XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Riva Sobrado De Freitas; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-851-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e CESUPA - Centro Universitário do Pará que ocorreu nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 2019, em Belém/PA, cujo tema foi: DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Riva Sobrado De Freitas, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. EUTANÁSIA NO BRASIL: DO DISCURSO HUMANISTA À CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA

2. A COOPERAÇÃO E O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDORES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA

3. A EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

4. A HUMANIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: A VALORIZAÇÃO DE PESSOAS NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA

5. A INCLUSÃO ESCOLAR COMO PRERROGATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

6. A INTEGRIDADE DO STF AO DESOBRIGAR O ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA

7. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: SOB VIÉS DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8. DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9. INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

10. O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA UNIDADE PRISIONAL EM IPORÁ-GO

11. O LAICISMO FRANCÊS (LACITÉ) COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO MODERNO

12. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

13. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E INCLUSÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO

14. TERRAS INDÍGENAS OU TERRAS DEVOLUTAS? ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

15. TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ANÁLISE DOS CASOS DOS CHINESES NO BRASIL

16. UMA CONTRIBUIÇÃO DOS DANOS EXISTÊNCIAS PARA AS POPULAÇÕES QUILOMBOLAS

17. UMA CRÍTICA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A RAÇA NEGRA NO BRASIL: DO HISTÓRICO DE GOLPES AO INCENTIVO À DIVERSIDADE COM COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR.

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

BIOPSYCOSOCIAL DISABILITY IN THE PREVENTIONARY LAW: UTOPY OR NEED?

Bruno Henrique Martins Pirolo

Resumo

Objetivou analisar os benefícios por incapacidade da Previdência social em consonância com a fixação da incapacidade biopsicossocial, ou seja, se fatores sociais, culturais, pessoais e outros tem o condão de interferir na análise médica que fixa a incapacidade e concede benefícios. Utilizou o método dedutivo, para expor a seguridade social, os tipos de benefícios por incapacidade, os fatores que poderiam ser levados a fixação da incapacidade biopsicossocial e a necessidade de sua utilização, visando dar maior efetividade ao direito social que a previdência representa e maior igualdade e segurança aos segurados de todo país.

Palavras-chave: Fatores sociais, culturais e pessoais, Fixação da incapacidade, Especificidades, Perícia médica, Previdência social

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study was to analyze the social welfare disability benefits in line with the biopsychosocial disability fixation, that is, whether social, cultural, personal and other factors have the potential to interfere in the medical analysis that establishes disability and benefits. It used the deductive method to expose social security, types of disability benefits, factors that could be taken to fix biopsychosocial incapacity and the need for its use, in order to give greater effectiveness to the social right that pensions represent and greater equality and security to insured persons from all over the country.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social, cultural and personal factors, Fixing the disability, Specificities, Medical expertise, Social security

INTRODUÇÃO

Os processos previdenciários são um dos maiores responsáveis pelo sobrecarregamento do sistema jurisdicional brasileiro, existindo milhares de processos em andamento por todo o país e outras centenas sendo ajuizadas diariamente. Por sua vez, os benefícios por incapacidade são a maioria entre os litígios previdenciários, tanto na área administrativa quanto judicial.

O maior agente causador do volume de ações por incapacidade é o não reconhecimento administrativo por parte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS da incapacidade dos segurados quando dos requerimentos dos benefícios. Assim, com o indeferimento do benefício muitos desses pedidos se tornam processos judiciais.

Vale destacar as inúmeras reclamações quanto as perícias médicas realizadas no Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, quase sempre realizadas de maneira leviana e sem qualquer vontade da busca pela real condição do segurado.

Nesta toada, a pesquisa vem com a intenção de embasar uma reflexão sobre a fixação da incapacidade laborativa, de forma mais subjetiva, principalmente, levando em consideração outros parâmetros a não ser somente o problema médico em si, mas fatores externos presentes em cada caso.

