CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA, DO IPA
CURSO DE DIREITO

CRISTINA GOMES FRAGA

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

PORTO ALEGRE
2012

CRISTINA GOMES FRAGA

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE
AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. **Simone Tassinari Cardoso**

PORTO ALEGRE
2012

Dedico este trabalho a minha família, em especial aos meus pais Dilceu Driche Fraga e Neusa Maria Gomes Fraga, ao meu esposo Guilherme Pfeifer Portanova e a minha irmã Andréia Gomes Fraga.

Ao Escritório de Advocacia Portanova e Advogados Associados e seus profissionais pela amizade, incentivo profissional e ajuda técnica.

A parceria incansável de meus nobres colegas, Regis Nieto e Marines Silva.

CRISTINA GOMES FRAGA

REQUISITOS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE
AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA.

Porto Alegre, 05 de junho de 2012.

Prof. Me. Vanessa Chiari Gonçalves
Coordenadora do Curso

Apresentado à banca examinadora integrada pelos professores (as)

_____

Prof. Dra. Orientador
Centro Universitário Metodista, do IPA

_____

Prof. Dr. Banca examinadora
Centro Universitário Metodista,

_____

Prof. Dr. Banca examinadora
Centro Universitário Metodista, do IPA

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é compreender a magnitude da Seguridade Social ao amparar o Risco Social, buscando medidas efetivas de proteção aos beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, acometidos por doenças incapacitantes, através dos benefícios de auxilio doença e aposentadoria por invalidez. Também pretende demonstrar aplicação dos princípios Constitucionais da Igualdade, Dignidade Humana e Solidariedade, bem como a Legislação atual que versa sobre incapacidade e suas peculiaridades.E, por fim, demonstrar os diversos entendimentos acerca das analises e diagnósticos das doenças incapacitantes, tanto na esfera administrativa como na via judicial e seus reflexos na vida de milhares de brasileiros.

Palavras-chave: Seguridade Social; Previdência; princípios constitucionais; doença incapacitante; auxílio-doença; aposentadoria por invalidez; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The objective of this study is to understand the magnitude of Social Security to support the Social Risk, seeking effective measures to protect the beneficiaries of the General Welfare, suffering from crippling diseases, through the benefits of aid disease and disability retirement. It also aims to demonstrate application of the principles of Constitutional Equality, Human Dignity and Solidarity, as well as the current legislation that deals with disability and their peculiarities. And, finally, demonstrate the different understandings of the analysis and diagnosis of debilitating diseases, both in the administrative and the judicial process and its impact on the lives of thousands of Brazilians.

Keywords: Social Security, Welfare, constitutional principles, disabling disease, sickness, disability retirement; Judiciary.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....07
2. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL E O RISCO SOCIAL.....09
2.1 A HISTÓRIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O NASCIMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.....09
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....15
2.2.1 Saúde.....20
2.2.2 A assistência.....22
2.2.3 Previdência..... 23
3. ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL E FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS DOS BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.....25
3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....25
3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....27
3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....29
3.4 DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SIGNIFICATIVAS AO TEMA.....31
3.5DISPOSIÇÕES LEGAIS PERTINENTES À TUTELA DA INCAPACIDADE.....34
4. A DOENÇA INCAPACITANTE. OS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS REFLEXOS NO PODER JUDICIÁRIO.....40
4.1 A DOENÇA INCAPACITANTE PARA CONCEDER BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.....40
4.2 OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS.....43
4.3 AÇÕES JUDICIAIS – EM BUSCA DE UM NOVO PARECER MÉDICO....48
5. CONCLUSÃO.....54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....56

1 – INTRODUÇÃO

A partir de pesquisa mais aprofundada sobre o surgimento e a evolução histórica e social dos Direitos Sociais e da Previdência Social, no que tange, especificamente, aos benefícios por incapacidade, pode-se observar com maior clareza o desenvolvimento de estruturas e mecanismos utilizados para suprir as necessidades dos indivíduos acometidos por doenças incapacitantes ao longo da história.

A elaboração de garantias a partir da Constituição Federal, legislação infraconstitucional, decretos e as Orientações Internas da Previdência Social, possuem o condão de suprir a penúria dos segurados da Previdência Social que deparam-se com a enfermidade e a impossibilidade de exercer de forma habitual e permanente as suas atividades laborais e, que através de benefícios, possam manter a sua subsistência de seus familiares.

Tais benefícios, especialmente o auxílio doença e a aposentadoria por invalidez, são utilizados para amparar diversos Brasileiros, devidamente inscritos na Previdência Social, que após anos de trabalho efetivo, passam a necessitar quando submetidos a doenças incapacidades e, ao exercício pleno da atividade laboral.

Por outro lado, a problemática social vivenciada atualmente pelos trabalhadores do Regime Geral da Previdência Social, quando carecem e partem em busca de proteção, após acometidos pelo Risco Social da Incapacidade.

Portanto, faz-se necessária a reflexão a partir deste estudo, permitindo analisar as dificuldades encontradas pelos segurados até a concessão do benefício, bem como a sua permanência, gerando estragos irreparáveis na vida de milhares de trabalhadores e suas famílias, sob o aspectos econômicos e social.

Desta forma, o presente trabalho busca enfatizar a importância da proteção social do segurado acometido por doença, definitiva ou temporária que incapacite para as atividades laborais, bem como a sistemática utilizada pela Previdência Social para as avaliações e concessões destes benefícios, o

indeferimento como um marco inicial para a busca de uma nova analise e diagnóstico na esfera judicial.

2. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL E O RISCO SOCIAL

2.1 A história dos direitos sociais e o nascimento da Seguridade Social.

A preocupação com os indivíduos incapacitados para o provimento de seu próprio sustento, remonta ao início da civilização. De forma exemplificativa da origem do assistencialismo na antiguidade, pode-se mencionar o Código de Hamurabi (Babilônia) e o Código de Manu (Índia), pela existência de métodos de proteção contra os infortúnios.[1]

Na idade média, apesar de existir preocupação com os indivíduos acometidos por enfermidades incapacitantes, não havia estrutura por parte do Estado para amparar tais trabalhadores, sendo exclusivo da família a proteção e sustento, de forma que os mais novos em plena força de trabalho, ficavam com a responsabilidade de custear o sustento dos os mais velhos. Esta forma de amparo social é considerada a primeira manifestação de proteção social [2]

A modalidade de proteção social apresentada de forma sistemática, foi o mutualismo, que consistia em pessoas que buscavam a proteção recíproca, com objetivo de garantir, além a sua assistência e sustento, também a de seus familiares, em caso de doença e incapacidade do exercício de atividade laboral.[3]

Portanto, as pessoas que não tinham a sorte de possuir um núcleo familiar ou pares que lhes dessem apoio passavam a mendigar, marginalizados, vivendo de esmolas e da disposição de estranhos para comer e vestir.[4]

Ainda na Idade Média a proporção de indivíduos desabrigados, moradores de rua, tornou-se vultosa, a sociedade passou a vislumbrar a necessidade de um local que pudesse abrigar todas essas pessoas. Constitui-

---

[1] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade social. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P: 3 -4.
[2] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. P: 39.
[3] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade social. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P:4.
[4] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade social. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P:4

a, um meio de retirar estes seres desolados e enviá-los para um local isolado, longe dos “olhos da população”.[5]

Desta forma, a partir destas necessidades o marco que concretizou a proteção social foi a edição de “Poor Relief” (Ato de alívio/Auxílio aos Pobres), de origem Inglesa, com data no ano 1601, passando a instituir contribuição de cunho exclusivamente social, para amparar e abrigar a população carente, ofertando benefícios assistenciais e pensões pecuniárias.[6]

Segundo descreve João Ernesto Aragonés Vianna, sobre criação da Lei dos Pobres:[7]

> “O ano de 1961 foi um marco na seguridade social. Nesse ano foi editada a Lei dos Pobres – Poor Law Act, - na Inglaterra, a qual instituiu um programa de assistência social, de responsabilidade da Igreja, visando combater os efeitos da miséria, dirigido principalmente às crianças, velhos, inválidos e desempregados. Com o objetivo de custear tais ações, foi instituída uma contribuição obrigatória. Veja-se que não estamos mais diante de uma simples associação mutualista, mas, de outra banda, de uma instituição com caráter universal”.

Tal medida, por óbvio não resolveu o problema, apenas atenuou os efeitos por algum tempo até o advento da Revolução Industrial que passou a determinar uma dura realidade, com a exploração dos trabalhadores que eram obrigados a trabalhar por jornadas intermináveis de 18 horas diárias, sujeitos a condições precárias de trabalho, expostos a insalubridade e periculosidade sem qualquer meio de proteção, com salários irrisórios sem nenhuma garantia de amparo em caso de doença, morte ou velhice.[8]

As classes abastadas ignoravam ou eram coniventes com a caótica situação dos trabalhadores. Os ricos viviam no luxo e na fartura e com a presença de um Estado Liberal, ou seja, ausência de um Estado, as desigualdades sociais somente se intensificavam. [9]

A mera tentativa de manifestações dos trabalhadores por condições mínimas de trabalho gerava uma enorme repressão dos detentores do poder.

---

[5] SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito Previdenciário avançado.ed.Belo Horizonte: Mandamentos,2004: P:40.

[6] VIANNA, Claudia Salles Vilela. Previdência Social – Custeio e Benefícios. ed. São Paulo: LTR, 2005. P:47.

[7] VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. 5º Edição. ed.São Paulo: Atlas, 2012.P:6.

[8] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.P: 4.

[9] SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito Previdenciário avançado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pág. 40.

No entanto, ao contrário do que deveria acontecer, está repressão deu origem ao aumento de revoltas, criando uma pressão da classe operária cada vez mais presente no cenário da época, obrigando a burguesia instituir sistema de proteção social aos trabalhadores.[10]

Este sistema de proteção social aos trabalhadores teve sua criação concretizada a partir do convite do Parlamento Alemão ao Chanceler Otto Von Bismarck, em 1883, cujo objetivo era desenvolver projetos sociais que buscassem a proteção do trabalhador. Nasce a Previdência Social, na forma de Seguro Social.[11]

Acerca do assunto discorre João Aragonés Vianna, "...o Direito da Seguridade Social é um direito de luta. O modelo de Bismarck é prova disso. Não resultou de bondade do Estado, mas da pressão exercida pelas classes trabalhadoras".[12]

Portanto, a partir da criação da Lei do Seguro Social por Bismarck, foram introduzidas uma série de direitos, tais como: o seguro contra acidentes do trabalho e seguro doença. A partir de 1889, passou a vigorar a lei que garantia o seguro-invalidez e velhice. O custeio era feito pelo Estado, empregadores e empregados, cujos descontos destes últimos eram de forma obrigatória, sendo retida uma parte de seus proventos mensais, sistemática que passou a ser chamada de sistema contributivo.[13]

Tais garantias geraram um modelo que foi irradiado por todo o continente europeu. Na França, em 1907 foi promulgada a lei de reparação de acidentes do trabalho, bem como, em 1908, a concessão das pensões aos maiores de 70 anos.[14]

Por outro lado, este novo modelo de Estado que mantém o sistema contributivo (retenção de parte do salário dos trabalhadores), para garantir a proteção dos segurados em caso de doença ou velhice, dá respaldo aos

---

[10] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.P: 5.
[11] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2007, P: 5.
[12] VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. 5º Edição. ed.São Paulo: Atlas, 2012.P:6.
[13] VIANNA, Claudia Salles Vilela. Previdência Social – Custeio e Benefícios. ed. São Paulo: LTR, 2005. P:48.
[14] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P: 6.

mesmos exigir os pagamentos de seus benefícios, como forma de contraprestação de suas contribuições. “Neste momento, tem-se o nascimento da prestação previdenciária como direito público subjetivo do segurado”. [15]

Com estes avanços sociais, paulatinamente o Estado Liberal é substituído por um novo modelo, reconhecido mundialmente, como Estado Social.

