

A INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E SUA INTERPRETAÇÃO NA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Flavio Luiz Marques Penna Marinho¹

RESUMO

A incapacidade para o trabalho e sua interpretação na concessão dos benefícios previdenciários revela a premente necessidade da análise dos exames médicos transcender a órbita eminentemente clínica para aferir a inaptidão do segurado também em cotejo com fatores multidimensionais, muitas vezes relegados pela perícia administrativa e judicial e prejudicados pela deficiência em programas de reabilitação ou malversação de recursos, circunstâncias que contribuem para a profusão de indeferimentos pela perícia do INSS, ações judiciais, perpetuação de benefícios temporários e concessões inadequadas à realidade do obreiro, situações que via de regra comprometem a dignidade da pessoa humana, haja vista a natureza alimentar dessas prestações previdenciárias.

Palavras-chave: incapacidade, trabalho, interpretação, concessão, benefícios.

1. INTRODUÇÃO

A incapacidade para o trabalho é um tema de extrema relevância social e científica como instrumento de fomento para o aperfeiçoamento das infundáveis perícias médicas realizadas administrativa e judicialmente, além de despertar a necessidade de melhor interpretação do conceito e estágio da inaptidão, notadamente em virtude da profusão de requerimentos e ações que deságuam dia-

¹ Defensor Público Federal

riamente no âmbito do INSS e do Poder Judiciário postulando um benefício de natureza eminentemente alimentar e atrelado à dignidade do segurado.

A conjugação dos fatores sumariamente expostos vem acarretando uma análise distorcida acerca da existência de incapacidade e o seu estágio no quadro clínico do segurado, conduzindo a indeferimentos injustificáveis de benefícios ou concessões inadequadas, quando na verdade deveria ser sopesada com critérios externos, como idade, grau de instrução e especialização do trabalhador.

Nesse contexto, o tema revela-se instigante para disseminar a ideia da análise da incapacidade social pelo Poder Judiciário, tese recorrente nas ações previdenciárias envolvendo benefícios incapacitantes propostas diariamente em favor de segurados hipossuficientes no âmbito da Defensoria Pública da União, por exemplo, porquanto a vinculação irrestrita dos órgãos judicantes aos pareceres dos peritos judiciais compromete a efetiva prestação jurisdicional e a justiça social.

Ademais, destina-se a provocar reflexões sobre a incapacidade e a mão de obra no mercado de trabalho, bem como a imperiosa mudança do modelo de reabilitação profissional desempenhado pelo INSS, cuja ausência de fiscalização e a precariedade de recursos inviabilizam a redução das inaptidões e o retorno dos segurados ao mercado ativo.

2. **DESENVOLVIMENTO**

A incapacidade laboral consubstancia-se em uma severa contingência social que diariamente vitima milhares de obreiros, ceifando-lhes sua fonte de renda originária proveniente do trabalho.

Sua eclosão deve ser acompanhada de uma intervenção estatal ágil e tempestiva a fim de manter inabalado o pilar da dignidade da pessoa humana, vetor estrutural da República Federativa do Brasil, (art.1º, III, da Constituição da República), cuja inspiração advém de outros diplomas internacionais de proteção de

direitos e garantias individuais, como a Carta das Nações Unidas, de 26.06.1945; no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19.12.1966 e na Convenção que instituiu a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura Unesco, de 16.11.1945.

Densificando o princípio-fundamento, o modelo de Seguridade Social adotado na Carta Magna, capilarizado entre Saúde, Assistência e Previdência, tratou de prever mecanismos de cobertura estatal que viabilizassem a manutenção do mínimo existencial mesmo diante de infortúnios que retirassem em um primeiro momento a fonte de renda ou comprometessem a subsistência/ sobrevivência do trabalhador.

No âmbito da Previdência Social, foram previstos os benefícios incapacitantes de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, ambos de natureza remuneratória, além do auxílio-acidente, este destinado a compensar a redução parcial da força de trabalho em virtude de seqüelas e ou limitações impostas, visando a tutelar o indivíduo incapaz de acordo com o grau de inaptidão apresentado.

Lamentavelmente, nem todos os potenciais segurados que apresentam alguma deficiência ou inaptidão para o trabalho logram proteção satisfatória pelo manto da Previdência Social com os benefícios de índole remuneratória, notadamente quando recebem a prestação por lapso reduzido, a despeito de sua improvável recuperação, ou obtêm uma espécie de natureza incompatível com a sua realidade clínica, além de indeferimentos em virtude de uma valoração equivocada ou míope acerca da existência de incapacidade à luz dos requisitos legais do benefício.

A problemática envolvendo a concessão adequada dos benefícios incapacitantes transcende a mera distinção entre enfermidade e a incapacidade e o seu alcance em relação a cada segurado, como também perpassa pela insuficiência de recursos e peritos do INSS, a formação da mão de obra no Brasil, o inócuo e improdutivo

serviço de reabilitação profissional, a perícia judicial célere e literal, bem como a necessária interpretação da incapacidade à luz de conceitos multidimensionais.

Ocorre que para viabilizar a análise do conceito de incapacidade laboral em cotejo com o benefício mais adequado a cada segurado à luz de seu quadro clínico e a probabilidade de recuperação, surgem algumas questões que nortearão a pesquisa, como por exemplo, afinal, qualquer segurado enfermo tem direito à proteção mínima através do auxílio-doença? E da aposentadoria por invalidez? Como avaliá-los?