Essa análise deveria e/ ou poderia ser realizada tanto no âmbito administrativo como no judicial, destarte, como proceder para tal materialização e se, realmente, é possível e necessária essa aplicação?

Fatores sociais, econômicos, regionais, culturais e diversos outros, possuem o condão de interferir na análise médica-cientifica do segurado quando da realização da perícia? Destaca-se, que o Brasil é um país continental, com inúmeras situações diferenciadas que deveriam ser levadas em consideração no momento da realização do ato pericial-médico.

Portanto, o objetivo foi apresentar a reflexão quanto a utilização ou não, nos processos previdenciários por incapacidade, da análise biopsicossocial para fixar incapacidade médica dos segurados. Cumpre destacar que essa análise poderia ser feita tanto pelo médico responsável pela perícia como pelos atores externos do ato, como os servidores do INSS, Juízes, auxiliares e outros.

O trabalho será dividido em capítulos, utilizando-se do método dedutivo e histórico- bibliográfico, com apresentação da própria função da seguridade social, dos benefícios por incapacidade, da caracterização da incapacidade biopsicossocial e sua utilização ou não nos processos por incapacidade.

1 SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Previdência está inserida, no atual sistema constitucional adotado pelo Brasil, dentro na seguridade social, ou seja, juntamente, aos ditames da saúde e do assistencialismo.

> A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando, simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. Porém, antes mesmo da promulgação da Constituição, já havia disposição legal que determinava a transferência de recursos da Previdência Social para o então Sistema Único Descentralizado de saúde – SUDS, hoje Sistema único de Saúde. (KRAVCHYCHYCN. KRAVCHYCHYCN. CASTRO. LAZZARI. 2011, p. 38)

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. Ou seja, de acordo com a Constituição Federal Brasileira nos seus artigos 194 e 201 não é somente do poder público, mas também, de toda a sociedade, a garantia desses direitos tidos como sociais e fundamentais.

> A seguridade social, segundo o conceito ditado pela ordem jurídica vigente, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas aras da saúde, previdência e assistência social, conforme previsto no capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, sendo organizada em Sistema Nacional, que é composto por conselhos setoriais, com representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade civil. (KRAVCHYCHYCN. KRAVCHYCHYCN. CASTRO. LAZZARI. 2011, p. 73)

Deste modo, deve ser dado ao direito previdenciário, a mesma proteção desse contexto. Verifica-se que são inúmeros os ditames previstos em legislação nacional e internacional quanto a necessidade do cumprimento do objetivo social do direito previdenciário, o qual Wladimir Novaes Martinez defende ao apontar a necessidade da realização da técnica de proteção social ao direito previdenciário. (MARTINEZ. 2010, p. 37.)

Objetivamente, as normas brasileiras adotam como princípios que serão aplicados a Seguridade Social e, consequentemente, ao direito previdenciário como: solidarismo, universalidade, igualdade do trabalhador rural e urbano, seletividade e distributividade nos benefícios, equidade no custeio, diversidade na base de financiamento, descentralização da administração e outros. (MARTINS. 2015. p, sumário XI)

> É a previdência social o segmento da Seguridade Social, composto de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição do segurado, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei. (MARTINS. 2015. p, 300)

Nesta toada, a Previdência Social tem o nítido caráter de ser o escopo de proteção as vulnerabilidades sociais dos cidadãos brasileiros. Todos têm a previdência como uma última esperança de ter condições de ter uma vida digna e, minimamente, autossustentável naquele momento de maior necessidade (doença, aposentadoria, morte, maternidade, pobreza e etc).

> Lembre-se de que a ideia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e as suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. Logo, a seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só, mas principalmente para o futuro, inclusive para o presente, independentemente de contribuição para tanto. (MARTINS. 2015. p, 21)

Defende-se, portanto, que os benefícios do INSS, cada qual com sua finalidade, tem o condão de suprir cada uma nessas necessidades do cotidiano das pessoas. Sendo o Estado e a própria sociedade, responsável pela gestão e o bom funcionamento de toda essa estrutura.

