacidade laboral para ensejar a concessão dos benefícios por incapacidade.

#### Segundo Almansa Pastor:

Na realidade, nosso sistema de seguridade social contempla dois tipos de contingências protegidas assim resumíveis: incapacidade laboral transitória e invalidez. Sem embargo, como será demonstrado, as diferenças entre ambas não são tão substanciais, senão meramente epidérmicas ou acidentais, mais como situações de necessidade de uma mesma contingência protegida do que contingências distintas (...) incapacidade pode ser definida como “contingência protegida, a incapacidade laboral constitui uma das causas primárias de necessidade social, consistente na incapacidade de ganhar por defeitos de ingressos devido à incapacidade patológica e superveniente de trabalhar”.<sup>83</sup>

Deve-se deixar claro que é o momento do surgimento da incapacidade laboral que define o direito a receber os benefícios por incapacidade, pois a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito a tais benefícios, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.<sup>84</sup> Assim, se a pessoa se filiar à Previdência Social já portadora de incapacidade laboral, não terá direito aos benefícios por incapacidade, no entanto, se ao filiar-se, possuir doença ou lesão que não a torne incapaz para o trabalho, vindo a tornar-se incapaz posteriormente, em virtude do agravamento ou progressão da doença, após seu ingresso ao regime, terá direito ao recebimento dos benefícios. É expressamente vedado o

81 HERZLICH, Cléroux. Saúde e doença no início do século XXI: entre a experiência privada e a esfera pública. *Physis. Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, 2004. p. 383-394.

82 Dicionário Médico. Disponível em: <<https://www.xn—dicionariomdico-0gb6k.com/les%C3%A3o.html>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

83 ALMANSA PASTOR, Jose Manuel. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed., Madrid: Tecnos, 1991. p. 401-404.

84 Lei 8.213/91, art. 42, parágrafo 2: a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

recebimento de benefício por incapacidade em decorrência de incapacidade laboral anteriormente ao seu ingresso na Previdência Social. Miguel Horvath Júnior esclarece que:

A vedação da cobertura previdenciária ao segurado que ingressa no sistema já incapacitado para o trabalho revela a Previdência Social como executora de técnicas de seguro social. O sistema previdenciário existe para dar cobertura ao segurado e dependentes quando da ocorrência de um dos riscos ou contingências sociais protegidas que os impeça de obter sua subsistência através de seu trabalho, desde que eles ocorram após o seu ingresso no sistema. Não podemos esquecer o caráter contributivo do sistema. A lei veda a proteção previdenciária ao segurado que ingressa no sistema já incapacitado, porém, lhe concede proteção nos casos de existência da doença ou lesão preexistente à filiação, desde que a incapacidade tenha sobrevindo por motivo de progressão ou agravamento dessa doença, como, v.g., no caso do segurado já hipertenso que se filiou à previdência social, mas que, no entanto, ainda estava apto para o trabalho. Isso porque a hipertensão é uma doença progressiva que, com o tempo, pode levar à incapacidade laboral.<sup>85</sup>

Todos os benefícios por incapacidade dependem da realização de perícia médica para apurar se o segurado possui alguma doença ou lesão, se a doença ou lesão o incapacita para o exercício de suas atividades habituais, se a doença ou lesão é provisória ou permanente, impossível de convalidação, e se a incapacidade gerada é total ou parcial. O resultado para essas questões é que vai definir qual será o benefício que o segurado terá direito a receber.

Foram criados portanto, três benefícios por incapacidade, o auxílio-doença, devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.; a aposentadoria por invalidez, devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição e o auxílio-acidente, que será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Além dos benefícios por incapacidade, a Previdência Social ainda fornece o serviço de reabilitação profissional e social, que deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Como dito acima todos esses benefícios têm em comum a necessidade de realização de perícia médica para apurar a existência da incapacidade e qual o seu grau, desta forma a perícia médica é utilizada pelo INSS, no âmbito administrativo, e na Justiça Federal,

<sup>85</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 264.

no âmbito Judicial, para apurar se o segurado realmente está incapacitado para o trabalho de acordo com a doença apresentada.

No âmbito administrativo, a perícia médica elaborada pelo INSS consiste em um procedimento médico realizado por um profissional da saúde habilitado do INSS, que irá certificar a existência de doença ou a ocorrência de algum acidente que tenha tornado o trabalhador incapacitado, total ou parcialmente, para o exercício da profissão de forma temporária ou definitiva. Importante lembrar que a perícia aqui é obrigatória e caso o segurado não compareça seu benefício será negado.

A perícia médica do INSS deve ocorrer quando for necessário verificar a possibilidade de ser concedido, prorrogado ou interrompido o pagamento de benefícios previdenciários. No caso da ocorrência de alguma contingência, como acidente, lesão ou doença, o segurado do INSS deve buscar atendimento médico, quando será elaborado um atestado determinando o afastamento do paciente de suas atividades laborais.

Informada desse fato, a empresa empregadora, no caso de segurado empregado, procederá ao agendamento da perícia no INSS para comprovar a incapacidade do empregado, que ocorrerá após 15 dias de afastamento. Caso trata-se de contribuinte individual ou facultativo, é o próprio segurado quem deverá agendar o pedido de seu benefício junto do INSS. É a partir desse procedimento que a pessoa passa a receber o auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

De acordo com Melo e Assunção, a função do perito médico do INSS implica a interpretação de um material impreciso e variável, tornando específica cada avaliação, cuja conclusão derivaria de um julgamento sobre os diversos elementos apresentados pelos segurados.<sup>86</sup> O segurado, quando comparecer à perícia médica, deve fornecer ao perito médico o maior número de dados objetivos que possam comprovar sua incapacidade laborativa e, assim, suscitar-lhe a convicção do direito ao benefício, na qual baseia sua interpretação do caso periciado.

Caso o benefício seja negado injustamente na esfera administrativa, o segurado poderá buscar a Justiça Federal para pleitear seu benefício:

Após o segurado requerer o processo judicial passará pela perícia judicial, realizado por um médico perito, que é indicado pelo Juiz competente, que poderá ser ou não especialista na área da enfermidade do segurado, pois cabe ao patrono do segurado solicitar que a perícia seja realizada com médico especialista, e cabe ao Juiz do

---

86 MELO, Maria da Penha Pereira de; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. A decisão pericial no âmbito da previdência social. **Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 105-127, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a07v13n2.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

processo conceder ou não, uma vez que já esclarecemos neste trabalho, que não há lei que reconheça que o médico perito deve ser especialista, mas se for do livre convencimento do Juiz poderá nomeá-lo. A perícia é agendada e publicada a data no processo, no qual o segurado será informado por seu patrono e comparecerá com data e hora marcada, com toda documentação pertinente.<sup>87</sup>

A perícia médica é responsável por auferir o grau de incapacidade que aflige o segurado, se total ou parcial, temporária ou permanente. Se a incapacidade for total, significa que o segurado terá prejudicada toda a sua aptidão para o trabalho, não tem condições de realizar nenhuma atividade laborativa. Já se parcial a incapacidade, ela não limita totalmente a aptidão do segurado para o trabalho, que pode continuar a exercer algumas atividades laborais, ainda que com maior ou menor grau de dificuldade.

O tocante ao grau de continuidade no tempo a incapacidade pode ser temporária ou permanente. Temporária é aquela que se manifesta por um determinado período de tempo, sendo que após tal período o segurado retorna normalmente ao exercício de suas atividades laborais, restando-se recuperado física e funcionalmente. Permanente é aquela incapacidade que não comporta recuperação, a doença ou lesão resta consolidada, impedindo que o segurado se recupere fisicamente e conseqüentemente retorne ao pleno exercício de suas atividades funcionais e aptidões profissionais. Segundo Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo:

A incapacidade permanente, por sua vez, deve ser entendida como aquela que não tem prognóstico de recuperação dentro de um prazo determinado, que não é possível prever, com precisão, sua recuperação. Nada impede, contudo, que, futuramente, o segurado, em razão da evolução da medicina ou de fatores outros, venha a recuperar a capacidade laborativa. Essa é a razão pela qual a lei fala que a aposentadoria por invalidez, será paga enquanto o segurado estiver incapaz para o trabalho, denunciando a característica da provisoriedade desse benefício.<sup>88</sup>

Analisadas essas questões iniciais acerca da perícia médica, passaremos à análise dos benefícios por incapacidade em espécie.

#### 4.1.1 Da Aposentadoria por Invalidez

---

87 BORGES, Juliana Moreira da Silva Faria Ramos. Da perícia médica no direito previdenciário, no âmbito administrativo e judicial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 19, n. 145, fev. 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16794](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16794)>. Acesso em: 11 junho 2019.

88 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 218.

Como determinado pelo art. 201 da Constituição, a previdência social atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente, por essa razão a Lei 8.213/91, arts. 42 a 47,<sup>89</sup> instituiu o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez para cobrir eventos que tornem o trabalhador total e permanentemente incapaz de exercer suas atividades laborais.

Importante frisar que a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que estiver incapacitado totalmente e permanentemente, ou seja, sem possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. A incapacidade deve impedir o segurado de realizar toda e qualquer atividade que lhe permita garantir a subsistência, não apenas a atividade profissional que ele exercia habitualmente. Além disso, a atividade citada no art. 42, da Lei 8.213/91, refere-se exclusivamente a atividade profissional, não diz respeito às atividades diárias necessárias à sobrevivência, como se alimentar, vestir, caminhar, etc.

Transcrevemos aqui a lição de Manuel Alonso Olea e José Luis Trotsuero Plaza:

Tomado em sua totalidade o risco a invalidez – considerado como “enfermidade prolongada”, ou como “velhice prematura”, e sempre dominado pela ideia de que seu traço definidor é a redução ou eliminação da possibilidade de obter rendas com o trabalho – tem múltiplas dificuldades de cobertura, entre outras razões, por sua variedade; o inválido é uma abstração, sob a qual existem o indivíduos inválidos, “todos diferentes, cada um com seus próprios problemas psicológicos e sociais, e com sua própria e peculiar invalidez”.<sup>90</sup>

Para a aferição da incapacidade devem ser sempre observadas as condições pessoais do segurado, as quais devem ser conjugadas com as conclusões do médico perito. A incapacidade laboral pode ocorrer apenas em relação à atividade exercida pelo segurado, mas

---

<sup>89</sup> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

<sup>90</sup> OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luis Trotsuero. **Instituciones de seguridad social**. 14. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 260-261: “Tomado en su totalidad el riesgo de invalidez - considerado como “enfermedad prolongada”, o como “vejez prematura”, y siempre dominado por la idea de que su rasgo definitorio es la reducción o eliminación de la posibilidad de obtener rentas con el trabajo - tiene múltiples dificultades de cobertura, entre otras razones, por su variedad; el inválido es una abstracción, bajo la cual existen los individuos inválidos, “todos diferentes, cada uno con sus propios problemas psicológicos y sociales, y con su propia y peculiar invalidez”.

não se estender a outras atividades laborais, permitindo a reabilitação do segurado para o exercício de outras atividades profissionais.

Neste caso, não haveria incapacidade total e permanente necessária para garantir o direito ao benefício. Esse é o entendimento esposado por Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo:

A contingência social que dá direito à concessão da aposentadoria por invalidez é a incapacidade substancial e permanente para o trabalho. Substancial no sentido de que o segurado está incapaz de exercer atividade que lhe garanta a subsistência. Como a subsistência, na previdência social, pressupõe a manutenção limitada do nível de vida do beneficiário, essa incapacidade é para exercer atividade que lhe garanta, aproximadamente, o mesmo nível de subsistência que tinha antes da ocorrência da contingência social. Nesse sentido, não é correto afirmar que a incapacidade lhe dá direito à aposentadoria por invalidez é necessariamente total. Se o segurado é capaz de exercer atividades que não lhe garantam, em termos aproximados, o mesmo nível de subsistência que tinha antes de se tornar incapaz, o benefício deve ser concedido”.<sup>91</sup>

No entanto, além de analisar somente a incapacidade de forma isolada, é preciso considerar a possibilidade do segurado em adaptar-se a outra função, fatores como idade avançada, grau de instrução, devem ser observados, pois quem sempre exerceu atividades braçais, dificilmente terá capacitação para exercer atividade diversa. Ilídio das Neves nos ensina que:

O que constitui a incapacidade não é a incapacidade considerada exclusivamente como tal, na sua realidade biológica, mas a incapacidade declarada, isto é, verificada nos termos legalmente estabelecidos, que nem sempre é exclusivamente médica mas, por vezes, também socioprofissional.<sup>92</sup>

Outro ponto importante é que a invalidez não precisa ser oriunda de acidente de trabalho ou doença profissional, pode decorrer de qualquer doença ou acidente de qualquer natureza ou causa (art. 26, inc. II, da Lei 8.213/91).<sup>93</sup>

Aquele segurado que exercer mais de uma atividade laboral, exercendo atividades concomitantes, ou seja, ao mesmo tempo, só será considerado inválido se a incapacidade total os impedir de realizar todas as atividades que desenvolve. Segundo Hermes Arrais Alencar:

91 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de, *op. cit.*, p. 217.

92 NEVES, Ilídio das, *op. cit.*, p. 506-507.

93 Art. 26, inciso II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

Para os segurados que desempenham simultaneamente diversas atividades, de rigor apurar o alcance da incapacidade, se restrita a uma atividade específica (uniprofissional); se abrangente de diversas atividades profissionais (multiprofissional), ou, por fim, se resulta obstáculo de forma genérica a todas as atividades laborativas (omniprofissional). Verificado o exercício de atividades concomitantes, a concessão de aposentadoria por invalidez será exclusiva à incapacidade omniprofissional. Dito de outro modo, ainda que a incapacidade seja definitiva para uma das atividades concomitantes, o benefício cabível será o auxílio-doença, por prazo indeterminado, porque este benefício permitirá a continuidade do trabalho desenvolvido nas outras atividades.<sup>94</sup>

#### 4.1.2 Do Auxílio-Doença

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência,<sup>95</sup> ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Não será devido o auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou da lesão.

O risco social coberto pelo benefício ora em comento é a incapacidade para o trabalho ou para vida diária (segurados facultativos) decorrente de doença ou lesão. Valem para o Auxílio-doença as mesmas disposições já dispostas acerca da aposentadoria por invalidez no tocante à existência de doença ou lesão preexistentes, que impedem a concessão dos referidos benefícios.<sup>96</sup>

A diferença entre o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez é consubstanciada na perspectiva de recuperação, ou seja,

Enquanto a aposentadoria por invalidez induz a definitividade da incapacidade (definitividade não quer dizer impossibilidade de recuperação da capacidade, mas sim, recuperação improvável), o auxílio-doença é concedido ao segurado que esteja, temporariamente, incapacitado, com possibilidade de recuperação.<sup>97</sup>

A incapacidade é constatada por meio de perícia médica a ser realizada pelo INSS, que além de definir se o solicitante se encontra incapacitado ou não para o trabalho, irá definir

94 ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 45. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009. p. 371.

95 A carência para o auxílio-doença é, em regra, de 12 (doze) meses de contribuição, salvo nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, e das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social, em conformidade com o art. 25, I, e art. 26, II, da Lei nº 8.213/91. Para maiores informações ver capítulo 2.4.4 – Da Carência

96 Para maiores esclarecimentos sobre o tema remetemos o leitor para o item 3.1 - Dos benefícios por incapacidade

97 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro, *op. cit.*, p. 128.

se a incapacidade é temporária ou permanente, quando definirá qual benefício o solicitante terá direito, auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Além da incapacidade, o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. No caso do segurado empregado “até o décimo quinto dia do afastamento há interrupção do contrato de trabalho, com pagamento de salário integral pelo empregador. A partir do décimo sexto dia há a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, com o início do pagamento do benefício”.<sup>98</sup>

No entanto, para os demais segurados, como o contribuinte individual e o facultativo, o auxílio-doença será devido a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

Pode ocorrer no caso daqueles que exerçam mais de uma atividade concomitante, que a incapacidade somente se configure em relação a uma das atividades e não para as demais, como por exemplo no caso do segurado que exerce atividade de professor e de profissional liberal, se for acometido de doença que o incapacite exclusivamente para a atividade de professor, pode requerer o auxílio-doença em relação a esta atividade e continuar trabalhando normalmente como profissional liberal, no entanto deverá cumprir a carência para a atividade de professor, não poderá utilizar os recolhimentos como profissional liberal para completar a carência de professor. Caso exerça a mesma profissão em todas as atividades concomitantes, como no caso um professor que leciona em diversos locais, constatada a incapacidade deverá se afastar de todas as atividades.

Após a concessão do auxílio-doença, o beneficiário tem a obrigação, independentemente de sua idade, condição social, grau de incapacidade, de submeter-se as perícias médicas e exames solicitados pelo INSS, sob pena de suspensão ou cancelamento do benefício. Além disso, é dever do beneficiário submeter-se aos procedimentos de reabilitação profissional, até mesmo para aprender a exercer uma outra atividade profissional que seja compatível com as doenças ou lesões que possui, os quais serão prescritos e custeados integralmente pelo INSS. Entretanto, o segurado não é obrigado a se submeter a intervenção cirúrgica ou tratamento que coloque sua vida em risco.<sup>99</sup>

---

98 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, *op. cit.*, p. 330.

99 Art. 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.



A reabilitação profissional será mantida até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.<sup>100</sup>

Desta forma, segundo Gabriela Koetz da Fonseca, a análise da concessão do benefício de auxílio-doença, compreende 3 (três) etapas subsequentes: habilitação, perícia e análise dos requisitos objetivos:

Na fase de habilitação (1), o segurado comparece na APS ou efetua agendamento do requerimento do benefício. Na data de seu atendimento, o requerente traz ao servidor da APS todos os documentos relativos aos seus vínculos empregatícios para que se corrijam eventuais falhas no seu cadastro (Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS) e se atualizem os vínculos laborativos pertinentes. Note-se que nessa etapa ainda não há análise de carência e qualidade de segurado.

Após o registro dos dados no Sistema, a perícia médica é realizada ou agendada para data posterior. Na fase da perícia médica (2), o Perito Médico do INSS faz a análise da incapacidade laborativa. Nesse caso:

a) Se conclui pela inexistência de incapacidade, o benefício é automaticamente indeferido sem que os demais requisitos sejam analisados. Ou seja, nesse caso, a análise da pretensão termina da fase da perícia médica (2).

b) Se conclui pela existência de incapacidade laborativa, fixa a Data de Início da Doença e a Data do Início da Incapacidade e o processo administrativo é encaminhado para análise da carência e da qualidade de segurado (3).

