

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

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 Napolini - 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 - IMED – Rio Grande do Sul

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 – Goiás

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-729-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos Fundamentais II", durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi – Porto Alegre-RS, sobre o tema geral Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, nos dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos às construções teóricas sobre direitos fundamentais e que contaram com relevantes pesquisas empíricas.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 18 ao todo, dos quais foram apresentados 17, com apenas uma ausência, sendo que dois deles com a participação dos coordenadores do Grupo de Trabalho. Todos foram permeados de intensos debates, desde o enfrentamento das dimensões gerais sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, ao lado de outras duas contribuições acerca da fraternidade enquanto princípio. Discutiu-se a educação e seus atores a partir do conceito constitucional, alcançando-se reflexões a respeito dos direitos fundamentais ligados à saúde como direito fundamental, em abordagem sobre o espectro autista e também sobre a reprodução assistida, ao gênero feminino, à vulnerabilidade do idoso e acrescidos de discussões sobre os desafios relativos à infância e sua proteção integral, a englobar subtemas como as medidas sócio educativas até as questões que envolvem a nutrição infantil e a ciberpublicidade.

Foram igualmente objeto de análise temas relativos à liberdade religiosa e aos preconceitos relacionados às práticas ligadas à religião e à afro-descendência. Por derradeiro, houve também exposições sobre os conteúdos das perícias médicas como direito fundamental e a corrupção como um processo corrosivo em relação aos direitos fundamentais.

Os temas dialogados tem amplo espectro e demonstram a importância do encontro científico, além de enfrentarem problemas teóricos e práticos quanto à integridade dos direitos fundamentais, de forma que a leitura indicará a preocupação com a proteção efetiva da dignidade daqueles que integram o Estado Democrático de Direito.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz – UCS

Profa. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - FDSM

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.

**PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL: ÉTICA NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE,
DIREITO FUNDAMENTAL DO SEGURADO.**

**JUDICIAL MEDICAL EXPERIENCE: ETHICS ON THE BENEFITS OF
DISABILITY, FUNDAMENTAL LAW OF THE INSURED.**

**Larissa Fatima Russo Françoze ¹
Fábio Luís Binati ²**

Resumo

A pesquisa analisa as perícias médicas realizadas nos processos previdenciários de benefícios por incapacidade, utilizando-se do princípio da dignidade da pessoa humana e demonstrando que esta prova é direito fundamental, daí a necessidade de uma perícia ética. A prova médica colabora para a concretização do devido processo legal e a busca da verdade real. A metodologia utilizada é hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica. Espera-se chamar atenção dos juristas para os elementos destes institutos como forma de aprimorar a construção do direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Perícia médica, Dignidade humana, Ética

Abstract/Resumen/Résumé

The research analyzes the medical examinations carried out in the disability benefit social security processes, using the principle of the dignity of the human person and demonstrating that this proof is a fundamental right, hence the need for ethical expertise. The medical evidence contributes to the fulfillment of due process and the search for real truth. The methodology used is hypothetical-deductive from bibliographic research. It is hoped to draw the attention of the jurists to the elements of these institutes as a way of improving the construction of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Medical expertise, Human dignity, Ethic

¹ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM-Marília. Bolsista CNPq sob orientação do Professor Doutor Lafayette Pozzoli. Graduada em Direito pelo UNITOLEDO-Presidente Prudente. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4828939510306585>.

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM-Marília, sob orientação do Professor Doutor Lafayette Pozzoli. Graduado e especialista em Direito pela UNIFEV-Votuporanga. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6130886068444527>.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade demonstrar a necessidade de uma perícia médica judicial pautada na ética, evidenciando que se trata de um direito fundamental, pois colabora com o princípio do Devido Processo legal e da Dignidade da Pessoa Humana.

Demonstrou-se que o devido processo legal e a verdade real somente serão atingidos quando o perito cumprir as exigências legais prevista no Código de Processo Civil e no Código de Ética Médica, porque não há nada mais inaceitável do que deixar um trabalhador e sua família desamparados, principalmente porque o objetivo primordial do Sistema da Seguridade Social é a proteção ao ser humano em casos de contingências sociais, ou seja, garantir ao sujeito o mínimo existencial para a sua sobrevivência.

O Direito a um processo justo constitui direito fundamental, sobretudo nas ações previdenciárias, porque em face da relevância social e da natureza alimentar do direito em debate, necessita de uma decisão judicial rápida, entretanto será ela falha quando basear-se em laudos realizados de forma inconclusiva e superficial, como não é raro verificar na prática forense.