3. REFERENCIAL DE LITERATURA

Conquanto a expressão “auxílio-doença” utilizada pelo legislador para os benefícios de natureza transitória induza a crer que qualquer patologia, ainda que no estágio incipiente, viabiliza o deferimento da prestação, é de bom alvitre destacar que o art. 59 da Lei nº 8213/91 prevê a concessão dessa espécie ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, sendo a inaptidão em caráter temporário, ou seja, quando se vislumbra a possibilidade de recuperação ou reabilitação profissional para outro ofício.

Por sua vez, o parágrafo único veda a concessão de auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Da dicção da norma do § único do art. 59 da Lei nº 8213/91, denota-se que o legislador intencionalmente distinguiu no contexto médico as expressões “doença” e “incapacidade”, notadamente em virtude do último vocábulo presumir um quadro clínico que efetivamente comprometa a prática da função habitual do trabalhador.

A distinção dos estágios da patologia e a concessão condicionada apenas à incapacidade, cujos elucidativos ensinamentos são dignos de nota, a saber:

É de se observar que o preceito transcrito trabalha com três conceitos diferenciados: doença, lesão e incapacidade. Ocorre que os dois primeiros (doença e lesão) são pressupostos para o terceiro (incapacidade). São pressupostos para a incapacidade de forma direta, mas não são pressupostos diretos para o auxílio-doença. O pressuposto para o auxílio-doença é a incapacidade que eventualmente poderá ocorrer a partir da doença e da lesão.

Cabe aqui, então, perquirir qual o risco social protegido pelo auxílio-doença. Não é exatamente a lesão ou a doença, posto que elas podem acontecer sem acometer o segurado de incapacidade. O risco social que ora se pretende proteger é a perda da força de trabalho do segurado por acometimento de uma determinada incapacidade (transitória) para o seu trabalho.²

No mesmo toar, interpretando o conceito legal de pré-existência:

Note-se, portanto, que o que importa ao legislador não é propriamente ser a doença preexistente à filiação ao RGPS, mas sim a incapacidade para o exercício de atividade habitual, o que será analisado por perícia médica pelo INSS. Assim, uma pessoa que possua vírus HIV pode, perfeitamente, se filiar, trabalhar e contribuir mensalmente ao RGPS. E quando do agravamento da enfermidade, ou seja, quando da

² JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Manual dos Benefícios Previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 285.

incapacidade temporária para o trabalho, terá direito ao recebimento do benefício do auxílio-doença. No entanto, uma pessoa igualmente portadora do vírus HIV, mas que já se encontre incapacitada, e que venha a iniciar suas contribuições ao sistema previdenciário, não terá direito à percepção desse benefício, justamente por ser a incapacidade preexistente à filiação como segurado.³

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez está prevista no art. 42 da Lei nº 8213/91, cuja redação condiciona o deferimento do benefício à contingência social que incapacite permanentemente o trabalhador para atividades que lhe garantam a subsistência.

Destarte, diferencia-se do auxílio-doença não só pela temporariedade desta última prestação, como também na improvável recuperação ou reabilitação profissional do segurado.

Ocorre que legislações especiais, como a Lei nº 8742/93, que organiza a Assistência Social, e o seu Regulamento (Decreto nº 6214/07), ao disciplinarem a concessão de benefícios cujo risco social protegido é a inaptidão laboral, utilizam-se de premissas mais abrangentes que suscitam dúvidas e incoerências nos intérpretes e peritos, ao responderem os quesitos administrativos e judiciais, em suas conclusões sobre a necessidade de afastamento do trabalhador ou concessão de determinada espécie de benefício.

À guisa do mencionado, o Decreto nº 6214/07 define incapacidade como um fenômeno multidimensional que abrange a limitação do desempenho da atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com

3 VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social**: Custeio e benefícios: LTR, 2005, p. 614-615.

deficiência e seu ambiente físico e social.

Assim, a concessão do benefício ao deficiente ficará condicionada à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional das Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde, sendo certo que a avaliação da deficiência e do grau de incapacidade decorrerá de análise clínica e social, esta baseada em fatores ambientais, sociais e pessoais (artigos 4º e 16 do aludido diploma).

Verifica-se que o legislador expressamente reconhece e determina a utilização de fatores multidimensionais para definição no caso concreto da incapacidade para fins de benefício assistencial, eminentemente mais restritivo e criterioso, haja vista não possuir natureza contraprestacional, ao passo que a legislação previdenciária cria tarefa mais tormentosa ao operador médico e jurista na análise da presença dos requisitos desses benefícios, fixando conceitos jurídicos indeterminados acerca da incapacidade.

A flexibilização da análise da incapacidade no benefício assistencial e a necessidade de adoção de outros parâmetros multidimensionais em muito se atribui à jurisprudência, que de forma maciça vem tornando letra morta a exigência cumulativa da incapacidade laboral e **para a vida independente** para percepção do benefício de prestação continuada, pois tal exegese não encontra guarida na Constituição da República, ex vi do RESP 360202/AL - Rel. Min. Gilson Dipp e da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 20073000000204-0, patrocinada pela Defensoria Pública da União em Rio Branco/AC.

Com efeito, deve-se entender incapacidade para a vida independente como aquela para a atividade laborativa, pois esta é o meio natural de onde o indivíduo extrai o seu sustento e de sua família, sendo erigida à alicerce da Ordem Social pelo Constituinte Originário.