Na última etapa (3), há a análise do atendimento da qualidade de segurado e carência, mediante o cruzamento da Data de Início da Incapacidade (atestada pelo perito judicial) com o cadastro laboral do segurado (CNIS), atualizado na fase de habilitação (1). Se o cadastro da vida laborativa registrar os vínculos ou as contribuições necessárias à comprovação dos requisitos objetivos, o benefício é automaticamente deferido. Se o cadastro não for apto a comprovar os requisitos, o benefício é indeferido, permitindo-se, no entanto, a posterior apresentação de documentos.<sup>101</sup>

Desta forma, o processo de concessão do auxílio-doença, trata-se de um ato complexo constituído por diversas fases, na habilitação o segurado fornece toda sua documentação pessoal bem como a documentação médica de que dispuser para que seja agendada a perícia médica. A perícia só será agendada caso toda a documentação esteja regular. Durante a perícia, são realizados exames médicos e analisada a documentação trazida pelo segurado, e após o perito concluir pela capacidade ou incapacidade do segurado.

Caso conclua pela incapacidade, o processo será remetido para análise dos técnicos da Previdência Social, onde será apurada a existência da qualidade de segurado e o cumprimento da carência se for o caso. Caso o perito conclua pela inexistência de

<sup>100</sup> Art. 62, Lei 8.213/91.

<sup>101</sup> FONSECA, Gabriela Koetz da. Requisitos objetivos e procedimento de análise do benefício de auxílio-doença. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, DF, 20 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37742/requisitos-objetivos-e-procedimento-de-analise-do-beneficio-de-auxilio-doenca>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

incapacidade laboral, o processo termina e será indeferido por parecer contrário da perícia médica.

#### 4.2 DA ALTA PROGRAMADA

A alta programada é uma prática do INSS que consiste em estabelecer no momento de concessão do benefício de auxílio-doença, estabelecer automaticamente a data de sua cessação, dispensando-se da realização de nova perícia. Caso o segurado entenda ainda estar incapaz, ele deve agendar um Pedido de Prorrogação, quando então será agendada nova perícia médica. Ou seja, é a prática utilizada pelo órgão previdenciário no tocante a cancelar o benefício previdenciário sem que seja realizada uma nova perícia, ou seja, de acordo com a doença apresentada pelo segurado, este já sabe de antemão quando cessará seu benefício.

Segundo André Leitão e Augusto Meirinho “a alta programada é uma medida que busca a eficiência administrativa, por meio dos avanços da medicina diagnóstica”.<sup>102</sup> Vem prevista no art. 60, parágrafos 8 e 9, da Lei 8.213/91, que assim estabelece sempre que possível estimar o prazo para estimado de duração do auxílio-doença, no ato de sua concessão ou prorrogação.

Na ausência de fixação do prazo de duração, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de prorrogação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS.

O sistema de alta programada estabelecido pelo INSS apresenta como justificativa principal a desburocratização do procedimento de concessão de benefícios por incapacidade. Todavia, não é possível que um sistema previdenciário, cujo pressuposto é a proteção social, se abstenha de acompanhar a recuperação da capacidade laborativa dos segurados incapazes, atribuindo-lhes o ônus de um autoexame clínico, a pretexto da diminuição das filas de atendimento na autarquia.

Na forma do art. 62 da Lei 8.213/1991, “o segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade”, e “não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez”. Transferir essa avaliação ao próprio segurado fere gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>102</sup> LEITÃO, André Strudart; MEIRINHO, Augusto G. Sant’Anna. **Manual de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 344.

Esse é o atual entendimento da jurisprudência, conforme se denota do acórdão abaixo, proferido pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. OFENSA AO ART. 62 DA LEI 8.213/1991. NECESSIDADE DE PERÍCIA. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. COMPROVAÇÃO. DOCUMENTO IDÔNEO. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

(...) O sistema de alta programada estabelecido pelo INSS apresenta como justificativa principal a desburocratização do procedimento de concessão de benefícios por incapacidade. Todavia, não é possível que um sistema previdenciário, cujo pressuposto é a proteção social, se abstenha de acompanhar a recuperação da capacidade laborativa dos segurados incapazes, atribuindo-lhes o ônus de um auto-exame clínico, a pretexto da diminuição das filas de atendimento na autarquia.

1.Cabe ao INSS proporcionar um acompanhamento do segurado incapaz até a sua total capacidade, reabilitação profissional, auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez, não podendo a autarquia focar apenas no aspecto da contraprestação pecuniária.

2.Na forma do art. 62 da Lei 8.213/1991, “o segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade”, e “não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez”. Transferir essa avaliação ao próprio segurado fere gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.Além disso, a jurisprudência que vem se firmando no âmbito do STJ é no sentido de que não se pode proceder ao cancelamento automático do benefício previdenciário, ainda que diante de desídia do segurado em proceder à nova perícia perante o INSS, sem que haja prévio procedimento administrativo, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (STJ, AgInt no AGRAVO EM REsp Nº 1.049.440 – MT, Rel. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Data do julgamento: 27/06/2017).

Ocorre que em sessão realizada no dia 19 de abril de 2018, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) enfrentou o representativo da controvérsia que tratava sobre a possibilidade da cessação do benefício na data estimada pelo perito judicial, sem necessidade de nova perícia administrativa para atestar a recuperação da capacidade para o trabalho (Tema 164).

O colegiado fixou a tese de que a MP nº 739/16 (que positivou a alta programada na legislação previdenciária) pode ser aplicada aos benefícios por incapacidade concedidos anteriormente à sua vigência, podendo a Administração reavaliar os mesmos mediante prévia convocação do segurado. Ainda, assentou que os benefícios posteriores à publicação da MP nº 767/2017 (convertida na Lei nº 13.457/17) devem ter DCB fixada, sendo desnecessária nova perícia para cessação do benefício. Em seu voto, que foi seguido por unanimidade, o Relator (Juiz Fernando Moreira Gonçalves) realizou uma breve digressão histórico-legislativa,

relembrando que anteriormente à edição das Medidas Provisórias nº 739/2016 e nº 767/2017, inexistia previsão legal expressa da chamada “alta programada”.

Segue a Ementa da decisão:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL INTERPOSTO PELO INSS. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO AFETADO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ALTA PROGRAMADA. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA CONCEDIDO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVAMENTE, SEM DATA DE CESSAÇÃO DE BENEFÍCIO (DCB), AINDA QUE ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA MP Nº 739/2016, PODE SER OBJETO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA, NA FORMA E PRAZOS PREVISTOS EM LEI E DEMAIS NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA, POR MEIO DE PRÉVIA CONVOCAÇÃO DO SEGURADO PELO INSS, PARA AVALIAR SE PERSISTEM OS MOTIVOS DA CONCESSÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO, REATIVADO OU PRORROGADO POSTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DA MP Nº 767/2017, CONVERTIDA NA LEI N.º 13.457/17, DEVE, NOS TERMOS DA LEI, TER A SUA DCB FIXADA, SENDO DESNECESSÁRIA, NESSES CASOS, A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA PARA A CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. EM QUALQUER CASO, O SEGURADO PODERÁ PEDIR A PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO, COM GARANTIA DE PAGAMENTO ATÉ A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 0500774-49.2016.4.05.8305, FERNANDO MOREIRA GONCALVES - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.)

Apesar do recente posicionamento da jurisprudência, a doutrina manifesta-se contrariamente à alta programada, como podemos demonstrar através do entendimento de Tiago Faggioni Bachur e Maria Lucia Aiello:

Em suma, como há um prazo determinado para o fim do benefício agendado pela perícia inicial e, muitas vezes, a consulta para a nova perícia é marcada apenas para depois desse prazo, o segurado fica sem receber o benefício nesse período compreendido entre a “alta” e a nova perícia. É certo, porém, que nessa hipótese, verificada a manutenção da incapacidade laborativa do segurado, o benefício é retroativo, ou seja, retroage a data da “alta programada” e antes da realização da nova perícia, se ainda encontrar-se inapto para o serviço, restam a ele praticamente duas alternativas: Ou ele não volta ao trabalho, e fica sem receber (tanto o salário, como o benefício), até que a nova perícia seja realizada e, depois disso, é que ele receberá o valor do benefício (caso o INSS entenda pela incapacidade) – podendo, portanto mais de um mês sem receber nada. Ou, então, a empresa acaba aceitando-o de volta e, como alhures destacado, findada eventual estabilidade pelo retorno laborativo, certamente poderá ser demitido. Nesse último caso aspecto cabe mais uma ressalva. Se o segurado, para não ficar sem receber optar em retornar ao trabalho (ainda que não esteja apto de fato) e a empresa o aceita, o INSS poderá obstar a manutenção do benefício sob o argumento de que o segurado recuperou sua saúde (pois voltou a trabalhar). Vê-se que, por todos os ângulos, o beneficiário é quem acaba sendo o maior prejudicado.<sup>103</sup>

No mesmo sentido segue o entendimento de Wagner Balera:

---

103 BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. **Teoria e prática do direito previdenciário**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2009. p. 307.

O procedimento da alta programada está atingindo, inclusive, pessoas que se encontram afastadas a diversos anos, que por meros entraves burocráticos não tiveram o benefício convertido em aposentadoria por invalidez. Sem nova perícia, segurados cuja doença se mantém inalterada a dois, três ou até cinco anos são surpreendidos com a alta programada – insisto, programada pelos computadores – e devem apresentar-se, doentes, ao empregador. Como o posto de trabalho ainda não ficou vago, o doente já sabe qual será o seu destino. Mesmo aqueles que fazem jus a estabilidade provisória, porque foram vitimados por acidente do trabalho, ao cabo desse período serão sumariamente demitidos.<sup>104</sup>

Entendemos que para que ocorra a cessação do auxílio-doença, o segurado deverá submeter-se a nova perícia médica para que seja comprovada a cessação da incapacidade, em respeito ao artigo 62, da Lei nº 8.213/91, o qual prescreve que não cessará o benefício até que o segurado seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência. Logo, não há que se falar em fixação de termo final para a cessação do pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença, uma vez que a perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício, pois somente ela poderá atestar se o segurado possui condição de retornar às suas atividades ou não.

#### 4.3 DA FUNGIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Nosso estudo trata dos benefícios por incapacidade, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, que possuem como contingência a incapacidade laboral decorrente de doença ou incapacidade temporária ou permanente (art. 201, inciso I, da CF), por essa razão possuem requisitos semelhantes para sua concessão, cuja única diferenciação refere-se ao grau de incapacidade laboral exigido para a concessão de cada um deles.

Assim, a aposentadoria por invalidez exige a incapacidade para qualquer atividade laboral, a qual deve ser permanente e insuscetível de recuperação. No tocante ao auxílio-doença, a incapacidade deve incidir sobre a incapacidade laboral habitual, a qual deve ser temporária, ou seja, deve haver um prognóstico de recuperação em um intervalo de tempo determinável ou a possibilidade de reabilitação para o exercício de outra atividade laboral.

Diante dessa identidade comum de ambos, estão submetidos a um regime jurídico comum aos benefícios por incapacidade, desta forma exigem uma identidade única de tratamento sob pena de violação do direito humano fundamental em ter um regime de previdência social, cuja finalidade é a proteção social.

---

104 BALERA, Wagner. *op cit.*, p. 196.

Esta semelhança ontológica entre os benefícios de auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez gera a fungibilidade entre eles, assim, conforme afirma Fernando Henrique Correia Custódio:

A metodologia de estudo do direito humano fundamental à previdência social deve partir de cada contingência social prevista constitucionalmente, buscando-se, em seguida, identificar as prestações sociais estatais voltadas à sua proteção, aglutinando-as em um regime jurídico protetivo comum, como uma teoria geral de cada grupo identificado, a gerar uma interpretação sistemática e teleológica das normas jurídicas disciplinadoras dos benefícios inseridos naquela contingência detectada.<sup>105</sup>

Não se trata de mera técnica processual de fungibilidade, como ocorre com alguns institutos de direito processual civil previstos no CPC, mas de uma característica do direito material inerente aos benefícios que visam dar proteção social a uma mesma contingência social.

Desta forma não se deve interpretar um pedido de benefício, formulado tanto na esfera administrativa quanto na judicial, de forma literal, seguindo expressamente a espécie de benefício pleiteada, mas deve-se considerar o gênero de benefício solicitado, ou seja, benefício por incapacidade, de acordo com a contingência social protegida, que no caso, é a incapacidade para o trabalho. Esse é o entendimento de José Antônio Savaris:

Como há um núcleo a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de incapacidade para o trabalho – tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio requerimento administrativo. O segundo toca a correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.<sup>106</sup>

A jurisprudência também tem acompanhado o entendimento acima exposto, entendendo que pode ser concedido o auxílio-doença mesmo quando o pedido inicial tenha sido exclusivamente a aposentadoria por invalidez, não sendo considerado tal julgamento como *extra petita*, pois o auxílio-doença é considerado um *minus* em relação à aposentadoria por invalidez.<sup>107</sup>

105 CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia, *op. cit.*, p. 196.

106 SAVARIS, José Antônio, *op. cit.*, p. 70.

107 PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ART. 42, CAPUT E § 2º DA LEI 8.213/91. REQUISITOS AUSENTES. AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGO 59, CAPUT, DA LEI 8.213/91. TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS AVOCATÍCIOS. 1. Não se legitima o reexame necessário, no presente caso, uma vez que o valor da condenação não excede o limite

O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão a favor dos segurados, reconhecendo a possibilidade de concessão de benefício por incapacidade diverso daquele que fora solicitado na petição inicial:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O STJ tem entendimento consolidado de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. 2. No caso, o Tribunal a quo, em sede de apelação, ao reconhecer a incapacidade definitiva da segurada para o desempenho de suas funções, reformou sentença concessiva do benefício auxílio-doença para conceder o benefício da aposentadoria por invalidez. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. ES AgRg no REsp 1305049/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0007873-0. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141), Segunda Turma. Data do Julgamento 03/05/2012. Publicação no DJe 08/05/2012.

Desta forma, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento *extra* ou *ultra petita* a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INCAPACIDADE LABORAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO PLEITEADO NA INICIAL. POSSIBILIDADE. 1. Acerca da alegada violação do art. 475, § 2º, do CPC, a matéria não foi prequestionada, tampouco se provocou a manifestação da Corte de origem pela oposição de aclaratórios sobre a matéria. 2. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de

---

de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 10.352/2001. 2. Ante a ausência de comprovação, por parte da Autora, da incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que lhe garante a subsistência, requisito essencial à concessão da aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 8.213/91, o benefício postulado não deve ser concedido. 3. Atestando o laudo pericial que a Autora se encontra parcialmente inválida para a sua atividade habitual, tal situação lhe confere o direito de obter o benefício de auxílio-doença, nos termos do artigo 59 da Lei n.º 8.213/91. Sendo o referido benefício um minus em relação à aposentadoria por invalidez, a sua concessão, mesmo na ausência de pedido expresso, não configura julgamento extra-petita. Precedentes. 4. Presentes os requisitos previstos no artigo 59, caput, da Lei n.º 8.213/91 é devida a concessão do auxílio-doença. 5. Há prova quanto à qualidade de segurado e cumprimento de carência, considerando as anotações de contrato de trabalho em CTPS e o período de graça de 12 (doze) meses, conforme o disposto no artigo 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91. 6. Como termo do benefício deverá ser considerada a data da cessação indevida do último auxílio-doença, uma vez que o INSS não demonstrou haver a Autora recuperado sua capacidade laboral. 7. A verba honorária fica mantida em 15% (quinze por cento), percentual que incidirá apenas sobre o valor das prestações devidas entre o termo inicial do benefício até a data da sentença, em consonância com orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. 8. Reexame necessário não conhecido. Apelação do INSS parcialmente provida. PROC. : 2002.03.99.006674-0 AC 776245 ORIG. : 9800001326 /SP APTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS REMTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PITANGUEIRAS SP RELATOR : DES.FED. GALVÃO MIRANDA / DÉCIMA TURMA. DJU 28.05.2004. p. 648.

Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. Não é extra ou ultra petita a decisão que concede benefício por incapacidade diverso do que se pleiteou na inicial, pois o juiz deve aplicar o direito incidente sobre a situação fática constatada. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 868.911/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17.11.2008; REsp 541.695/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 1.3.2004; REsp 412.676/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJe 19.12.2002; REsp 226.958/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 5.3.2001. 4. Agravo Regimental não provido. AgRg no AREsp 155067/SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0047966-9. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Segunda Turma. Data do julgamento 22/05/2012. Publicação no DJe 26/06/2012.

Cabe aqui citar parte do voto do relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no julgamento do AgRg no Resp 1.320.249/RJ acerca do reconhecimento da fungibilidade material entre as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade:

(...) cabe destacar que o direito previdenciário não deverá ser interpretado como uma relação de direito civil ou direito administrativo no rigor dos termos, mas sim como uma forma de tutela ao hipossuficiente, ao carecido, ao excluído. Este deve também, ser um dos nortes da jurisdição previdenciária.

6. Assim, tenho que o pleito contido na peça inaugural, mormente quando se trata de matéria previdenciária, deve ser analisado com certa flexibilidade. Desta forma, postulada na inicial aposentadoria por tempo de contribuição, incensurável a decisão judicial que reconhece o preenchimento dos requisitos e concede ao autor aposentadoria por idade, não incorrendo, desta maneira, em julgamento *extra* ou *ultra petita*, tendo em vista a relevância da questão social que envolve a matéria.

Foi também reconhecida a fungibilidade entre os benefícios previdenciários e o benefício assistencial por incapacidade da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), onde o autor pleiteia aposentadoria por invalidez/auxílio-doença, mas em razão de ter perdido a qualidade de segurado, lhe foi concedido o benefício assistencial ao deficiente:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. QUALIDADE DE SEGURADO NÃO COMPROVADA. FUNGIBILIDADE. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DEFICIENTE. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO CARACTERIZADO. MISERABILIDADE COMPROVADA. SENTENÇA REFORMADA. (...) 7. Premido pelo princípio da fungibilidade das ações previdenciárias, a autoridade judiciária deve sempre atentar para o deferimento do benefício que melhor corresponda à situação demonstrada nos autos, ainda que outro benefício tenha sido postulado, cabendo interpretá-lo de forma ampliativa a partir da causa de pedir descrita, razão por que se passa a analisar o pedido de benefício assistencial. 8. Nesse sentido, há jurisprudência consolidada do STJ: "em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido"(AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014). 8. Tem direito ao benefício assistencial de prestação continuada o idoso, com 65 anos de idade, ou o portador de deficiência que não possuam meios de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido pela família, conforme o art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e o art. 20, da Lei 8.742/93. 9. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental,



intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 20 da Lei 8.742/93. 10. Ainda de acordo com a Súmula 48 da TNU, “*para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, exige a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação*” (...). PROCESSO N.: 0003694-82.2018.4.01.3200. TURMA RECURSAL DO JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL DOS ESTADOS DO AMAZONAS E RORAIMA. RELATOR: DR. MARCELO PIRES SOARES. Publicado em 07/08/2019.