Pois bem, inserido no sistema previdenciário, tem-se, especificamente, os benefícios por incapacidade, os quais, automaticamente, também se valem de todo esse contexto principiológico e de proteção aos segurados/ sociedade.

Sabido que os benefícios por incapacidade são dos mais importantes para a população e de maior necessidade de boa organização pelo sistema, sendo o mais numeroso em concessões.

> As prestações em dinheiro possuem ou não caráter alimentar, isto é, em alguns casos destinam-se a subsistência mínima do percipiente. As previdenciárias submetem-se a esse crivo e, de modo geral, por sua individualidade e expressão monetária, suscitam tal qualidade. Essa alimentaridade dos benefícios é matéria não inteiramente desenvolvida no Direito Previdenciário e raramente disciplinada pelo legislador. Produto de convenção, o critério deveria fazer parte da norma positivada. A pensão por morte e o benefício de valor mínimo possuem esse atributo, mesmo quando recebidos acumuladamente, em razão de atraso. De igual forma, as prestações acidentarias e os benefícios por incapacidade. (MARTINEZ. 2010, p. 782)

E, assim, quando se dirige aos benefícios por incapacidade, para que essa finalidade social seja devidamente atingida, apenas a leitura cientifica da moléstia apresentada não é capaz de dar o mais correto e justo diagnóstico de incapacidade, justificando, portanto, a necessidade da intervenção da análise da incapacidade biopsicossocial juntamente a análise médica na concessão ou não do benefício, materializando-se, assim, o contexto de direito fundamental que está revestido a Previdência Social.

2 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O CUMPRIENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SOCIAL

Quando se trata de prestações da Previdência Social, existem, dentre outros, os benefícios por incapacidade. Estes, também são diversificados, onde serão avaliados diversos fatores como nível da incapacidade, tempo de recuperação, atividade desempenhada, motivo da incapacidade e outros fatores para a fixação da espécie de benefício que se faz jus e se o segurado possui ou não direito ao benefício.

> Os benefícios são individualizados, apresentando unicidade, não podendo ser confundidos uns com outros nem duplicados. Posicionados no lugar do salario ou da retribuição do titular (e até de ficção fiscal), ingressos ímpares, são definíveis, substituindo os seus meios de subsis-

> tência do trabalhador. Daí se sujeitarem ás regras de acumulação descabendo a percepção de dois deles de mesma natureza ou função social. Embora semelhantes, o auxílio-doença não se confunde com a aposentadoria por invalidez. Tem data de inicio e de cessação separados. O mesmo se passa com a sequencia aposentadoria/ pensão. (MARTINEZ. 2010, p. 782)

Os distintos problemas sociais que existem em nosso país, como a precariedade do serviço público de saúde/ assistência; severa carga de atividade laborativa, vida sofrida e trabalho pesado para a maioria da população fazem com que existam pedidos de benefícios no INSS. Por se tratar de situações de vulnerabilidade dos segurados, o princípio da Proteção Social deve ser adotado para esses casos.

> A proteção quer dizer prevenção, cuidado, defesa, atuação conducente a evitar danos a pessoa, mas também o atendimento de necessidades de variada gama. Os métodos realizadores assumem infinidade de soluções. Proteção social é soma comunitariamente conjugada de ações pessoais, anônimas ou identificadas, solidarias e sistematizadas. Extremamente atraídas e deflagradas por sua finalística. (MARTINEZ. 2010, p. 294)

Aliado a estes fatores, o não reconhecimento administrativo da incapacidade dos segurados, com o consequente ajuizamento de processos judiciais, também se fazem pela forma da realização da prova pericial, principal ato para a verificação do direito da concessão desses benefícios.

Especificamente, nos benefícios que necessitam de análise da incapacidade do segurado, a perícia médica se torna o principal ato a ser realizado. E como se sabe há um número elevado de indeferimentos dos benefícios desta natureza por parecer contrário da perícia médica do INSS. Conforme, Misael Montenegro Filho (2001, p. 178):

> A prova Pericial refere-se ao exame, a vistoria, ou a inspeção realizada por um terceiro, com conhecimento técnico acerca do assunto debatido em juízo. O conhecimento técnico é o ponto nodal da prova em exame, distinguindo-se, por esta razão, da prova testemunhal.