Há diferenças marcantes nesta passagem do Estado liberal para o Estado social, definida com maior clareza nas palavras de Paulo Bonavides:[16]

> “Distinções básicas de prisma e visão separam, por conseguinte, os que professam, elegem e teorizam o Estado Social daqueles que, insulados se abraçam ao normativismo puro do Estado liberal. A hermenêutica de um pouco ou nada serve à outro, pois o direito no Estado Liberal dos normativistas, via de regra, se lê e interpreta segundo cânones de Savigny; já o direito no Estado social requer o alargamento e a renovação de todo o instrumental interpretativo, fazendo nessa esfera a revolução dos métodos para a boa compreensão da ordem normativa”.

A primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), conforme menciona Carlos Alberto Pereira de Castro, determinava um novo molde estatal, servindo de gerador de novas transformações sociais.[17]

A guerra causou um grande número de feridos, famílias destruídas pelas mortes de seus entes, viúvas e crianças órfãs, a miséria instalada, praticamente destruiu o sistema de seguro social da Europa, principalmente na Alemanha e na Áustria. Os fundos de reserva, oriundos do sistema contributivo, foram utilizados praticamente na sua totalidade, para a cobertura e assistência desta crise, ou ainda, pela inflação desenfreada que atingia os países nesta época. [18]

O desemprego alcançou números significativos e ao lado disso, os trabalhadores passaram a exigir melhores condições laborais, direitos e garantias que lhe proporcionassem condições de sobreviver de forma digna à

---

[15] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, P: 40.

[16] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6º edição.ed.São Paulo: Malheiros, 1996, P:18.

[17] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 10ª Edição Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, P:7.

[18] SANTOS, Marisa Ferreira dos. O princípio da seletividade das prestações de seguro social. São Paulo: LTr, 2003, P: 93.

base de muitas manifestações e violência. A insatisfação era geral e tomou proporções tais que não havia outro meio de redução destes conflitos, se não pela intervenção estatal. [19]

Somente em 1911 na Inglaterra, a opinião pública passou a reconhecer o desemprego como um problema econômico e não mais como uma conseqüência da falta de capacitação dos trabalhadores, implicando em uma mudança de postura estatal que deixa de tratar o desemprego no âmbito das relações privadas e as reconhece como problema social. Como conseqüência o desemprego passou a ser tutelado pelos seguros sociais. E a partir de 1930, os seguros sociais passaram a ser expandidos por toda a Europa e também ao novo mundo.[20]

Mas a palavra seguridade social assumiu sua característica similar ao que conhecemos atualmente, a partir da crise de 1929 nos Estados Unidos, quando o governo americano representado pelo Presidente Roosevelt assumiu a responsabilidade pela segurança Social. Destaca-se neste contexto a *Social Security Act* , conforme relata Daniel Machado da Rocha:[21]

> "A seguridade social passou a ser compreendida como um sistema abrangente que incorpora, no mínimo, os seguros sociais e a assistência social, seus órgãos e estrutura, numa concepção integral que, atuando de maneira coordenada e publicamente organizada, colimará defender e impulsionar o desenvolvimento de toda a população, e não apenas dos trabalhadores".

É fato que as desigualdades de renda existente, criariam abismos de condições materiais, sendo desta maneira relevante a participação estatal como instrumento para diminuir as desigualdades sociais, visto a responsabilidade de não pactuar com a degradação alheia, pela falta de cuidados e medidas de segurança social.[22]

Baseados nesses conceitos de responsabilização do Estado, que a partir da Segunda Guerra Mundial, quando novamente a sociedade

---

[19]CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 10ª Edição Florianópolis: Conceito Editorial,2008, P: 8.
[20] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.P:36.
[21] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, P:36-37.
[22] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, P: 3.

“mergulhou em um sistema econômico de penúria“, o nascimento de políticas e proteção social se fizeram urgentes, culminando com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social ou Welfare State.[23]

Nas palavras de Marco Aurélio Serau Junior, a definição de Bem-Estar Social ou Welfare State está definido como: [24]

> “Esse modelo político-constitucional consiste na modalidade de ordem jurídica em que o Estado atua diretamente na economia e na sociedade, intervindo em prol da redução de desigualdades e em busca da justiça social”.

É possível dizer que a partir criação do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do homem, o século XX teve suma importância sob a ótica segurança social:[25]

> “Art.25 Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou em qualquer outro caso de perda de meios de subsistência, por força de circunstâncias independentes de sua vontade.”

O bem-estar social é uma preocupação fundamental do modelo de Estado que se contrapõe ao liberalismo, onde as instituições públicas interveem nas relações sociais em matéria de direitos sociais:[26]

> “A promoção do bem-estar de todos os que vivem no território nacional impõe a participação do Estado e dos membros da comunidade, porque só poderá ser efetivada com políticas de desenvolvimento econômico e social, que impõem a solidariedade como elo de ligação entre a Administração e administrados na obtenção desse desiderato.”

Porém, com o passar do tempo, tornou-se complicado a manutenção das garantias de uma vida coletivamente melhor e a consciência da

---

[23] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2004, P:37.
[24] SERAU, Marco Aurélio Junior. Curso de Processo Judicial Previdenciário. ed.São Paulo: Método, 2004, P:57.
[25] ROCHA Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, P:38.
[26] SANTOS, Marisa Ferreira dos. O princípio da seletividade das prestações de seguro social. São Paulo: LTr, 2003, P: 95.

impossibilidade do Estado em ser garantidor deste bem estar, se fez urgente à necessidade de elaboração de novas políticas voltadas aos direitos sociais. [27]

Com isso, podemos destacar a partir da evolução tratada até o presente momento, que os dois grandes sistemas implantados em todo o mundo, que serviram de referência para o que entendemos hoje por Seguridade Social, conforme a definição de Augusto Massayuki Tsutuaya: [28]

> "É necessário realçar neste momento a diferença entre o modelo bismarckiano (1883) e beverdgeano (1942), uma vez que esses dois sistemas foram adotados em todo mundo. O beverdgeano é universal, protege todos os cidadãos. Por outro lado, o modelo bismarckiano nada mais é do que um seguro social, protegendo somente aqueles que contribuem para o sistema. Quem não tem disponibilidade financeira fica excluído."

Em resumo, para melhor elucidar o trabalho, a fase inicial se dá, até 1918, com o surgimento dos regimes previdenciários e alguns tipos de eventos, como acidente de trabalho e invalidez, a fase intermediária de 1919 a 1945, a fase que se acentua a intervenção do estado securitário e por fim a fase contemporânea a partir de 1946, ocorrendo o grau máximo do Welfare State, com a proteção de todos contra qualquer tipo de risco social,[29] até chegar no momento atual (após Constituição de 1988), o que será tratado nos próximos parágrafos.

2.2 Evolução Histórica da Seguridade Social nas Constituições Brasileiras.

Para perfeita compreensão da proteção social, atualmente estabelecido na constituição brasileira de 1988 é relevante que seja brevemente traçada a evolução da temática desde a primeira constituição do país, o que será desmembrado nos parágrafos que seguem.

Com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, a organização do Estado Brasileiro foi sob a forma monárquica, e como seu

---

[27] CABONE, Célia Opice. Seguridade Social no Brasil. ed. São Paulo: Atlas, 1994. P:24-25.
[28] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva 2007, P: 7.
[29] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008 P: 38-39.

primeiro chefe, o Imperador Dom Pedro Henrique de Orleans e Bragança, o qual convocou uma Assembléia Constituinte para elaborar a Lei Magna.[30]

Após a dissolução da Constituinte, a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, foi outorgada pelo próprio Dom Pedro. Segundo Wagner Balera, desta forma foi expressa a proteção social:[31]

> "Demasiado vaga a primeira formulação utilizada em texto constitucional, para designar a proteção social que os brasileiros vieram a perceber de sua Lei Maior. Com efeito, assim se expressa a carta do Império: A Constituição também garante os socorros públicos (art. 179, inciso 31° da Constituição de 1824)."

Portanto, podemos mencionar como o primeiro ordenamento a positivar regras sobre a seguridade social, a Constituição de 1824, com o texto Constitucional voltado apenas para a proteção dos empregados públicos, mediante a possibilidade de concessão de pensão aos dependentes daqueles serviço do Império. Assim, outras medidas foram tomadas ao longo do tempo, beneficiando outros seguimentos, como o Montepio Geral da Economia, criado pelo Decreto Imperial em 1835 e a criação da caixa de socorros, pela Lei nº 3.397 de 1988, para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado.[32]

A Carta de 1891, comandada pelo Marechal Teodoro, nada mais era, do que a mescla de Constituições de diversos países, como a Constituição norte-americana, a alemã a suíça e a argentina. Também trouxe o que seria a primeira referência constitucional à aposentadoria: "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários em caso de invalidez no serviço da Nação". [33]

Em um novo ambiente político-social, instaurado a partir de 1930, a elaboração da Constituição Federal de 1934, que no cenário político havia a chefia de Getúlio Vargas, inseriu no contexto constitucional antigas

---

[30] BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989; P: 17.
[31] BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989; P:17.
[32] BALTAZAR, José Paulo Junior. O crime de omissão do recolhimento de contribuições sociais arrecadadas. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, P:25.
[33] BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989; P: 19 – 20.

reivindicações sociais, atingindo "um dos mais avançados sistemas de proteção social que já se instituíram no Brasil".[34]

Designada a União como responsável por fixar regras de assistência social e aos Estados o cuidado com a saúde, bem como, instituiu a assistência médica e sanitária ao trabalhador.[35]

Além disso, menciona pela primeira vez regras acerca dos direitos previdenciários, no artigo 121, §1º, alínea "h", estabelecendo regras próprias para o custeio das contribuições que ficariam a cargo do Estado, empregadores e empregados, o chamado sistema tripartite e ainda, a obrigatoriedade da gestão do Estado, para garantir a "velhice, invalidez, maternidade, acidente do trabalho e morte"[36]

> "Art. 121, § 1º. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhor as condições do trabalhador:
> [...]
> h – assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, ... e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho ou da morte".

Com relação à Constituição de 1937, que significou para muitos doutrinadores, apenas retrocesso da matéria previdenciária, a única novidade trazida por ela foi a expressão "seguro social", futuramente substituída por "previdência social".[37]

Apenas duas alíneas do art. 137 correspondem à matéria previdenciária:[38]

> "A alínea *m* menciona a instituição de seguros e velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho". A alinea *n* versa sobre, "as associações de trabalhadores tem o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às

[34] BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989;P:21-22.
[35] CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Bracha. Curso de Direito da Seguridade Social. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, P.11.
[36] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. P: 31
[37] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin,2010. P: 31.
[38] MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 4º Edição.ed. São Paulo: Atlas.1996, P: 30.

> práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais".