O reconhecimento da fungibilidade material dos benefícios previdenciários em razão da contingência social comum protegida, trata de garantia de direito material que reforça a eficácia do direito humano fundamental à previdência social, ampliando-se a eficácia das disposições legais disciplinadoras de cada benefício, além de ampliar também a proteção quando haja necessidade de socorrer-se da via jurisdicional. Desta forma, considerando esses aspectos do direito previdenciário, podemos citar, conforme Fernando Henrique Correia Custódio, efeitos na relação processual entre o segurado e a autarquia previdenciária:

i) a propalada flexibilização na análise do princípio da congruência entre pedido e sentença; ii) uma interpretação do pedido formulado que leve em conta a contingência social protegida, ao invés da específica espécie de benefício postulada, iii) maiores poderes probatórios ao magistrado, na busca da verdade real, iv) uma certa flexibilização no tocante aos momentos de produção das provas nas demandas previdenciárias, v) menor rigor no tocante às regras procedimentais envolvendo a forma e as espécies de provas passíveis de serem produzidas, vi) possibilidade de uma melhor distribuição do ônus processual, de forma mais favorável aos segurados, etc.<sup>108</sup>

Concluindo, não se configura adequado a simples aplicação dos princípios processuais básicos, tais como o do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois tal fato poderia provocar um grande prejuízo àquele que litiga contra o INSS, já que seu objetivo consiste em obter um benefício por incapacidade, buscando proteção social contra uma contingência que o aflige, a incapacidade para o trabalho e geralmente, para a definição de qual seria o benefício correto depende de avaliação médica, a qual é realizada durante o processo, posteriormente ao ajuizamento da ação.

Além disso, devemos sempre lembrar que o direito à previdência social, por se tratar de direito humano fundamental, garantido constitucionalmente, deve ser objeto de ponderação face aos demais direitos fundamentais também garantidos constitucionalmente,

---

108 CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia, *op. cit.*, p. 200.

como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, necessitando da aplicação dos mecanismos da ponderação e da proporcionalidade.

Desta forma, surgidos fatos novos ao longo da relação processual, como a realização da perícia médica, o INSS pode manifestar-se acerca delas, restando respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais processuais, além disso, a aplicação da fungibilidade material, tem o condão de efetivar o direito humano fundamental à previdência social.

## 5 DA CONTINGÊNCIA SOCIAL DA INCAPACIDADE LABORAL E ATIVIDADE PROBATÓRIA

### 5.1 DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Inicialmente deve-se deixar expresso que a prova é o meio pelo qual a parte tem a oportunidade de demonstrar a veracidade dos fatos afirmados em juízo e, sem ela, não existira a plena garantia constitucional do direito ao processo (art. 5º, inciso XXXV, CF). Desta forma, constitui-se direito fundamental das partes de um processo, encontrando respaldo nas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório (art. 5º, LV, CF) e, conseqüentemente do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

A função da prova é trazer a verdade acerca dos fatos para o processo, mas qual seria essa verdade? De um modo geral, a doutrina processualista brasileira reserva pouco ou mesmo nenhum papel para a verdade dentro do processo. Nesse sentido interessante a ponderação de Álvaro de Oliveira:

Forçoso é reconhecer que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada. Impossível, portanto, aceitar se nessa matéria informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, de modo que se alcance certeza sobre as alegações de fato da parte, tudo em prol do mito da verdade material, travestida de principal finalidade do processo. (...) A tendência atual inclina se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana<sup>109</sup>

Pontes de Miranda afirma que “a finalidade processual da prova é convencer o juiz”<sup>110</sup>. Nesse sentido ensina Sentis Melendo “O juiz, mediante a prova, chega a um resultado que se traduz em uma convicção sobre os elementos que foram objeto da prova (...) É o que se pretende com a prova: alcançar a convicção, chegar a ela”<sup>111</sup>.

Tal concepção daria margem a uma noção totalmente subjetivista da prova, acabando por consagrar uma relação segundo a qual a convicção pessoal do julgador teria alguma ligação necessária ou direta com o que resta provado, o que pode causar problemas às partes. Tal fato suposição resta desmentida pelo fato de que em muitos casos os juízes acreditam em uma

---

109 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo Valorativo**. 3a. ed. Rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177 e 178.

110 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo 4, p. 225.

111 SENTIS MELENDO, Santiago. **La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, p. 40.

hipótese fática, mas acabam tendo que julgar provada outra, em sentido contrário, justamente por ter assim resultado objetivamente da instrução probatória.

O convencimento, a crença pessoal do juiz a respeito dos fatos, aliás, deve ser deixada de lado, verificando-se o que está provado objetivamente. Afinal, o fato de que o juiz “ser adepto” de alguma hipótese não a torna mais ou menos passível de veracidade.

Faz-se necessário, portanto, que as decisões sejam tendencialmente o mais corretas e próximas à verdade possível e ao mesmo tempo, devem ser justificadas. Em outras palavras, uma vez que não se aceitaria na maioria das sociedades atuais uma condenação com base em critérios místicos ou a inadmissão de uma testemunha com base na cor do cabelo ou de sua pele, faz-se necessária uma abordagem racional da prova.

Para solucionar a questão foram estabelecidas regras inerentes ao ônus de provar aquilo que se está alegando em juízo, assim, o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu deve provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em posição desfavorável no processo. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova.<sup>112</sup>

Ainda, segundo Sérgio Luís Wetzel de Mattos:

O direito fundamental a um processo justo, como princípio jurídico-constitucional, compreende o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva<sup>113</sup>.

Desta forma, apesar do processo dispor de farto material probatório, deve-se destacar que este ainda será relativo pois sempre está presente o caráter subjetivo do juiz na apreciação das provas que forma produzidas no processo. Neste ponto vale citar Liebman:

112 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 349.

113 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253.

Naturalmente, por maior que possa ser o escrúpulo colocado nessa busca da verdade, e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado a que o juiz poderá chegar conservará, ainda assim, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica<sup>114</sup>.

Diante disso, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, sustenta a doutrina que esse consistiria em uma espécie de aviso dado pelo legislador às partes, no sentido de que, não aportando as provas que detêm ao processo, as partes poderão sucumbir; em outras palavras, ameaçaria as partes por sua eventual insuficiente atividade probatória.

Assim, a distribuição do ônus da prova tem como objetivos: a) permitir ao juiz a avaliação sobre a efetividade das regras de ônus, observados os princípios da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa; b) reduzir a desigualdade entre as partes, evitando que uma delas vença somente porque estava em melhores condições de provar; c) obter maior entrosamento e colaboração das partes com o julgamento do conflito.

Tais direitos estão igualmente previstos na lei para todos os cidadãos, mas nem todos se encontram em situação de igualdade e em condições de exercer os seus direitos de maneira isonômica, é necessário que essas condições sejam adaptadas caso a caso, como ocorre nas ações onde o segurado, já acometido por alguma doença ou incapacidade, ou seja, imbuído de extrema necessidade, pleiteia um benefício por incapacidade face ao INSS. Nesse caso, constata-se evidente hipossuficiência técnica do segurado no tocante à produção da prova nesse tipo de processo.

Nota-se que um dos pilares da produção das provas decorre da igualdade de tratamento entre as partes, ou seja, tanto o autor quanto o réu devem ter a mesma oportunidade de produzir as provas que lhes convém, mas e quando a prova trata-se do estado de saúde do autor, baseada em documentação médica (laudos, exames, prescrições de medicamentos, etc.), onde o réu dispõe de peritos para avaliar se o autor encontra-se ou não incapaz, como ocorre nas ações onde se pleiteiam benefícios por incapacidade?

Nessa situação verificamos a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade dos segurados produzirem as provas necessárias ou pertinentes somadas à possibilidade ou maior facilidade do INSS produzir essa prova, pois geralmente o segurado depende de documentação médica oriunda do sistema único de saúde, encontrando restrições e

---

114 LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi**. 7a. ed. (atualizada por Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci). Milano: Giuffrè, 2008, p. 296.

dificuldades no agendamento e realização de exames médicos necessários á prova de sua incapacidade laboral.

## 5.2 DA PROVA PERICIAL NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diante do que foi acima exposto, verifica-se um rompimento na relação de igualdade na produção da prova, já que a perícia realizada administrativamente pelo INSS goza de presunção de veracidade, gerando um desequilíbrio entre as partes.

Neste contexto, é importante destacar que os benefícios da previdência social, entre os quais se incluem os benefícios por incapacidade, constituem-se direitos humanos fundamentais sociais, cabendo uma interpretação maximizante pelo Estado, no sentido de ampliar sua eficácia, de forma a garantir a máxima proteção social possível. Afinal, como afirma Aragonés, “a ideia da superação de um estado de necessidade por meio do esforço coletivo foi o que impulsionou os primeiros esquemas de proteção social<sup>115</sup>”. Desta forma, quando falamos de proteção dos trabalhadores pela contingência social da incapacidade laboral em razão de doença ou invalidez, estamos tratando de um direito humano fundamental social, o qual resta garantido pela CF.

Assim, a atividade probatória deve “priorizar uma interpretação voltada à efetividade do direito humano fundamental à previdência social e do processo e ao amplo acesso à justiça”.<sup>116</sup> Assim, deve ser assegurada àquele afligido pela contingência social da incapacidade laboral uma ampla produção probatória, sob pena de violação ao direito humano fundamental à previdência social. Feijó Coimbra, ao tratar dos fundamentos da relação jurídica assistencial, especialmente o risco e o sinistro, assinala:

Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado<sup>21</sup>. [...] O leque de atividades de amparo do Estado tornou-se mais amplo e abrangeu, em breve, certos eventos de que o seguro privado não cogitara, convencionando-se denominar seu conjunto de riscos sociais. Até mesmo alguns acontecimentos que, por sua índole, dificilmente poderiam ser assim qualificados, tais como o casamento, o nascimento de filhos e outros, foram incluídos no elenco desses riscos, tendo em vista as consequências que determinam na economia frágil do trabalhador. Desse modo, no conjunto dos riscos visados pelas medidas protetoras do Estado, passaram a integrar-se: os riscos derivados do meio físico, os oriundos de deficiências orgânicas do segurado e os decorrentes da flutuação da economia. [...] Há ainda aí, por extensão, a incapacidade de ganho: a incapacidade de ganhar, pelo trabalho, o bastante para o sustento do núcleo familiar.<sup>117</sup>

115VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2007. p. 224.

116CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia, *op. cit.*, p. 216.

117COIMBRA, José dos Reis Feijó, *op. cit.*

Diante disso, os princípios processuais garantidos pela Constituição e pelo Código de Processo Civil devem ser relativizados ante a importância dos benefícios para suprir a necessidade de sustento do segurado e seus familiares, que gera uma hipossuficiência frente a autarquia previdenciária. Pois com a CF o Estado brasileiro foi reformulado em suas bases estruturantes, foi instado a atuar como agente de promoção do bem-estar social, com fulcro a implantar as garantias sociais, entre as quais podemos inserir o direito à previdência social, nesse sentido observa Santiago e Santos:

O modelo de Bem-Estar Social contemplado pela Constituição de 1988 se estabelece naturalmente, sob tutela do Estado, instado a intervir nas relações socioeconômicas, com o que se busca suprir o caráter mercantilizado de determinados bens, valores e práticas. Esse modelo visa construir e manter uma sociedade que respeite a dignidade da pessoa humana, os direitos individuais e fundamentais, valorizando o trabalho e o emprego<sup>118</sup>.

Cabe aqui citar o entendimento de Ricardo Lobo Torres que afirma que o direito ao mínimo vital coincide “com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, por ser considerado um “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (igualdade – imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”.<sup>119</sup>

Deve o juiz, no decurso processo previdenciário, garantir a efetiva paridade de armas entre os litigantes, compensando eventual hipossuficiência de uma das partes, principalmente nos casos em trâmite nos Juizados Especiais Federais, por onde tramitam a maioria dos processos onde se pleiteiam os benefícios por incapacidade, pois em grande parte destes o segurado aterra seu pedido sem assistência de um advogado, ao passo que o INSS, sempre encontra-se representado por procuradores altamente capacitados. Neste diapasão, resta justificada a atividade probatória pelo próprio magistrado, referentes à busca pela verdade real, com o intuito de proteger a parte processual mais fraca, reequilibrando a relação processual. Segundo Dinamarco:

Na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law* (art. 5, incisos LIV e LV, da CF). Pelo aspecto constitucional, direito

---

118SANTIAGO, Marcus Firmino; SANTOS, Rosilene dos. DA CONSTRUÇÃO À IMINENTE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL. UMA ANÁLISE DA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NASCIDA EM 1988. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 26, n. 2, p.115-136, jul/dez. 2017. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/951/pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

119 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem e descaracterizem o justo processo.<sup>120</sup>

Considerando que o direito ao recebimento de benefício por incapacidade, constitui-se um direito fundamental social à previdência social, o juiz deve pautar-se sempre na busca pela verdade real, o que implica ampla liberdade de produção probatória para as partes, mitigação de exigências formais no tocante à sua produção, bem como a ampla utilização dos poderes instrutórios pelo juiz, conforme preceitua o art. 370 do CPC<sup>121</sup>. Esse é o entendimento de Fredie Didier:

Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí que, por exemplo, o parágrafo 5, do art. 461, do CPC permite ao magistrado a determinação de qualquer medida executiva para efetivar sua decisão, escolhendo-a a luz das peculiaridades do caso concreto). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório.<sup>122</sup>

Cumprido destacar aqui, que em tratando-se de benefícios por incapacidade, a principal prova a ser produzida é a perícia médica produzida judicialmente, mesmo que a parte não a tenha solicitado, ademais, o magistrado não pode simplesmente “aproveitar” a perícia realizada pelo perito do INSS, deixando de realizar a perícia judicial, pois trata-se de prova produzida unilateralmente pelo próprio INSS, sendo totalmente eivada de parcialidade, não encontrando respaldo nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segundo Serau Júnior:

Nesse ponto, vale dizer que a nossa legislação previdenciária exige a comprovação da invalidez, requisito indispensável à concessão de alguns benefícios previdenciários, nos seguintes casos: aposentadoria por invalidez; reestabelecimento de aposentadoria por invalidez; auxílio-acidente; auxílio-doença; auxílio-doença em aposentadoria por invalidez; e finalmente, concessão de pensão por morte de segurado para filha maior inválida. Tal prova ocorre, indubitavelmente, pela via da realização da prova pericial desenvolvida por profissional da área médica. O cabimento da prova pericial, nos casos citados, decorre da própria natureza da demanda envolver a necessidade de apuração dos fatos sob ótica de critérios médicos-científicos, em especial da definição do real quadro (...) do autor para fins

120 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48-49.

121 Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

122 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 41.



previdenciários, evidencia-se que o magistrado carece de conhecimento e juízo técnicos para, por si só, qualificar e valorar apriorística e peremptoriamente dita realidade fática, razão porque revela-se imprescindível a produção de prova pericial devidamente requerida pela parte. O desatendimento dessa é tido como frontal lesão à garantia do constitucional do devido processo legal procedimental (*procedural due process of law*), por violação do primado do direito fundamental ao pleno contraditório, insito no inc. LV do art. 5º da CF, conceito que transcende ao mero direito de resposta, constituindo-se, em verdade, a garantia conferida às partes de plena dedução de todo instrumental contido no ordenamento jurídico processual. Sua consequência é a verificação do cerceamento de defesa, que acarreta nulidade processual.<sup>123</sup>

Desta forma, os institutos processuais nos processos previdenciários, tanto administrativos quanto judiciais, devem ser analisados à luz da contingência social narrada na petição inicial, nesse sentido importante esclarecer que no caso em estudo que no nosso caso trata-se da incapacidade laboral, não basta a mera constatação de doença ou invalidez, há necessidade de se cotejá-las em conjunto com outros fatores externos ao segurado para verificar o grau e o alcance da incapacidade, tais como idade, atividade exercida, local de residência, acesso aos tratamentos médicos e hospitalares, entre outros.

Além disso, pelo fato do direito à previdência social tratar-se de um direito fundamental social, concordamos com Virgílio Afonso da Silva, que entende que em termos de restringibilidade de direitos humanos fundamentais, “impõe-se um ônus argumentativo à autoridade competente em termos de negativa de implementação do direito humano fundamental no caso concreto”.<sup>124</sup>

Seguindo esse raciocínio, nos casos de lides previdenciárias, deve haver uma inversão lógica, segundo a qual:

Aos invés de partir do *status quo ante*, que é a negativa administrativa do benefício, exigindo-se, a partir daí, a comprovação de todos os elementos necessários à comprovação do direito postulado, com exigências maiores de fundamentação para o decreto de procedência do pedido em comparação com o de improcedência, deve-se partir de uma postura protetiva do direito humano fundamental à previdência social, para, a partir daí, se perquirir acerca das razões fáticas e jurídicas fundamentadoras da negativa de proteção ao direito postulado, logo, com maiores exigências argumentativas em termos de indeferimento da pretensão, se comparadas às de seu deferimento.<sup>125</sup>

123 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 261-263.

124 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 56-64.

125 CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia, *op. cit.*, p. 226.

O Código de Processo Civil de 2015,<sup>126</sup> no art. 373, disciplina que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. A decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. Diante desse quadro cabe citar Sebastião Sergio da Silveira e outros:

É inconcebível que o trabalhador continue sendo responsabilizado e cobrado por todas as mazelas do sistema de previdência social, mesmo tendo ele cumprido todas as suas obrigações impostas pela lei, ao longo dos anos. A hora é de diálogo e busca de soluções consensuais. Não se pode permitir a imposição de pesados ônus aos segurados, principalmente aos mais vulneráveis, como vem ocorrendo nos últimos tempos<sup>127</sup>.