Diante de tal contexto, exsurge a responsabilidade estatal quando tal me-

canismo encontra-se prejudicado pela deficiência ou idade.

Assim, a capacidade para as atividades da vida independente não induz por si só à descaracterização da situação que enseje o pagamento do amparo. O fato de vestir-se ou andar desacompanhado de outra pessoa não refletem a aptidão para o exercício de atividade profissional que lhe garanta proficuamente a sua subsistência, sob pena de condicionar o deferimento do benefício àqueles em “estado meramente vegetativo”.

Nesse gizo, o intuito do legislador reside na sensibilização quanto às situações em que se apresenta impossível, na realidade fática, a promoção pela própria pessoa de sua manutenção em virtude de moléstia física ou psíquica, quando também seu grupo familiar não disponha de meios para fazê-lo.

Impende frisar que é comum, nos casos de deficientes e idosos, o abandono por parte da família ou os maus-tratos, haja vista que essas pessoas a ela vinculadas não dispõem de recursos ou incompreendem a situação especial que enfrentam, sendo considerados como um fardo em suas vidas.

Nessa esteira, assim como a jurisprudência firmou entendimento pela flexibilização dos conceitos de incapacidade para a vida independente como requisito do benefício de prestação continuada assistencial, exsurge a necessidade de aplicação analógica dos parâmetros normativos previstos no Regulamento da Assistência Social para nortear também as concessões dos benefícios previdenciários, uniformizando os critérios definidores de incapacidade e deficiência à luz da legislação pátria, em cotejo com Organismos Internacionais.

Ao largo das distinções conceituais e terminológicas, o certo é que o volume considerável de afastamentos, requerimentos e indeferimentos de benefícios incapacitantes e a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda de direito fundamental revela que a análise da incapacidade é feita de forma intransigente e vinculada pelo corpo de peritos da Autarquia Previdenciária, que, como agentes públicos, guardam irrestrita obediência ao princípio da legalidade (art. 5º,

inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil), imolando-se à Lei nº 8213/91 em sua mais precária interpretação literal, como também ao Decreto 3048/99 e demais atos normativos.

Além da insuficiência do quadro médico do INSS para atender a profusão de requerimentos de benefícios incapacitantes, circunstância que torna o exame extrajudicial superficial e frágil, conquanto goze do atributo de presunção de legitimidade inerente ao ato administrativo, não são raros os casos de concessões de auxílio-doença quando o quadro clínico recomenda a aposentadoria por invalidez, como também, o usual indeferimento ou cancelamento injustificável da prestação.

Nessa esteira, a falta de peritos especializados contribui para que apenas uma patologia seja enfrentada pelos médicos do INSS a fim de averiguar a existência de incapacidade, malgrado o segurado sinalizasse com enfermidades de naturezas distintas que, conjugadas, ensejariam o benefício.

Com efeito, a prática previdenciária revela que as perícias administrativas são realizadas apenas em uma única especialidade, sendo que as Agências da Previdência Social -APS não possuem profissionais qualificados em todos os ramos da medicina, circunstância que enseja a inserção no Histórico Médico - HISMED do Sistema de Administração de Benefícios por Incapacidade - SABI de prováveis moléstias reputadas como secundárias, quando na verdade correspondem a no mínimo concausas da incapacidade.

Nesse compasso, ao segurado não é oportunizado o direito de contrapor a conclusão da perícia do INSS, como também acrescentar outras patologias, de modo que fica a mero talante da Previdência Social atribuir apenas uma causa (CID) para a concessão auxílio-doença, ainda que a conjugação das outras patologias importem até o direito à aposentadoria por invalidez.

Soma-se a isso a inexistência de peritos com formação em Medicina do Trabalho, que agregariam o conhecimento necessário para embasar a conclusão dos requerimentos de benefícios incapacitantes.

Malgrado o INSS tenha envidado todos os esforços para aperfeiçoar o seu corpo técnico e os procedimentos envolvendo a concessão de benefícios incapacitantes, como a introdução do sistema de agendamento pelo telefone 135 ou internet, que extinguiu as reprováveis filas de outrora; o fim da alta programada e a extinção dos famigerados médicos conveniados⁴, o certo é que a insuficiência de peritos especializados e a má valoração da incapacidade laboral desencadeiam conseqüências nefastas aos segurados.

A título de ilustração acerca da má valoração da incapacidade pelos peritos da Previdência Social destacam-se as injustificáveis cessações ilegais de benefícios, circunstância que enseja a suspensão da fonte de renda do trabalhador e o retorno compulsório às suas atividades, sendo certo que em muitos casos o empregador não aquiesce com a continuidade do labor, notadamente quando o exame ocupacional assinala a inaptidão do segurado.

Nesse cenário, exsurge um árduo dilema enfrentado por muitos obreiros entre sacrificar o seu estado físico/mental e retornar ao mercado de trabalho sob pena de serem penalizados com a cessação de sua fonte de renda e a despedida por justa causa em virtude da caracterização do abandono de emprego (artigo 482, “i”, da Consolidação das Leis Trabalhistas) ou realizar um tratamento médico às suas expensas.