Quanto a Constituição de 1946, também pouco acrescenta a matéria, apenas altera a expressão de seguro social para previdência social e determina "uma sistematização constitucional da matéria previdenciária, que foi incluída no mesmo artigo que versava sobre o Direito do Trabalho (art. 157)".[39]

O que mais é relevante neste período em que a Constituição de 1946 ainda estava em vigor, foi a promulgação da Emenda Constitucional, nº 11 de 1965, que acrescentou um parágrafo ao artigo 157, que versava sobre "o princípio da precedência de fontes de custeio para criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário".[40]

E por fim, a Constituição de 1967, que antecede a nossa atual Carta Magna, estabelece algumas alterações importantes acerca do direito previdenciário como um todo (alterações nas regras de diversos benefícios, tais como aposentadoria por tempo de serviço, salário família, entre outros). Mas nada específico sobre os benefícios por incapacidade, como o auxilio doença ou a aposentadoria por invalidez. [41]

Finalmente a Constituição Federal de 1988, dita "Constituição Cidadã", retrata os direitos sociais com tamanha importância e estabeleceu diretrizes na forma como se aplicam hoje, ou seja, dentro do sistema de Direitos e garantias Fundamentais, um capítulo específico para a Seguridade Social, abrangendo a saúde, a Previdência Social, e a Assistência Social.[42]

São elas as três vértices da seguridade social, estando atreladas para um único fim e, embora com leis próprias, buscam a promoção da proteção e

---

[39] MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 4º Edição.ed. São Paulo: Atlas.1996, P.33.

[40] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. Na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, P:66.

[41] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin,2010. P: 33.

[42] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. Na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2004. P: 72.

do bem-estar social. Na Constituição Federal de 1988, encontra-se previsão do art. 194:[43]

> 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.
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
> V - eqüidade na forma de participação no custeio;
> VI - diversidade da base de financiamento;
> VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Importante mencionar que, quanto à forma de custeio, o Brasil adotou inteiramente o sistema de coleta de recursos, que possui a finalidade de custear os benefícios atuais e futuros, daqueles que por motivo de doença, passam a necessitar de recursos alheios para o próprio sustento e de seus familiares. [44]

Ta assertiva possui esteio no artigo 195 da Constituição Federal ao definir que "A seguridade social 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 das seguintes contribuições sociais". [45]

O autor Fabio Ibrahim complementa ao mencionar que a Carta Magna construiu um Estado de Bem-Estar Social em nosso território, e que por isso, a proteção social brasileira é, prioritariamente, obrigação do Estado.[46]

Assim, de uma maneira simples, a definição de Seguridade Social está na forma de agrupar Assistência Social, Saúde e Previdência Social em um único instrumento. [47]

---

[43] BALTAZAR, José Paulo Junior. O crime de omissão do recolhimento de contribuições sociais arrecadadas. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, P: 28.
[44] MELLO, Sergio Renato. Benefícios Previdenciários. ed. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2010. P. 50.
[45] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, promulgada em 05 de outubro de 1988.
[46] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, P:28.

2.2.1 A saúde

Durante a idade média, a doença (ou falta de saúde), era analisada sob a ótica da religião e era considerada um castigo divino. Durante a Revolução Industrial esse conceito anteriormente aceito pela sociedade passou a ser alterado, visto o número elevado de reivindicações buscado direitos dos empregados acometidos por doenças incapacitante. [48]

Desta forma, durante muito tempo, a saúde foi entendida como ausência de doenças físicas e mentais. Depois, a Organização Mundial da Saúde – OMS passou a definir, saúde como "completo bem-estar físico, mental e social e não há simples ausência de doença".[49]

Nos dias atuais, a concepção de ter saúde advêm de um conjunto de situações que definem a nossa qualidade de vida e não depende exclusivamente de condições biológicas, mas sim, de situações sociais a que estamos submetidos em nossos relacionamentos de trabalho, lazer e família.[50]

Além dessas considerações, saúde é direito de todos e consta como parte integrante de políticas sociais e econômicas, para garantir a redução do risco de doença, bem como o tratamento e recuperação física e mental dos cidadãos.[51]

Tamanha importância, que a disciplina constitucional abrange 5 artigos, sendo o maior entre os três instrumentos constitucionais da seguridade social e tem como objetivo central, conforme menciona Wladimir Novaes Martinez:[52]

> " O objetivo da seguridade social, no tocante à saúde, é mais do que a assistência médica prevista nos arts. 58/62 da CLPS, embora seus contornos não estejam delineados com precisão, tarefa que cabe ao legislador ordinário
> configurar conforme o momento histórico e as condições sócio-econômicas".

---

[47] PAIXÃO, Floriceno. A Previdência Social em Perguntas e Respostas e Legislação Correlata. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.P: 23.
[48] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, P: 112.
[49] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, P:113.
[50] Secretaria de Gestão do Trabalho e de Educação na Saúde. Departamento de Gestão e Educação na Saúde. A educação permanente entra na roda.Brasil, Ministério da Saúde. 2º Edição. Brasília – DF: 2005.
[51] GONÇALVES, Odonel Urbano. Direito Previdenciário para concursos.ed.São Paulo: Atlas, 2001.P: 33.
[52] MARTINEZ, Wladimir Novaes. A seguridade social na Constituição Federal. ed.São Paulo: LTR, 1992.P: 91-92.

A saúde é direito social fundamental previsto na Carta Magna de 1988 no Título: Dos Direitos e Garantias Fundamentais:[53]

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito à saúde é compatível com a dignidade humana, ou seja, garantia do mínimo necessário para manutenção da vida, desta forma, destinado a todos independentemente de contribuição. [54]

No capítulo específico da Seguridade na CF/88 a saúde é apontada como dever do Estado: [55]

> Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto à fiscalização, regulamentação e controle das atividades destinas a saúde, está o Poder Público com competência comum entre à União, Estados e Municípios.[56]

Conforme prevê a Carta Magna, as ações e serviços públicos da saúde integram uma rede hierarquizada e regionalizada, constituindo um sistema único (Sistema Único de Saúde – SUS). As competências do SUS encontram-se na referida Lei no seu art. 200:[57]

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

---

[53] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
[54] SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito Previdenciário avançado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.P:76.
[55] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
[56] BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, P: 75.
[57] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 8ª Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin 2010, P: 114.

> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Portanto, a finalidade da norma constitucional em que a seguridade social está esculpida é a manutenção da população em níveis seguros de saúde, combatendo a erradicação e buscando a prevenção de doenças, ou seja, o bem estar social.[58]

2.2.2 A Assistência

A assistência social visa o amparo e o atendimento das necessidades básicas aos indivíduos que não possuem meios de manter uma vida digna e os benefícios buscam a proteção da família, do idoso, da criança, do invalido e a pessoa com portadora de deficiência física. Assim como o direito à saúde, também é independente de contribuição à Seguridade Social.[59]

Os objetivos da assistência encontram-se na CF/88, no artigo 203: [60]

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

---

[58] VIANNA, Claudia Salles Vilela.Previdência Social, Custeio e Benefícios. ed. São Paulo, LTR. 2005. P: 79.
[59] VIANNA, Claudia Salles Vilela. Previdência Social, Custeio e Benefícios. ed. São Paulo, LTR 2005. P: 76.
[60] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Tais benefícios representam o pagamento de um salário mínimo ao portador de deficiência, que não esteja em condições de exercer atividade laboral ou ao idoso com mais 65 anos de idade e que junto com o seu grupo familiar não possua condições de uma vida digna. [61]

Os recursos financeiros utilizados na assistência social, diferentemente da Previdência Social, não estão centralizados no âmbito Federal. As diretrizes estão no artigo 204 da CF/88, onde há previsão da descentralização político-administrativa, auferindo a coordenação e as normas gerais à esfera federal. Já a execução dos programas é responsabilidade das esferas estadual e municipal, bem como entidades beneficentes e de assistência Social.[62]

2.2.3 A Previdência

A Previdência Social, um dos pilares da seguridade social, está elencada no art. 201 da Carta Magna, determinada pela Emenda Constitucional, nº 20 de 1998, estabelecendo que a previdência social será organizada "sob regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio atuarial e financeiro". [63] Também prevê que ela terá como diretrizes:

> Art. 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, observado o disposto no § 2º.

---

[61] GONÇALVES. Odonel Urbano. Direito Previdenciário para concursos.ed.São Paulo: Atlas, 2001. P:39.
[62] GONÇALVES, Odonel Urbano. Direito Previdenciário para concursos.ed.São Paulo: Atlas, 2001, P:37.
[63] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P: 207.

Conforme destaca Fábio Zambitte Ibrahim:[64]

> " A previdência social é seguro *sui generis,* pois é filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS),além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais."

Possui o condão de utilizar o principio da solidariedade para assegurar ao trabalhador, benefícios ou serviços quando houver necessidade, utilizando para isso a força de trabalho dos mais jovens, denominados de população ativa, em prol dos mais velhos ou necessitados, denominados de inativos. Podemos destacar como necessidade, a doença, a invalidez, o desemprego, entre tantas outras situações de risco social.[65]

Desta forma, a cobertura da Previdência Social ao segurado e sua família será destinada àqueles que contribuírem para o sistema. O valor destinado a substituir o valor da remuneração do trabalhador na ativa, será relativo à média das contribuições vertidas ao sistema durante um período específico, não podendo ser inferior a um salário mínimo atualizado á época da concessão do benefício.[66]

Essa regulação de que somente àqueles que contribuírem para os sistema terão a sua proteção, segue a tendência da filosofia Bismarckiana de seguro social, excluído os que não possuem condições financeiras de integrar o sistema.[67]

Porém, a filiação não será facultativa na maioria dos casos, visto que qualquer indivíduo que exercer atividade remunerada, filia-se obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência e passará a contribuir para o sistema previdenciário.[68]

---

[64] IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, P: 22.
[65] MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 4º Edição.ed. São Paulo: Atlas.1996, P:193.
[66] TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2000, P:11.
[67] TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P:207.
[68]IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, P: 25.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL E FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS DOS BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

É de suma importância trazer ao presente trabalho, a tutela jurídica referente aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, começando pelos princípios constitucionais que possuem estreita afinidade com tema tratado.

No entanto, parte-se da concepção de que princípio é um conjunto de comportamentos que estão inseridos em nossas vidas a partir de acontecimentos históricos, familiares, morais e religiosos, que formam os valores de cada indivíduo e de sua sociedade."É uma norma não imposta, mas sentida" [69]

Carmen Camino sintetizou a função dos princípios no âmbito jurídico nas seguintes palavras: [70]

> "Os princípios são garantia de coerência do ordenamento jurídico e, quando identificados como elo comum a determinado conjunto de normas, determinam a autonomia desse conjunto, concedendo-lhe autonomia própria. Por isso são mais duradouros do que as normas e transcendem o direito positivado, embora, como ressaltado na conceituação antes destacada, também esteja, sujeitos às mudanças da História e á correlação de forças da sociedade".