A nova distribuição do ônus probatório contido no CPC, está em consonância com o que vimos acima e se encaixa perfeitamente às demandas previdenciárias concessivas de benefício, uma vez que os segurados, principalmente nos Juizados Especiais Federais, encontram-se em situação de hipossuficiência face ao INSS, por dois motivos, a necessidade do segurado de prover o sustento da família nas ocasiões em que se encontra incapacitado para o trabalho e a maior facilidade do INSS em produzir provas, uma vez que antes do ajuizamento de ação pleiteando a concessão de benefício, houve o requerimento administrativo, possuindo a autarquia previdenciária, todos os documentos e provas produzidas na fase administrativa.

---

126Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

127 SILVEIRA, Sebastião Sérgio da et al. MP nº 871/2019: restrição de direitos previdenciários e atentado contra o direito de vulneráveis. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p.71-91,abr/maio 2019. Bimestral.

### 5.3 DA IMPORTÂNCIA DO LAUDO PERICIAL NA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

A perícia médica é utilizada pelo INSS e pela Justiça para apurar se o segurado realmente está incapacitado ao labor perante a doença que possui. É uma atividade realizada no INSS, ou por perito da Justiça Federal, para verificação com diversas finalidades médicas que serão utilizadas administrativamente ou judicialmente para caracterização ou não, conforme a legislação vigente no momento, do direito a um benefício, dentre elas: a verificação da incapacidade laborativa consequente a traumas ou doenças para a concessão de benefícios por incapacidade; a verificação da invalidez para a concessão de benefícios assistenciais; a verificação do enquadramento da doença de que o examinado é portador em várias situações de direito a benefícios fiscais, tais como isenção de pagamento de imposto de renda para aposentados.

Podemos afirmar, portanto, que a perícia “é o meio (de prova) empregado nos casos em que o esclarecimento do fato probando depende de conhecimentos técnicos ou científicos específicos ou ainda habilidade ou experiência diferenciada”.<sup>128</sup>

É atribuição privativa de médico, podendo ser exercida pelo civil ou militar, desde que investido em função que assegure a competência legal e administrativa do ato profissional. É uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, fazendo parte da especialidade de “Perícia Médica e Medicina Legal”, que abrange outros tipos de perícias além da perícia previdenciária (como perícia criminal de lesões corporais).

A relação entre o médico e o segurado difere da relação médico-paciente ordinária, pois a sua atividade objetiva a diagnosticar e comprovar os sinais e sintomas apresentados e emitir parecer acerca de sua capacidade de trabalho considerando a atividade e o emprego do segurado, sem qualquer apresentação de tratamento da doença.

O exame médico-pericial, no tocante ao tema do qual tratamos, visa a definir o nexo de causalidade (causa e efeito) entre a doença ou sequela de acidente e a incapacidade ou invalidez física e/ou mental; doença ou acidente e o exercício da atividade laboral; se a incapacidade laboral é temporária ou permanente.

Por outro lado, o médico perito por meio de competente inspeção médica, pode concluir se a pessoa portadora ou não de doença ou vítima de sequela resultante de acidente

---

128 FERREIRA, William Santos. Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação. In: SERAU Jr., Marco Aurélio (org.). **Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 230.

reúne condições para exercer determinada atividade (ocupação); é o denominado exame de aptidão/inaptidão física e/ou mental.

A perícia médica no âmbito judicial difere-se da realizada na via administrativa, pois o perito deverá analisar além dos documentos constantes do processo, os quesitos a serem respondidos, formulados pelo Juiz e pelos advogados das partes, além disso, o segurado poderá ser acompanhado na perícia por médico assistente, o qual representará seus interesses. Como bem observa Ana Cristina Alves de Paula:

O perito judicial deverá responder os quesitos constantes dos autos, após proceder ao exame físico do segurado, bem como analisar os laudos, exames e receitas levadas por este, e outros anexos ao processo. Neste tipo de perícia há muito pouco questionamento, visto que na seara judicial o perito apenas ouve as queixas do segurado, realiza o exame físico e analisa a documentação, respondendo aos quesitos, finalizando com uma conclusão; entretanto, o Juiz do processo é que reunirá os fatos, laudos e conclusões periciais, avaliando-os e aplicando, de acordo com o caso concreto, os critérios adequados para se fazer justiça, ao julgar a causa procedente ou improcedente.<sup>129</sup>

Importante salientar aqui que a atividade do médico perito, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, possui natureza interpretativa, cujas conclusões devem pautar-se em elementos técnicos, normativos e um conjunto de princípios. Esses princípios organizam a interpretação dos elementos trazidos ou recolhidos enquanto evidências justificadoras do requerimento de benefício por incapacidade. Assim, conforme Melo e Assunção:

Os resultados apresentados permitem afirmar que esses princípios encontram-se aglutinados em torno da noção de justiça. Tornar evidente o caráter interpretativo da tarefa não é suficiente para explicar a conclusão ou julgamento pericial. É necessário indagar o que subjaz aos princípios, o que os reúne de uma forma peculiar, para aquele perito e não para o outro, produzindo julgamentos distintos. Dworkin (2001) afirma que o juiz desenvolve uma teoria interpretativa para a abordagem do texto legal, a partir de sua convicção quanto à função do direito ou do sistema jurídico. Essa convicção é eminentemente derivada da forma peculiar de inserção do juiz na sociedade; em última análise, de seus conceitos políticos. Retomando Dworkin (2001, p. 32), “a interpretação no Direito é essencialmente política” e as convicções políticas dos juízes desempenham importante papel na escolha do estilo interpretativo. Os resultados aqui apresentados ressaltaram aspectos como: a compreensão da instituição previdenciária e seu papel na diminuição dos efeitos das desigualdades econômico-sociais, o entendimento da dimensão e repercussões do trabalho médico-pericial no contexto dos benefícios por incapacidade, a visão de mundo do trabalho e seus determinantes. Esses aspectos, a nosso ver, constituiriam grandes cortes valorativos de dimensão política, organizadores de distintas teorias

---

129 PAULA, Ana Cristina Alves de. **Análise biopsicossocial da incapacidade laboral na concessão de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença**. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2018. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/154964/Paula\\_ACA\\_me\\_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/154964/Paula_ACA_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>. Acesso em: 31 jul. 2019.

interpretativas vigentes entre os médicos peritos participantes da pesquisa (...) É necessário ressaltar que a medicina é também uma prática social e que, na atividade clínica habitual, ou nas diversas áreas especializadas médicas, compete ao profissional médico interpretar elementos, reações do corpo, fazer leituras e dar sentido dentro de sua prática e saber, configurando, assim, a realidade objetiva da doença, objeto de intervenção. Dessa forma, não podemos restringir o reconhecimento da interpretação aos casos polêmicos, duvidosos, ou às doenças não caracterizadas por componentes evidenciáveis pelos resultados de exames propedêuticos.<sup>130</sup>

Desta forma notamos que também o perito médico desenvolve uma atividade interpretativa, de forma que se submetermos o mesmo segurado à análise de dois peritos distintos os resultados das perícias podem ser diversos, um considerado o indivíduo como incapaz e o outro não, uma considerando a invalidez como permanente e o outro como temporária. Assim, devemos ter em mente que o resultado da perícia médica não é absoluto e está sujeito à atividade interpretativa do próprio perito, devendo o juiz, ao julgar o caso, levar tal fato em consideração e não considerar a perícia médica como razão absoluta para suas decisões.

Segundo José Antônio Savaris “o perito, além de deter conhecimentos técnicos e específicos de medicina, dever ter ciência de que sua manifestação não terá sentido se desprezar o universo social e a história de vida da pessoa examinada”. Além disso deve o perito “identificar as reais condições que uma pessoa tem de desempenhar uma atividade profissional digna e que não lhe custe o agravamento do seu quadro de saúde”.<sup>131</sup> Desta forma é imperioso que a perícia esteja afastada de vício e seja realizada de maneira cuidadosa, de acordo com os rigores da legislação vigente. Até porque, os peritos médicos passaram a ter maior poder de decisão e suas conclusões passaram a ser fundamentais para a concessão ou não dos benefícios por incapacidade, como bem salienta Annie Thébaud-Mony:

A história da saúde ocupacional é muito desconhecida. Até o fim do século XIX, ela é principalmente uma questão de lutas, individuais e coletivas, dos trabalhadores para não morrer no trabalho. Por um lado, o desenvolvimento dos saberes médicos, clínico e epidemiológico sobre os efeitos patogênicos do trabalho de soluções técnicas de prevenção vai retirar a saúde ocupacional da mão dos trabalhadores para colocá-la na mão dos peritos que se referem a um saber técnico que os empregadores mesmos contribuirão a criar.<sup>132</sup>

Ocorre que, nas perícias realizadas pelo INSS para análise dos benefícios por incapacidade, devido ao grande número de pedidos, ao número reduzido do quadro de peritos

130 MELO, Maria da Penha Pereira de; ASSUNÇÃO, Ada Ávila, *op. cit.*, p. 123-124.

131 SAVARIS, José Antônio. **Curso de perícia judicial previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 9.

132 THÉBAUD-MONY, Annie. Organização do Trabalho e a Saúde: uma questão política. In: **Boletim da Saúde Pública**. v. 19, n. 1. Porto Alegre, 2005. p. 91-99.

da autarquia previdenciária e também da falta de peritos especialistas em algumas áreas da medicina, tais como oftalmologia, neurologia, entre outras, faz pesar sobre estes um grande sobrecarga de trabalho, que muitas vezes implica a realização de perícias médicas sem o cuidado necessário, sem sequer prestar atenção no próprio segurado, resultando em perícias extremamente rápidas e sem a atenção necessária aos aspectos de saúde do segurado.

Além disso, devido a essas situações estressantes acima citadas, o perito passa a sofrer de preconceito em relação a alguns tipos de incapacidade apresentada pelos segurados, como bem observa José Ricardo Caetano Costa:

[...] uma pré-compreensão equivocada e deturpadora das relações havidas entre médicos e segurados: os primeiros, mesmo subconscientemente, prejudgam os segundos como falsificadores da realidade, aumentando as doenças e seus sintomas e, os segundos, na pré-compreensão de que os peritos são seus verdadeiros inimigos, únicos responsáveis pelo indeferimento de suas pretensões<sup>133</sup>.

Esse verdadeira rusga que ocorre entre perito e periciando foi constatada por Edmilson de Almeida Barros Júnior, perito do INSS:

Na relação perito-periciado, não raramente, o examinado vê o profissional como um inimigo. Aquela pessoa que pode, por exemplo, descobrir uma simulação e tomar determinada medida que terá prejudicial influência econômica para o examinado. Nessa relação, o paciente tenta ao máximo omitir determinadas informações sobre os fatos que lhe convêm. Não há cooperação, tampouco confiança entre os envolvidos na perícia (...) nessa relação, o clima de confiança não existe, pouco importa o motivo da perícia. A desconfiança impera, seja para obtenção de emprego, seja na relação pericial administrativa ou judiciária, onde a simulação é frequente<sup>134</sup>.

Ocorre que somente a análise das patologias, de forma exclusiva, não é suficiente para constatar a incapacidade laboral dos segurados. Há necessidade de uma análise dos aspectos sociais, pessoais e ambientais, não só das doenças ou lesões que afligem o segurado, ou seja, a parte médica exclusivamente. Por essa razão, partilhamos do entendimento de José Ricardo Caetano Costa que afirma “sem medo de mágoas ou ressentimentos, que os peritos médicos são incompetentes (sob o ponto de vista técnico), para avaliar sozinhos essa condição social representada pela incapacidade ou pela deficiência”.<sup>135</sup>

133 COSTA, José Ricardo Caetano. A quebra de paradigma na perícia médica: da concepção biomédica à concepção biopsicossocial. **Revista de Previdência Social**, Rio Grande, v. 37, n. 392, p. 119-148, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/download/6259/3915>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

134 BARROS Jr., Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 56.

135 COSTA, José Ricardo Caetano, *op. cit.*, p. 143.

#### 5.4 PERITO MÉDICO: ESPECIALISTA OU GENERALISTA

Devido aos elevados custos em manter peritos de diversas especialidades médicas, o INSS sempre defendeu que não haveria necessidade, nem qualquer razão jurídica ou justificativa técnica para a nomeação de especialistas para efetuar perícia em requerimentos de benefícios previdenciários por incapacidade, além disso defende também que somente os peritos médicos teriam competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo quanto à incapacidade laboral.

De outro lado, a Defensoria Pública bem como os advogados que litigavam na seara previdenciária, sempre solicitaram um perito médico especialista para elaborar as perícias médicas, ou seja, uma doença degenerativa da visão necessitaria de um perito oftalmologista, problemas de coluna ou joelho, exigem um ortopedista, e assim por diante.

Após muita discussão a jurisprudência consolidou-se no sentido de não ser necessário um perito especialista para a realização de perícia, só sendo necessário a designação de perito especialista em casos especialíssimos e maior complexidade. Colacionamos abaixo algumas decisões da Turma Nacional de Uniformização:

EMENTA-VOTO - AGRAVO REGIMENTAL - PREVIDENCIÁRIO - EXIGÊNCIA DE PERITO ESPECIALISTA NA DOENÇA - AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO A jurisprudência d esta TNU é no sentido de que a realização de perícia por médico especialista em sede de juizados especiais federais é exceção e não a regra. Neste sentido: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL PROCESSO Nº: 2009.72.50.004468-3 REQUERENTE: MARIA GOES SCHFFMACHER REQUERIDO: INSS RELATOR: ANTONIO FERNANDO SCHENKEL DO AMARAL E SILVA EMENTA-VOTO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NULIDADE DA PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA. MÉDICO ESPECIALISTA. DESNECESSIDADE. ANÁLISE DA INCAPACIDADE. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA N. 42 DA TNU. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. A realização de perícia por médico especialista só é necessária em casos especialíssimos e maior complexidade, como, por exemplo, no caso de doença rara, o que não é o caso dos autos. Precedentes da TNU (PEDILEF 200872510048413, 200872510018627, 200872510031462). Processo 200972500071996. Relator JUIZ FEDERAL VLADIMIR SANTOS VITOVSKY, Data 25/04/2012. DOU 01/06/2012.

A jurisprudência abaixo, também da Turma Nacional de Uniformização (TNU), órgão responsável pela unificação das jurisprudências dos Juizados Especiais Federais, caminha no mesmo sentido:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO INADMITIDO NA TURMA RECURSAL DE ORIGEM. REQUERIMENTO DE SUBMISSÃO À

PRESIDÊNCIA DESTA TNU. DISTRIBUIÇÃO AOS RELATORES PARA MELHOR ANÁLISE. LOMBOCIATALGIA E LEUCEMIA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO NÃO RECONHECIDA. PERÍCIA REALIZADA POR MÉDICO NÃO ESPECIALISTA. ADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. QO 13 TNU. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº. 42, TNU. NÃO CONHECIMENTO. (...) 4 - Acórdão recorrido consignou: a) o laudo atesta expressamente que, consideradas as atividades da parte autora (movimentador de mercadorias), não há incapacidade para o seu exercício e b) não há vício no laudo que invalide as suas conclusões. 5 - Esta Turma de Uniformização já sedimentou entendimento segundo o qual não há óbice a que a perícia médica possa ser validamente realizada por médico não especialista na moléstia que acomete o segurado (PEDILEF nº. 200872510048413, Rel. Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, DJ 09.08.2010). Necessária verificação em cada caso da necessidade e suficiência à luz do cotejo entre a natureza da patologia alegada e a qualificação do perito. 6 - As enfermidades das quais o autor é portador - lombociatalgia e leucemia -, em regra, são passíveis de avaliação por médico generalista. Ausência de nulidade, em face da inexistência de circunstâncias excepcionais no caso concreto. (...) Processo 200970530030463. Relator JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA, Data 29/03/2012. DOU 27/04/2012.

Felizmente a TNU pacificou o entendimento de que caso o autor apresente um quadro de saúde mais complexo, a perícia médica deverá ser realizada por um especialista na área, conforme acórdão abaixo:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA POR ESPECIALISTA. PEDIDO PROVIDO. (...) 2. A regra de que a perícia médica deve ser realizada por peritos especialistas na área médica sobre a qual deverão opinar, prevista no § 2º do art. 145 do CPC, subsidiariamente aplicável aos Juizados Federais, somente pode ser excepcionada quando médicos generalistas possuam conhecimento técnico suficiente, a exemplo dos quadros médicos simples. 3. Quando, como no caso, a seguradora apresenta um quadro médico complicado, complexo, sendo portadora de uma doença neurológica rara, a realização de perícia médica por especialista em neurologia é um direito a ser preservado. 4. Pedido de uniformização provido, anulando-se o acórdão e a sentença para a reabertura da instrução com a realização de perícia por médico neurologista. Processo 200872510018627. Relator JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data 10/05/2010. DJ 05/11/2010.

O próprio INSS elaborou um Manual de Perícia Médica da Previdência Social que reconhece as seguintes especialidades, no item 5.6:

(01) Perícia Médica; (02) Cardiologia; (03) Dermatologia; (04) Eletrocardiografia; (05) Eletroencefalografia (06) Neurologia (07) Ginecologia (08) Oftalmologia (09) Ortopedia (10) Otorrinolaringologia (11) Patologia Clínica (12) Proctologia (13) Psiquiatria (14) Radiologia Clínica (15) Pneumologia (16) Urologia (17) Gastroenterologia (18) Ergonomia (19) Eletromiografia (20) Ecocardiografia (21) Geneticista.<sup>136</sup>

<sup>136</sup> Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual de perícia médica da previdência social**. Disponível em <[http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/RESPOSTA\\_RECORSO\\_2\\_manualpericiamedica%20\(1\).pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/RESPOSTA_RECORSO_2_manualpericiamedica%20(1).pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2019. p. 15.



Portanto, como o próprio INSS reconhece as especialidades médicas acima, as perícias deveriam, sempre que possível, ser realizadas pelos peritos-médicos especializados na sua área de atuação, pois geralmente o segurado recorre a tratamento com médicos especialistas que fornece laudos e documentos médicos. Dessa forma, como poderia um perito generalistas discordar de um laudo emitido por um especialista em determinada especialidade?

Por essa razão discordamos da posição da jurisprudência sobre a desnecessidade de perito médico especialista para a realização de perícia médica a fim de apurar a existência ou não de incapacidade laboral, salvo em casos mais complexos, por entender que somente um especialista pode entender melhor os efeitos e sequelas que uma doença ou lesão pode trazer ao seu portador, além de que somente um especialista está autorizado a refutar ou interpretar um laudo ou exame realizado por outro especialista.