Paulo Gonzaga (2000, p. 16) preceitua que:

> O médico perito precisa estar atento a ética particular de sua profissão. Precisa ter em mente eu, ao contrário da medicina assistencial, onde o médico está sempre em estreito vínculo profissional com o paciente, o medico perito é colocado pela instituição

> seguradora como um juiz, devendo manter um equilíbrio adequado entre as postulações desejadas e as possibilidades da lei vigente que deve conhecer. Deve estar preparado para reconhecer o direito, concedendo o que deva ser concedido, mas negar as pretensões ilegítimas, fruto de ensejos pecuniários sem abrigo na lei constituída.

Neste contexto, sem um compromisso efetivo do Estado, representado pelos servidores, médicos e pelo poder judiciário, fica mais difícil a garantia de direitos fundamentais como o da Previdência Social. E assim, conforme Moser e Rech (2004, p. 187): o único recurso que resta aos segurados é o de garantir seu direito na justiça, que, por vezes, também tem dificuldade de reconhecer os direitos dos cidadãos.

É de conhecimento notório a realização de forma precária das perícias no INSS, onde os médicos não avaliam de forma mínima as condições laborativas dos segurados, e assim, a justiça se torna o caminho para a verificação da real situação dos milhões de brasileiros que requerem tais benefícios.

Repetidamente, as perícias administrativas e até judiciais realizadas para a aferição ao direito quanto aos benefícios por incapacidade são alvo de reclamações pela sociedade. Muitas vezes realizadas de maneira leviana e sem o compromisso de dar materialidade a proteção social o qual a previdência e, especificamente, os benefícios por incapacidade necessitam.

Portanto, todos os benefícios que são negados na esfera administrativa, onde o perito do INSS conclui pela falta de incapacidade do segurado, serão, quase que em sua totalidade, novamente protocolados na esfera judicial causando o grande fluxo de processos e perícias. Todas essas circunstancias são vividas em todos os tipos de benefícios por incapacidade.

2.1 Auxílio-Doença e aposentadoria por invalidez

Previsto nos artigos 59 a 63 da lei 8.213/91, o auxílio doença deve ser um benefício previdenciário com duração reduzida e renovável. É um benefício pago em decorrência de incapacidade temporária e não permanente (MARTINS, 2010, p. 340).

Ou seja, é um benefício pago ao contribuinte que estiver incapacitado "temporariamente" para sua atividade laborativa habitual. Sendo necessário preencher alguns requisitos para sua concessão, que são: qualidade de segurado, carência (salvo exceções

de doenças graves), e a incapacidade para o seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos e não definitiva.

> O auxilio doença será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos. Para os demais segurados inclusive o doméstico, a Previdência paga o benefício desde o início da incapacidade e enquanto a mesma perdurar. (KRAVCHYCHYCN. KRAVCHYCHYCN. CASTRO. LAZZARI. 2011, p. 349)

A qualidade de segurado pode ser obtida de várias formas, podendo ser como contribuinte empregado, avulso, facultativo, individual, segurado especial e etc., sendo necessária à participação – em forma de recolhimento de contribuição - em alguma dessas formas para a aquisição da qualidade de segurado.

A carência é o período mínimo o qual o segurado deve realizar contribuições para possuir direito ao recebimento do benefício. Ou seja, somente após este prazo-estipulado, o contribuinte terá direito ao recebimento dos benefícios. O prazo de carência para auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é de 12 (doze) contribuições mensais.

Por fim, a incapacidade para o trabalho deve ser comprovada através de exame realizado pela perícia médica a ser realizada nas agências da Previdência Social, a qual é matéria de grandes discussões em âmbito nacional, por ser de extrema dificuldade a concessão do benefício por parte da autarquia.