De outro giro, a realidade dos procedimentos de perícia administrativa evidencia a escassa concessão de aposentadorias por invalidez de forma originária, ou seja, sem a necessidade de auxílio-doença precedente. Aqui cabe um parênteses:

Malgrado a legislação previdenciária não condicione a concessão da aposentadoria por invalidez ao prévio auxílio-doença, a prática do INSS consubstan-

⁴ ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. A perícia médica previdenciária para a concessão de benefícios por incapacidades. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p. 99-104, junho, 2010.

cia-se em atestar via de regra a incapacidade temporária do segurado, ainda que seu quadro clínico inviabilize sua recuperação ou reabilitação profissional.

Corroborando o esposado a resposta enviada pela Gerência Executiva Norte da Previdência Social do Rio de Janeiro, a maior repartição do INSS no Estado, que categoricamente afirmou em pesquisa formulada através do ofício nº 060/2011, do 1º Ofício Previdenciário da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, que não foi concedido nenhuma aposentadoria (espécie 32 ou 92) sem a concessão do benefício de auxílio-doença previdenciário ou acidentário (espécie 31 ou 91) no âmbito da Gerência entre os meses de janeiro a setembro de 2011.

Tal situação caminha na contramão do Enunciado 05 do Conselho de Recursos da Previdência Social, que preconiza o dever da Previdência Social em conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido, como também pereniza o auxílio-doença, benefício de índole eminentemente temporária, cuja renda mensal inicial é calculada com a aplicação de um coeficiente inferior (91%) ao da aposentadoria por invalidez (100%) no salário de benefício.

As distorções na análise da incapacidade e as ilegalidades praticadas pelo INSS envolvendo os benefícios repercutem na profusão de ações que diariamente inundam o Poder Judiciário dos mais diversos rincões do país.

Ocorre que lamentavelmente alguns juízos vêm utilizando subterfúgios ilegais ou desarrazoados, notadamente com a adoção de procedimentos que repressam e inviabilizam o próprio acesso à Justiça, prejudicando o segurado incapaz de obter uma prestação jurisdicional de mérito, efetiva e célere, seja ela para conceder ou negar o benefício.

Assim, invariavelmente com os despachos de “emenda à inicial”, a cada dia surgem novas “condições de prosseguibilidade” das ações judiciais envolvendo benefícios incapacitantes, criadas a mero talante do magistrado, como se fossem necessárias à prestação jurisdicional e à análise do direito.

A título de ilustração, a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro vem se notabilizando nas inovações mencionadas, tais como: a exigência de requerimento administrativo de benefício incapacitante nos últimos 12 meses anteriores à data da propositura da ação judicial; exigência de prévio requerimento administrativo de conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez; limitação a uma perícia nos Juizados Especiais Federais, a despeito do segurado apresentar concausas de naturezas distintas e determinantes para a concessão do benefício incapacitante; observância à CID imposta pelo INSS no HISMED.

Sem maiores digressões, deve-se ressaltar que em homenagem ao princípio da inafastabilidade, a prestação da tutela jurisdicional não pode ser modulada temporalmente, existindo para tanto os institutos da decadência e prescrição que regulam o direito e a pretensão do segurado.

Ao revés, incumbe ao Judiciário a verificação de ilegalidades em eventuais negativas, omissões ou desídias administrativas que frustrem o direito do segurado, devendo atuar no sentido de afastar o impedimento imposto pela Administração, credenciando o direito ao demandante, caso comprovada a situação fática e jurídica pertinente.

Ademais, o segurado não pode peregrinar indeterminadamente pelas Agências do INSS requerendo auxílio-doença até ser “premiado” com a concessão do benefício.

Corroborando o esposado, a Turma Nacional de Uniformização recentemente sedimentou o entendimento já firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescindibilidade do requerimento administrativo, notadamente nos casos de restabelecimento do auxílio-doença, cuja cessação estimada implica a suposta recuperação do segurado, de modo que o INSS, de ofício, não reformaria a decisão técnica de alta programada, *ex vi* do pedido de uniformização de interpretação de lei federal – Pedilef – nº 2009.72.64002377-9.

Soma-se a isso o fato de que a análise dos requisitos ensejadores do be-

nefício é modulada pela data de início da incapacidade, cujo parâmetro é fixado pela perícia judicial.

Quando suplantadas todas as exigências impostas, o segurado depara-se com uma perícia judicial que, embora imparcial, encontra barreira intransponível na literatura médica, optando por se jungir à análise estritamente clínica, conclusão que conduz às concessões de auxílio-doença e aos inúmeros esclarecimentos no sentido de vislumbrar a possibilidade de recuperação do segurado ou sua reabilitação profissional para atividades que não demandem o uso contínuo da região afetada.

Talvez a tarefa do intérprete fosse abreviada caso o serviço de reabilitação profissional e social, de natureza compulsória para o segurado, previsto no art. 89 da Lei nº 8213/91, efetivamente funcionasse, capacitando-o para ofícios diversos, além de possuir o condão de impelir os empregadores e a própria Previdência Social a realocar a mão de obra ou manter o benefício por um prazo razoável após a conclusão do programa, garantindo uma transição tranqüila entre as novas atividades.

Nesse toar:

A Autarquia somente tem o dever de proporcionar os meios para a readaptação profissional e social do segurado. Na prática, o incapacitado é submetido a um curso de reabilitação e ao final recebe um certificado, com a indicação da função para qual foi capacitado profissionalmente. Não constitui obrigação do INSS a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua inclusão em outro, para o qual foi reabilitado.⁵

5 MARTINS, Larissa. Aposentadoria por invalidez: entre a doença médica e a incapacidade social - posição jurisprudencial. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência**. Entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Juruá, 2009, p. 181.