## 5.5 DA INCAPACIDADE FÍSICA E MENTAL

Incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente. A contrário *sensu*, o indivíduo é considerado capaz para exercer uma determinada atividade ou ocupação quando reúne as condições morfofisiológicas compatíveis com o seu pleno desempenho.

O risco de vida, para si ou para terceiros, ou de agravamento, que a permanência em atividade possa acarretar, será implicitamente incluído no conceito de incapacidade, desde que palpável e indiscutível. Não necessariamente implica ausência de doença ou lesão. Por outro lado, determinada limitação imposta por doença ou lesão que não o incapacita para uma certa função poderá impedi-lo de executar várias outras. Para tanto vale citar os exemplos elaborados por Elias Tavares de Araújo:

As condições morfofisiológicas exigidas para o desempenho das tarefas de um comissário de bordo (aeronauta) não são as mesmas se esse trabalho estivesse sendo executado no escritório da mesma empresa. Conclui-se, portanto, que o exame de aptidão física e/ou mental e a avaliação médico-pericial realizada para a concessão da licença médica dependem do conhecimento dos dados profissiográficos da atividade exercida ou a exercer. A omissão de tais informações, muitas vezes, explica a ocorrência de problemas que surgem entre o examinado e o médico perito, quando a conclusão pericial não corresponde à recomendação feita pelo médico assistente.

Imaginemos a hipótese de três trabalhadores que apresentassem ao exame médico-

pericial a mesma entidade mórbida - cegueira de um olho: um auxiliar administrativo, um motorista jovem e um motorista idoso, sem outras experiências profissionais. Consolidada a lesão, isto é, após realizados os tratamentos indicados, o primeiro trabalhador reunia condições para retornar ao trabalho, sem restrições; enquanto o motorista jovem seria reabilitado para nova ocupação, e o terceiro, o motorista idoso, dificilmente obteria êxito na mudança de atividade e terminaria por ser aposentado por invalidez. A mesma entidade (a visão monocular) ensejaria a concessão do benefício extremo (aposentadoria por invalidez) ao motorista idoso e nenhum benefício seria concedido ao auxiliar administrativo, não pela deficiência objeto da nossa hipótese.<sup>137</sup>

Portanto, o conceito de incapacidade deve ser analisado quanto ao grau, à duração e à profissão desempenhada. Quanto ao grau, segundo o Manual de Perícia Médica da Previdência Social, a incapacidade laborativa pode ser parcial ou total:

- a) será considerado como parcial o grau de incapacidade que ainda permita o desempenho de atividade, sem risco de vida ou agravamento maior e que seja compatível com a percepção de salário aproximado daquele que o interessado auferia antes da doença ou acidente;
- b) será considerada como total a incapacidade que gera a impossibilidade de permanecer no trabalho, não permitindo atingir a média de rendimento alcançada, em condições normais, pelos trabalhadores da categoria do examinado.<sup>138</sup>

Além disso, a incapacidade laborativa pode ser classificada como temporária ou de duração indefinida:

- a) considera-se temporária a incapacidade para a qual se pode esperar recuperação dentro de prazo previsível;
- b) a incapacidade indefinida é aquela insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis à época.<sup>139</sup>

A incapacidade laboral também pode ser classificada no tocante à profissão ou profissões exercidas pelo segurado:

- a) uniprofissional – aquela em que o impedimento alcança apenas uma atividade específica;
- b) multiprofissional – aquela em que o impedimento abrange diversas atividades profissionais;
- c) omni-profissional – aquela que implica a impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade laborativa, sendo conceito essencialmente teórico, salvo quando em caráter transitório.<sup>140</sup>

---

137 ARAUJO, Elias Tavares de. **Perícia médica**. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_etica/24.htm](http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/des_etica/24.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2019.

138 Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual de perícia médica da Previdência Social**, *op. cit.*, p. 25-26.

139 *Id.*, p. 26.

140 *Ibid.*, p. 26

Analisando as categorias acima, podemos conceituar invalidez como sendo a incapacidade laborativa total, indefinida e multiprofissional, insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, que corresponde à incapacidade geral de ganho, em consequência de doença ou acidente. Segundo a Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde – CIF, da Organização Mundial de Saúde, incapacidade

é um termo genérico (“chapéu”) para deficiências, limitações da actividade e restrições na participação. Ele indica os aspectos negativos da interacção entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus factores contextuais (ambientais e pessoais).<sup>141</sup>

Verifica-se que a CIF utiliza critérios mais modernos para classificar a incapacidade, utilizando-se principalmente de dois fatores, as condições de saúde físicas do indivíduo em interação com fatores ambientais e pessoais, os quais podem influenciar na avaliação tanto pelo perito médico, quanto pelo juiz de processos envolvendo demandas por benefícios por incapacidade, voltaremos ao tema no capítulo seguinte.

A avaliação da capacidade laborativa dos segurados é feita pela perícia médica e destina-se a permitir resposta aos quesitos estabelecidos, atendidos os conceitos e os critérios legais e regulamentares. Na definição de Barros Júnior:

A ênfase da perícia se dirige sempre à incapacidade; ou seja, identifica-se aquilo que o paciente apresenta (sinais) e aquilo que ele diz sentir (sintomas), após correlacionam-se esses dados com a profissão habitualmente exercida. Cruzando-se essas informações se define: incapaz para o trabalho que exerce ou capaz para as suas atividades laborativas.<sup>142</sup>

A incapacidade para o exercício tanto do trabalho como para as atividades habituais desenvolvidas pelo segurado pode ser analisada em dois momentos distintos, que levam em conta a evolução das causas naturais decorrentes da contingência que aflige o indivíduo. No primeiro momento, há o surgimento da doença ou acidente causando danos, lesões corporais ou perturbações funcionais no segurado.

Posteriormente, tais lesões ou perturbações funcionais causam consequências relevantes quando ocasionarem fatos como a morte, perda da capacidade de trabalho ou até mesmo sua redução, é esse o momento em que a contingência surge e daí decorre o direito ao recebimento dos benefícios por incapacidade.

141 OMS. **Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde**. Lisboa, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.observatoriodocuidado.org/bitstream/handle/handle/1777/CIF%20-%20Classifica%c3%a7%c3%a3o%20Internacional%20de%20Funcionalidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

142 BARROS Jr., Edmilson de Almeida, *op. cit.*, p. 59.

## 6 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Tal princípio está atrelado aos deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais, segundo entendimento já manifestado pelo STF, para determinadas políticas públicas umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, não deve haver omissão ou prestação deficiente, e caso ocorra, será caracterizada com inconstitucional, ou seja, alguns direitos impõem deveres de proteção específicos ao Estado. Como bem observa Sandra Favaretto:

Por estar subordinado à proibição de insuficiência, a atuação estatal deve atender a padrão adequado e eficaz de proteção constitucionalmente imposto. Desse modo, a violação da proibição de insuficiência, em regra, verifica-se diante de comportamentos deficientes ou omissivos, ainda que parciais, do Poder Público quando da concretização dos deveres de proteção.<sup>143</sup>

O fundamento da proibição da proteção insuficiente reside no dever estatal de proteger os direitos fundamentais através de previsões legais e ações administrativas efetivas, irradia-se a todos os poderes e órgãos do Estado, constituindo um dever estatal de proteção específico. Nas palavras de Victor Abramovich e Christian Courtis “dos direitos sociais decorrem para os poderes públicos obrigações de respeito, proteção asseguramento e promoção”.<sup>144</sup>

O princípio da proibição da proteção insuficiente consiste em um desdobramento do princípio da proporcionalidade, mais precisamente no mesmo patamar que o princípio da vedação do excesso, ou seja, na verificação do cumprimento dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, deve-se aferir se a medida adotada teria ultrapassado os limites de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo (*Übermaßverbot*), ou se a ação ou omissão do órgão público foi aquém do nível mínimo de proteção exigido, configurando uma proteção insuficiente (*Untermaßverbot*).

143 FAVARETTO, Sandra. **O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa**. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Usp, Ribeirão Preto, 2019. p. 57.

144 ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 140.

Bernal Pulido define o princípio como sendo “um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal viola um direito fundamental de proteção”.<sup>145</sup> Ingo Sarlet entende que a

Violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional.<sup>146</sup>

Este também é o entendimento de Canotilho:

(...) o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.<sup>147</sup>

Como nos ensina Canaris, o dever de proteção cuida do se e a vedação de insuficiência trata de como o bem jurídico foi protegido,<sup>148</sup> ou seja, o dever de proteção cuida de uma efetiva proteção a um direito fundamental ao passo que a proteção insuficiente decorre de como essa proteção é realizada, de forma a intervir no direito fundamental de terceiros ou não. Nesse sentido citamos a definição de Sandra Favaretto:

Nesse sentido, podemos afirmar que a proibição de insuficiência configura o dever imposto ao Estado, e também aos sujeitos de direito privado, de possibilitar o adequado e suficiente exercício do direito fundamental pelo indivíduo, de modo que a proteção concretizada satisfaça as exigências mínimas de garantia do bem jurídico, dispostas na Constituição, devendo ter em consideração a correta valorização dos interesses contrapostos.<sup>149</sup>

Ao analisar se realmente uma conduta estatal está em dissonância com a proibição da proteção insuficiente, fica claro que uma omissão legislativa e até mesmo uma norma já posta no ordenamento jurídico que não proteja um direito social do sujeito de direito prestacional (no qual possui tal direito social como garantia intrínseca abalizada pela Constituição) vulnera as exigências de tal conformidade. Da mesma maneira, pode se concluir

---

145 PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 798.

146 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. p. 335.

147 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 273.

148 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 122-125.

149 FAVARETTO, Sandra. *op. cit.*, p. 67.

que é idônea, a norma (ou até mesmo a abstenção) que favoreça a realização daquele fim que ela procurou alcançar.

Após a verificação acima, precisamos saber, se existindo, entre duas ou mais medidas a serem adotadas (no qual estas sejam aptas e possíveis), alguma dessas possa garantir maior proteção e segurança ao direito perquirido, ou seja, trata da discricionariedade do legislador infraconstitucional, o qual deve adotar alguns critérios para a efetivação dos direitos fundamentais:

Critérios relevantes são a importância do direito em jogo e a probabilidade e intensidade do dano. Tais parâmetros devem ser entendidos como uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais. Na verdade, não há muita diferença entre o dever de respeitar e o dever de proteger direitos fundamentais quando se trata de decidir se uma lei é constitucional ou não. Uma vez que quase toda a lei contém alguma limitação a um direito fundamental e considerando que a justificação é quase sempre a proteção de outro direito fundamental ou de um valor reconhecido constitucionalmente, a tarefa do legislador é harmonizar valores conflitantes, preservando tanto quanto possível de cada um deles.<sup>150</sup>

Apesar da discricionariedade concedida ao legislador, a atuação estatal deve atender a um padrão adequado e eficaz de proteção imposto pela CF, respeitando desta forma a proibição da proteção insuficiente. No entanto, cabe asseverar que o princípio da proibição da proteção insuficiente é dirigido ao legislador e também aos demais poderes, assim, destina-se também ao executivo e ao judiciário, os quais vinculam-se a ele de forma diversa, como nos ensina Ingo Sarlet:

(...) verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que o legislador dispõe de um espaço de conformação mais amplo e, portanto, dispõe de uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação (...) diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo de proteção constitucionalmente exigido.<sup>151</sup>

Sobre a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente pelos poderes da República, buscamos os ensinamentos de Canaris:

---

150 GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165. p. 161.

151 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: **Revista da Ajuris**, v. 35, nº 109, mar. 2008. p. 151.

Para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência.<sup>152</sup>

Desta forma, o Poder Judiciário além de simplesmente fiscalizar a existência de alguma proteção insuficiente decorrente de omissão do legislativo, também pode analisar qual seria a medida adequada para sanar tal omissão. A mesma observação vale para as condutas praticadas pelo Poder Executivo.

No princípio da proibição de proteção insuficiente a obrigação estatal não se resume ao dever de abstenção, implicando também um dever de proteção. Desse modo, para cumprir sua responsabilidade, deve não apenas deixar de invadir inadequadamente a esfera de liberdade individual, mas também garantir proteção suficiente a outro direito fundamental. Diante de uma colisão de direitos fundamentais instaurada, em que ambos integram o sistema de valores constitucionais, e não sendo possível equalizar a garantia dos interesses envolvidos. A solução a ser dada pelo Poder Judiciário reside na ponderação entre os princípios envolvidos.

A compatibilidade do princípio da proibição da proteção insuficiente com o Direito Previdenciário, especialmente no que toca à incapacidade social muito se relaciona com o fato de, possuir a sociedade como âmbito aplicação. Considerando que a relação do direito previdenciário é permeada pela aplicação de direitos fundamentais, pode-se afirmar que tal vínculo pertence a esfera pública, pois cuida de situações em que todos são titulares.

Resulta disso que também ao Direito Previdenciário:

Poderá ser empregada a ideia de garantismo, que se materializa em “técnicas de tutelas dos direitos fundamentais”, as quais, a despeito de terem sido desenvolvidas no campo do direito penal, são aplicadas “como paradigma da teoria geral do direito, a todo campo de direitos subjetivos, sejam estes patrimoniais ou fundamentais, e a todo o conjunto de poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais” (FERRAJOLI, 2008, p. 61-62, tradução nossa)<sup>107</sup>. O garantismo social seria, então, “o conjunto de garantias, em boa medida ainda ausentes ou imperfeitas, dirigida à satisfação dos direitos sociais, como a saúde, a educação e o trabalho e outros semelhantes” (FERRAJOLI, 2008, p. 62, tradução nossa).<sup>153</sup>

152 CANARIS, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, p. 124.

153 FAVARETTO, Sandra, *op. cit.*, p. 76.

Diante desse paradigma garantista, pode-se concluir que a proteção deferida à sociedade pelo Direito Penal é a mesma que deve ser destinada ao segurado pelo Direito Previdenciário, resguardando-o das arbitrariedades cometidas tanto pelo poder público como pelos entes privados, assegurando aos direitos fundamentais de ambos os campos o mesmo nível e tipo de tutela.

Além disso, o art. 6º da CF alçou a Previdência Social como direito fundamental, tanto em sentido formal, pois está expressamente prevista no texto constitucional, no título II, destinado aos Direitos e garantias fundamentais, o que a torna uma cláusula pétrea, limitando as possibilidades de sua reforma; como no sentido material, em virtude da relevância própria do bem jurídico que tutela, considerado em si mesmo, assim como pela atribuição do regime jurídico-constitucional próprio dos direitos fundamentais.

E, como direito fundamental, o direito à Previdência Social também configura um dever de proteção (imperativo de tutela), tendo em vista que atende ambas as condições estabelecidas por Canaris:<sup>154</sup>, ou seja, a) demanda a aplicação da hipótese normativa do direito fundamental previsto nos arts. 6º. e 201, da CF; b) a ameaça proteção contra eventos como doença e incapacidade temporária ou permanente (art. 201, inciso I, CF).

## 6.1 DA INCAPACIDADE SOCIAL

Como visto acima o requisito da incapacidade laboral para concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença no RGPS, vem passando por alterações especialmente em razão da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, realizada pela Organização Mundial de Saúde.

Diante disso, nas concessões judiciais dos referidos benefícios, o requisito da incapacidade laborativa passou a ser considerado mais amplo, pela análise de múltiplos aspectos ligados à individualidade e ao contexto social em que está inserido o segurado. Essa interpretação multifatorial é que se denomina de incapacidade social ou biopsicossocial.

Infelizmente ainda não há uma definição legal no RGPS acerca do conceito da incapacidade social e por essa razão não é utilizado administrativamente na concessão dos benefícios por incapacidade. Tal conceito vem sendo timidamente construído pela jurisprudência, sendo muito dependente da classificação individual de cada magistrado na análise também casuística dos processos onde se pleiteiam os benefícios por incapacidade.

---

154 CANARIS, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, p. 104.



Em razão da incapacidade social ser adotada casuisticamente em processos onde se pleiteiam benefícios por incapacidade, não há dados estatísticos sobre sua utilização, pois a estatística refere-se aos números de benefícios concedidos judicialmente ou àqueles em que o autor teve sua pretensão negada, não há a elucidação dos motivos pelos quais os benefícios foram ou não concedidos.

A base da incapacidade social está na classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, há fatores contextuais, os quais são constituídos de fatores ambientais e pessoais na caracterização da incapacidade para o trabalho, não se considera exclusivamente a parte médica, que se refere somente ao problema de saúde do indivíduo, seu tratamento e recuperação:

Esses factores interagem com um indivíduo com uma condição de saúde, e determinam o nível e a extensão das funções do indivíduo. Os factores ambientais são extrínsecos ao indivíduo (e.g. as atitudes da sociedade, as características arquitectónicas, a área jurídico-legal) e são incluídos na classificação dos Factores Ambientais. Os Factores Pessoais, por outro lado, não são considerados na versão actual da CIF. Se necessário, a sua avaliação fica ao critério do utilizador. Eles podem incluir sexo, raça, idade, forma física, estilo de vida, hábitos, educação recebida, maneira de enfrentar problemas, passado social, instrução, profissão, experiência passada e presente (acontecimentos da vida passada e acontecimentos presentes), padrão de comportamento em geral, carácter, valores psicológicos individuais e outros factores relacionados: todos ou qualquer um podem desempenhar um papel na incapacidade a qualquer nível.<sup>155</sup>

Algumas normas brasileiras já incorporaram os fatores ambientais e pessoais para a caracterização da incapacidade, a exemplo do Decreto nº 6214, de 26 de setembro de 2007, que regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso.<sup>156</sup>

O inciso II considera pessoa com deficiência, aquela que possui impedimentos de longo prazo decorrentes de problemas físicos, mentais, sensoriais ou intelectuais, que podem impedir ou dificultar a participação do deficiente na vida em sociedade em decorrência da interação dos problemas de saúde com “diversas barreiras”, por barreiras deve-se entender a dificuldade para a realização de atividades habituais, corriqueiras, que seriam facilmente

155 OMS. **Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde**, *op cit.*, p. 21.

156 Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

II - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas;

III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

desempenhadas por uma pessoa sem deficiência, mas que para um deficiente, tornam-se um impeditivo de participar em igualdade de condições com as outras pessoas.

No inciso III, o decreto define a incapacidade como sendo um “fenômeno multidimensional”, que afeta a capacidade de inclusão social do indivíduo, prejudicando a interação da pessoa com deficiência com o ambiente físico e social. Por fenômeno multidimensional deve-se entender que fatores externos ao indivíduo, não apenas os referentes à doença ou lesão que o afligem, impedem sua inserção social em igualdade de condições com os demais, especialmente no tocante à inserção no mercado de trabalho, impedindo-o, ou dificultando demasiadamente, de prover seu próprio sustento.