O benefício será pago enquanto durar a incapacidade do segurado, no importe de 91% do salário de benefício, sendo que o mesmo pode passar pela reabilitação profissional. Se considerado incapaz de forma total e permanentemente/ multifuncional deve ser aposentado por invalidez.

Por sua vez, pautados nos artigos 42 a 47 da lei 8.213/91, a aposentadoria por Invalidez os segurados que possuam alguma doença ou sofram algum tipo de acidente devem ser considerados pela perícia médica da Previdência Social incapacitados para exercer suas atividades ou outro tipo de serviço que lhes garanta o sustento de forma "definitiva".

> Neste caso, a contingência social, o risco protegido é a incapacidade laboral total e permanente do segurado que estando ou não em gozo de auxilio doença, for considerado, incapacitado para o exercício do trabalho e insuscetível de reabilitação para sua atividade que garanta sua

> subsistência e será pago o benefício enquanto perdurar esta condição (HORVATH. TANACA. 2007, p. 77).

Os requisitos para o benefício são os mesmos do auxílio doença, ou seja, a qualidade de segurado; carência, salvo exceções e a incapacidade, neste caso multifuncional/ "total".

O benefício deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e/ou volta ao trabalho. Sendo pago o valor equivalente ao salário de benefício completo, ou seja, a renda mensal da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

> A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta subsistência, sendo o benefício pago enquanto permanecer nessa condição. É, portanto, um benefício temporário. (MARTINS. 2015. p, 345)

Para ambos os casos, alguns casos previstos no artigo 26 e 151 da lei 8.213/91 isentam essa carência, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como pela gravidade do problema de saúde que mereçam tratamento particularizado, esse último, conforme portaria ministerial MPAS/MS 2.998/2001:

> OS MINISTROS DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL E DA SAÚDE, no uso da atribuição que lhes confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal de 1998, e tendo em vista o inciso II do art. 26 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e o inciso III do art. 30 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, resolvem:
>
> 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.

Destaca-se, ainda, que a natureza de ambos os benefícios pode ser acidentária ou não acidentária (comum), ou seja, aquelas que decorem de algum acidente de trabalho, acidente comum ou doença ocupacional e aqueles que derivam e problemas médicos do cotidiano dos segurados.

O que difere, basicamente, os benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é a caracterização temporária do benefício, além de outros reflexos após a concessão, como Renda mensal inicial. Tanto o auxilio doença quanto a aposentadoria por invalidez são prestações que visam dar segurança ao beneficiário em um momento de necessidade médica.

2.2 Auxílio-acidente

O auxílio-acidente é para aqueles segurados que sofreram algum acidente de trabalho ou de qualquer natureza e ficaram com sequelas que reduzem sua capacidade laborativa. Conforme Hermes Arrais Alencar (2009, p. 391 e 392):

> Assim, qualquer acidente ocorrido a partir da lei n 9.032, que resulte sequelas incapacitantes de modo permanente, proporcionará aos segurados especial, empregado e avulso o direito a percepção de auxilio acidentário. Cabível o auxílio acidente toda vez que o segurado sofrer acidente de qualquer natureza, caso em que competira a Justiça Federal a sua apreciação.

Primeiramente o segurado fica em gozo do auxílio-doença acidentário e após sua alta se verificado redução de capacidade laborativa, concede-se o auxílio- acidente.

Para este benefício os requisitos são a qualidade de segurado e a redução da capacidade laborativa, inexistindo a carência. Sendo que deve o segurado passar por perícia nas agências da Previdência Social.

> O auxilio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qual-

> quer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (art. 86 da lei n 9213/91). (MARTINS. 2015. p, 445)

Na redação original da lei 8.213/91 o auxílio-acidente era concedido somente em decorrência de acidente de trabalho exclusivamente (doenças ligadas ao trabalho). A partir de 28/04/1995 pela Lei 9.032/95 passou a valer para qualquer acidente conforme preceitua nova redação do artigo 86 da referida lei. Sendo o valor pago ao segurado o importe de 50% do valor do salário de benefício.