Como também deveria o Poder Judiciário conceder ou restabelecer auxílio-doença, condicionando a sua cessação à comprovação da recuperação do segurado ou a sua reabilitação profissional, de modo que o INSS seria compelido a aperfeiçoar ou efetivamente implantar o serviço no âmbito administrativo, pois, apesar de previsto, escassas Agências realizam concretamente ou ao menos celebram convênios com outras entidades, como o SENAI e SENAC, para autorizar e custear cursos de capacitação aos segurados.

Tal condição judicial a ser imposta na sentença não implicaria julgamento extra ou ultrapetita, mas figuraria como um corolário natural da efetiva prestação jurisdicional em julgamentos procedentes de auxílio-doença, quando vislumbrada a possibilidade de reabilitação profissional do segurado, tratando-se assim de um pedido sucessivo que deveria ser enfrentado pelos judicantes em prol de uma melhor satisfação ao jurisdicionado e um serviço público eficiente.

De outro giro, a prova da incapacidade para o trabalho em alguns casos resta prejudicada pelo princípio da celeridade que norteia os Juizados Especiais Federais, notadamente quando a natureza da enfermidade demanda avaliações e conclusões eminentemente subjetivas.

Com efeito, é comum muitos peritos prematuramente atestarem a capacidade do segurado em se tratando de distúrbios de ordem psiquiátrica, quando tais conclusões se revelam de duvidosa sensibilidade, porquanto estão em voga patologias de ordem eminentemente subjetivas, cujas manifestações oscilam consideravelmente de acordo com elementos de toda sorte e medicamentos, de modo que se revelaria mais consentâneo realizar outros exames no segurado a fim de subsidiar a conclusão judicial definitiva.

Corroborando o esposado, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul vem se notabilizando nas questões de ordem psiquiátrica ao estabelecer mais de uma perícia de análise dos segurados, até que o corpo médico judicial logre formar

o convencimento e diagnosticar com maior precisão a frequência dos sintomas manifestados, adequando a enfermidade em cotejo com a incapacidade laboral.

Por sua vez, é comum a incapacidade ser fixada pela perícia judicial apenas na data do exame, circunstância que reverbera para outras órbitas da relação jurídica, como as implicações pecuniárias da procedência do pedido, com os atrasados delimitados a partir dali, bem como a injustificável ausência do trabalhador ao emprego após a cessação do benefício, pois nesta data ele estaria apto ao labor, vez que a inaptidão surgiria apenas no curso do processo judicial, notadamente na produção da prova pericial.

Nessa esteira:

É importante afirmar que a demanda posta em juízo tem- ou deve ter- o condão de tutelar o direito do indivíduo que sofreu a lesão a bem ou direito desde o seu surgimento. Logo, se há evidências de que o quadro de incapacidade - atestado por médico - acompanha o segurado desde a petição inicial protocolada em juízo, entendemos que a tutela a seu direito individual somente se faz plena se houver retroação da data de início, no mínimo, à data do ajuizamento, quando não à data em que houve o indeferimento pelo órgão previdenciário, frisando-se novamente, desde que presentes nos autos evidências do quadro de incapacidade laboral desde lá, como é o entendimento da TNU em sua Súmula 22, quanto ao benefício assistencial (BPC).⁶

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário**. Conceito editorial. 12^a ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 675.

As decisões que retroagem o benefício até a data da perícia judicial causam ainda um outro efeito: se o segurado não tem o direito ao benefício antes da perícia em juízo, e possui vínculo empregatício, o não comparecimento à empresa para trabalhar constituiria, em tese, abandono de emprego, já que pela decisão judicial o trabalhador não tinha impedimento de voltar a trabalhar.

Felizmente, a jurisprudência vem corrigindo essas distorções ao determinar o restabelecimento dos benefícios a contar da cessação administrativa, em apreço ao princípio da boa-fé do jurisdicionado, já que ninguém ingressa em juízo são e se torna incapaz no curso do processo, como também para evitar os desdobramentos trabalhistas de uma caracterização do abandono de emprego, ex vi do entendimento da Turma Nacional de Uniformização (Proc. 2004.61850211317- Rel. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho - DJ 13.05.2009)

Diante da intransigência e das limitações administrativas, bem como da literalidade da perícia judicial e da insensibilidade dos julgantes, o presente artigo destina-se a provocar maior reflexão acerca da interpretação do conceito de incapacidade para o trabalho, bem como alertar sobre a necessária desvinculação do magistrado ao laudo pericial (art. 436 do Código de Processo Civil), devendo sopesar a suposta possibilidade de reabilitação profissional em cotejo com a questão da formação da mão de obra no Brasil e sua “especialização às avessas”, onde a grande maioria dos segurados estão nas camadas mais baixas da população e acabam impelidos a aprimorar suas habilidades involuntariamente.

Com efeito, não se deve prestigiar a única e irrestrita prova emanada de um juízo de cognição técnico, cuja conclusão, por sua vez, em muitos casos não reconhece sequer o exercício de esforço físico intenso na atividade desempenhada pelo segurado, olvidando-se de acolmatar a enfermidade de acordo com as exigências do ofício.