3.1 Princípio da Igualdade

Assim, conforme os ditames da Constituição Federal acerca do princípio da igualdade, assegurado em seu art. 5º, reza que:

> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade."[71]

A igualdade é a base para a materialização da justiça e são duas as concepções de igualdade: a primeira advém do Estado Liberal, com a ideia de

---

[69] CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho.4ª edição. ed. Porto Alegre, Síntese, 2004, P: 88 – 89.
[70]CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho.4ª edição. ed. Porto Alegre, Síntese, 2004, P: 91.
[71] SANTOS, Leandro Luis Camargo. Curso de Direito da Seguridade. ed.São Paulo: LTR, 2004. P: 72.

igualdade de todos perante a lei e a segunda, no Estado Social a partir da evolução do conceito de que a igualdade de condições efetivas, reconhecendo as desigualdades de direito. [72]

Este princípio está retratado nas mais diversas matérias, no entanto quanto ao tema do presente trabalho a jurisprudência assim o aplica: [73]

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme descrição contida no laudo, o autor é portador de quelóide extenso, no terço inferior direito e esquerdo da região facial, dando saída a secreção muco sanguinolenta. O laudo alerta, ainda, para o risco de contaminação, tanto dele próprio, quanto de outras pessoas, o que inviabiliza o exercício de atividades em cozinhas, com alimentos em geral, em creches ou asilos. 2. As fotos juntadas aos autos mostram com clareza assustadora a deformidade estética de que padece o autor, de caráter irreversível e incurável conforme reconhecido pelo próprio perito judicial, que destaca ainda que, caso os quelóides sejam extirpados, haverá a formação de novos, como, aliás, já ocorreu, o que inviabiliza até mesmo uma cirurgia plástica reparadora. 3. Assim, cabe ao juiz exercer o controle da razoabilidade e da racionalidade da norma, examinando seu mérito e sua abrangência, especialmente diante de questões tão complexamente singulares como a presente. Diante disso, e analisando o caso concreto, pode-se observar que se está diante uma situação em que a limitação normativa apresenta-se irrazoável, pelo fato de excluir de seu raio de atuação uma pessoa que, pela dessemelhança de sua situação, mereceria estar abrangida pela norma ou, ao menos, receber tratamento jurídico singularizado. 4. É certo que a Lei de Benefícios assegura a percepção de benefício por incapacidade somente àqueles segurados incapazes do exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Uma releitura da norma, porém, baseada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade conduz ao entendimento de que, no caso concreto, por padecer de deformidade estética tamanha que torna o autor incapaz de obter trabalho que lhe assegure o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, deve o mesmo sim receber um benefício por incapacidade**.** 5. No caso, por se tratar de incapacidade permanente - vez que seu mal não tem cura, conforme reconhecido no próprio laudo judicial -, tal benefício deve ser a aposentadoria por invalidez. A data de início do benefício deve ser a data da propositura desta ação, vez que o reconhecimento excepcional aqui feito somente pode se dar pela via judicial. 6. Apelação parcialmente provida.

Nesta decisão está claramente identificada a forma de adequação da norma, para no caso concreto, conceder o benefício de aposentadoria por invalidez ao segurado comprovadamente incapacitado.

---

[72] SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito Previdenciário avançado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P: 120-121.

[73] Classe: AC - Apelação Civel Processo: 200951018033478, TRF2, Data e-DJF2 21.07.2011 página: 18. Orgão Julgador: segunda turma especializada. Relatora: Lidiane Roriz.

3.2 Princípio da Solidariedade

Com relação ao princípio da solidariedade, é fácil dizer que ocupa espaço destacando dentro do sistema da Seguridade Social, de acordo com as considerações de Wladimir Novaes Martinez. [74]

> "A solidariedade, ou solidarismo, foi eleita pelo constituinte como um dos objetivos permanentes da sociedade nacional livre, justa e solidaria (art.3º I). Transparece como princípio fundamental que, generalizada e sistematicamente, entende a ideia, á exaustão, ao igualitarismo, uma concepção entrópica destruidora da sociedade, enquanto constituída de individualidades. Entre os vários instrumentos que a Carta Magna adota para a realização do solidarismo, e que interessa agora, a seguridade social oferece-se como a mais efetiva demonstração dessa intenção. A par de outros métodos protetivos, como a poupança individual ou até praticas pessoas de defesa, a Previdência Social é estruturada fundamentalmente sobre a solidariedade. Vale dizer: ao mesmo tempo, pessoas com maior capacidade contributiva, aportam recursos a favor de si e de outros seres humanos sem essa força de contribuição. Gerações na atividade e aptas para o trabalho contribuem em benefício de inativos ou incapazes. Filiados ao regime urbano, em prol dos rurais; regiões mais desenvolvidas colaboram com as áreas economicamente carente e assim por diante".

Para a Previdência Social, o solidarismo está no montante de arrecadação de valores, oriundas daqueles que estão na atividade e, portanto, contribuindo para o sistema, auxiliando a proteção dos inativos e incapazes, nos benefícios chamados de risco.

Como também destaca Miguel Horvath Júnior, o principio da solidariedade é a base de um sistema previdenciário. Para ele, solidariedade social, está diretamente relacionada a uma sociedade justa e livre, sendo objeto principal da República Federativa do Brasil. [75]

> "Solidariedade é a união de pessoas em grupos, contribuindo para a sustentação econômica de pessoas em sociedade, individualmente apreciadas e que, por sua vez, em dado momento também contribuirão ou não, para a manutenção de outras pessoas. No momento da contribuição é a sociedade quem contribui, no momento da percepção da percepção da prestação é o indivíduo em usufrui."

---

[74] MARTINEZ. Wladimir Novaes. A Seguridade Social na Constituição Federal. ed. São Paulo: LTR, 1992. p. 29.

[75] HORVATH, Miguel Junior. Direito Previdenciário. 3º Edição. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, P: 53.

A previsão constitucional encontra-se no art. 3º da Carta Magna de 1988:

> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

Neste princípio está contido o dever da sociedade em financiar, de forma direta ou indireta a seguridade social, decorrendo do dever de solidariedade ao cobrar contribuições maiores daqueles que possuem capacidade contributiva maior em prol dos menos favorecidos e não exclusivamente do exercício de determinadas atividade ou empresas. [76]

Baseado neste conceito de que se faz necessário à contribuição para a concessão de diversos benefícios, tal como a decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1º região, o qual traz a baila o conceito ora aduzido: .[77]

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ RESULTANTE DA CONVERSÃO DE BENEFÍCIO ANTERIOR DE AUXÍLIO-DOENÇA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES CONCOMITANTES VINCULADAS A REGIMES PREVIDENCIÁRIOS DIVERSOS (RGPS E IPSEMG). CÁLCULO DA RMI. CRITÉRIO DA SOMA DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS AOS DOIS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 96, II, LEI 8.213/91. 1. A legislação previdenciária somente permite a contagem recíproca de tempo de serviço em atividades pública e privada quanto o seu exercício se dá em épocas distintas, não se considerando como tal aqueles períodos em que o segurado exerceu, ao mesmo tempo, atividades pública e privada. Interpretação sistemática dos artigos 94 e 96, II, da Lei 8.213/91. 2. "É vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes". (inciso II do art. 96 da Lei 8.213/91) 3. O artigo 32 da Lei 8.213/91 disciplina a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários na hipótese de exercício de atividades concomitantes, mas apenas quanto à contagem recíproca de tempo de atividades exercidas de forma concomitante dentro do próprio RGPS, e não entre sistemas diversos, o que é vedado por lei. 4. Se há expressa vedação legal quanto à contagem concomitante de tempos de serviço público e privado, as contribuições vertidas para o instituto de previdência pública (IPSEMG) não poderão ser somadas àquelas que foram destinadas ao RGPS, para fins de aumento do salário-de-contribuição e, por conseguinte, da renda mensal inicial da aposentadoria previdenciária. 5. Impossibilidade de devolução das contribuições previdenciárias recolhidas pela autora no período de novembro/95 a agosto/96, porque elas se destinam ao custeio de todo o sistema previdenciário, em face do princípio da solidariedade, e também

[76] SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito Previdenciário avançado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, P: 131.
[77] Classe: AC - Apelação Civel Processo: 2006.38000274185, TRF1, Data e-DJF1 04/08/2011 página: 1690. Orgão Julgador: segunda turma. Relator: Neusa Maria Alves da Silva.

> porque elas foram consideradas no período básico de cálculo do seu auxílio-doença**.** 6. Apelação desprovida".

Nesta decisão o principio da Solidariedade está demonstrado com a necessidade de manutenção do sistema ao não ser permitido a devolução das contribuições previdenciárias vertidas ao Regime Geral de Previdência Social.

3.3 Dignidade humana

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana que é aplicado a todos os ramos do direito, portando inerente a qualquer norma ou procedimento administrativo e no âmbito judicial.

A Constituição Federal de 1988, o estabeleceu com princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito, nos seguintes termos:[78]

> Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> (...)
> III – a dignidade da pessoa humana;

Desta forma é primordial relacionar este princípio fundamental do cidadão ao segurado da Previdência Social acometido de doença incapacitante e, consequentemente, sem condições de promover seu próprio sustento, o qual, ao buscar amparo dos benefícios destinados a este fim, fica sem essa cobertura do Seguro Social, o que vai de encontro ao que determina essa cláusula pétrea. [79]

A dignidade humana é retratada também nos benefícios por incapacidade, ampliando sua concretização também na jurisprudência pátria:[80]

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO DOENÇA. HIV. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE LABORAL. QUALIDADE DE SEGURADO. 1. Nas ações objetivando benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial,

---

[78] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

[79] DARTORA, Cleci Maria. Direito Previdenciário: Temas Atuais: Aspectos relevantes do benefício de auxílio-doença no Regime Geral de Previdência Social. ed. Curitiba: Juruá , 2006. p. 311.

[80] Classe: AC - Apelação Civel Processo: 200271000411888, TRF4, Data D.E. 14.05.2007 Orgão Julgador: quinta turma. Relator: Luiz Antonio Bonat.

> sem prejuízo que adote outros fatores e elementos para formar sua livre convicção, dada a liberdade de apreciação das provas. 2. A infecção com vírus HIV traz consigo o estigma social, representado pela resistência de grande parte da sociedade em aceitar, com normalidade, o portador da doença. 3. Em respeito ao fundamento da República Federativa do Brasil, representado pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), é gravame exacerbado exigir que portador do vírus HIV retorne ao trabalho, em face dos transtornos psicológicos trazidos pelo forte estigma social em relação à doença, aliado ao sintomas da doença circulatória que acomete o autor. 4. Concluído pela incapacidade da parte autora, é de ser deferido o benefício de auxílio-doença, a contar da data do requerimento administrativo e, após, efetuar a sua conversão em aposentadoria por invalidez. 5. O autor mantinha a qualidade de segurado da Previdência Social por ocasião do requerimento administrativo. 6. Apelação e remessa oficial improvidas."

Tal decisão é apenas um exemplo de que a doença incapacitante, atinge o individuo além da própria enfermidade, precisando ser analisado de forma ampla, a fim de proteger a dignidade humana.

Em suma, são de tamanha importância os princípios constitucionais supramencionados, que estão inseridos em todas as relações abrangidas pela seguridade social. [81]

Antes de adentrar as características dos benefícios por incapacidade, Auxílio-Doença e Aposentadoria por Invalidez, é de extrema relevância mencionar as regras básicas do Estado Social Democrático, conforme as palavras de Canotilho: [82]

> "Tanto quanto os princípios constitucionais de fundamento, dos quais destacamos o de reconhecimento e cidadania, com vistas à elevação da dignidade da pessoa humana, baseada nos valores sociais do trabalho, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades, existem outros princípios nitidamente previdenciários, caso do principio fundamental da solidariedade, coincidente com os ditames de igual hierarquia da Constituição; dos princípios previdenciários básicos da universalidade, da inscrição obrigatória e da proteção; de outros de natureza técnica, como a da procedência do custeio, da seletividade e da distributividade; além do princípio administrativo e também constitucional da legalidade e dos interpretativos: in dúbio pro misero ou pro societare, irretroatividade e sentido social da lei.

De forma sucinta, está demonstrado a estrutura dos princípios previdenciários, partindo daqueles com maior abrangência, já mencionados no

---

[81] HORVATH, Miguel Júnior. Direito Previdenciário. 3º Edição. ed.São Paulo: Quartier Latin, 2003, P: 52.

[82] CANOTILLHO, Jóse Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. ed. Coimbra: Coimbra, 1982, P.392.

presente trabalho até chegar aos que possuem o condão de orientar e alinhar os procedimentos de “natureza técnica”.