Portanto, esse benefício possui caráter indenizatório e visa acobertar segurados que tenham sofrido algum tipo de acidente e, cumulativamente, tenham ficado com sequelas/ redução da capacidade laborativa, impedido o exercício completo de sua atividade anteriormente exercida. Destaca-se, também, a necessidade de realização da prova pericial (administrativamente/ judicialmente) para a concessão do benefício.

2.3 Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Pessoa com Deficiência

Por fim, a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) como é chamada, corresponde ao pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência ou idosa (acima de 65 anos), devendo também comprovar não possuir meios de prover seu sustento, nem o ter provida pela família.

> A prestação pecuniária assistencial tradicional é conhecida como Benefício de Prestação Continuada, instituído pela lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993, esta conhecida como lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Regulamenta o art. 203, V, da Constituição, que prevê este benefício. Tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa (IBRAHIM. 2012, p. 17).

Um dos requisitos, a deficiência deve ser de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo ser fixada a incapacidade pelo médico perito do INSS.

> Pessoa com deficiência é a que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação

> com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Considera-se impedimento de longo prazo o que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos. (MARTINS. 2015. p, 533 e 534)

Já a condição de miserabilidade é fixada a aqueles cuja renda familiar ou grupo familiar mensal per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo. Sendo que tal benefício não pode ser acumulado com qualquer outro, não gerando 13º salários nem sendo transferíveis.

> Trata-se de um benefício de trato continuado, que é devido mensal e sucessivamente. São beneficiários desse direito os idosos ou os deficientes que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. O beneficiário não precisa ter contribuído para a Seguridade Social, desde que não tenha outra fonte de renda. (MARTINS. 2015. p, 533)

A assistência social será prestada quem dela necessitar (art. 203 da CRFB/ 88), ou seja, aquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Assim, como saúde, independe de contribuição direta do beneficiário. "O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido". (IBRAHIM. 2012, p. 13).

Esse benefício possui caráter assistencial, destarte, é organizado e pago através do INSS com recursos da assistência social. Claramente possui caráter social de distribuição de renda e apoio aos menos favorecidos que estão em situações degradantes de sobrevivência.

E, também, no caso da LOAS para deficiente, será necessária a realização do ato perícia, a fim de averiguar a incapacidade do beneficiário.

3 DA INCAPACIDADE BIOPSICOSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO E A MATERIALIZAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

A enfoque da incapacidade biopsicossocial inicia-se a partir da medicina psicossomática, ou seja, necessária uma visão integrada do ser humano em todos os seus aspectos. Todas potencialidades biológicas, psicológicas e sociais de um ser humano podem interferir na sua condição médica e contribuem para a formação integral do ser humano. (VAZ. GOUVEIA)

As perícias realizadas, tanto no âmbito administrativo como judicial possuem presunção absoluta de veracidade, já que os peritos que praticam o ato são os detentores do conhecimento técnico, com os laudos confeccionados são os mecanismos para a concessão ou não do beneficio.

Destarte, infelizmente, a realidade demonstra sérios problemas na realização do ato pericial. Por vezes as perícias são realizadas por médicos que não possuem a especialidade necessária, realização do ato de maneira leviana e superficial, muitas vezes não há uma boa fundamentação técnica que consubstancie o laudo e outros fatores que podem dar margem a impugnação do laudo.

Dentro desse contexto, ainda, deve ser inserido a falta de análise pelo médico perito de outros fatores, além dos médicos, para a realização da perícia.

Portanto, a incapacidade Biopsicossocial é aquela que utiliza para fixação da incapacidade médica, não apenas as enfermidades do paciente, mas sim todo contexto físico, psíquico e socioeconômico do periciado.