Desta forma, merece análise do papel da perícia médica nos processo em que se discute a concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade, conceituando a importância da prova médica pericial.

2. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os benefícios previdenciários são destinados a assegurar as contingências sociais, ou seja, quando o cidadão encontra-se diante dos infortúnios da vida, que o impeçam, ainda que temporariamente, ao exercício profissional, que é seu meio de obter renda para sua sobrevivência.

O constituinte ao criar o Sistema da Seguridade Social objetivou criar um sistema protetivo, sendo o Estado o responsável por atender as necessidades e os anseios da população, amparando o segurado e também toda a sua família. No caso, os benefícios por incapacidade tem o objetivo de substituir a renda do trabalhador, vez que ele está incapacitado para as suas atividades de origem, cujo benefício substitui a sua renda original.

A previdência social é um direito fundamental, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, sendo que para os trabalhadores da iniciativa privada ou dos servidores públicos não vinculados ao regime próprio previdenciário é organizada e chamada de Regime Geral da Previdência Social (RPGS), disposto no artigo 201 do mencionado diploma legal.

Nesta esfera tem-se o benefício de auxílio doença, que é decorrente de incapacidade temporária, atualmente previsto na Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, no artigo 49, versando que terá direito a este benefício o cidadão que tendo qualidade de segurado e, quando tiver cumprido a carência, caso exigido, estiver incapacitado para o seu trabalho ou sua atividade habitual por mais de quinze dias.

Nesta oportunidade é importante explicar que qualidade de segurado é a condição atribuída as pessoas que possuem inscrição a Previdência Social e realize pagamentos mensais, sendo que para requerer o benefício estudado tem-se a necessidade do pagamento de no mínimo doze contribuições mensais.

O Auxílio doença é um benefício provisório porque sua duração depende do tempo em que perdurar a incapacidade do segurado, que é constatado por meio de perícia médica, seja no âmbito administrativo ou judicial, e conseqüentemente ao recuperar a sua capacidade, terá aptidão para retornar as suas atividades laborativas habituais.

Por sua vez, o benefício de aposentadoria por invalidez é devido ao segurado que estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado impossibilitado de reabilitação para o exercício de labor que lhe garanta a subsistência, ou seja, exige-se que a incapacidade seja permanente, sendo este benefício regulamentado pelo artigo 42 da Lei de Benefícios.

Tem-se então que para a concessão de quaisquer dos benefícios estudados, dependerá de perícia médica, sendo que somente o médico perito devidamente habilitado e inscrito no órgão da Previdência Social é que poderá opinar pela capacidade ou incapacidade do segurado, sendo que em caso de discordância da decisão proferida, muitas vezes o único socorro é a contenciosa via judicial, já que nos casos de recurso administrativo a demora em obter o resultado é grande, não podendo o trabalhador e sua família ficarem desamparados, sem a renda do salário ou do benefício.

Destaca-se também que, para a concessão de ambos os benefícios, a incapacidade, lesão ou doença, não poderá ser preexistente, não pode o segurado ter se filiado ao sistema previdenciário já portador da doença incapacitante, propositalmente para receber o benefício, porque isto configuraria fraude.

Os benefícios, o auxílio doença e a aposentadoria por invalidez, são devidos desde o décimo sexto dia do afastamento da atividade, ou da data do início da incapacidade, ou ainda, quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de trinta dias, será contado da data do início da incapacidade, conforme disposições do artigo 60 da Lei 8.213/91, também conhecida como Lei de Benefícios, sendo que em ambos os casos não haverá a incidência do fator previdenciário no momento do cálculo da Renda Mensal Inicial.

A incapacidade deve ser avaliada de acordo com a atividade desempenhada pelo segurado, nesta esfera considerando os Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) utilizados pelo trabalhador, que muitas vezes são pesados e contribuem para o aumento da dor, dependendo da doença, o tempo de sua jornada de trabalho e o tratamento médico descrito.

Portanto, o benefício de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez devem ser concedidos ao trabalhador que estiver inapto a sua atividade habitual, de forma temporária ou definitiva, já que a previdência social tem o condão de amparar os segurados em caso de contingências sociais.