3.4 Disposições doutrinárias significativas ao tema

Com relação aos benefícios por incapacidade, tanto no Auxílio-Doença como na Aposentadoria por Invalidez o fato gerador é o mesmo, ou seja, a doença incapacitante, porém os critérios para a sua concessão diferem, como trata Daniel Machado da Rocha, sobre essas divergências: [83]

> “A nota diferencial entre auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez repousa na circunstância de que – sendo o auxílio-doença uma prestação concebida para o enfrentamento da incapacidade provisória – aquele colima amparar o trabalhador que adoece por pouco tempo. Por conseguinte, para seu deferimento, basta existir incapacidade laboral específica para as atividades habituais do trabalhador vinculado ao regime geral. Por sua vez, a aposentadoria por invalidez – idealizada para proteger o segurado dos efeitos da incapacidade definitiva e genérica – exige a comprovação de uma falta de aptidão em relação a qualquer atividade potencialmente adequada para propiciar a subsistência, como será esclarecido melhor no item 5 infra.”

Portanto, como foco deste trabalho são os benefícios por incapacidade, é se suma importância contextualizar as regras que garantem o direito, o que iniciamos pelo Auxílio doença, com a sua legislação específica, seus procedimentos e as formas de concessão para depois adentrar na Aposentadoria por Invalidez.

O Auxílio- Doença possui natureza jurídica temporária, de prestação continuada, possível de retorno ao trabalho, sendo utilizado pelos segurados acometidos de doenças que o afastem por mais de 15 dias do trabalho.[84]

Importante ressaltar, que estes 15 dias de afastamento são para os segurados cuja filiação na Previdência Social se faça como empregado, aos demais desde o início da doença e independentemente da patologia, ou seja, sendo ela biológica, de natureza clínica e, ou anatômica. Além disso, se faz

---

[83] TAVARES, Marcelo Leonardo – Coordenador geral da obra. Direito Previdenciário. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2005, p. 65.
[84] MARTINEZ. Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. ed. São Paulo: LTR, 2003. P. 695.

necessário a avaliação médica pericial, sendo os requisitos para a concessão do benefício de auxílio-doença, conforme Horvath Junior:[85]

> a) redução total ou parcial da capacidade de trabalho;
> b) necessidade de assistência médica e de ministração de meios terapêuticos;
> c) inexistência de uma forma de seguro social que cubra o mesmo evento.

Portanto, aos segurados filiados à Previdência como contribuinte individual, facultativos e segurado especial, o início do benefício fica atrelado à data do Laudo médico, e, além disso, para os benefícios requeridos após 60 dias do início da incapacidade será determinado o início da mesma a partir do requerimento e não do início da doença.[86]

No que tange à alíquota do salário de benefício, tratando de auxílio-doença, o coeficiente de cálculo é de 91% enquanto no benefício de aposentadoria por invalidez é de 100%. Esta distinção se dá, ainda segundo Horvath Júnior, em razão de uma presunção de desconto da contribuição previdenciária a carga do empregado que varia de 8 a 11%, e, nas palavras do referido autor, "para 'compensar' o fato de que durante o recebimento do auxílio-doença o segurado não efetiva contribuições para o sistema"[87]

Muito relevante é o ponto que determina a gravidade da doença ou lesão para a concessão do benefício, uma vez que após analise da perícia técnica do INSS – Instituto Nacional do seguro Social, tal enfermidade deve ser considerada incapacitante para o exercício da atividade laboral, não somente possuir a doença, conforme menciona a Juíza Federal Andréia Castro Dias: [88]

> "Tanto é que alguém pode possuir uma patologia da área ortopédica como a lombalgia controlada por tratamento médico e fisioterápico, que lhe possibilita, mesmo doente, o exercício de sua atividade habitual de, por exemplo, telefonista".

---

[85] HORVATH JUNIOR. Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. P.184-185.
[86] HORVATH JUNIOR. Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.pp.185.
[87] HORVATH, Miguel Junior. Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, P:185.
[88] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, Jóse Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário, Vol. II. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P:403.

Por outro lado, após a concessão do benefício o médico perito determina o tempo necessário para a recuperação da moléstia, doença ou lesão, sendo de responsabilidade do segurado a permanência em auxílio visto a concessão já possuir previsão de alta, estabelecendo assim, uma sistemática definida pela doutrina como um instrumento utilizado pelo INSS para estabelecer a data em que haverá recuperação da incapacidade e, consequentemente, o cancelamento do benefício.[89]

No que tange ao benefício de aposentadoria por invalidez, é exigência primordial que a incapacidade seja permanente, isto é, que não seja possível à reversão e nem sequer a reabilitação do profissional, além disso, a aposentadoria por invalidez é um benefício de prestação continuada, visando à substituição de salário, uma vez que veda o retorno do segurado aposentado às atividades, sob pena de suspensão do benefício previdenciário.[90]

Para a concessão da aposentadoria por invalidez a incapacidade deverá ser total e permanente, impossibilitando o trabalhador de retornar as suas atividades habituais, mesmo com eventuais tratamentos a que permanecer submetido, não considerando também, para este fim, a reabilitação profissional.[91]

A reabilitação por sua vez, possui o condão de capacitar o segurado para outra função, a fim de permanecer na atividade laboral não gerando prejuízo a sua saúde. Nesse período a previdência deverá manter o pagamento do benefício, visto o afastamento da atividade principal durante essa reabilitação, somente cessando a partir de confirmada a possibilidade de nova atividade profissional.[92]

---

[89] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, Jóse Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário, Vol. II. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P: 406.
[90] HORVATH, Miguel Junior. Direito Previdenciário. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, P:157.
[91] ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, P: 201, 202.
[92] HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, P:158.

No entanto, esse procedimento nem sempre se faz eficaz, decorrente dos meios utilizados pelo INSS, ou seja, falta de recursos financeiros e até mesmo técnicos para garantir o sucesso da reabilitação.[93]

3.5 Disposições legais pertinentes à tutela da incapacidade

Tem relevância para o estudo das regras jurídicas para a concessão dos benefícios, a investigação do qual Regime a Previdência Social está vinculada.

Para isso, é importante analisar que apesar de não ordenado cientificamente, o Sistema Nacional de Previdência Social está vinculado ao Regime de Direito Público – RGPS (Regime Geral de Previdência Social), filiando os prestadores de serviço da iniciativa privada, a partir dos 16 anos de idade ou servidores sem regime próprio. O sistema também é constituído de regras próprias, destinados aos segurados e seus dependentes, como melhor define Martinez:[94]

> "Assim, regime previdenciário é o conjunto sistematizado de normas legais e praxes procedimentais, envolvendo clientela definida de pessoas, normalmente submetido à lei orgânica, na qual são estabelecidas regras gerais e especiais, como também, às vezes, comandos pertinentes à comunicação entre si e, esparsamente, preceitos de superdireito. Prevê fontes de custeio e diferentes benefícios, o regime financeiro, o tipo do plano, além de algumas disposições e interpretação e princípios".

O Regime Geral da Previdência Social, teve sua estrutura formada na LOPS – Lei orgânica de Previdência Social de 1960 e no Decreto n. 48.959-A60, estabelecendo o regime contributivo de diversos contribuintes, tais como, empregados, contribuintes individuais e facultativo, além de atender e prestar serviços a estes segurados.[95]

A Lei 8.213/91, publicada em 24 de julho de 1991, versa sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Em seus artigos 59 a 64

---

[93] HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, P:158.
[94] MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário, Tomo II, Previdência Social. ed. São Paulo: LTR, 2003, P:52,53.
[95] MARTINEZ. Wladimir Novaes. A Seguridade Social na Constituição Federal. ed. São Paulo: LTR, 1992, P:54.

estabelecem as regras para a concessão do benefício de auxílio – doença aos segurados acometidos de doenças que impossibilitem o exercício habitual das atividades laborais, até que haja total recuperação ou reabilitação.[96]

O artigo 59 da Lei 8.213, estabelece os ditames quanto ao direito a concessão do Benefício de Auxílio-doença, cuja finalidade é ser um dos instrumentos de proteção da Previdência Social aos seus segurados, acometidos por doenças incapacitantes, garantindo meios de subsistência enquanto permaneça a impossibilidade de retorno ao trabalho, porém, esta prestação possui duração temporária.[97]

O artigo 24 da Lei dos Benefícios da Previdência Social, estabelece a exigência de tempo mínimo de contribuição para cada tipo de benefício, denominado de carência. Tanto no benefício de Auxílio-doença, como na Aposentadoria por Invalidez, a carência mínima exigida é de 12 meses de contribuição.[98]

Outro ponto a ser visto, é que o sistema previdenciário não permite a concessão dos benefícios aos segurados acometidos de doença ou lesão anteriores ao início da filiação, com exceção as hipóteses de progressão ou agravamento daquela doença, cuja filiação ao sistema foi anterior, conforme transcreve o Art. 42 e 59, parágrafo único, respectivamente. [99]

> "Art.42 (...) § 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se 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".
> "Art. 59 (...) Parágrafo único. Não será devido 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, salvo quando a incapacidade sobrevier de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão".

A legislação pertinente para esta avaliação de pré-existência, progressão ou agravamento da doença incapacitante, está resumida ao

---

[96] HORVATH JUNIOR. Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, P:183.
[97] MARTINEZ. Wladimir Novaes. Comentários à Lei Básica da Previdência Social.. ed. São Paulo: LTR, 2003, P: 447.
[98] ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, P:124.
[99] LEI FEDERAL 8.213/91 - promulgada em 24 de julho de 1991.

Decreto 5.844 de 08 de maio de 2006 e diversas Orientações Internas da Previdência Social. [100]

Portanto, a partir da criação do Decreto 5.844/2006 e da Orientação Interna nº 138, fora inserido no art. 78 do Decreto 3.048/99, os parágrafos abaixo: [101]

> "§ 1º O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensa nessa hipótese a realização de nova perícia".
> "§ 2º Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social".
> "§ 3º O documento de concessão do auxílio-doença conterá as informações necessárias para o requerimento da nova avaliação médico-pericial".

Neste sentido, dispõe a decisão por unanimidade dos Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. [102]

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PREQUESTIONAMENTO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACITAÇÃO TOTAL E PERMANENTE. REEXAME DE PROVA. DOENÇA PREEXISTENTE. AGRAVAMENTO. ART. 42, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. - Matéria referente à exigência de comprovação de um período mínimo de carência não apreciada na instância a quo, sequer foram opostos embargos de declaração para provocar a manifestação do colegiado sobre o tema. Ausente, portanto, o indispensável prequestionamento da questão federal suscitada no apelo raro. - Não implica na perda de direito ao benefício de aposentadoria por invalidez no caso de segurado que deixa de contribuir para previdência por estar incapacitado para o labor. - A análise da alegação de que não restou comprovada a incapacitação total e permanente do beneficiário demandaria reexame de prova, o que é vedado em sede especial por força do contido na Súmula 07/STJ. - A doença preexistente à filiação do segurado à previdência social conferirá direito à aposentadoria por invalidez quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença. - Recurso especial não conhecido.

---

[100] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, Jóse Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário, Vol. II. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P:403, 406.
[101] DECRETO 5.844 – e orientação interna nº 138 do INSS/DIRBEN de 05 de maio de 2006.
[102] Recurso Especial – 217727. Processo: 199900480953, STJ. Data DJ 06/09/1999 página: 131. Orgão Julgador: quinta turma. Relator: Felix Fischer.

Fica evidente a partir da análise deste julgado, que a doença pré-existente por si só não é óbice para a concessão do benefício por incapacidade, no entanto, há que ser demonstrado o agravamento da doença para a manutenção das condições necessárias.