O artigo 16 do Decreto 6.214/2007, reconhece expressamente a aplicação dos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF:

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde n° 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento será realizada por meio de avaliação social e avaliação médica.

§ 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, a avaliação médica considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades. (...)

§ 5º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento tem por objetivo:

II - aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos a que se refere o inciso I com barreiras diversas.

Denota-se que na avaliação da deficiência e do grau de impedimento, devem ser realizadas duas avaliações conjuntamente, a social e a médica, ou seja, a avaliação social é indispensável para apurar a incapacidade do indivíduo, pois além da questão médica, deve-se levar em consideração os fatores ambientais, sociais e pessoais, que causem além da limitação ao exercício de atividades laborais, restrições à participação social pelo solicitante. Segundo Manoela Tereza Martins de Souza e Silva:

A concepção da CIF enfoca a funcionalidade, isto é, como um sujeito com uma incapacidade desempenha suas atividades diárias. Este entendimento considera que toda atividade apresenta requisitos para sua realização, alguns desses podem ter pouco ou nenhum efeito na capacidade da pessoa para executar determinado trabalho e outros podem apresentar-se como um obstáculo intransponível à sua

realização. Daí se pode dizer que é no desempenho das atividades que se apresentam as situações em que a incapacidade se expressa.<sup>157</sup>

Assim, o Decreto 6.214/2007 revela que somente por meio da interação entre os fatores contextuais e os critérios indicadores de saúde, propriamente ditos, é que se pode aferir a existência de incapacidade.

Ocorre que a Lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, na qual estão disciplinados os benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, não traz sequer o conceito de incapacidade laboral, apesar de citar várias vezes o termo incapaz, não define o que é ser incapaz. A Previdência Social entende a incapacidade como a impossibilidade do desempenho das funções específicas de uma atividade (ou ocupação), em consequência de alterações morfopsicofisiológicas provocadas por doença ou acidente. Ou seja, não se refere nesse conceito qualquer questão relacionada ao contexto social. Porém, como a avaliação de incapacidade pela Previdência Social visa analisar se o indivíduo encontra-se apto para o exercício laboral, o contexto externo ao sujeito pode favorecer, ou não, o retorno ao trabalho.

Encontramos uma dica do significado de incapacidade no art. 42, da Lei 8.213/91, que trata dos requisitos para a do benefício de aposentadoria por invalidez, que considera incapaz aquele que insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

A Lei 8.213/91 somente exige que a condição de incapacidade seja verificada por meio de perícia médica. Assim, o significado de incapacidade apresenta-se aberto e totalmente vinculado à realização da perícia médica para que haja sua caracterização, o que tem feito o INSS realizar uma interpretação muito restrita sobre o seu significado, levando em consideração apenas a parte médica.

Ocorre que cabe ao INSS, como órgão da administração pública e como principal intérprete da legislação previdenciária, estar preparado para exercer seu múnus público com segurança e independência, interpretando a lei com base na Constituição Federal, a fim de atingir o fim específico da proteção previdenciária que é a cobertura efetiva da situação de risco social, em respeito ao princípio da seletividade.

---

157 SILVA, Manoela Tereza Martins de Souza e. **O programa de reabilitação profissional da previdência social e seus limites**. 2013. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Medicina, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 29 Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/26481/4/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Manoela%20Tereza%20Martins%20de%20Souza%20e%20Silva.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

No âmbito administrativo, a autarquia previdenciária não leva em consideração os critérios ambientais, extrínsecos ao indivíduo, como disciplina a CIF, a discussão se circunscreve no setor de perícias médicas, sendo necessário um treinamento mais qualificado para os servidores atendentes no sentido de interpretação da Constituição e da legislação. Segundo Horvath Júnior:

Para a imensa maioria das situações, a Previdência trabalha apenas com a definição apresentada, entendendo ‘impossibilidade’ como incapacidade para atingir a média de rendimento alcançada em condições normais pelos trabalhadores da categoria da pessoa examinada. Na avaliação da incapacidade laborativa, é necessário ter sempre em mente que o ponto de referência e a base de comparação devem ser as condições daquele próprio examinado enquanto trabalhava, e nunca os da média da coletividade operária. A razão essencial para se conceder qualquer benefício é o beneficiário estar em estado de necessidade social [...] Problema tormentoso é o estabelecimento do nível de perda da capacidade laboral que acarreta a concessão de aposentadoria por invalidez.<sup>158</sup>

O INSS não vem aplicando a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), que define a incapacidade um fenômeno multidimensional, produto da interação entre a saúde do indivíduo e fatores ambientais e sociais, instituindo um modelo social de incapacidade, no qual restam abarcadas as condicionantes endógenas, que tratam do estado de saúde do indivíduo, e as condicionantes exógenas, envolvendo as circunstâncias socioambientais e econômicas. Segundo José Ricardo Caetano Costa, a perícia médica deve observar os seguintes fatores:

- a) Funções do corpo: desempenhos fisiológicos dos sistemas do corpo (incluindo as funções psicológicas).
- b) Estruturas do corpo: estruturas anatômicas.
- c) Deficiências: dificuldades nas funções ou nas estruturas do corpo.
- d) Atividade: execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo.
- e) Participação: envolvimento em situações de vida diária.
- f) Limitações de atividades: problemas na execução de atividades.
- g) Restrições de participação: dificuldades ao se envolver em situações no convívio social.
- h) Fatores ambientais: compõem o ambiente físico, social e atitudinal no qual as pessoas vivem e conduzem a sua vida.<sup>159</sup>

Nesse sentido, Daniel Pulino em sua obra acerca da aposentadoria por incapacidade temporária ou permanente desenvolve um conceito técnico de invalidez a partir da definição da substancial incapacidade. Reconhece que conceituar a invalidez não é apenas o ponto crucial do benefício em exame, mas uma das questões mais complexas de todo o direito previdenciário. Mesmo assim, não se furta de depurar os dois elementos que formam o

<sup>158</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 168.

<sup>159</sup> COSTA, José Ricardo Caetano, *op. cit.*, p. 17.

núcleo do conceito jurídico de invalidez; a substancialidade e a permanência da incapacidade.

Segundo ele:

Daí ser preferível falar-se não em totalidade, mas em substancial incapacidade: a perda ou diminuição de rendas que abata, substancialmente, o orçamento familiar do segurado pode, e deve, ser considerada necessidade social, apta, pois, a permitir a outorga de aposentadoria por invalidez(...) Pelo que vimos até agora, temos condições de afirmar que a concessão de aposentadoria por invalidez pressupõe a ocorrência de incapacidade ou absoluta – que evidentemente se comporta no conceito dado – ou, pelo menos, ampla, substancial de trabalho, devendo-se entender que essa amplitude é tal que importa, verdadeiramente, na incapacidade de ganho do segurado, a qual só poderá ser determinada, em cada caso concreto, segundo diversos fatores pessoais do próprio segurado, tendo como norte sempre a possibilidade de ser mantido o seu nível de subsistência.<sup>160</sup>

Nesta definição foram levados em conta os aspectos mencionados pela Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), pois entende a incapacidade com uma conjunção de múltiplos fatores, ambientais sociais e o estado clínico do indivíduo. Devemos nos atentar que os pleitos previdenciários visam a proteção do cidadão face as adversidades ocorridas ao longo de sua atividade laboral, desta forma, ante a grande dificuldade, como ocorre na hipótese da ocorrência das contingências de idade avançada e incapacidade para o trabalho, que podem ser agravadas em decorrência de outros fatores, fato que torna praticamente impossível de um segurado nestas condições de garantir sua subsistência, daí a necessidade de uma análise voltada também para as condições exógenas do indivíduo. Como bem esclarece Sampaio e Luz:

O desafio posto é entender a relação complexa entre fatores biológicos, sociais, culturais e ambientais, refinando a análise da incapacidade a partir da percepção do corpo como fenômeno biológico e produção social, substituindo a visão mecânica dos biofenômenos por uma visão holística, que poderá contribuir para a compreensão e descrição mais integradas da funcionalidade e incapacidade humanas.<sup>161</sup>

Nas sociedades pós-industriais, como a que vivemos, “não tem sido possível considerar a deficiência um problema individual com resolutividade apenas por tratamento médico”.<sup>162</sup>

160 PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 114-127.

161 SAMPAIO, Rosana Ferreira; LUZ, Madel Terezinha. Funcionalidade e incapacidade humana: explorando o escopo da classificação internacional da Organização Mundial da Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 475-483, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n3/02.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

162 BARNES, Colin. Un Chiste “Malo”: Rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita. In: BROGNA, Patricia. **Visiones y revisiones de la discapacidad**. México: FCE, 2009.

Na visão biopsicossocial, a incapacidade social seria o resultado de uma interação entre biologia, estrutura social e institucional. Nesta concepção a atenção deve incluir não só o tratamento médico, mas também uma ampla gama de medidas visando à integração da pessoa com deficiência no meio social.

Por se estar diante da análise da capacidade para o trabalho, meio de subsistência do segurado, não se pode deixar de analisar o tipo de atividade ou profissão exercida pelo segurado e os riscos que ela traz para si e para terceiros, pois a incapacidade deve ser analisada em conformidade com a atividade desempenhada pelo segurado, como exemplo podemos citar visão monocular, que para a grande maioria dos trabalhadores não seria causa de incapacidade laboral, mas para um motorista ou caminhoneiro, é causa de incapacidade para o trabalho, pois os impede de exercer suas atividades.

Além disso, deve-se sempre levar em consideração a possibilidade de reabilitação profissional, pois, aproveitando o exemplo acima, um caminhoneiro com visão monocular está impedido de dirigir comercialmente, no entanto, não está impedido de trabalhar no almoxarifado da empresa. Desta forma, sempre que possível deve-se dar preferência à reabilitação profissional, mas não se pode exigir do segurado que exerça funções para as quais não possui as mínimas qualificações ou atentem contra sua dignidade.

Importante aqui traçarmos alguns comentários acerca da importância do trabalho nos dias atuais para compreendermos a importância da realização da reabilitação profissional, assim, Karl Marx compreende o trabalho como elemento central da vida e fundamental para a humanidade, porque é o instrumento de mediação entre o homem e a natureza. “É por meio do trabalho que o ser humano utiliza os recursos naturais para construção de produtos que satisfaçam suas necessidades, mas ao fazê-lo modifica a si próprio e à sociedade”.<sup>163</sup> É por ele também que os indivíduos constroem relações que dependem do estágio de desenvolvimento das forças produtivas inseridas em cada contexto histórico.

Portanto, o trabalho é a categoria fundante do ser social, prioritária para que as relações sociais existam, sendo central na vida humana. Importante observar que todos os seres animais (biológicos) se objetivam na natureza exterior, mas o ser social se objetiva pelo trabalho com características próprias. O trabalho para o ser social sempre remete para além das necessidades biológicas.

Daí a importância do processo de habilitação e reabilitação profissional, que compreende quatro funções básicas, como consta no Decreto nº 3.048 /1999 (alterado pelo

---

163MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Reginaldo Sant’Anna, p. 37.

Decreto nº. 4.729/2003) e no Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional - Módulo I: a) a avaliação do potencial laborativo, com vistas à definição da real capacidade de retorno de segurados ao trabalho (...) b) a orientação e acompanhamento do programa profissional c) a articulação com a comunidade para parcerias, convênios e outros, com vistas ao reingresso do segurado no mercado de trabalho, todavia, não caracterizando obrigatoriedade por parte do INSS a sua efetiva inserção, conforme § 1º, art. 140 do Decreto citado; e d) a pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

Ocorre que nem sempre é possível submeter o segurado ao processo de reabilitação profissional, não restando outra alternativa senão a concessão de benefício por incapacidade, é aí que entram em cena a incapacidade social ou biopsicossocial, que leva em consideração conjuntamente os critérios físicos, psíquicos e sociais do segurado, tais como: a) a idade; b) o tipo de incapacidade; c) o nível de escolaridade; d) a profissão; e) o agravamento que a atividade pode causar para a doença; f) a possibilidade de acesso a tratamento adequado; g) o risco que a permanência na atividade pode ocasionar para si e para terceiros; h) o tempo de permanência em benefício concedido administrativamente; i) fatores outros, considerando que a listagem não é exaustiva e devem sempre ser analisadas criteriosamente as condições pessoais, histórico laboral e características do segurado.

Definidos os critérios para a realização de uma análise mais ampla da incapacidade, passemos agora ao estudo da jurisprudência acerca do tema, quais são os critérios utilizados pela Justiça brasileira para concessão de benefícios previdenciários com base na incapacidade social do jurisdicionado.

## 6.2 DA INCAPACIDADE SOCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como vimos acima, é dever do Estado Democrático de Direito assegurar os direitos sociais constitucionalmente previstos, entre os quais se incluem o direito à Previdência Social, cuja função é assegurar aos necessitados, que sofrem com os percalços da vida, um mínimo de segurança e garantias de prover seu próprio sustento quando ficar impedido de fazê-lo.

Deve-se sempre prioritariamente tentar reabilitar o segurado, pois a atenção à saúde dos trabalhadores tidos como inválidos para o trabalho precisa ser revista, com uma perspectiva holística de cuidado, de modo que se atente para a necessidade de restabelecimento da vida dos sujeitos integralmente utilizando-se de manejos mais positivos, ou seja, intervenções com bases dialógicas e que primam pela valorização da fala dos sujeitos

acometidos. Somente após constatação de que o procedimento de reabilitação profissional é inócuo é que devemos aposentar por invalidez o segurado.

Atualmente, em razão dos atuais posicionamentos neoliberais, o que se verifica na verdade é uma verdadeira supressão de direitos trabalhistas e previdenciários, como exemplo podemos citar a Lei 13.846/19, que resultou da conversão da Medida Provisória 871/2019, que instituiu o Programa Especial para análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade (Programa Especial), com o objetivo de revisar processos que apresentem indícios de irregularidade e potencial risco de realização de gastos indevidos na concessão de benefícios administrados pelo INSS, que estabeleceu um pente fino nos benefícios por incapacidade concedidos até então.

Além disso, as perícias médicas no âmbito do INSS, ficaram ainda mais criteriosas no tocante à parte médica e deixam de considerar os aspectos sociais, externos ao segurado, na análise da incapacidade, constituindo-se verdadeira afronta ao que vem sendo preconizado pela ONU, por meio da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF).

Diante dessa postura do INSS de analisar os benefícios por incapacidade de forma genérica, sem levar em consideração os fatores exógenos ao segurado, meio ambiente e fatores sócias, fato que vem claramente afrontando a Constituição Federal, que garante a efetivação e implementação dos direitos sociais, entre os quais situa-se a Previdência Social, não resta outra alternativa ao segurado senão socorrer-se do Poder Judiciário para ver implementados seus direitos mínimos e pleitear a proteção social devida pelo Estado.

Devemos sempre nos ater ao motivo pelo qual os segurados buscam o amparo do Poder Judiciário, estes buscam uma proteção para uma contingência que o aflige e o impede de buscar por seus próprios meios seu sustento, desta forma a concessão de um benefício previdenciário e a apreciação de qualquer processo requer interpretação humanizada e individualizada. O Juiz deve partir da premissa de que a invalidez é um conceito jurídico indeterminado ou mesmo de amplitude multifatorial, entendo que cumpre aos intérpretes preencher esse espaço através da equidade.

A verificação da invalidez não deveria se resumir na comprovação de ordem exclusivamente científica ou médica, compreendendo um juízo complexo, em que se deve avaliar a concreta possibilidade de o segurado conseguir retirar do labor renda suficiente para manter sua subsistência em condições, senão iguais, ao menos proporcionais àquelas que se apresentavam antes de sua incapacitação. Nesse diapasão, o exame médico-pericial deveria se amparar não somente na avaliação clínica, mas também na repercussão do estado



psicossocial do segurado sobre a sua capacidade de trabalho em atividade que lhe possibilite um razoável nível de subsistência.

Cabe salientar que antes de realizar ação pleiteando judicialmente o benefício é necessário realizar o prévio requerimento administrativo do benefício almejado, sob pena do processo ser extinto sem conhecimento de mérito. Esse é o entendimento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

Nas ações previdenciárias no âmbito dos JEF's é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEF's, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário. Processo 200572959961790. Turma Nacional de Uniformização. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE MIGUEL Juiz Federal Relator. DJU 26/10/2006.

Além disso, a exigibilidade do prévio requerimento administrativo não exige o pleno esgotamento da via administrativa, ou seja, não é necessário que o segurado recorra para a Junta de Recursos e para o Conselho de Recursos da Previdência Social, basta que o pedido tenha sido negado pelo INSS.

A jurisprudência pátria vem reconhecendo que fatores externos, sociais e ambientais são relevantes na caracterização da incapacidade laborativa para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria por incapacidade temporária ou permanente, utilizando-se de critérios como idade elevada, natureza da profissão exercida, tipo de incapacidade ou lesão, entre outros critérios, não somente critérios estritamente médicos.

Essa é uma das razões pelas quais a demanda contra a autarquia previdenciária tem aumentado tanto, especialmente no tocante aos benefícios por incapacidade, já que a omissão do Estado em cumprir seus deveres, principalmente a concretização dos direitos sociais, obriga aos cidadãos a busca pela sua concretização.

A incapacidade social vem sendo timidamente reconhecida pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais, com base nos critérios estabelecidos pela CIF, desde 2008, conforme se verifica pelo Acórdão abaixo:

(...) “Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. § 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. §

2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades"; (Art. 16, §2, Decreto n. 6.214/2007). 3. Segurado com 62 anos de idade, portador de hipertensão arterial e doença degenerativa. Baixa escolaridade. Baixíssima perspectiva de reinserção no mercado de trabalho. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e a interpretação sistemática da legislação que trata da incapacidade conduzem à aposentadoria por invalidez, ainda que atestada a capacidade parcial do ponto de vista estritamente médico. 4. Incidente do INSS conhecido e não provido. TNU, PEDILEF nº 2005.83.00.506090-2, DJ 17/03/2008, Rel. Juíza Federal MARIA DIVINA VITÓRIA.