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. (IBRAHIN, 2018, p. 05)

Portanto, tem-se que através do sistema da seguridade social, criado pelo Constituinte de 1.988 é possível alcançar os valores do bem estar e da justiça social, que são bases do Estado Democrático de Direito, garantindo ao cidadão que exerce atividade laborativa, e seus familiares, a manutenção da Dignidade da Pessoa Humana.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, como a própria terminologia sugere, correspondem à direitos base medular do estado democrático, as substanciais e elementares garantias do povo frente ao Estado, aí incluídos os direitos políticos, os relativos à nacionalidade, os direitos sociais, patrimoniais, dentre outros, sempre com o fito de proteger a dignidade humana em todas as dimensões, e não menos importantes, o da dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes *apud* Pancotti, os direitos fundamentais são:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção ao arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...]. (PANCOTTI, 2009, p. 85)

José Afonso da Silva, no seu Curso de Direito Constitucional Positivo, conceitua os direitos fundamentais como:

[...] aquelas prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo para a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, direitos que devem ser reconhecidos e efetivados em relação a todos". (SILVA, 2000, p. 495-496)

No conceito de Luigi Ferrajoli:

Direitos Fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto pessoas. Por direito subjetivo quer dizer o autor que são qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um sujeito por uma norma jurídica. (FERRAJOLI, 2001, p. 19)

Esclarece ainda o mesmo autor, com a concordância de Alexy, que não se trata de uma definição dogmática, mas dizem ser fundamentais os direitos atribuídos a todas as pessoas, cidadãos capazes, e não somente garantias constitucionais, mas também as garantias processuais, de modo que os direitos fundamentais estão ligados a todas as áreas do direito e das ciências humanas em geral. (ALEXY, 2016, p. 38)

De simples leitura da doutrina mais bem elaborada sobre o tema, é possível notar, como se descobre desde os primeiros anos dos bancos acadêmicos, a importância dos direitos fundamentais e a posição que ocupam no nosso ordenamento jurídico, cujos conceitos propostos pelos festejados autores acima, demonstram com clareza a sua indispensabilidade sob qualquer ótica que se lance sobre o direito, com caráter de absoluta inafastabilidade.

Inquestionável que para as questões processuais que envolvem as provas, no caso tratado neste trabalho, a pericial médica, e para os direitos previdenciários, não há que se questionar a importância essencial do respeito aos direitos fundamentais.

Para o propósito deste trabalho não é necessário aprofundar nesse tema, mas apenas lembrar e chamar a atenção para a importância do respeito a tais direitos, sua essencialidade.

4. RESPONSABILIDADE ÉTICA DO PERITO: DIREITO FUNDAMENTAL DO SEGURADO

Enquanto as regras tem a missão de resguardar a segurança jurídica, os princípios é que levam à concretização da justiça.

Conforme já explicado anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil é o diploma fundamental que estabelece a ordem e os objetivos mínimos da nação, revelados como valores fundamentais da sociedade.

Os direitos fundamentais, não podem ser agredidos porque constituem a ordem aos bens fundamentais do ser humano, podendo dizer que é direito fundamental, o devido processo legal e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, deve o Estado realizar ações e promoções que protejam e efetivem tais direitos, no âmbito previdenciário, por exemplo o direito ao benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, só será alcançado, quando judicializado, por meio do devido processo legal.

É de se ressaltar que em nossa Constituição, apesar de estarem elencados no Título II, em verdade, os direitos fundamentais encontram-se dispersos pelo texto. Basta estarem intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana e serem fundamentais à essência do ser e viver do indivíduo para serem considerados direitos fundamentais. (DAVIES, 2010, p. 22)

Assim os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao ser humano, indispensáveis à sua manutenção e preservação da sua dignidade. Para que a concretização dos objetivos constitucionais ocorra, sendo eles o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, que são os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, há necessidade de aberturas principiológicas, sendo apresentado em primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana³.

A percepção da dignidade da pessoa humana tem o objetivo de fazer com que o ser humano tenha respeito, pelo fato, apenas de que todos são pessoas, a noção está em si mesmo e conseqüentemente entender que cada um terá direitos e deveres. A importância em reconhecer tal princípio se dá porque há necessidade de agregar a ele os direitos fundamentais, impondo limites ao Estado e também à sociedade, que por diversas vezes acredita que fazer justiça com as próprias mãos é a solução.