No que tange ao benefício de Aposentadoria por Invalidez, a Lei Previdenciária estabelece o regramento nos seus Artigos 42 a 47, cujo principal objetivo é a garantia de benefício aos segurados acometidos de doenças incapacitantes, de forma total e permanente ao retorno de suas atividades, desta forma, mesmo com tratamento e acompanhamento médico a enfermidade não é reversível. [103]

Quanto ao valor percebido pelo Segurado, o Art. 44 da Lei 8.213/91, determina a integralidade dos proventos, ou seja, renda igual a 100% da média dos salários de contribuição, direito oriundo desde a Constituição Federal de 1934.[104]

Podemos assim dizer que a doença é requisito principal as concessões dos benefícios por incapacidade e cabe a Previdência Social, a responsabilidade ao diagnosticar a duração e a intensidade da enfermidade incapacitante, utilizando de procedimentos próprios, tais como a alta programada.

A Alta Programada foi regulamentada em 2006 pelo Governo Federal através, do Decreto 5.844/06, que efetivou as orientações internas que já versavam sobre esta, no âmbito administrativo. Tem como objetivo, após uma avaliação médico-pericial e a constatação da incapacidade, estipular um prazo razoável para a recuperação da moléstia incapacitadora, presumindo estar após este prazo recuperada a capacidade laboral do segurado, dispensando com isto a realização de nova perícia.[105]

---

[103] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, P: 262,263.

[104] ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, P:183.

[105] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário.ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P:406.

Esse instituto, nada mais é que uma estimativa de recuperação da lesão/doença, podendo ser comparada às projeções dadas por médicos em situações internação hospitalar e, até mesmo, em atestados médicos.[106]

A decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4º região, enfrenta exatamente esse tema:[107]

> EMENTA PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA MÉDICA PROGRAMADA. FIXAÇÃO DE TERMO FINAL INDEPENDENTEMENTE DE PERÍCIA.
> 1. É de ser concedida a segurança, uma vez que o ato da autoridade administrativa, no sentido de suspender o benefício de auxílio-doença sem a realização de perícia médica, violou disposição prevista na Lei nº 8.213/91.
> 2. A fim de verificar a eventual recuperação da capacidade laborativa do segurado, o INSS, por meio de sua junta médica, deve avaliar as condições físicas do impetrante, para que, caso constatada a aptidão laboral, cancele inequivocamente o benefício de auxílio-doença.
> 3. Inexiste motivo razoável para que o impetrante fique desamparado do auxílio-doença em razão da demora da administração em avaliar o quadro incapacitante do segurado, sendo inadmissível conferir a este o ônus decorrente da eventual insuficiência de peritos e funcionários nos quadros de servidores do INSS, configurando-se, também nesse ponto, a ilegalidade da autoridade coatora.

Avaliação técnica é imprescindível para a constatação da doença incapacitante, pois se trata de uma prestação indispensável da Previdência Social a manutenção do direito dos segurados.

Desta forma, concluindo o perito autárquico pela incapacidade laboral, será concedido o auxílio- doença por prazo não superior a 06 meses, caso remanesça a incapacidade laborativa, existe a possibilidade de Pedido de Prorrogação, por quantas vezes o segurado achar necessário baseado na permanência da incapacidade. [108]

Existindo ainda em caso de negativa deste, a interposição final e derradeira, sempre mediante a perícia médica, de uma espécie de recurso denominado Pedido de Reconsideração.[109]

De qualquer sorte, como já se viu, a doença é o quesito principal que enseja as concessões dos benefícios, no entanto, enfrentar-se-á com mais

---

[106] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário.ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P:406, 407.

[107] Reexame Necessário. Processo: 5010908-82.2010.404.7000/PR, TRF4, Data e-DJF4-03.08.2011. Orgão Julgador: sexta turma. Relatora: Eliana Paggiarin Marinho.

[108] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário.ed. Florianópolis: Conceito, 2010, P:407.

[109] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário.ed. Florianópolis: Conceito, 2010.P:407.

profundidade nas questões pertinentes ao tipo de enfermidade, gravidade e recuperação, no próximo capítulo.

4. A DOENÇA INCAPACITANTE. OS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS REFLEXOS NO PODER JUDICIÁRIO

4.1 A doença incapacitante para conceder benefício previdenciário

De forma metodológica, foram tratados até o presente momento, assuntos necessários para o desenvolvimento do tema desejado, ou seja, o surgimento da seguridade social e o sistema normativo dos benefícios por incapacidade.

No entanto, a partir deste ponto, começa efetivamente o enfrentamento da doença incapacitante e seus reflexos diretos nas concessões dos benefícios, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial.

No século XX, com o surgimento dos direitos sociais e a responsabilidade da assistência social repassada ao Estado, ficou evidente a preocupação com a saúde e a necessidade de auxílio aos desvalidos. [110]

Nos benefícios por incapacidade, este auxílio aos desvalidos ocorre através da análise e diagnóstico da doença para aqueles segurados que forem considerados incapazes de exercer atividade laboral de forma parcial ou total e com durações que variam de temporária a permanente.

Assim classifica Horvath Junior, há requisitos necessários para avaliar a existência ou não da doença incapacitante, conforme relacionados abaixo. [111]

> -Diagnóstico da doença;
> -Natureza e grau de “deficiência “ ou “disfunção” produzida pela doença;
> -Tipo de atividade ou profissão e suas exigências;
> -Indicação ou necessidade de “proteção” do segurado doente, por exemplo, contra re-exposição ocupacionais a “agentes patogênicos” sensibilizantes ou de efeito cumulativo;
> -Eventual existência de hipersuscetibilidade do segurado ao “agente patogênico” relacionado com a etiologia da doença;
> -Dispositivos legais pertinentes (por exemplo: Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, ou de órgãos da Saúde, ou acordos coletivos, ou profissões regulamentadas, etc.);
> -Idade e escolaridade do segurado;
> -Suscetibilidade ou potencial do segurado a readaptação profissional;
> -Mercado de trabalho e outros “fatores exógenos”.

---

[110] PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Direito a Saúde, uma perpesctiva constitucionalista. ed. Passo Fundo, RS: UPF, 2003, P: 93,94.

[111] HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito Previdenciário.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, P:158.

Nesta avaliação da doença incapacitante, deverá ser constatado o nível de gravidade e as consequências para a manutenção da atividade laboral, que podem ser como já mencionado anteriormente, de forma parcial ou total, temporária ou permanente. [112]

Partindo da análise do que é incapacidade parcial, encontra-se dentro das limitações do segurado acometido por determinada doença, a definição e abrangência do benefício, conforme tratado por Michel Cutat Neto: [113]

> "O grau de incapacidade parcial mantém determinadas condições físicas e funcionais no conjunto de habilidades do segurado que permitem, com maior ou menor grau de dificuldades, ainda que sacrificando outras funções laborais, que o segurado desempenha a contento determinadas atividades laborais que lhe preservem a manutenção do trabalho"

Desta forma, a incapacidade não precisa ser total, mas suficiente para tornar o segurado incapacitado para a lide diária de suas atividades profissionais.[114]

Mas se a capacidade for total, o segurado perde a condição de desempenhar suas atividades profissionais habituais, além de não mais possuir possibilidades de almejar outra atividade laboral. [115]

Quanto as definições de temporária e de permanente, tem-se como ponto crucial vinculado ao tempo de duração da doença incapacitante, ou seja, na incapacidade temporária a ocorrência será apenas por um período determinado, onde o segurado voltará a desempenhar suas atividades de forma habitual, não havendo para tanto, a incidência de sequelas incapacitantes, sendo invertido esta assertiva na incapacidade permanente, visto que se trata de período indeterminado pois a incapacidade não possibilita o retorno do trabalhador para aquela ou qualquer outra atividade. [116]

É de suma importância tais conceituações para limitar e definir a extensão da incapacidade que enseja, tanto o benefício de auxílio-doença,

---

[112] CUTAIT, Michel Neto. Auxílio Doença.ed São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.P: 118.
[113] CUTAIT, Michel Neto. Auxílio Doença.ed São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.P: 119.
[114] HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito Previdenciário.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.P:159.
[115] CUTAIT, Michel Neto. Auxílio Doença.ed São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.P: 119.
[116] CUTAIT, Michel Neto. Auxílio Doença.ed São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.P: 121.

como a aposentadoria por invalidez para aqueles que buscam por tais benefícios.[117]

A própria Previdência Social, através do Decreto 6.957/2009, estabelece uma relação de atividades e seus graus de risco através de um mapeamento das peculiaridades inerentes a cada categoria profissional.

Há também na legislação previdenciária, através da Portaria Interministerial MPAS/MS 2998/01, um rol de doenças incapacitantes que independem de carência, conforme preceitua o artigo abaixo transcrito.

> **Art. 1º** As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS:
> I - tuberculose ativa;
> II - hanseníase;
> III- alienação mental;
> IV- neoplasia maligna;
> V - cegueira
> VI - paralisia irreversível e incapacitante;
> VII- cardiopatia grave;
> VIII - doença de Parkinson;
> IX - espondiloartrose anquilosante;
> X - nefropatia grave;
> XI - estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante);
> XII - síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids;
> XIII - contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada; e
> XIV - hepatopatia grave.

Apesar dos valiosos critérios estabelecidos na legislação Previdenciária e também doutrinária, para definir quais as doenças que trazem a incapacidade, parcial, total, temporária ou permanente aos trabalhadores, a sua correta conceituação traz ao Direito Previdenciário uma das questões mais complexas, conforme define João Antonio Pereira Leite: [118]

> "A natureza definitiva (no sentido de vitalício) ou precária da aposentadoria por invalidez sempre suscitou dúvida. Em princípio, a partir da Lei Orgânica, de 1960, é precária a duração deste benefício, ou seja, perdura enquanto persiste seu pressuposto fundamental. Se o segurado recupera sua condição para o trabalho, a aposentadoria deve ser cancelada. Como a aposentadoria por invalidez, cessada esta, há de cessar a prestação correspondente. A clareza do raciocínio lógico máscara sérias dificuldades, tais como a

[117] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 113.
[118] LEITE, João Antonio Pereira. Curso elementar de direito previdenciário.ed.São Paulo: LTr, 1977, P: 135.

> relatividade dos exames voltados a constatar a recuperação, a perda da capacidade laborativa por longo período de afastamento, o subemprego ou o desemprego, etc".

A aposentadoria por invalidez neste ponto apresenta com maior clareza a problemática em definir a "extensão da incapacidade laborativa que dá direito ao segurado de receber este benefício", visto que o fato gerador não está vinculado na total incapacidade do segurado de forma ampla e absoluta e, portanto, necessário apenas para torná-lo sem condições de exercer condições para o trabalho.[119]

No entanto, como trata o autor Daniel Pulino, a interpretação pura e simples dos ditames estabelecidos na lei acerca dos critérios ao rotular a incapacidade/doença, a impossibilidade de exercer atividade que lhe dê condições de subsistência, é de fato temerário, visto que há nos critérios de avaliação a possibilidade de caracterizar a incapacidade apenas para a realização de algumas atividades laborais, sendo o exercício de outras, completamente possível, e assim, mantendo as condições de manutenção de subsistência.[120]

Mas com essa readequação do segurado ao mercado de trabalho, limitado a certas atividades profissionais, a hipótese de redução da renda é fato a ser considerado trazendo como consequência a impossibilidade de custeamento de sua antiga condição de existência, portanto, apenas contempla a regra a manutenção de sua subsistência e não amplia para a garantia de manutenção dos rendimentos, deixando de contemplar a nova realidade ao não manter o nível de sua subsistência.[121]

Estas questões acerca das dificuldades de encontrar uma simetria nas avaliações das doenças que geram a incapacidade trazem inúmeras rezingas, tanto na via administrativa, quanto em ações judiciais em todo o país.