Em acórdão mais recente a TNU reconheceu que o julgador não tem como concluir pela plena capacidade da parte sem que tenha examinado as suas condições pessoais e sociais, uma vez que tais aspectos integram indissociavelmente o conjunto dos efeitos limitadores da patologia:

AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR DE HIV. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E SOCIAIS. JURISPRUDÊNCIA DA TNU. SÚMULA Nº 78 E QUESTÃO DE ORDEM Nº 20. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À TURMA DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. (...) Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social. Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. § 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. § 2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades (Art. 16, § 2, Decreto n. 6.214/2007). (...), no tocante "às condições pessoais do segurado, não se olvida do fato de que, em se tratando de benefício por incapacidade, o julgador deverá atribuir relevo a estas, tais como o grau de escolaridade, o meio social em que vive, a idade, o nível econômico e a atividade desenvolvida", mas, no caso sob exame "a suscitada incapacidade social deixa de ostentar relevância, dado o fato de o laudo pericial ter concluído no sentido de a parte recorrente não ser detentora de qualquer incapacidade laborativa", como preceitua a Súmula n.º 47/TNU ("Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez"). (...) ocorre que, nos casos referentes ao HIV, o julgador não tem como concluir pela plena capacidade da parte sem que tenha examinado as suas condições pessoais e sociais, uma vez que tais aspectos integram indissociavelmente o conjunto dos efeitos limitadores da patologia, em face do alto estigma social ainda reinante em nossa sociedade contra aqueles que infelizmente contraíram tal vírus (estigma reconhecidamente existente mesmo nos casos de pacientes assintomáticos). - Em outras palavras, o exame clínico não é suficiente ao julgador à apuração da incapacidade laborativa nos casos de portadores de HIV, devendo, obrigatoriamente, a apuração pericial (ou judicial) considerar,

juntamente com os aspectos médicos, as condições pessoais (grau de escolaridade, profissão etc) e sociais (grupo social, familiar, comunitário, aptidão real para desempenhar outras profissões etc), econômicas (local de residência e de trabalho) e culturais. (...). Não se trata de reexame de prova, pois a ausência de incapacidade laborativa do autor atestada pelo perito do juízo não está sendo questionada mas, sim, a ausência de apreciação de suas condições sociais, ou seja, conforme a dicção da Súmula 78, incapacidade em sentido amplo, o que necessariamente implica na verificação não só da condição de saúde como também da condição social, o que não foi enfrentado nas considerações do julgado da turma paulista. (...)

Em recente acórdão proferido pela Turma Recursal do Amazonas, em processo no qual se pleiteava a conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, foi reconhecido o direito da autora em razão de circunstâncias que impediam ou dificultavam seu efetivo retorno ao mercado de trabalho, tais como a idade, profissão, nível de escolaridade, bem como o conjunto das doenças que assolavam a autora:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DIFICULDADE DE INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA. (...) 6. Apesar das considerações lançadas na sentença, a situação da parte autora não revela a possibilidade de retorno ao mercado de trabalho. A autora, possui atualmente 63 anos, e sua experiência profissional é tão-somente como empregada doméstica. Ademais, a perícia médica judicial não levou em consideração a realidade fática, desconsiderou as dificuldades econômicas e as necessidades da recorrente, bem como o perito sequer se manifestou sobre qualquer melhora no quadro de saúde da recorrente capaz de torná-la capacitada para o labor por ocasião da cessação do benefício. Na prática, portanto, mostra-se inviável sua recolocação no mercado de maneira adequada e digna. 7. Preenchidos os requisitos legais, a parte autora tem direito à aposentadoria por invalidez, com a conversão do auxílio-doença. 8. Sentença reformada, para conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, sendo a DIB fixada a contar da data do requerimento administrativo, considerando que, neste momento já estava caracterizado o quadro clínico atual. PROCESSO Nº. 0009989-38.2018.4.01.3200, TURMA RECURSAL DO JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL/AM, Relator Juiz Federal MÁRCIO ANDRÉ LOPES CAVALCANTE, Publicado em 10/05/2019.

Colacionamos um acórdão, também da Turma Recursal do Amazonas, onde o benefício por incapacidade pleiteado foi negado em razão da análise das condições socioeconômicas daquele que pleiteava o benefício, em razão das condições pessoais da parte autora são favoráveis para o retorno ao mercado de trabalho, não se identificando hipótese que impossibilite:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PARCELAS RETROATIVAS. INCAPACIDADE PERMANENTE NÃO VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA. (...) 6. O laudo pericial é claro ao exprimir a constatação de que a incapacidade da parte autora é temporária. As condições pessoais da parte autora (36 anos de idade, vigilante por quinze anos, ensino médio completo) são favoráveis para o retorno ao mercado de trabalho, não se identificando hipótese que impossibilite. A necessidade de acompanhamento/tratamento médico, por si só, não

justifica a concessão do benefício quando não existe limitação ao trabalho habitual da parte autora. 7. Nestes termos, não havendo prova da incapacidade no período de 02/03/2018 a 14/06/2018, a parte autora não faz jus às parcelas pretéritas nele compreendidas. Também não faz jus à aposentadoria por invalidez, haja vista que não foi demonstrado a incapacidade permanente e total. PROCESSO N.: 0005922-30.2018.4.01.3200, TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL/AM, RELATOR: DR. MARCELO PIRES SOARES, Publicado em 26/07/2019.

A primeira súmula da Turma Nacional de Uniformização acerca da incapacidade social foi a de número 47, que atrela a análise das condições pessoais do segurado ao reconhecimento da incapacidade parcial para o trabalho.

Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.<sup>164</sup>

A Súmula 77 também trata do tema, pois dispensar o juiz de analisar a condições pessoais e sociais quando a perícia não reconhecer a incapacidade do segurado para a exercício de suas atividades habituais:

O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual.<sup>165</sup>

Tal súmula contraria o disposto acerca da incapacidade social, pois deixa a cargo exclusivo da perícia médica o reconhecimento da incapacidade do requerente para o exercício de suas atividades habituais, em toda a análise acerca da incapacidade do segurado sempre devem ser observadas suas condições pessoais, sociais e culturais, jamais deve ser analisada somente a parte médica isoladamente.

No entanto, a Súmula 78, pacificando em seu âmbito a necessidade de verificação das condições pessoais, sociais e culturais de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo dos portadores de HIV:

Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a

---

164BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 47. Brasília, DF, 15 de março de 2012. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

165BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 77. Brasília, DF, 06 de setembro de 2013. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.<sup>166</sup>

Verifica-se que houve uma evolução na jurisprudência acerca da necessidade de análise das condições pessoais, sociais e culturais do indivíduo, juntamente com a parte médica, para caracterizá-lo como incapaz para o exercício de suas atividades habituais, ao adotar o caminho da perícia complexa, aquela que analisa a parte médica e as questões sociais, pessoais e culturais do indivíduo, pois se torna inevitável demonstrar que a perícia médica não é suficiente para constatação de todos os fatores presentes na CIF.

Partilhamos do entendimento de Alan Costa Macedo para quem, “os juízes deverão ter discernimento através de uma reciclagem conceitual, concordando que o resultado de um pedido de benefício previdenciário por incapacidade, não poderá ser baseado apenas na avaliação do médico perito”.<sup>167</sup>

Ademais, nota-se pelos julgados que a apreciação das condições exógenas ao segurado, ocorre de forma genérica, com simples citações genéricas como “as condições pessoais da parte autora (36 anos de idade, vigilante por quinze anos, ensino médio completo) são favoráveis para o retorno ao mercado de trabalho, não se identificando hipótese que impossibilite”. Não havendo uma análise mais detalhada sobre o tipo de incapacidade, o agravamento que a atividade pode causar para a doença, a possibilidade de acesso a tratamento adequado, o risco que a permanência na atividade pode ocasionar para si e para terceiros, o tempo de permanência em benefício concedido administrativamente, entre outros fatores.

Sabemos que a adoção dos critérios exógenos ao segurado trata-se de uma tarefa difícil para o sistema de justiça, especialmente nos dias atuais, onde a justiça é constantemente cobrada por sua produtividade “sem compromisso com o valor ‘justiça’, a produção de decisões padronizadas sem relação com a facticidade, a introdução de soluções de consenso distanciadas do valor ‘verdade’”.<sup>168</sup>

No entanto, para que a justiça exerça sua função primordial de pacificação social, torna-se imperioso que deixe de produzir decisões em série, como comumente ocorre nos

---

166 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 78. Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

167 MACEDO, Alan Costa. Perícia biopsicossocial em benefícios previdenciários e assistenciais por incapacidade. **Instituto de Estudos Previdenciários**, Belo Horizonte, ano 10, n. 506, 09 de maio 2016. Disponível em: <[ieprev.com.br/conteudo/id/40998/t/periciabiopsicossocial-em-beneficios-previdenciarios-e-assistenciais-por-incapacidade](http://ieprev.com.br/conteudo/id/40998/t/periciabiopsicossocial-em-beneficios-previdenciarios-e-assistenciais-por-incapacidade)>. Acesso em: 19 ago 2019.

168 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 126.

Juizados Especiais Federais, e passe a olhar mais detalhadamente cada caso concreto, examinando todos os fatores que interferem na caracterização da incapacidade laboral.

Diante desse quadro, defende-se a aplicação do princípio da proibição de insuficiência sobre a atividade judicial, a fim de que, no momento de interpretação da norma correspondente, confira proteção no nível esperado pela Constituição, possibilitando a concretização adequada do direito e, por consequência, a efetiva proteção à contingência doença ou incapacidade para o trabalho. Para tanto, deve ser aplicada a técnica da proporcionalidade, com as peculiaridades inerentes à sua faceta de vedação de insuficiência.

Cumpra esclarecer, de início, que a proibição de insuficiência não coincide, em exatos termos, com o dever de proteção, possuindo uma certa função autônoma, tendo em vista que o imperativo de tutela estabelece “se” existe o dever de proteção, restando à proibição de insuficiência a definição de “como” isso se efetivará. Nesse sentido, para concluir pela ocorrência de violação da proibição de insuficiência, considerando que a previsão constitucional limita-se a exigir a proteção, sem detalhar de que modo deve ser feito, explica Canaris (2016, p. 122-123)<sup>169</sup> que, primeiro deve ser perquirida a real existência do dever de proteção, ou seja, se há fundamento para impor-se o imperativo de tutela; sendo afirmativa, pode-se, então, analisar qual foi a medida adotada pelo direito ordinário e refletir se satisfaz suficientemente a proteção de maneira apropriada e eficaz, verificando se a proteção do direito infraconstitucional resguardou e não excedeu os interesses dos bens jurídicos em questão.<sup>169</sup>

Nesse sentido, tendo em vista que a cobertura das contingências de doença ou invalidez, conforme prevê o inciso I, do art. 201, da CF, e demanda a proteção estatal contra ameaça de não conseguir prover sua subsistência caso não consiga desenvolver sua atividade laboral, conclui-se que aquele direito configura um imperativo de tutela.

Por seu turno, a aferição da suficiência da proteção concedida passa por análise mais complexa. Examinando a questão pela função do Estado-Legislator, a despeito de não ter definido quais os critérios necessários para a caracterização da incapacidade laboral, deixando sua caracterização totalmente a cargo dos peritos médicos do INSS, entendemos que é possível a aplicação imediata do inciso I, do art. 201, em razão da determinação prevista no parágrafo 1º, do artigo 5º, da CF.

Dessa maneira, mesmo não explicitadas as definições do que significa estar incapacitado para o trabalho, bem como quais os fatores a serem considerados na avaliação da incapacidade laboral, seja na Constituição ou em lei, é possível exigir sua aplicabilidade, em razão de já existirem regras que completem essas lacunas conceituais, como o Decreto 6.214/07 e a CIF.

---

<sup>169</sup> FAVARETTO, Sandra, *op. cit.*, p. 124.

Diante disso, embora possa-se considerar insuficiente o comportamento do Estado-Legislator, diante do nível de proteção demandado – seja pela ausência de publicação da norma complementar, seja pela inadequação compensação – é possível superá-la por meio da aplicação imediata do direito fundamental referente à cobertura das contingências doença e invalidez.

Caso o INSS mantenha sua postura de caracterizar a incapacidade laboral por critérios estritamente médicos, sem analisar as condições exógenas ao segurado, a discussão sobre a insuficiência também pode ser feita no âmbito do judiciário, em que se analisa se houve cumprimento adequado do dever de analisar com amplitude as condições que geram a incapacidade para o trabalho. Segundo Sandra Favaretto:

Na função de Estado-Juiz, cabe examinar se o produto dela resultante, a decisão judicial, observou, no processo interpretativo, o discurso constitucional, a fim de aplicar a solução mais justa ao caso concreto. Contudo, nos casos de colisão de direitos e princípios fundamentais, em que haverá prevalência pontual de um deles (e não revogação), a exigência de vinculação do julgador à Constituição deve levar em conta que se trata de um sistema jurídico de conceitos abertos, a serem complementados pelo intérprete, após uma valoração jurídica dos mesmos.<sup>170</sup>

Dessa forma, na aplicação do inciso I, do art. 201, da CF, que determina a proteção contra as contingências doença e invalidez, demanda uma interpretação no sentido de efetivamente proteger o segurado contra tais contingências que impeçam o segurado de prover seu sustento. Desse modo, deve ser dada uma interpretação ampla ao significado de doença ou incapacidade temporária ou permanente, adotando não apenas os critérios médicos, mas critérios outros que impeçam o segurado de exercer normalmente suas atividades, buscando a máxima efetividade da proteção trazida no art. em questão.

Ao aplicarmos a teoria de proibição da proteção insuficiente, devemos levar em consideração as submáximas como nos ensina Alexy: adequação, o meio escolhido deve levar ao fim desejado; necessidade, havendo mais de um meio apto à consecução do fim almejado, deve ser eleito o menos restritivo aos direitos fundamentais; proporcionalidade, pela qual as desvantagens decorrentes da aplicação do meio, são compensadas pelos benefícios trazidos através de sua aplicação e adequação, que tem a finalidade de eliminar os meios não adequados, uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada.<sup>171</sup>

---

170 *Id.*, p. 126.

171 ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 588.

Diante disso, nos termos do procedimento estabelecido pela máxima da proporcionalidade, no concernente à submáxima da adequação/efetividade, pode-se afirmar que a aplicação exclusiva de critérios unicamente médicos (internos ao segurado) viola princípio da proibição de proteção insuficiente, pela completa e manifesta incompatibilidade entre o meio adotado e o fim pretendido, tendo em vista que não assegura o exercício efetivo do direito fundamental que é a proteção contra a contingência de eventos de doença e invalidez. Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>172</sup>

Após a aplicação da máxima da proporcionalidade, de verificação de violação da proibição de insuficiência, há de analisar-se a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Nesta, ocorre uma análise de restrição realizada e o benefício obtido entre a limitação imposta aos direitos fundamentais e as vantagens advindas com a promoção do fim, ou seja, as vantagens de uma análise mais ampla, levando em consideração só fatores exógenos ao segurado e os prejuízos trazidos aos INSS. Desta forma:

(...) a admissão por parte do Estado de que a concretização do direito fundamental social pode colocar em perigo ou ameaça outros bens constitucionalmente protegidos, de tal ordem que se justificaria, mesmo com as cautelas das outras duas máximas (*efetividade e suficiência*), o teste de verificação da primazia, ou não, de um ou outro direito ou bem constitucional envolvido na colisão (no caso, com o direito fundamental social). Essa verificação é realizada por intermédio de uma ponderação de bens, onde o jogo dos argumentos e contra-argumentos, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, é que iria dar a chave para a solução do problema, oferecendo uma primazia condicionada a um dos princípios, ou direitos fundamentais, envolvidos na colisão.<sup>173</sup>

No caso em questão, a concretização do direito fundamental à cobertura das contingências doença e incapacidade temporária ou permanente, não coloca em risco nenhum

172 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50, p. 34. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2019.

173 GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-5/constituicao-poderproibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 23 dez. 2019.



outro bem constitucionalmente protegido, nem mesmo o da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, nem o princípio da contrapartida, pois os benefícios por incapacidade, tanto de natureza previdenciária quanto acidentária, são benefícios consolidados, já possuem fonte de custeio definida. A adoção de critérios exógenos ao segurado, como proposto neste trabalho, em nada prejudicaria os cofres da Previdência Social.

Uma análise mais detalhada e criteriosa dos benefícios por incapacidade poderia ser vantajosa para os cofres da Previdência, pois ao conceder administrativamente benefícios por incapacidade, reduziria o número de ações ajuizadas, gerando uma economia com honorários advocatícios, juros de mora e correção monetária no pagamento dos referidos benefícios, além de desafogar o Poder Judiciário. Vejamos alguns dados Constantes do Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS):<sup>174</sup>

Em porcentagem do total de concessões

	Em maio de 2019	Em dezembro de 2018
Aposentadoria por idade	17,6	15,5
Aposentadoria por tempo de contribuição	20,1	16,5
Aposentadoria especial	83,6	78,5
Aposentadoria por invalidez previdenciária	33,8	27,1
Aposentadoria por invalidez acidentária	23,0	17,9
Pensão por morte previdenciária	8,4	12,0
Auxílio-doença previdenciário	7,2	5,5
Auxílio-doença acidentário	1,5	1,1
Auxílio-acidente	43,5	35,9
Auxílio-acidente acidentário	75,8	68,6
Salário-maternidade	3,0	4,6

Os principais benefícios concedidos por ação judicial

	dez/18	jan/19	fev/19	mar/19	abr/19	mai/19
Aposentadoria por idade	6.344	7.916	8.417	8.990	8.998	8.135
Aposentadoria por tempo de contribuição	3.225	4.214	4.861	4.799	4.797	4.723
Aposentadoria especial	1.066	1.279	1.506	1.539	1.700	1.512
Aposentadoria por invalidez previdenciária	5.819	7.823	7.152	8.771	8.584	8.573
Aposentadoria por invalidez acidentária	170	216	274	281	271	269
Pensão por morte previdenciária	2.456	3.173	3.607	3.604	3.596	3.421
Auxílio-doença previdenciário	8.914	11.623	11.051	13.236	14.147	12.761
Auxílio-doença acidentário	151	200	190	228	278	230
Auxílio-acidente	576	824	761	1.033	966	920
Auxílio-acidente acidentário	1.079	1.321	1.380	1.580	1.700	1.661

174 Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS). Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/03/Beps18.01.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

Salário-maternidade	1.590	1.779	2.091	1.755	1.731	1.408
---------------------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Tais dados demonstram que em maio de 2019, 33,8% das aposentadorias por invalidez previdenciárias foram concedidos através de decisões judiciais, trata-se de um número bem relevante e revela que a análise realizada pelo INSS do requerimento deste benefício não vem sendo efetuada da maneira correta, já que o benefício acaba sendo concedido mediante decisão judicial.