Este princípio torna-se mais compreensível quando negligenciado, infelizmente, a título de exemplo prático e por relatos dos segurados, bastante comum na prática da advocacia

³ Por exemplo, no art. 5º, inciso III, ao mencionar: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

previdenciária, corriqueiramente relatam serem desrespeitados pelos médicos peritos, principalmente da esfera administrativa, que não acreditam em suas patologias incapacitantes, apesar da prova material (exames, receitas e atestados contemporâneos) que já são forçados a levar em mãos no dia do exame pericial.

Caso um segurado muito doente, com problemas na coluna, necessite parar de trabalhar por tempo indeterminado, realiza perícia no órgão da previdência social (INSS), em que o parecer do médico relata que o segurado possui plenas condições de trabalho. Na sala do médico, o segurado foi humilhado quando o médico-perito, para se certificar que o segurado estava bom, lança todos os seus documentos no chão. Mal sabe o médico que a maioria dos segurados admite trocar tudo o que possui por saúde para voltar a trabalhar. (...) Constatamos que aquele segurado teve sua dignidade ferida apesar de sua proteção estar prevista na Constituição. Certamente o valor mais importante é o ser humano, a vida, a dignidade e não o procedimento processual. (SILVA, 2005, p. 70-71)

Portanto, qualquer ação estatal ou de outro ser humano, que viole a dignidade da pessoa humana, deve ser avaliada como inconstitucional, já que o objetivo é garantir o mínimo existencial a cada um, recordando que é justamente para esse fim que a Seguridade Social foi criada, para proteger o trabalhador e sua família em casos de contingências sociais, no caso estudado, a incapacidade para as atividades laborais habituais.

Sem o respeito a cada pessoa e as situações em que elas estão passando, não há o que se falar em dignidade da pessoa humana violando por completo os valores supremos elencados constitucionalmente que são a busca por uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social, porque tais valores concretizam a necessidade do mínimo existencial a cada um.

Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir o homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer ciência do direito. (PANCOTTI, 2018, p. 119)

Garantir o mínimo é concretizar o valor da vida humana. Portanto, fica clara a noção fundante que tem o princípio estudado com o direito e inclusive com as perícias médicas realizadas, porque o médico, no ato perícia, representa o Estado e o Estado deve ser o primeiro guardião deste princípio.

Nesta esfera, tem-se que trabalhador doente não é necessariamente trabalhador incapaz, e somente a prova médico pericial é o que ensejará a possibilidade do estudo dos demais requisitos, para a concessão do benefício pleiteado. A necessidade da perícia médica, no âmbito processual, se dá porque se trata de ponto não acessível ao magistrado, vez que ele não dispõe de

conhecimentos médicos (técnico-científicos), necessitando do auxílio e especialização do profissional médico que tem a capacidade de interpretar os exames apresentados pela parte.

Não é demais lembrar que a perícia médica judicial se consubstancia na interpretação do médico perito em face dos exames, atestados e receitas apresentadas pela parte segurada, não havendo como o médico perito realizar novos exames, senão os visuais e de toque físico.

Devido ao fato do segurado estar doente e, quase sempre em situações do limbo previdenciário⁴, a falta de uma perícia médica ética, viola o direito fundamental do cidadão que necessita receber o benefício porque está incapaz, sendo necessário que ela seja realizada por perito médico especialista na patologia que acomete o segurado, e que o laudo seja bem elaborado, assegurando aos litigantes e ao magistrado a completa compreensão do caso.

O primeiro passo para a realização de uma perícia médica correta é a conversa com o segurado e o detalhamento de sua patologia, dores, limitações e das suas atividades habituais, após esse contato inicial e mínimo é que o perito terá condições de prosseguir com a perícia, no entanto quase nunca a conversa e análise da documentação médica anexada aos autos é suficiente, necessitando o perito realizar os testes específicos para cada patologia alegada.

Já que a principal função da perícia é oferecer amparo técnico para a decisão judicial, cabe ao perito respeitar alguns deveres que estão dispostos no Código de Processo Civil.

O artigo 156, do diploma legal acima citado, versa sobre o dever de conhecimento técnico, de modo que deve o perito, no caso o médico, conhecer de forma teórica e prática o quanto a patologia alegada pelo litigante o incapacita para as suas atividades habituais, caso não consiga, deverá o profissional recusar o encargo, conforme ensina os artigos 466 combinado com o artigo 468, ambos do Código de Processo Civil (CPC). Ao recusar o encargo, por não carecer dos conhecimentos técnicos e científicos suficientes, está ele agindo de forma ética e, respeitando o direito fundamental da parte em produzir a prova correta para a concessão ou negativa do benefício pleiteado.