> Sendo assim, entende-se que averiguação da incapacidade não pode estar adstrita exclusivamente à comprovação de ordem médica, pois deve ser analisada a concreta possibilidade de o segurado retirar do seu labor o seu sustento e de seus dependentes, portanto, deve a perícia avaliar não tão somente o seu estado clínico, mas também o seu estado psicossocial, com a consideração de fatores individuais, ambientais, sociais e culturais que limitam o desempenho das atividades laborais do indivíduo avaliado ou que impossibilitem a sua reinserção no mercado de trabalho. (VAZ. GOUVEIA)

Objetivamente, nos processos previdenciários por incapacidade tais elementos são essenciais para a produção por parte do expert de um laudo que atingirá a melhor avaliação do paciente e de suas reais condições de incapacidade e de vida.

A própria Turma Nacional de Uniformização – TNU, através do enunciado 47, traz à tona essa análise: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.”

E, ainda, conforme Savaris (2014, p. 9):

> [...] o perito, além de deter conhecimentos técnicos e específicos de medicina, deve ter ciência de que sua manifestação não terá sentido se desprezar o universo social e a história de vida da pessoa examinada. [...] identificar as reais condições que uma pessoa tem de desempenhar uma

> atividade profissional digna e que não lhe custe o agravamento do seu quadro de saúde.

Deste modo, se torna inevitável a reflexão sobre a utilização de diversos parâmetros para a fixação da incapacidade além da enfermidade propriamente dita. Como por exemplo: idade, sexo, região que reside, escolaridade, tipo de profissão, tipo da incapacidade, acesso a tratamento (público e privado), agravamento da doença que pode ser causado pela profissão, entre outros diversos parâmetros que devem ser analisados de forma criteriosa em cada caso.

Por vezes aqueles que procuram a Previdência Social para a concessão dos benefícios indicados são segurados de nível social médio/ baixo, agregando-se a eles, diversos problemas sociais, como a precariedade do serviço público de saúde; altos índices de acidentes do trabalho e/ ou doenças ocupacionais pela imposição de severa carga de atividade laborativa, entre outros fatores.

Fica a cargo do expert e/ou dos procuradores do segurado, ou do próprio segurado, a verificação e utilização dos fatores existentes no caso para interpretar a real incapacidade do periciado.

Levando-se em consideração que esta interpretação além de conteúdo médico, possui diretrizes de assistência social, sociológica, e etc. Devendo as partes envolvidas na situação serem competentes para interpretar a real situação.

Nestes termos, é o entendimento do STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. ART. 42 DA LEI Nº 8213/91. INCAPACIDADE PARCIAL ATESTADA EM LAUDO PERICIAL. NÃO VINCULAÇÃO. ASPECTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DO SEGURADO. REVISÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei n. 8.213/91, é devida ao segurado que for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. 2. Assim, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade parcial para o trabalho, pode o magistrado considerar outros aspectos relevantes, tais como a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado, para a concessão da aposentadoria por invalidez. Precedentes. 3. No caso dos autos, o juízo de origem, ao examinar o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou demonstrada a incapacidade do segurado, de forma que o exame da controvérsia, tal como apresentada no especial, esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-AREsp 329.689; 2013/0090065-8; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 12/06/2013; Pág. 502).

Ainda, entendimento do Tribunal Regional Federal da 4 Região:

> **EMENTA:** BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada no âmbito constitucional, define "pessoa com deficiência" de forma evolutiva e vinculada às circunstâncias concretas do contexto social em que inserido o indivíduo. 2. Em simetria com as disposições constitucionais, foi instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), estabelecendo em seu artigo 2o., §1o.- II, que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial e considerará igualmente os fatores socioambientais e pessoais. 3. No intento de conferir efetividade às normas que instituem a prestação assistencial, para aferição da existência de impedimento de "longo prazo" ou "incapacidade temporária de longa duração", devem ser consideradas as condições pessoais do requerente, abrangendo notadamente fatores pessoais e socioambientais. 4. Precedentes da TNU. 5. Agravo e incidente providos. (5000453-14.2017.4.04.7000, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Relatora SUSANA SBROGIO GALIA, juntado aos autos em 01/10/2018)

Destaca-se, que, atualmente, vive-se em um país mergulhado em um caos (essa palavra define bem), onde a desigualdade e a concorrência estão cada vez maiores. Sendo assim, uma análise conjunta entre o cientifico e a realidade se faz necessário para se chegar a uma conclusão mais adequada a cada caso, principalmente, nos benefícios de incapacidade.