Ocorre que, como acima mencionado, a concessão judicial dos referidos benefícios gera um custo adicional à Previdência Social e ao Poder Judiciário, custo este que seria extinto caso a análise dos requerimentos dos benefícios por incapacidade fosse efetuada com maior cuidado levando em conta todos os fatores que interferem na vida do segurado.

Portanto, não há que se falar em aumento de despesa aos cofres da Previdência Social caso se utilize dos critérios da “incapacidade social” para a análise e concessão dos benefícios por incapacidade.

Por fim, porque a prevalência do direito fundamental previsto no inciso I, do art. 201, da CF, não viola, portanto, os princípios da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, e o princípio da contrapartida, portanto, no que toca à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, verificar-se-á ocorrência de violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente se, em favor do princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, não se der primazia ao direito fundamental de cobertura das contingências doença e invalidez.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, um país de dimensões continentais e composto por diversas etnias, com uma diversidade regional muito grande, notamos que muitas pessoas ficam desassistidas pela Previdência Social no momento em que são acometidas pelas contingências de doença ou invalidez para o trabalho, em razão da forma pelo qual os problemas que as afligem são analisados pelos órgãos estatais responsáveis por prestar-lhes auxílio.

Pessoas com as mais diferentes realidades acabam recebendo o mesmo tratamento estatal, baseando exclusivamente na avaliação médica de sua condição física, deixando de lado uma análise mais abrangente baseada em fatores exógenos ao segurado.

Conforme já exposto acima, a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), elaborada pela Organização Mundial de Saúde, utiliza critérios mais modernos para classificar a incapacidade, utilizando-se principalmente de dois fatores, as condições de saúde físicas do indivíduo em interação com fatores ambientais e pessoais, os quais podem influenciar na avaliação tanto pelo perito médico, quanto pelo juiz de processos envolvendo demandas por benefícios por incapacidade tanto de natureza previdenciária quanto de natureza acidentária.

Devem ser considerados diversos fatores contextuais, os quais são constituídos de fatores ambientais e pessoais na caracterização da incapacidade para o trabalho, não se considera exclusivamente a parte médica, que se refere somente ao problema de saúde do indivíduo, seu tratamento e recuperação.

Diante do que foi analisado, para a caracterização da incapacidade laborativa devem ser considerados conjuntamente os critérios físicos, psíquicos e sociais do segurado, tais como: a) a idade; b) o tipo de incapacidade; c) o nível de escolaridade; d) a profissão; e) o agravamento que a atividade pode causar para a doença; f) a possibilidade de acesso a tratamento adequado; g) o risco que a permanência na atividade pode ocasionar para si e para terceiros; h) o tempo de permanência em benefício concedido administrativamente; i) o meio onde o segurado vive, pois pode agravar ou dificultar o acesso do segurado ao tratamento ou recuperação; j) fatores outros, considerando que a listagem não é exaustiva e devem sempre ser analisadas criteriosamente as condições pessoais, histórico laboral e características do segurado.

Da análise da jurisprudência acerca do tema, verificamos que ainda é tímida a aplicação da incapacidade social para a concessão dos benefícios por incapacidade de natureza previdenciária ou acidentária, pois voltada unicamente à questão laboral, na

possibilidade do indivíduo poder ou não exercer suas atividades laborais, em nenhum dos casos analisados levou-se em consideração a possibilidade de acesso ao tratamento adequado, fator decisivo para a recuperação e reinserção do incapaz no mercado de trabalho. Cabe salientar aqui que o Brasil é um país continental, com regiões praticamente desprovidas de atendimento médico e muito menos fisioterápico, essenciais para o tratamento de uma doença ou lesão.

Também não encontramos nenhuma jurisprudência que considere o risco que a permanência na atividade possa causar a terceiros, como no caso de um motorista de caminhão acometido por problemas na visão, ainda que este não esteja totalmente incapaz, o risco que este pode trazer aos demais motoristas em razão de não dispor de plenas condições de dirigir, já é uma justificativa para a concessão de benefício por incapacidade, pelo menos no período de tratamento da doença ou lesão.

As decisões judiciais dificilmente levam em consideração a dificuldade de retorno ao mercado de trabalho portando uma doença ou lesão, como podemos exigir que um pedreiro, por exemplo, com idade avançada e com problemas de ortopédicos possa concorrer com pessoas saudáveis num mercado de trabalho tão saturado como o atual? Deve-se considerar que há preconceito com pessoas de idade avançada pelos empregadores, gerando uma verdadeira legião de pessoas que não conseguem mais inserção no mercado de trabalho e acabam ficando totalmente desassistidas pela Previdência Social, que deixa de cumprir com sua finalidade principal.

No entanto, apesar das decisões judiciais ainda não terem adotado em sua plenitude os critérios estabelecidos pela Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), vem considerando a incapacidade social especialmente no tocante à idade avançada e na dificuldade do segurado exercer suas atividades laborais. Na maioria dos casos, restou evidenciado que é apenas realizado um cotejo dos resultados da perícia médica com alguns dados sociais do segurado encontrados no processo judicial, não há uma perícia social complementar, para demonstrar a ocorrência da incapacidade social, o que demonstraria a necessidade do recebimento de um benefício por incapacidade.

O problema maior reside na seara administrativa, pois o INSS não se utiliza dos critérios necessários para caracterizar a incapacidade social, sendo que as perícias realizadas pela autarquia previdenciária, tratam exclusivamente do critério médico, situação que tende a se agravar com os novos critérios estabelecidos pela Lei 13.846/2019, que institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de

Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade.

Considerando que o direito ao recebimento de benefício por incapacidade, constitui-se um direito fundamental social à previdência social, as perícias realizadas pelo INSS para análise dos benefícios por incapacidade, deveriam ser realizadas através de uma análise multifatorial, devendo ser analisados os fatores ambientais, extrínsecos ao indivíduo, não apenas os critérios exclusivamente médicos, no entanto, devido ao grande número de pedidos, ao número reduzido do quadro de peritos da autarquia previdenciária e também da falta de peritos especialistas em algumas áreas da medicina, tais como oftalmologia, neurologia, entre outras, faz pesar sobre estes uma grande sobrecarga de trabalho, que muitas vezes implica a realização de perícias médicas sem o cuidado necessário, sem sequer prestar atenção no próprio segurado, resultando em perícias extremamente rápidas e sem a atenção necessária aos aspectos de saúde do segurado.

Ocorre que cabe ao INSS, como órgão da administração pública e como principal intérprete da legislação previdenciária, estar preparado para exercer seu múnus público com segurança e independência, interpretando a lei com base na Constituição Federal, a fim de atingir o fim específico da proteção previdenciária que é a cobertura efetiva da situação de risco social, em respeito ao princípio da seletividade.

O INSS não vem aplicando a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), elaborada pela Organização Mundial de Saúde, que define a incapacidade um fenômeno multidimensional, produto da interação entre a saúde do indivíduo e fatores ambientais e sociais, instituindo um modelo social de incapacidade, onde restam abarcadas as condicionantes endógenas, que tratam do estado de saúde do indivíduo, e as condicionantes exógenas, envolvendo as circunstâncias socioambientais e econômicas.

Desta forma, para plena efetivação dos direitos sociais representados pela Previdência Social, entendida como parte integrante de um conjunto de proteção social, urge que o INSS incorpore o conceito de incapacidade social em suas perícias e que, além de realizar exclusivamente a perícia médica, também efetue a perícia social, com intuito de avaliar os caracteres ambientais extrínsecos ao indivíduo, não apenas os critérios exclusivamente médicos.

Além disso, verificamos também que a efetiva prevalência do direito fundamental previsto no inciso I, do art. 201, da CF, não viola os princípios da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial e o princípio da contrapartida, portanto, no que toca à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se dessa forma aplicar-se o princípio da proibição

da proteção insuficiente, dando-se primazia ao direito fundamental de cobertura das contingências doença e invalidez tanto nas causas de natureza previdenciária quanto nas de natureza acidentária.

Assim, a incapacidade social deve ser um critério a ser necessariamente considerado quando da análise da concessão dos benefícios por incapacidade, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, tanto de natureza acidentária quanto de natureza previdenciária. Ademais, deve ser observado na esfera administrativa, na concessão desses benefícios pelo INSS, bem como na esfera judicial, onde o juiz deverá fundamentar sua decisão nos critérios socioambientais onde está inserido o segurado.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALENCAR, Hermes Arrais. Benefícios previdenciários. 45. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMANSA PASTOR, Jose Manuel. Derecho de la seguridad social. 7. ed., Madrid: Tecnos, 1991.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo Valorativo. 3a. ed. Rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Elias Tavares de. Perícia médica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_etiç/24.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etiç/24.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2019.

ASSIS, Armando Oliveira. Fundamentos da seguridade social, São Paulo: LTr, 1975.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. Teoria e prática do direito previdenciário. São Paulo: Lemos & Cruz, 2009.

BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. Noções preliminares de direito previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). Introdução ao direito previdenciário. São Paulo: Ltr, 1998.

BALERA, Wagner; PULINO, Daniel. Da irredutibilidade do valor dos benefícios: previdência em dados. Rio de Janeiro: Dataprev. v. 11, p. 5-15, 1996.

BARNES, Colín. Un Chiste “Malo”: ¿Rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita? In: BROGNA, Patricia. Visiones y revisiones de la discapacidad. México: FCE, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS Jr., Edmilson de Almeida. Direito previdenciário médico: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Teoria geral da previdência social. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS). Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/03/Beps18.01.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

BORGES, Juliana Moreira da Silva Faria Ramos. Da perícia médica no direito previdenciário, no âmbito administrativo e judicial. Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 19, n. 145, fev. 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16794](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16794)>. Acesso em: 11 junho 2019.

BRANCAGLIONE, Lúcia Helena. A aplicação do princípio da solidariedade no direito do trabalho 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC SP, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5646/1/Luciana%20Helena%20Brancaglione.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL. INSS. Tipos de filiação. 2019. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/tipos-de-filiacao/>>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 78. Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 77. Brasília, DF, 06 de setembro de 2013. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 47. Brasília, DF, 15 de março de 2012. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfsgnag Sarlet e Paulo Pinto Mota. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, Rivista de Diritto Processuale, 30, 1975.



CARDONE, Marly A. Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 1990.

CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. Teoria Geral do Processo. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COHN, Amélia. A Reforma da Previdência Social: virando a página da história?. Revista São Paulo em Perspectiva. São Paulo: Fundação SEADE, v. 9, n. 4, p. 54-59, out./dez. 1995.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. Direito previdenciário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José Ricardo Caetano. A quebra de paradigma na perícia médica: da concepção biomédica à concepção biopsicossocial. Revista de Previdência Social, Rio Grande, v. 37, n. 392, p. 119-148, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/download/6259/3915>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. Princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CUSTÓDIO, Fernando Henrique Correia. Uma nova análise sobre os benefícios por incapacidade: ênfase na sua efetividade como direito humano fundamental e social. 2016. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04082016-113314/pt-br.php>>. Acesso em: 14 maio 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14. ed.. São Paulo: Ltr, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

Dicionário Médico. Disponível em: <<https://www.xn—dicionriomdico-0gb6k.com/les%C3%A3o.html>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. v. 1, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 3, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do direito. Tradução Márcio Pugliesi, 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

FAVARETTO, Sandra. O princípio da proibição de proteção insuficiente como concretização adequada do direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Usp, Ribeirão Preto, 2019.

FERREIRA, William Santos. Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação. In: SERAU Jr., Marco Aurélio (org.). Juizados Especiais Federais. Curitiba : Juruá, 2012.

FONSECA, Gabriela Koetz da. Requisitos objetivos e procedimento de análise do benefício de auxílio-doença. Conteúdo Jurídico. Brasília, DF, 20 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37742/requisitos-objetivos-e-procedimento-de-analise-do.beneficio-de-auxilio-doenca>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. Direito da seguridade social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANÇA, Álvaro Sólon de. Previdência Social e a economia dos municípios. 5. ed., Brasília: ANFIP, 2004.

FUENZALIDA, Gabriela Lanata. Manuel de legislación previsional. Santiago: LexisNexis, 2001.

GONÇALVES, Nair Lemos. Novo benefício da previdência social. São Paulo: Ibrasa, 1976.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUEDES, Neviton. Princípio da Proibição de Insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. Revista Consultor Jurídico, 15 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-5/constituicao-poderproibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>> Acesso em: 23 dez. 2019.

HERZLICH, Cléroux. Saúde e doença no início do século XXI: entre a experiência privada e a esfera pública. Physis. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, 2004.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 1999.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 9. ed. São Paulo: Quartier Lantin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16. ed. Niterói: Impetus, 2010.

INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. Manual de perícia médica da previdência social. Disponível em <[http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/RESPOSTA\\_RECURSO\\_2\\_manualpericiamedica%20\(1\).pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/RESPOSTA_RECURSO_2_manualpericiamedica%20(1).pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2019.

LEITÃO, André Strudart; MEIRINHO, Augusto Grieco. Sant'Anna. Manual de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Celso Barroso. A proteção social no Brasil. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1978.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi. 7a. ed. (atualizada por Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci). Milano: Giuffrè, 2008.

MACEDO, Alan Costa. Perícia biopsicossocial em benefícios previdenciários e assistenciais por incapacidade. Instituto de Estudos Previdenciários, Belo Horizonte, ano 10, n. 506, 09 de maio 2016. Disponível em: <[ieprev.com.br/conteudo/id/40998/t/periciabiopsicossocial-em-beneficios-previdenciarios-e-assistenciais-por-incapacidade](http://ieprev.com.br/conteudo/id/40998/t/periciabiopsicossocial-em-beneficios-previdenciarios-e-assistenciais-por-incapacidade)>. Acesso em: 19 ago 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Contribuições previdenciárias: questões atuais. São Paulo: Dialética, 1996.

\_\_\_\_\_. Princípios de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais trabalhistas. São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, Karl. O Capital: crítica da economia política. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de Reginaldo Sant'Anna.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido Processo Legal e Proteção de Direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELO, Maria da Penha Pereira de; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. A decisão pericial no âmbito da previdência social. Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 105-127, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a07v13n2.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

MOLES, Ricardo R. Seguridade Social. Boletim do INPS da Argentina. Buenos Aires, 1967.

MOREIRA, Lycia Braz. O princípio do mínimo existencial e sua eficácia na informação do conceito de renda. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2004.

NEVES, Ilídio das. Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NOGUER, Héctor Humeres. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo III. Derecho de la seguridad social, 17. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luis Tortuero. *Instituciones de seguridad social*. 14. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

OLIVEIRA, V. R. Política de Assistência no Brasil. Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, n. 31, dez., 1989.

OMMATI, Fides Angélica. Manual elementar de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

OMS. Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde. Lisboa, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.observatoriodocuidado.org/bitstream/handle/handle/1777/CIF%20-%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20de%20Funcionabilidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

PAULA, Ana Cristina Alves de. Análise biopsicossocial da incapacidade laboral na concessão de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2018. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/154964/Paula\\_ACA\\_me\\_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/154964/Paula_ACA_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>. Acesso em: 31 jul. 2019.

PEREIRA FILHO, Luiz Clemente. Princípios constitucionais da seguridade social. 2006. 204 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC SP, São Paulo, 2006. Disponível em: <[https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7210/1/luiz\\_clemente.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7210/1/luiz_clemente.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2019.

PEREIRA, José Maercio. Previdência social, aposentadoria por tempo de contribuição e risco social. 2013. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Previdenciário, Puc São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6271/1/Jose%20Maercio%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019.

PERSIANI, Mattia. Diritto della previdenza sociale: manuali di scienze giuridiche. Pádova: Cedam, 2002.

PIPPI, Félix. *La Notion de salaire social*. Paris: LGDJ, 1976.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo 4.

PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

PULINO, Daniel. A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro. São Paulo: LTr, 2001.

RALA, Eduardo Telles de Lima. A EFETIVIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, n. 22, p.27-40, jan/dez. 2013. Semestral. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/217/323>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014. v. 1.

RODRIGUES, Flávio Martins. Fundos de pensão de servidores públicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUPRECHT, Alfredo Julio. Asignaciones familiares. Buenos Aires: Zavalia, 1998.

SAMPAIO, Rosana Ferreira; LUZ, Madel Terezinha. Funcionalidade e incapacidade humana: explorando o escopo da classificação internacional da Organização Mundial da Saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 475-483, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n3/02.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SANTIAGO, Marcus Firmino; SANTOS, Rosilene dos. Da construção à iminente desconstrução do Estado de bem-estar social. Uma análise da realidade constitucional brasileira nascida em 1988. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, v. 26, n. 2, p.115-136, jul/dez. 2017. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/951/pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. O princípio da seletividade das prestações da seguridade social. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: Revista da Ajuris, v. 35, n. 109, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência. In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAVARIS, José Antônio. Curso de pericia judicial previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica. 2. ed. Curitiba. Alteridade, 2014.

\_\_\_\_\_. Curso de direito processual previdenciário. Curitiba: Juruá, 2008.

SENTIS MELENDO, Santiago. La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Curso de processo judicial previdenciário. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Manoela Tereza Martins de Souza e. O programa de reabilitação profissional da previdência social e seus limites. 2013. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Medicina, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 29 Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/26481/4/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Manoela%20Tereza%20Martins%20de%20Souza%20e%20Silva.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>> Acesso em: 23 dez. 2019.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS NO SUS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DESSA GARANTIA. Revista Paradigma, Ribeirão Preto, v. XIV, n.18, p.206-214, 01 dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/53/64>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da et al. MP nº 871/2019: restrição de direitos previdenciários e atentado contra o direito de vulneráveis. Revista Brasileira de Direito Previdenciário, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p.71-91,abr/maio 2019. Bimestral.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

THÉBAUD-MONY, Annie. Organização do Trabalho e a Saúde: uma questão política. In: Boletim da Saúde Pública. v. 19, n. 1. Porto Alegre, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENTURI, Augusto. Los fundamentos científicos de la Seguridad Social. Trad. Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Centro de publicaciones Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo : LTr, 2007.

VIDA SORIA, José et al. Manual de seguridad social. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

VIDAL NETO, Pedro. Natureza jurídica da seguridade social. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1993.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. O Direito à seguridade social na Constituição de 1988 e o princípio da vedação do retrocesso. 2011. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5725/1/Thais%20Maria%20Riedel%20de%20Resende%20Zuba.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2019.