⁴ Situações em que o segurado já afastado, pelo INSS, recebe auxílio doença, porém a Autarquia cessa o benefício alegando que o trabalhador está apto a retornar as suas atividades laborativas. Porém, ao realizar perícia médica comum, a mando de seu empregador ou médico particular fica constatado que ainda não apresenta condições de trabalho, ficando o segurado desamparado tanto pelo Estado quanto pela empresa, que não terá obrigação arcar com as obrigações trabalhistas, vez que não há contraprestação de serviço.

Outro dever, também previsto no artigo 466 do mesmo diploma legal, é o de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi atribuído, independente de compromisso, porque tem ele o dever de procurar a verdade real dentro do processo e o seu parecer irá influenciar diretamente a decisão processual.

Entretanto, essa condição não lhe confere o poder de atuar livremente, devendo sempre estar atento às regras de lealdade e boa-fé. O perito não é o dono da prova; é o profissional indicado para realizá-la e deverá fazê-lo observando os parâmetros legais e a ética de sua profissão. O perito também não é o julgador do processo, mas o profissional designado pra trazer à luz as questões técnicas necessárias para a elucidação dos fatos que serão avaliados pelo magistrado ao prolatar sua decisão. (XAVIER, 2018, p. 70)

Considerando que a obrigação de entrega do laudo, no prazo estipulado, previstos nos artigos 476, 477 e 468, inciso II, do Código de Processo Civil, também está vinculado à citação acima, porque é este lapso que garantirá o bom andamento processual, que evidencia tratar-se de direito fundamental.

Não se pode olvidar do dever de imparcialidade do perito médico judicial. Tem ele o dever de conduzir a prova técnica da melhor maneira, com capacidade de evidenciar a realidade do fato que se está pretendendo provar, devendo estar apto para esclarecer e buscar a verdade real, e para que isso aconteça, a lei oferece condições de impugnação ao perito, caso constatado presença de situação que violem este dever, tornando-o suspeito ou impedido, podendo ser utilizado como exemplo as mesmas causas aplicadas aos magistrados presentes no artigo 467 combinado com o artigo 144 do CPC.

Destaca-se que a prova realizada por profissional parcial, quando tem o dever da imparcialidade, contamina todos os atos processuais, inclusive os atos que as utilizam como fundamentação para fins de decisão.

Além das regras processuais, há também o Código de Ética Médica – Resolução 1.931/2009, do Conselho Federal de Medicina, que nas palavras de Flávia da Silva Xavier “são regras de conduta que devem ser coercitivamente observadas sob pena de sanção.” (2018, p. 75)

Tem-se então que o conhecimento e o respeito à legislação é imprescindível para que o perito entenda o porquê dos quesitos apresentados e, que cumpra o seu papel imparcial e ético. Inclusive não deve o perito “julgar” o periciado, isso caberá ao magistrado, ou ainda atribuir-lhe imagem de ocioso, porque o benefício requisitado, para quem cumpre as demais exigências normativas, assim como a realização da prova, é direito constitucional fundamental, que visa

proteger as minorias e garantir o mínimo existencial a cada cidadão, exatamente como determina o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma vez percebidos esses direitos como justa conquista os atores processuais não subestimarão os fatos de um processo que podem concretizar a justiça e o bem-estar sociais a expressões de forte carga emotiva, como “todos buscam se aproveitar da previdência”, “direitos não em arvóres” ou “não há refeição grátis”, que nada mais expressam senão o conjunto de ideias historicamente convenientes ao desejo da classe dominante. Ideologia que pretende fazer da injustiça e do vilipêndio, algo natural. (SAVARIS, 2018, p. 54)

Portanto, o médico perito deve se conscientizar que a sua única função é garantir a prova ao periciado, que é direito fundamental dele, devendo apenas buscar a verdade real dos fatos, para que então seja atribuído a cada um o que é seu por Direito e Justiça.

5. DEVIDO PROCESSO LEGAL E VERDADE REAL

A finalidade do Sistema Judiciário Brasileiro é concretizar a pretensão das pessoas que a ele se socorrem, realizando isso por meio do resultado útil do processo, cabendo ao direito processual realizar os projetos do direito material, que no caso estudado, é a concessão do benefício previdenciário de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez.

Assim o processo será eficaz quando atingir suas finalidades, devendo ele ser cooperativo e leal, o que irá nortear o caminho a ser seguido e conseqüentemente obterá o melhor deslinde, portando, a boa-fé deve estar entrelaçado ao devido processo legal.