4.2 Os procedimentos administrativos

---

[119] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 115.
[120] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 115.
[121] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 115.

A partir do requerimento de benefício por incapacidade, realizado em agências da Previdência Social, até a contemplação da concessão, há procedimentos administrativos distintos. Porém, serão tratadas de forma mais ampla as regras e necessidades das perícias médicas para avaliar, diagnosticar e dar conclusão ao protocolo.

Os procedimentos iniciais analisados pelo *expert* – médico perito vinculado a Previdência Social, é quanto a existência ou não da enfermidade no momento da perícia, passando a determinar se há o direito e nos casos de concessão o grau e o tempo do benefício a ser concedido.[122]

Assim a concessão do benefício por incapacidade, está atrelada a avaliação médica-pericial a cargo da previdência social, que analisará sob os "critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento especializado" conforme lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social.[123]

Portanto, é de suma importância a avaliação do perito médico do INSS, ao diagnosticar e determinar se a doença, moléstia ou lesão, trará prejuízo ao segurado no exercício de sua atividade, ou apenas uma irrisória limitação o que não estará sujeito à concessão do benefício. [124]

Outra atribuição da perícia médica é determinar e fixar o período inicial e final (se for o caso) em que haverá necessidade do benefício. A definição da data inicial é essencial, pois além da avaliação da ocorrência do evento e de não estar atrelada a data da perícia, poderá definir quais as regras aplicáveis e qual legislação que será utilizada, pois, poderão surgir efeitos ao fixar retrospectivamente a data de início da invalidez, como a perda da qualidade de segurado e doença pré-existente. [125]

---

[122] VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário.ed.São Paulo: Atlas, 2012, P:488.
[123] VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário.ed.São Paulo: Atlas, 2012, P:488.
[124] VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, Jóse Antonio. Curso Modular de Direito Previdenciário, Vol. II. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p.403, 406.
[125] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 150.

Daniel Pulino, inúmera a competência da perícia medica da Previdência social e define a necessidade da fundamentação do parecer técnico final:[126]

> "... é especialmente relevante que seja motivada, fundamentada a conclusão médico-pericial, com a precisa indicação dos elementos que levaram à convicção do avaliador. De nada serviria, portanto – tanto para o segurado quanto para a própria autarquia -, a fixação, pela perícia, de datas de início da incapacidade desacompanhadas de sua devida justificação nos autos do processo administrativo."

A exigência de uma avaliação técnica com diretrizes brevemente delimitadas e conceituadas para determinar ou não a concessão dos benefícios, surti efeitos quando da elaboração do Manual de Perícia Médica da Previdência Social, que estabelece entre as inúmeras diretrizes, o conceito de incapacidade e de invalidez. [127]

Este conceito de incapacidade e de Invalidez determinados pelo Manual, está disposto no item quatro (4), começando pela deliberação de que "4.1 – Incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfopsicofisiológicas provocadas por doença ou acidente." A seguinte temos "4.1.1 – 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 bastando a conceituação, a avaliação deverá ser dirigida de forma específica analisando determinadas condições: " 4.2 – O conceito de incapacidade deve ser analisado quanto ao grau, à duração e à profissão desempenhada."

Nas questões, pertinentes a duração são assim determinados:

> "4.2.1 – Quanto ao grau 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

---

[126] PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.ed.São Paulo: LTr. 2001, P: 151.

[127] Manual de Perícia Médica da Previdência Social, Diretoria de benefícios por incapacidade – Coordenação geral de benefícios por incapacidade, P: 25. http:www.sindmedicos.org.br/juridico/Manual%20de%20Pericias%20Medicas%20do%20INSS.pdf

> 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.

Seguindo com o Manual, o próximo ponto é quanto à duração da incapacidade:

> 4.2.2 – Quanto à duração a incapacidade laborativa pode ser 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.

E por fim, classifica a capacidade do exercício de atividades profissionais, estabelecendo critérios avaliativos, conforme disposto item 4.2.3, além da necessidade de avaliação técnica para determinar as condições do segurado, em manutenção de suas atividades :

> 4.2.3 – Quanto à profissão a incapacidade laborativa pode ser: a) uniprofissional – aquela em que o impedimento alcança apenas uma atividade específica; b) multiprofissional – aquela em que o impedimento abrange diversas atividades profissionais; c) omniprofissional – aquela que implica a impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade laborativa, sendo conceito essencialmente teórico, salvo quando em caráter transitório. 4.3 – A invalidez pode ser conceituada como a incapacidade laborativa total, indefinida e multiprofissional, insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, que corresponde à incapacidade geral de ganho, em conseqüência de doença ou acidente.
> 4.4 – 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.

Seguindo o que determina o Manual de Perícia Médica da Previdência Social, também há elencado entre os tópicos a necessidade de realização do exame médico-pericial que por sua vez, “tem como finalidade a avaliação laborativa do examinado para fins de enquadramento na situação legal pertinente, sendo que o motivo mais frequente é a habilitação a um benefício por incapacidade”. [128]

---

[128]http://www.sindmedicos.org.br/juridico/Manual%20de%20Pericias%20Medicas%20do%20INSS.pdf Manual de Perícia Médica da Previdência Social, Diretoria de benefícios por incapacidade – Coordenação geral de benefícios por incapacidade, P:25.

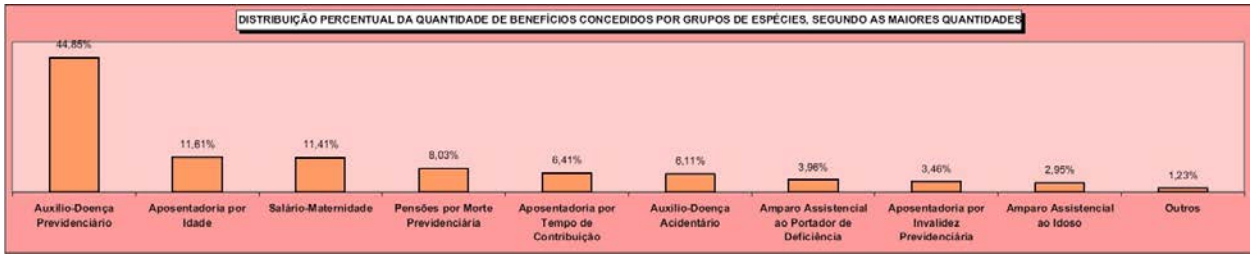
Todos estes critérios utilizados para analisar, diagnosticar e conceder os benefícios de auxílio doença e a aposentadoria por invalidez, possui enorme relevância social, quando deparados com dados estatísticos extraídos da via administrativa.

Foram concedidos administrativamente (média do ano de 2011), 156.450 (cento e cinquenta e seis mil e quatrocentos e cinquenta) benefícios de auxílio doença e 13.804 (treze mil e oitocentos e quatro) aposentadorias por invalidez, com media de valor de R$ 996,58 (novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e oito centavos) e R$ 1.100,78 (mil e cem reais e setenta e oito centavos), respectivamente. [129]

Estes dados tornam-se com maior relevância quando observada a representatividade destes números concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, cerca de 44,85% de todos os benefícios concedidos no ano de 2011 foram de auxílio doença e 3,96% de aposentadoria por invalidez, total de quase 50% de todas as concessões administrativas. [130]

Tais assertivas estão demonstradas conforme tabela abaixo:

Tabela 1: Distribuição percentual da quantidade de benefícios concedidos por grupos de espécies, segundo as maiores quantidades:



Fonte: Secretaria de políticas da Previdência Social. Coordenação geral da estatística demográfica e atuária. Boltim Estatístico da Previdência Social. Volume 17, nº 2, fevereiro de 2012 – Fonte: Dataprev.

Nesta tabela foram indicados os seguintes dados:

- **Auxílio Doença**.....44,85%

[129] http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120329-115930-269.pdf

[130] Secretaria de políticas da Previdência Social. Coordenação geral da estatística demográfica e atuária. Boltim Estatístico da Previdência Social. Volume 17, nº 2, fevereiro de 2012 – Fonte: Dataprev.

- Aposentadoria por Idade.....11,61%
- Salário Maternidade.....11,42%
- Pensão por Morte.....8,03%
- Aposentadoria por Tempo de Contribuição.....6,41%
- Auxílio Doença Acidental.....6,11%
- Amparo Assistencial ao Deficiente.....3,96%
- **Aposentadoria por Invalidez**.....3,46%
- Amparo Assistencial ao Idoso.....2,95%
- Outros.....1,23%

A partir destes dados, pode-se vislumbrar o significativo montante da população que usufrui dos benefícios destinados a amparar o trabalhador quando acometido de doença incapacitante, porém, esta proteção não contém o condão de suprir todas as necessidades existentes, ao vislumbrar a imensa quantidade de ações judiciais propostas por segurados que tiveram seus requerimentos negados pela via administrativa e após a devida reversão do entendimento pelo poder judiciário, corrobora a constatação de que existem diferentes concepções ao analisar a incapacidade.

4.3 – Ações Judiciais - Em busca de um novo parecer médico

O presente subitem não tem como objeto central a pretensão de discorrer sobre as deficiências das analises dos processos administrativos, que originam as ações judiciais, mas sim trazer ao conhecimento a problemática que atinge trabalhadores de todas as profissões, que embora incapacitados, não recebem o reconhecimento do benefício e que ficam expostos às agruras sociais sem possibilidade de subsistência, até ver ser direito reconhecido na esfera judicial.

As maiores dificuldades dos segurados partem da necessidade de haver sempre o indeferimento do processo administrativo, antes do ingresso da ação judicial, caracterizando o interesse de agir na ocorrência de lesão ou ameaça de lesão do direito individual, sendo justamente esta lógica que

acarreta a demora nas concessões e, consequentemente a falta de celeridade na preservação da vida. [131]

Declara José Savaris, sobre a necessidade de analise e concessão dos benefícios: [132]

> "A urgência no recebimento dos valores correspondentes a um benefício da Seguridade Social se presume pela própria natureza (alimentar) e finalidade desse benefício, qual seja, a de prover – de modo eficiente e imediato recursos para suprimento das necessidades elementares da pessoa."

O segurado é o mais prejudicado neste período em que não há reconhecimento na esfera administrativa, pois ao contrário do que deveria ocorrer de plano" (proteção as pessoas agravadas por uma contingência social)", ficam sem receber valores durante meses e se valem na busca por medidas de urgência a partir do ingresso da ação judicial e deferimento de Liminar, antecipatória de tutela.[133]

Acerca do assunto, define Marinoni:[134]

> "A tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo no deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor".

Medida considerada imprescindível para amenizar o sofrimento dos segurados, acometidos por doenças graves e sem rendimentos, utilizando os preceitos de uma tutela jurisdicional efetiva e célere.

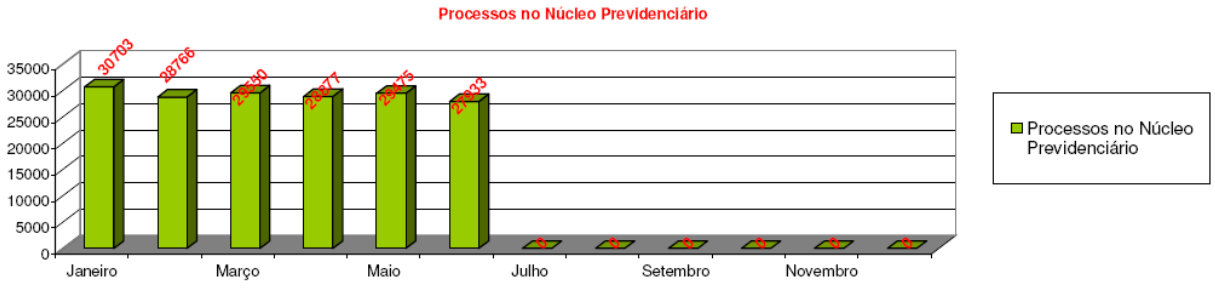
De modo a vislumbrar a gama de segurados que buscam reparação do direito negado na esfera administrativa e partem em procura do poder judiciário, para alteração e concessão de seus benefícios, juntamos a Estatística do Núcleo Previdenciário, concernente as Varas Federais

---

[131] SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário.ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 64.
[132] SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário.ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 291.
[133] SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário.ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 293.
[134] MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela.Vol.9.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.P:23.