Em uma análise eminentemente literal, muitos magistrados julgam impro-

cedentes pedidos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, vinculando seu convencimento apenas na dicção do laudo pericial, prestigiando-se única e irrestrita prova emanada de um juízo de cognição técnico, cuja conclusão, por sua vez, não sopesa a atividade desempenhada pelos segurados com o esforço físico/mental demandado e prejudicado pelo quadro clínico.

Trilhar por esse entendimento conduz à conclusão que a atividade judicante nos casos de benefícios previdenciários incapacitantes estaria jungida à chancela de laudos periciais, erigindo assim o exame técnico à categoria de “rainha das provas”, em arrepio ao ordenamento pátrio e seus preceitos basilares.

Salles considera que malgrado as provas situem-se atualmente em um momento de transição paradigmática, onde a emergência de novos padrões de demonstração científica vem deslocando sua função - de elemento de simples persuasão e demonstração racional - para assumir um papel de veículo de um elevado grau de certeza científica, extraída das quase ilimitadas possibilidades abertas pela ciência e tecnologia contemporâneas, não se pode atribuir caráter absoluto a tal meio de comprovação.

Crescendo o papel da certeza científica, na qual se insere o progresso da medicina, na investigação judicial da verdade – para além da simples convicção do julgador –, resta saber se a mudança ressaltada exclui o papel do juiz? Seria possível substituir o juiz por modelos – matemáticos, computacionais, estatísticos, etc. – de demonstração científica, com elevado grau de precisão e certeza? Seria o magistrado um simples chancelador do resultado técnico?

A absorção pelo sistema judicial de conceitos de certeza científica não exclui o papel decisório do juiz, mas certamen-

te o modifica. Por certo, a avaliação de questões de fato deixa de ser o centro da atividade judicial. Mas não é essa a exclusiva função judicial. Esta está, da mesma maneira, na interpretação do direito e dos valores a ele subjacentes.

A reflexão proposta pelo prestigiado doutrinador ganha maior relevo na necessidade do magistrado em dimensionar adequadamente a incapacidade para fins de concessão de benefício previdenciário, notadamente quando a perícia judicial atesta a inaptidão parcial e permanente do segurado, o que via de regra autorizaria apenas a concessão do auxílio-doença, diante da possibilidade de reabilitação profissional do segurado para outras atividades.

Entretanto, analisando o artigo 42 da Lei nº 8213/91, conclui-se que da dicção da lei o evento gerador da aposentadoria por invalidez é a incapacidade total para qualquer atividade que garanta a subsistência, expressão que traduz conceito jurídico indeterminado, cuja aplicação ao caso concreto é tarefa das mais tormentosas aos operadores do direito, incumbindo ao magistrado acolmatá-la através de integração interpretativa. Para tanto, vale-se de parâmetros como a idade, o grau de instrução, a reinserção social, aptidões, bem como a diminuição do nível de renda que a nova profissão poderá acarretar, caso haja reabilitação.⁷

No mesmo sentido:

Nota-se que a incapacidade está ligada ao trabalho que garante a sobrevivência do beneficiário, portanto não é para qualquer trabalho apenas, porque se o incapaz consegue com esforço trabalhar, mas se mantém em estado de necessidade social, perpetua-se a contingência que desencadeou a

⁷ JORGE, Társis Nametala Sarlo. Op. cit., 2006.

percepção do benefício. Desse modo, a aferição da incapacidade deve ser para exercer uma atividade que lhe garanta a sobrevivência digna, buscando analisar se seria factível o reingresso do beneficiário ao mercado de trabalho, tendo-se em mira sua aptidão física e mental, atentando-se para o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸

Tal acolmatação também se mostra válida através das máximas de experiência, e exercem as seguintes funções:

a) apuração dos fatos, a partir de indícios; b) valoração das provas, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) aplicação dos enunciados normativos, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo); d) limite ao livre convencimento motivado: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência.⁹

Em muitos casos, há segurados de idade avançada, com parco grau de instrução, com histórico laboral de auxiliar de serviços gerais, cujos problemas ortopédicos e as constantes dores e desvios na coluna e/ou joelhos o impedem de continuar exercendo o mister, que em regra estariam incapacitados apenas para suas funções habituais ou outras que demandem esforço físico incompatível, po-

⁸ COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, n. 1, v. 3, p. 143-185, jan/jul., 2007.

⁹ DIDIEL JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 4ª Ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009, p. 54-55.

rém como realocá-los, por exemplo, em serviços burocráticos ou digitadores se não possuem condições mínimas de aprendizagem no novo ofício e não contam com um serviço de reabilitação profissional eficiente?

À evidência, a realidade social desses segurados não está estampada nas letras frias do laudo pericial, devendo ser interpretada à luz dos fatores multidimensionais mencionados.

De acordo com a melhor doutrina, pode-se catalogar o exemplo ilustrado na parcela de segurados que apresentam incapacidade social.

Importantíssimo critério a ser analisado pelos peritos e magistrados é a questão atual da incapacidade social. A incapacidade física e psicologia, já são fatores determinantes para a concessão do auxílio-doença, mas algumas vezes esta poderá surgir pelos seguintes fatores: idade – temos comprovado que o acesso ao mercado de trabalho em nosso país tem sido escasso para pessoas de mais idade; grau de escolaridade – pessoas que possuem grau de escolaridade baixo, muitas vezes corroborada a situação idade, não tem como retornar ao mercado de trabalho após a alta do auxílio-doença; acesso ao mercado de trabalho – o nível de desemprego em nosso país tem altos níveis, o que gera escassez de trabalho.