Garantir a concretização da justiça por meio do devido processo legal, apondo sobre este a categoria de direito fundamental, implica sua leitura como fundamento para até mesmo exigir, do que oferece resistência e daquele que acredita ter o direito, comportamentos bem delineados, quando se apresenta a lide traduzida em juízo na narrativa contida na petição inicial, na defesa transcrita na contestação, na produção de provas e sua exploração com perguntas e reperguntas e no manejo do sistema recursal. Para a prática de todos estes atos, exige-se o desempenho da tarefa sob o manto da boa-fé e da lealdade processual. (CRUZ, 2010, p. 117)

Deve o processo concretizar o almejado pela Constituição Federal que é a garantia dos direitos fundamentais. É do devido processo legal que as demais conseqüências processuais, como por exemplo, a prova pericial, será realizada de maneira correta para garantir aos litigantes uma sentença justa, demonstrando uma decisão clara e que permita ao cidadão que conheça as razões da procedência ou não de seu pedido.

Um processo previdenciário justo, especialmente nos casos em que se busca por benefícios por incapacidade, devem ter não só um magistrado imparcial, mas também o médico

perito imparcial, porque deve ser garantido a mais ampla manifestação e produção de prova, nas palavras de Cesar Augusto Kato e Rose Kama: “o acesso a efetividade da justiça previdenciária estão diretamente relacionados à atividade probatória. É por intermédio dessa atividade que se alcança a verdade, esta entendida como pressuposto axiológico da legítima justiça.” (2018, p. 94)

Portanto, ao realizar a perícia e redigir o laudo pericial, o médico perito tem o dever de fornecer documento que conclua de forma segura e indubitável pela incapacidade ou não do segurado, bem como essa exposição deverá ocorrer de forma que possibilite as partes de apresentarem seus questionamentos e (re)produza suas provas, caso necessário, isto é, de forma fundamentada. É fato que a verdade é um norte a ser seguido, entretanto, não pode o documento médico subtrair das partes a compreensão pelo qual determinou a conclusão da incapacidade ou não, sendo isso, prova arbitrária.

O magistrado deve fundamentar as suas decisões e por inúmeras vezes ele utiliza do laudo pericial para isto, sendo que, caso o documento médico tenha sido ofertado aos autos de maneira irracional, ilógica, inconclusiva ou então deixou de descrever todos os fatos relevantes para o exame pericial, estará o magistrado proibido de usá-lo.

Ademais, o laudo pericial insuficiente, ou seja, aquele que não esclareceu os fatos, torna o processo mais lento porque precisará de complementações ou da realização de uma segunda perícia, ferindo a efetividade do devido processo legal adequado e dos direitos fundamentais, normalmente impingindo à parte mais fraca da relação, o segurado, a situação de espera.

O principal motivo para a realização da prova pericial é a busca pela verdade real.

Destaca-se ainda que, o magistrado também deve ser imparcial e para que isto ocorra ele buscará nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes e devendo evitar todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Por isso o julgador leva em conta, exclusivamente, os dados obtidos no processo, daí então a necessidade de uma perícia ética e imparcial.

Ao falar em verdade real, tem-se que ela se dará com base na reconstrução histórica dos fatos, por isso a necessidade de um perito que tenha conhecimentos teóricos e práticos, capaz de assimilar a patologia alegada, o tratamento médico juntamente com a atividade desenvolvida pelo segurado.

A prova possui o objetivo de investigar a verdade dos fatos ocorridos, porque é ela quem ditará quais as regras jurídicas abstratas a serem aplicadas, e somente com a verdade é que o magistrado poderá sentenciar de uma forma justa, entregando a prestação jurisdicional conforme determina a Constituição Federal.

O perito, ao realizar o exame pericial, deve estar atento ao fato de que não é o “senhor da verdade”, mas que serve como instrumento para o alcance da verdade. O exame pericial e as conclusões dele advindas destinam-se à formação do convencimento do magistrado e devem permitir amplo debate entre as partes. (XAVIER, 2018, p. 59)

Assim, a busca pela verdade deve ser perseguida a todo o momento, devendo o laudo pericial ser fornecido ao magistrado para que ele possa utilizar dos elementos suficientes para formar a sua convicção e resolver o conflito existente.

O médico ao realizar a perícia deve ter em mente apenas a busca da verdade, não vislumbrando a quem o resultado irá beneficiar, deve ele produzir prova eficaz, alcançando a verdade dos fatos, sendo que é isso que interessa para que se tenha uma justa aplicação do direito.