Previdenciárias de Porto Alegre, quanto aos processos em tramitação a partir de janeiro deste ano: [135]

Tabela 2: Processos no Núcleo Previdenciário:



Fonte: http://www.jfrs.jus.br/upload/estat_nucleo_prev.pdf

Nesta tabela foram indicados os seguintes dados, quanto ao ingresso de ações em Varas Previdenciárias a partir de janeiro de 2012:

- Janeiro.....30.703
- Fevereiro.....28.766
- Março.....29.550
- Abril.....28.077
- Maio.....29.475
- Junho.....27.933

Destas ações ajuizadas que versam sobre benefícios por incapacidade, são duas as possibilidades de reparação ao dano do indeferimento e reversão do quadro para a concessão do benefício, é o ingresso de "ação previdenciária de concessão do benefício (o interessado pretende obter um benefício da Previdência Social) ou ação de restabelecimento de benefício previdenciário (o interessado teve cancelado – ou reduzido o valor de – seu benefício e busca recuperá-lo judicialmente)".[136]

A competência em matéria previdenciária fica a cargo da Justiça Federal, visto o INSS ser uma autarquia Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, havendo questões pertinentes acerca do assunto, pois há exceções também garantidas na norma Constitucional, estabelecidas no

[135] http://www.jfrs.jus.br/upload/estat_nucleo_prev.pdf
[136] SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário.ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 322.

mesmo artigo, quanto a municípios em que não dispõem de varas Judiciais, sendo possível o ingresso na Justiça Estadual. [137]

> "Art.109. Aos juízes federais, compete processar e julgar:
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas nas condições de autores, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.
> ...
> § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual".

Após demonstrar alguns requisitos e pontos pertinentes ao sistema que envolve os processos ajuizados em Varas Previdenciárias, o cerne da questão é a constatação de que há possibilidade de reverter a decisão administrativa, concebendo nova analise e entendimento sobre a doença/incapacidade, alterando a avaliação e modificando de forma significativa a vida do segurado.

Estamos falando da perícia médica realizada também pelo poder judiciário, que avalia e determina o grau e a relevância da doença/incapacidade para a concessão do benefício.

Esta possibilidade altera a ideia de que analise e a comprovação da doença seja exclusivamente da competência do INSS, havendo possibilidade de avaliar e chegar a outro diagnóstico, tratando de forma diferente a mesma questão, segundo Marco Serau Junior: [138]

> " ... não se aceita a tese de que a perícia idônea à comprovação da incapacidade da laboral para fins previdenciários seja privativa do INSS. Tal alegação é desprovida de amparo legal, já que a decisão administrativa não impende que a questão venha a ser apreciada judicialmente, a teor do Princípio da inafastabilidade do Controle Jurisdicional, estabelecido na Constituição Federal, em seu art. 5º XXXV".

A amplitude de procedimentos utilizados no processo judicial para determinar se há incapacidade dos requerimentos de benefícios desta espécie, contempla, além da avaliação médica, analise de outros elementos

---

[137] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
[138] SERAU, Marcos Serau Junior. Curso de Processo Judicial Previdenciário. ed.São Paulo: Método.2004,P:141.

de prova (laudos e exames médicos realizados por médicos contratados pelo requerente/autor da demanda) na formação do convencimento. [139]

Diferente da via administrativa, como define Savaris: [140]

> "Na análise administrativa de um pedido de benefício previdenciário, as possibilidades de contraprova são reduzidas, pois raramente serão indicadas testemunhas destinadas a infirmar o fato alegado pelo segurado".

Esta "liberdade" do magistrado ao analisar o conjunto probatório, poderá dar ao processo outro destino, pois ao findar de forma diferente da conclusão médica negativa a incapacidade, altera substancialmente a vida social e econômica do cidadão. [141]

Como vimos as ações judiciais possuem papel fundamental nas concessões de benefícios por incapacidade, seja auxílio doença e ou aposentadoria por invalidez, pela ampla analise da doença incapacitante, e fase dos direitos sociais, como define Serau: [142]

> "De fato, o processo judicial transformou-se, para merecido prestígio das instituições judiciárias, num mecanismo utilizado como forma de suplantar a omissão estatal muitas vezes presente no que interessa à pela eficácia dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne aos direitos sociais (nos quais se incluem os direitos da Seguridade Social)".

Sobre o tema cabe referir que das decisões do Tribunal Regional Federal – TRF, da 4º região, disponíveis na internet e realizadas no último ano, ou seja, de junho de 2011 a junho de 2012, foram analisados 27.610 (vinte e sete mil e seiscentos e dez) processos. Destes 24.326 (vinte e quatro mil e trezentos e vinte e seis) tiveram concedidos os benefícios, que na esfera administrativa obtiveram o indeferimento.[143]

As decisões judiciais que alteram os indeferimentos administrativos, a partir de uma nova ótica de analise da doença incapacitante, são iniciativas

---

[139] SERAU, Marcos Serau Junior. Curso de Processo Judicial Previdenciário. ed.São Paulo: Método.2004,P:138.
[140] SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário.ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 238.
[141] SERAU, Marcos Serau Junior. Curso de Processo Judicial Previdenciário. ed.São Paulo: Método.2004. P:138.
[142] SERAU, Marcos Serau Junior. Curso de Processo Judicial Previdenciário. ed.São Paulo: Método.2004.P:67.
[143] http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1

que devem ser mantidas e reforçadas para que se tornem práticas reiteradas na esfera judicial, abarcando a almejada garantia da dignidade humana para os segurados do Regime Geral de Previdência Social, e por fim, tornando incontroversa, a partir da coisa julgada, a discussão sobre o benefício por incapacidade.

CONCLUSÃO

O tema abordado neste trabalho, através da compreensão da evolução dos benefícios por incapacidade, estabelecidos ao longo dos anos e ligados diretamente ao surgimento da Seguridade Social, buscou demonstrar a situação atualmente vivenciada pelos segurados que partem em busca de benefícios por incapacidade, especificamente, auxílio doença e aposentadoria por invalidez, tanto na esfera administrativa como no judiciário.

Os direitos e as garantias estabelecidos é pauta constante na vida dos brasileiros. Hoje, o país possui milhões de trabalhadores devidamente filiados, ou seja, segurados pelo Regime Geral de Previdência Social.

Ocorre que, são diversos os casos de trabalhadores acometidos por doenças incapacitantes, que solicitam avaliação médica no órgão responsável, ou seja, o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social em busca de proteção quando submetidos pelo risco social da incapacidade laboral.

Porém, a mesma autarquia que analisa e dá o diagnostico da doença incapacitante, incumbe a esses trabalhadores o seu parecer final quanto a necessidade de benefício.

Assim, muitas vezes esta avaliação é baseada em mecanismos insuficientes, gerando o parecer errôneo e causando graves conseqüências na vida do segurado, deixando-o durante meses em situação de insegurança social, visto não possuir condições de retorno ao trabalho e sem o devido benefício.

Humilhados e desesperados estes trabalhadores ficam sem maiores alternativas, quando submetidos a avaliações diversas, ou seja, parecer técnico administrativo negatório de benefício e avaliação médica da empresa que mantém a conclusão de incapacidade não permitindo o retorno ao trabalho.

Esse disparate de avaliações, que desprotege o segurado e o transforma em um problema social, é o motivo de ingresso de inúmeras ações judiciais que possuem o condão da imparcialidade ao avaliar novamente a doença.

Tais problemáticas certificam que a Previdência Social, na figura do Instituto Nacional de Seguridade Social, não possui a abrangência necessária

para garantir de forma absoluta e quiçá justa, os riscos sociais advindos de doenças incapacitantes, deixando de alcançar a essência do direito social, e excluindo os segurados dos preceitos Constitucionais da Igualdade, Solidariedade e da Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL - **CONSTITUIÇÃO FEDERAL** – Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL - **DECRETO 5.844** – Dispõe sobre as altas programadas no benefício de auxílio-doença.

BRASIL - **LEI 8.213** – Promulgada em 24 de julho de 1991.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BALTAZAR, José Paulo Junior. **O crime de omissão do recolhimento de contribuições sociais arrecadadas**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª edição.** ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CABONE, Célia Opice. **Seguridade Social no Brasil**. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho. 4ª edição**. ed. Porto Alegre, Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. ed.Coimbra: Coimbra, 1982.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de **Direito Previdenciário. 10ª Edição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, P:7.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; Correia, Érica Paula Bracha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUTAIT, Michel Neto. **Auxílio Doença**. Ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2006.

DARTORA, Cleci Maria. Direito Previdenciário: Temas Atuais: **Aspectos relevantes do benefício de auxílio-doença no Regime Geral de Previdência Social**. ed.Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Direito Previdenciário para concursos.** ed.São Paulo: Atlas, 2001.P: 33.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LEITE, João Antonio Pereira. **Curso elementar de Direito Previdenciário**. ed.São Paulo: LTr, 1977.

Manual de Perícia Médica da Previdência Social, Diretoria de benefícios por incapacidade – Coordenação geral de benefícios por incapacidade.
http://www.sindmedicos.org.br/juridico/Manual%20de%20Pericias%20Medicas
http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120329-115930-269.pdf

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. ed. São Paulo: Atlas,1996.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. ed. São Paulo: LTR, 1992.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social.** ed. São Paulo: LTR, 2003.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. ed. São Paulo: LTR, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela. Vol. 9º**. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Sergio Renato. **Benefícios Previdenciários.** ed. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2010.

PAIXÃO, Floriceno. **A Previdência Social em Perguntas e Respostas e Legislação Correlata.** ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PILAU, Liton Lanes Sobrinho. **Direito a Saúde, uma perspectiva Constitucionalista**. ed. Passo Fundo, RS: UPF, 2003.

PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro.** ed.São Paulo: LTr. 2001.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Leandro Luis Camargo. **Curso de Direito da Seguridade**. ed.São Paulo: LTR, 2004.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações de seguro social.** São Paulo: LTr, 2003.

SAVARIS**,** José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. ed.Curitiba, Juruá. 2008, P: 293.

SECRETARIA de Gestão do Trabalho e de Educação na Saúde. Departamento de Gestão e Educação na Saúde. **A educação permanente entra na roda**. Brasil, Ministério da Saúde. 2º Edição. Brasília – DF: 2005.

SECRETARIA de políticas da Previdência Social. Coordenação geral da estatística demográfica e atuária. **Boletim Estatístico da Previdência Social**. Volume 17, nº 2, fevereiro de 2012 – Fonte: Dataprev. http://www.jfrs.jus.br/upload/estat_nucleo_prev.pdf

SERAU, Marco Aurélio Junior. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**. ed.São Paulo: Método, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito Previdenciário avançado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário.** ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2000.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, Jóse Antonio. **Curso Modular de Direito Previdenciário, Vol. II.** ed. Florianópolis: Conceito, 2010.

VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência Social – Custeio e Benefícios**. ed. São Paulo: LTR, 2005.

VIANNA**,** João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**.**5º Edição**. ed.São Paulo: Atlas, 2012.P:6.