Entendemos que os juízes, na hora da concessão do auxílio-doença, e principalmente na concessão de aposentadoria por invalidez, deverão levar esse trinômio: idade, grau de escolaridade e acesso ao mercado de trabalho. Desta forma, estaríamos agindo em direção ao princípio da dignidade humana, pois o segurado pode ter condição parcial de retornar ao mercado de trabalho, mas a idade, o grau de escolaridade,

bem como a falta de emprego o impossibilitarão de conquistar um novo trabalho.¹⁰

Agregando outros fatores imprescindíveis na interpretação da incapacidade, cita-se o diagnóstico da doença, a natureza e grau de deficiência ou disfunção produzidas pela doença; o tipo de atividade ou profissão e suas exigências; a indicação ou necessidade de proteção do segurado doente, por exemplo, contra re-exposições ocupacionais a agentes patogênicos sensibilizantes ou de efeito cumulativo; eventual existência de hipersusceptibilidade do segurado ao agente patogênico relacionado com a etiologia da doença; dispositivos legais pertinentes; idade e escolaridade do segurado; suscetibilidade ou potencial do segurado a reabilitação profissional; mercado de trabalho e outros fatores exógenos.¹¹

Uma das justificativas para a desvinculação do juiz ao laudo pericial decorre da prova técnica invariavelmente ser realizada por um especialista sem formação em medicina do trabalho, profissional que poderia dar a palavra final acerca da incapacidade mediante a acolmatação da enfermidade e suas limitações com o desempenho da função habitual e as perspectivas de reabilitação.

Se cada perícia judicial fosse acompanhada por um profissional especializado em medicina do trabalho, talvez a tarefa do intérprete ficasse mais restrita, já que os magistrados sentir-se-iam mais confortáveis ao homologar os laudos periciais, não havendo uma enxurrada de recursos versando sobre a incapacidade social em decorrência de uma maior resignação dos segurados.

Prova da necessidade de interpretação da incapacidade para o trabalho em cada caso concreto ocorre com os segurados portadores do vírus HIV, doença que se em primeira vista não incapacita seu portador, possui elevado viés

¹⁰ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. In: **Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**. São Paulo: Ed. Juruá Editora, 2008, p. 189-190.

¹¹ HORVATH JUNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

estigmatizante, excluindo do mercado de trabalho formal em virtude de seu teor extremamente segregacional.

Ademais, se fisicamente corrompe as células do organismo gradualmente, psicologicamente é capaz de inutilizar o trabalhador, na medida em que este passa a enfrentar a delicada tarefa de conviver diariamente com algo que sabe que é incurável, um inimigo invencível à luz da ciência.

Considerar tais indivíduos aptos ao trabalho é de duvidosa sensibilidade, na medida em que se faz necessário penetrar no universo particular que envolve esses cidadãos afetados de todas as formas pela moléstia.

Em se tratando de segurados com HIV assintomático, a prova pericial deve esclarecer sobre a presença ou não, de sinais exteriores da doença, que é uma situação fática que pode demonstrar a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho, e portanto, uma incapacidade social que pode ensejar auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Não se pode olvidar que uma pessoa portadora do vírus HIV encontra severas restrições no mercado de trabalho competitivo, colocando-se em total desamparo diante da miserabilidade, que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Carta Magna.

Ocorre que a concessão do auxílio-doença e a determinação de promoção do serviço de reabilitação profissional em muitos casos revelar-se-ia inócua, pois não afastaria o espectro da segregação e as chagas carregadas pelo segurado portador do HIV, pois a substituição de funções laborais em pessoas com parco grau de escolaridade manteria a dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, mormente diante dos sinais exteriores da doença e os efeitos colaterais, de modo que o mais adequado seria a concessão da aposentadoria por invalidez.

Sufragando o esposado, a Turma Nacional de Uniformização assegurou o direito a benefício por incapacidade a portadores do vírus HIV, ainda que o laudo pericial ateste que a doença esteja em período assintomático, bastando somente

que o segurado seja portador dessa patologia, como se infere do voto prolatado em sede de Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, processo nº 20078300505258-6, de relatoria da Juíza Federal Maria Divina Vitória, Seção Judiciária de Pernambuco:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR DO VÍRUS HIV. PERÍCIA QUE ATESTA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE PODE DEMONSTRAR IMPOSSIBILIDADE DE REINserÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INCIDÊNCIA DO BROCARDO JUDEX PERITUS PERITORUM (JUIZ É O PERITO DOS PERITOS). INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO. PERÍCIA INCOMPLETA. RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A interpretação sistemática da legislação permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo *judex peritus peritorum*, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico.

1.1. Na concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a incapacidade para o trabalho deve ser avaliada do

ponto de vista médico e social. Interpretação sistemática da legislação (Lei n. 7.670/88; Decreto 3.298/99; Decreto 6.214/07; Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998/01).

2. Além disso, o novel Decreto nº 6.214/07, aplicável analogicamente ao caso estabelece: “Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”; “Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. § 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. § 2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades”; (Art. 16, §2, Decreto n. 6.214/2007).

3. A intolerância e o preconceito contra os portadores do HIV, que ainda persistem no seio da sociedade brasileira,

impossibilitam sua inclusão no mercado de trabalho e, em consequência, a obtenção dos meios para a sua subsistência.