Entretanto, o laudo pericial apresentado em respeito ao devido processo legal e ao princípio do contraditório deve ser de fácil compreensão pelas partes e inclusive demonstrar o caminho pelo qual o perito concluiu pela incapacidade ou não do segurado, não podendo o médico limitar-se a responder, “sim” ou “não”, porque a verdade deve ser acessível a todos que são partes do processo, para não se tornar ditatorial, impositivo, e não explicativo como deve ser.

O laudo técnico pericial é a prova mais relevante nas ações previdenciárias, mesmo que o sistema jurídico brasileiro não adote a valoração da prova, portanto deve este documento trazer o mínimo, porém essencial da patologia e incapacidade do segurado, como por exemplo, as queixas, a história profissional e clínica e a realização e resultado dos testes específicos para cada patologia, ou seja, deve ele demonstrar o caminho que apoiou a sua decisão, além do apoio nos exames médicos, atestados de especialistas e receitas de medicamentos eventualmente tomados pelo paciente, a fim de fechar o diagnóstico mais completo possível, e sem margem para dúvidas.

Ressalte-se que os testes específicos possuem grande importância porque é a base para a avaliação pericial, não tendo documento capaz de substituí-lo, portanto, para a devida construção da perícia médica deve o perito correlacionar o resultado dos testes com o grau de limitação funcional do segurado. É evidente que o laudo pericial será inconclusivo e superficial, se a perícia for conduzida e concluída sem a realização dos testes específicos para a patologia alegada.

Assim sendo, é obrigação do médico perito não só o conhecimento médico, mas também o entendimento que lhe permita correlacionar os achados clínicos com o grau de limitação funcional do autor, além da habilidade de passar estes dados para o laudo judicial de forma clara e objetiva, o que faz do médico perito não apenas um especialista, mas um expert com profundo conhecimento da área médica. (WEISS, 2018, p. 267)

O perito deve ouvir o que o segurado está lhe dizendo e as dores que alega, devendo correlacionar tudo isso com os exames e atestados anexados aos autos, atendendo todos os requisitos previstos em lei e realizar a análise individualizada de cada caso, permitindo um entendimento global do processo e oferecendo condições ao magistrado e aos litigantes, para que usem desta prova como meio para a obtenção do direito e da verdade real.

Um laudo pericial ininteligível, contraditório ou que não indica as circunstâncias que levaram a uma dada conclusão não atende à busca da verdade real. Apenas cumpre formalmente uma necessidade instrutória, mas não empresta segurança à decisão judicial e frustra o exercício da ampla defesa pelas partes. (XAVIER, 2018, p. 59)

As garantias constitucionais exigem que o perito realize o laudo de forma fundamentada, para que se for o caso, as partes possam questioná-las, a verdade real almejada não pode ser arbitrária, e toda prova, conforme nossa sistemática processual, pode ser questionada, impugnada ou ofertada contraprova.

O devido processo deve ser acompanhado de uma perícia médica legal ética, não só com a consciência responsável do perito, mas também porque para o bom funcionamento da perícia há o respeito às legislações e, ao tratar dos benefícios de incapacidade, tem-se um direito fundamental, portanto é por meio dessa prova essencial que será, naturalmente, possível concretizar o bem estar das pessoas, e quando acolhida a pretensão e entregue o que é de direito ao segurado, terminando por efetivar de fato a dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo aqui estudado, é possível concluir que a previdência social como um todo trata de um direito fundamental, porque tem o objetivo de proteger o trabalhador e sua família em casos de contingências sociais, sejam elas previstas ou não, como no caso dos benefícios por incapacidade, que retira o trabalhador do seu posto de trabalho e também lhe retira a renda.

A devida aplicação do direito e a realização da justiça, devem sempre ter como centro o reconhecimento do ser humano, e toda a atividade do Poder Judiciário deve garantir o seu mínimo

existencial, ou seja, a ligação umbilical com a dignidade, o que ocorre porque o constituinte prezou por uma democracia livre e justa, deixando claro que a solidariedade e a fraternidade são ideias buscadas pela sociedade brasileira e que devem ser concretizadas.