Destaca-se, ser dever do Estado, da Seguridade Social e da Previdência Social o apoio a esses cidadãos e, assim, á análise da incapacidade médica deve levar em consideração inúmeros outros requisitos para a fixação da incapacidade, resultando em um Estado Social frente os segurados que necessitam de proteção.

5 CONCLUSÃO

Os benefícios por incapacidade, como todo sistema da seguridade social e da Previdência Social, se encontram pautados pelos direitos fundamentais, sociais e humanos, sendo uma temática multifatorial que visa dar cumprimento pelo Estado e pela própria sociedade, da proteção social que os segurados/ cidadãos necessitam.

Nesta seara, mecanismos devem ser criados e adotados para auxiliar na materialização do Estado Social que os benefícios previdenciários podem proporcionar. Especificamente quanto aos benefícios por incapacidade, a análise no ato pericial deve utilizar outros fatores para a fixação da incapacidade médica do segurado, tornando o resultado mais justo e adequado a cada caso.

Portanto, a fixação da incapacidade não deve ser vista apenas do ponto de vista médico-objetivo, mas também ser correlacionada com diversos outros parâmetros como sociais, culturais, económicos, pessoais e outros, que em conjunto podem gerar incapacidade para um determinado segurado.

Essa análise mais abrangente e, nitidamente, mais justa, é considerada como incapacidade biopsicossocial e deve ser utilizada, aperfeiçoada, expandida no âmbito administrativo e judicial.

A motivação da pesquisa paira na busca de embasamentos para fazer-se aplicar o conceito de incapacidade biopsicossocial no cotidiano dos benefícios por incapacidade, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, resultado na proteção do Estado aos cidadãos/ segurados.

Na esfera judicial, o conceito da incapacidade biopsicossocial já se apresenta em algumas jurisprudências, destarte, pode-se alcançar uma efetividade maior. E, ainda, necessário que a esfera administrativa também adote esse procedimento na realização das perícias no INSS.

Destaca-se que o Brasil é um país continental, onde inúmeras especificidades para cada situação possuem o condão de refletir no resultado de uma perícia médica e, assim, dar um maior cumprimento ao Estado Social, com o cumprimento de direitos fundamentais e visando o bem-estar da sociedade. Esse mecanismo, claramente, traz ás perícias administrativas e judiciais uma decisão mais justa e segura.

REFERÊNCIAS

ALENCAR. Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. ed. 4. São Paulo : Editora Universidade de Direito, 2009.

KRAVCHYCHYCN. Jefferson Luis. KRAVCHYCHYCN. Gisele Lemos. CASTRO. Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI. João Batista. **Prática Processual Previdenciária**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FILHO. Misael Montenegro. **Como se preparar para o exame da ordem, 1ª fase: processo civil**. ed. 9. São Paulo: Método, 2011.

GONZAGA. Paulo. **Perícia Médica da Previdência social**. São Paulo: Ltr, 2000.

HORVATH. Miguel Junior. TANACA. Priscila. **Resumo Jurídico de Direito Previdenciário**. ed. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

IBRAHIM. Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. ed. 17. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. ed. 35. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. ed. 3. São Paulo: LTr, 2010.

MOSER. Claudio. RECH. Daniel. **Direitos Humanos no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. ed. 2. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

SAVARIS, José Antônio. **Curso de Perícia Judicial previdenciária.** ed. 2. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

VAZ. Juliana das Mercês. GOUVEIA. Carlos Alberto Vieira de. **A perícia médica judicial sob a ótica da incapacidade biopsicossocial**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17615&revista_caderno=20> Acesso em: 03-abr-2019.