4. O princípio da dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF)

4.1. O Poder Judiciário tem coibido a discriminação contra o portador do HIV, nos casos concretos e específicos que lhe são submetidos. 4.1.1. Quando o preconceito se manifesta de forma difusa, velada, disfarçada, o Estado- Juiz deve intervir, reconhecendo as diferenças, sob pena de, na sua omissão, compactuar com a intolerância com os portadores dessas mesmas diferenças.

5. Prova pericial incompleta, que não informa se há sinais exteriores da doença, que possam levar a identificação do segurado como portador do vírus HIV. Necessidade de nova perícia. Sentença anulada. 6. Incidente de uniformização conhecido e parcialmente provido. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal; Processo nº 2007.83.00.505258-6; Relatora: Juíza Federal Maria Divina Vitória; Origem: Seção Judiciária de Pernambuco; DJU: 02/02/2009)

A relatora foi extremamente precisa ao diagnosticar as implicações decorrentes do vírus HIV e a dificuldade em manter o labor, mormente diante dos efeitos colaterais dos inúmeros medicamentos e coquetéis ministrados, dos exames e tratamentos externos que inviabilizam a continuidade da jornada, circunstâncias que não são aceitas pelos empregadores.

Nessa esteira, felizmente os órgãos judicantes em geral, e não só a Turma Nacional de Uniformização, vêm dando sinais da sutileza do tema,

reconhecendo o caráter estigmatizante da enfermidade que por si só revela a incapacidade necessária ao deferimento do benefício, como também a incapacidade social e a concessão da aposentadoria por invalidez nas demais moléstias, mesmo diante de incapacidades tidas como parciais pelos peritos, ex vi dos julgados: TRF1-2ªT-AC 2001.38.02.001443-7/MG - Rel. Des. Fed. Francisco de Assis Betti - DJF1 19.01.2009, p. 41; TRF3 - 9ª T.-AC 200.803.990.129.302 -DJF3 04.03.2009, p. 917).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incapacidade para o trabalho deve ser aferida por critérios técnicos como a perícia clínica, conjugados com fatores multidimensionais, como a idade, grau de escolaridade, aptidões e a formação da mão de obra, de modo a viabilizar uma eficiente gestão da verba pública em cotejo com a real necessidade dos segurados, concedendo-lhes prestações adequadas e que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de evitar lesões ou desperdícios ao Erário, caso após essa análise mais minuciosa e abrangente seja constatada a aptidão ou recuperação do segurado.

Tal tarefa somente será fielmente desempenhada caso haja um aparelhamento do corpo técnico administrativo do INSS, bem como das perícias judiciais, com a valorização de profissionais com formação na medicina do trabalho, cuja profícua contribuição na acolmatação das limitações laborais dos segurados em cotejo com a patologia apresentada prestigiaria uma melhor decisão judicial.

Soma-se a isso a necessidade de aperfeiçoar o programa de reabilitação profissional do INSS, permitindo que segurados efetivamente pudessem retornar à ativa diante de incapacidades parciais, desenvolvendo outras aptidões de acordo com as limitações clínicas apresentadas, circunstância que não só viabilizaria a melhor compreensão dos conceitos de incapacidade para o trabalho e

a concessão dos benefícios adequados, como também evitaria renovações sucessivas de auxílios-doença pela via judicial, perenizando um benefício de índole originariamente temporária.

De outro giro, não se pode ignorar o princípio da boa-fé, que deve nortear também as relações entre os segurados e a Previdência Social e os seus desdobramentos naturais para a seara judicial, presumindo-se que ninguém invoca a tutela jurisdicional sem ao menos estar enfermo, para não dizer incapaz, havendo fundado receio da inaptidão laboral, de modo que a perícia não pode se esquivar de analisar o ato administrativo que cancelou o benefício, devendo, nesses casos, adotar posicionamento firme no que tange à fixação da data de início da incapacidade e a sua permanência ou não após a suspensão da prestação.

Sob todos os ângulos resta configurada a necessidade de aperfeiçoamento da análise da incapacidade e dos mecanismos de combatê-la, reduzindo a concessão de benefícios sem prejudicar os segurados, já penalizados com a perda da força de trabalho, de modo a viabilizar a prestação adequada e garantir a subsistência do inapto enquanto persistir tal status.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. A perícia médica previdenciária para a concessão de benefícios por incapacidades. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p.99-104, junho, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Incapacidade nos benefícios previdenciários à luz da jurisprudência. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. Juruá, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista Lazzari. **Manual de direito previdenciário: conceito editorial**. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 675.

COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. **Rev. Disc. Jur.**, Campo Mourão, n. 1, v. 3, p. 143-185, jan./jul., 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 54-55. v. 2.

DRUMOND, Denise Dias Dutra. Decisões contrárias à perícia judicial e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e das Turmas Recursais. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p.92-98, junho, 2010.

HORVATH JUNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Manual dos benefícios previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Larissa. Aposentadoria por invalidez: entre a doença médica e a incapacidade social - posição jurisprudencial. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. Juruá, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. In: **PREVIDÊNCIA nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**. São Paulo: Ed. Juruá Editora, 2008. p. 189-190.

SALLES, Carlos Alberto de. Material da 1ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil-UNISUL-IBDP-REDE LFG.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. LTR, 2005.