Ademais, o processo justo e a verdade real também podem ser classificados como direitos humanos, porque contribuem com a mesma finalidade, de garantir o mínimo existencial a cada pessoa. Sendo assim, a perícia médica judicial deve ser realizada pautada na ética, sendo obrigação indeclinável do perito possuir, além do conhecimento médico, entendimentos que permitem-lhe correlacionar a patologia alegada com as atividades realizadas pelo segurado, para então verificar a existência ou não da incapacidade.

A perícia médica deve realizar e responder aos resultados dos testes específicos realizados, bem como analisar toda a documentação probatória anexada aos autos e, ainda, extrair do trabalhador as informações necessárias, porque assim obterá a verdade real, motivo pelo qual se desenvolve toda a atividade probatória, cabendo ainda ao perito transcrever tais noções no laudo pericial, ajudando o magistrado a fundamentar a sua decisão e também auxiliando as partes para o devido contraditório, exercendo seu múnus como auxiliar que é, e não como juiz.

Com a conscientização efetiva e positiva de todos os profissionais que atuam na demanda judicial, principalmente com o dever ético do perito, pois este deve ter em mente a relevância do papel que exerce para comprovação probatória e deslinde da demanda, deve ele buscar sempre a verdade, que é a finalidade especial do processo, e a cobertura da Seguridade Social nos casos de contingência social de incapacidade.

Sem que os profissionais do direito, seja advogado, procurador ou juiz, busquem de forma efetiva e sagaz pelo resultado mais completo e satisfatório das perícias médicas, exigindo do profissional médico perito que fundamente os laudos de forma a se fazer entender por todas as partes leigas em medicina, a fim de realmente emprestar seu conhecimento técnico e científico ao processo, com imparcialidade, a verdade real jamais poderá ser alcançada, o que desaguará no profundo desrespeito à direito fundamental, e mais gravemente, à dignidade daquele que espera a prestação jurisdicional justa.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CONTIPELLI. Ernani. **Liberdade justiça e solidariedade**. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4760/3662>>. Acesso dia: 22.08.2017.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes da; POZZOLI, Lafayette. **Princípio Constitucional da dignidade humana e o Direito Fraternal**. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza, CE. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi - Fortaleza CE. Florianópolis. SC: Conpedi, 2010.

CRUZ, Érica Marcelina. **A justiça por meio do devido e adequado processo legal**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.) Estudos sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social. – Birigui, SP: Boereal Editora, 2010, p. 113-132.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Políticas Públicas: a forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.) Estudos sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social. – Birigui, SP: Boereal Editora, 2010, p. 22-34.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal**. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/670/661>. Acesso em: 15.02.2018.

FILHO, José Celso de Mello. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.

GODOY, Fabiana Fernandes de. **Manual prático da advocacia previdenciária**. 7ª Ed. Editora JHMizuno. 2017. P. 139

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 23ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2018.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA)**. Disponível: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf. Acesso em: 25.02.2018

- KATO, Cesar Augusto; KAMPA, Rose. **Direito Constitucional à prova e a perícia médica previdenciária no juizado especial federal**. In: SAVARIS, José Antonio (Org.) Curso de perícia judicial previdenciária. 3ª ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 85-133.
- LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2010.
- PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Benefícios previdenciários, tutela e solução de conflitos à luz de princípios constitucionais**. Editorá Juruá, 2ª ed, ano 2018.
- _____. **Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: LTr, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, editora, 2015.
- SAVARIS, José Antonio. **Noções jurídicas fundamentais sobre os benefícios previdenciários por incapacidade**. In: SAVARIS, José Antonio (Org.) Curso de perícia judicial previdenciária. 3ª ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 27-54.
- SILVA, Cassia Fernanda. **A efetividade jurisdicional da seguridade social**. 2005. 162 fls.. Dissertação de Mestrado – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Centro Universitário “Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Nelson Finotti. **Um juiz mais ativo no processo civil**. Revista em Tempo. 5º Volume. Marília: 2003 (pg. 190-201).
- SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.
- TREZUB, Cláudio José. **Fundamentos para a perícia médica judicial previdenciária**. In: SAVARIS, José Antonio (Org.) Curso de perícia judicial previdenciária. 3ª ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 137-171.
- WEISS, Fernando Pessôa. **Avaliação ortopédica pericial**. In: SAVARIS, José Antonio (Org.) Curso de perícia judicial previdenciária. 3ª ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 217-268.
- Xavier, Flávia da Silva. **Pressupostos éticos jurídicos da perícia médica nas ações de benefício por incapacidade**. In: SAVARIS, José Antonio (Org.) Curso de perícia judicial previdenciária. 3ª ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 55-84.